

MARÇO 2014, ANO 6, VOL. 11, SEMESTRAL

DIREITO DAS SOCIEDADES

em Revista

DOUTRINA

Avales dos sócios de sociedades comerciais

Pedro Pais de Vasconcelos

Fusão por incorporação, transmissão de posições jurídicas e relações mercantis
intuitu personae

Filipe Cassiano dos Santos

O contrato de suprimento na sociedade anónima: aspectos substantivos e fiscais
Paulo Olavo Cunha

Suspensão de deliberações sociais e inversão do contencioso
Rita Lobo Xavier

O ónus da prova da culpa no art. 78.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais
Nuno Manuel Pinto Oliveira

Práticas restritivas da concorrência e deveres dos administradores de sociedades
Maria Elisabete Ramos

A cláusula "*simul stabunt simul cadent*" e a relação de administração com a sociedade
Ricardo Costa

Responsabilidade civil dos administradores de instituições financeiras em crise
ou insolventes

Jorge A. Nunes Lopes

O âmbito espacial do regime de coligação societária à luz do Direito da União Europeia
Paulo Pichel

JURISPRUDÊNCIA

O acórdão Mómax do Tribunal de Justiça da União Europeia (6.2.2014, C-528/12)

– breves notas

Rui Pereira Dias


ALMEDINA

ÍNDICE

- 5 Abreviaturas

DOUTRINA

- 13 Avales dos sócios de sociedades comerciais
Pedro Pais de Vasconcelos
- 35 Fusão por incorporação, transmissão de posições jurídicas e relações mercantis *intuitu personae*
Filipe Cassiano dos Santos
- 53 O contrato de suprimento na sociedade anónima: aspectos substantivos e fiscais
Paulo Olavo Cunha
- 77 Suspensão de deliberações sociais e inversão do contencioso
Rita Lobo Xavier
- 93 O ónus da prova da culpa no art. 78.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais
Nuno Manuel Pinto Oliveira
- 107 Práticas restritivas da concorrência e deveres dos administradores de sociedades
Maria Elisabete Ramos
- 149 A cláusula “*simul stabunt simul cadent*” e a relação de administração com a sociedade
Ricardo Costa
- 191 Responsabilidade civil dos administradores de instituições financeiras em crise ou insolventes
Jorge A. Nunes Lopes
- 225 O âmbito espacial do regime de coligação societária à luz do Direito da União Europeia
Paulo Pichel

JURISPRUDÊNCIA

- 263 O acórdão *Mömax* do Tribunal de Justiça da União Europeia (6.2.2014, C-528/12)
– breves notas
Rui Pereira Dias

ABREVIATURAS

art./arts.	artigo/artigos
AAVV/VVAA	Autores Vários/Vários Autores
AAFDL	Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
ac./acs.	acórdão/acórdãos
ACE	Agrupamento(s) Complementar(es) de Empresas
AEIE	Agrupamento(s) Europeu(s) de Interesse Económico
AG	Die Aktiengesellschaft
anot.	anotação
AktG	Lei alemã sobre as sociedades anónimas e em comandita por acções, de 6 de Setembro de 1965
al.	alínea
AnnDrComm	Annales de Droit Commercial
AnwBl	Anwaltsblatt
art.	artigo
Ass.	Assicurazione. Rivista di Diritto, Economia e Finanze delle Assicurazioni Private
BankLJ	Banking Law Journal
BB	Betriebs-Berater
BFD	Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BL	The Business Lawyer
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
BP	Banco de Portugal
BulJS	Bulletin Joly des Sociétés
BVL	Bolsa de Valores de Lisboa
CA	Conselho de Administração
CA 2006	Companies Act, de 2006 (Inglaterra)

CadMVM	Cadernos do Mercado dos Valores Mobiliários
CAE	Conselho de Administração Executivo
CC/CCiv	Código Civil
CCit	Código civil italiano, de 16 de Março de 1942
CCom	Código Comercial
CComf	Novo código de comércio francês (aprovado pela <i>Ordonnance</i> , de 18 de Setembro de 2000)
CE	Comunidade Europeia
CEE	Comunidade Económica Europeia
CeImp	Contratto e Impresa
CF	Conselho Fiscal
CEJ	Centro de Estudos Judiciários
cfr.	confronte
CGS	Conselho Geral e de Supervisão
CI	Contratto e Impresa
CIRC	Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas
CIRE	Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
CIRS	Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares
CJ	Colectânea de Jurisprudência
CJ-STJ	Colectânea de Jurisprudência Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça
CLR	Columbia Law Review
CPC	Código de Processo Civil
CPen	Código Penal
CPEREF	Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e da Falência
CMLRev.	Common Market Law Review
CMVM	Comissão do Mercado de Valores Mobiliários
CódMVM	Código do Mercado de Valores Mobiliários
CPP	Código de Processo Penal
CPTA	Código de Processo dos Tribunais Administrativos
CRCom	Código do Registo Comercial
CRP	Constituição da República Portuguesa
CSC	Código das Sociedades Comerciais
CT/CTrab	Código do Trabalho
CVM	Código dos Valores Mobiliários
DB	Der Betrieb
DEA	Diritto ed Economia dell'Assicurazione
DFiscB	Droit Fiscalité Belge
DJ	Revista Direito e Justiça
DJCL	Delaware Journal of Corporate Law
Dec.-Lei/DL	Decreto-Lei
DG	Diário do Governo

Dir. fall.	Il diritto fallimentare e delle società commerciali
DR	Diário da República
DSR	Direito das Sociedades em Revista
<i>e. g.</i>	<i>exempli gratia</i>
ed.	edição
EBOR	European Business Organization Law Review
ECFR	European Company and Financial Law Review
EIRL	Estabelecimento(s) Individual(ais) de Responsabilidade Limitada
ERPL	European Review of Private Law
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
EUA	Estados Unidos da América
ETAF	Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais
ForI	Forum Iustitiae
ForLR	Fordham Law Review
Foro It.	Il Foro Italiano
GC	Giurisprudenza Commerciale
Giur.Comm.	Giurisprudenza Commerciale
Giur. It.	Giurisprudenza Italiana
Giust. civ.	Giustizia civile
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Alemanha)
GmbHG	Lei alemã sobre as sociedades de responsabilidade limitada, de 20 de Abril de 1892
GmbHR	GmbH-Rundschau
HarvLR	Harvard Law Review
<i>ibid.</i>	<i>ibidem</i>
<i>id.</i>	<i>idem</i>
IDET	Instituto das Empresas e do Trabalho
InsO	Insolvenzordnung (lei alemã da insolvência)
IPGC	Instituto Português de <i>Corporate Governance</i>
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
JOCE	Jornal Oficial das Comunidades Europeias
JOUE	Jornal Oficial da União Europeia
L.	Lei
LAS	Lei da Actividade Seguradora
LGT	Lei Geral Tributária
LSAE	Ley de Sociedades Anónimas española
LSCE	Ley de Sociedades de Capital española
LSGPS	Lei das Sociedades Gestoras de Participações Sociais
LSRLE	Ley de las Sociedades de Responsabilidad Limitada española
LSQ	Lei das Sociedades por Quotas
MichLR	Michigan Law Review
MLR	The Modern Law Review

MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (Alemanha)
MP	Ministério Públíco
MVM	Mercado dos Valores Mobiliários
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
n./nn.	nota/notas
n.º	número
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
NYSE	New York Stock Exchange
<i>ob. cit.</i>	obra citada
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies
OPA	Oferta(s) Pública(s) de Aquisição
OPV	Oferta(s) Pública(s) de Venda
p. / pp.	página/páginas
p. ex.	por exemplo
PME	Pequenas e médias empresas
POC	Plano Oficial de Contabilidade
pto.	ponto
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
Rass. dir. civ.	Rassegna di diritto civile
RB	Revista da Banca
RCEJ	Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas
RDE	Revista de Direito e Economia
RDES	Revista de Direito e de Estudos Sociais
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDP	Revista de Derecho Privado
RdS	Revista de Derecho de Sociedades
RDS	Revista de Direito das Sociedades
RC	Tribunal da Relação de Coimbra
RE	Tribunal da Relação de Évora
RES	Revista Española de Seguros
RevDBB	Revue de Droit Bancaire et de la Bourse
RevE	Revisores e Empresas
RevF	Revista Fisco
RevOD/O Direito	Revista O Direito
RevTOC	Revista dos Técnicos Oficiais de Contas
RG	Tribunal da Relação de Guimarães
RivDCom	Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni
Riv. dir. civ.	Rivista di diritto civile
RJCS	Regime Jurídico do Contrato de Seguro
RJOIC	Regime Jurídico dos Organismos de Investimento Colectivo

RJUPort	Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique
RL	Tribunal da Relação de Lisboa
RMBCA	Revised Model Business Corporation Act (EUA)
RP	Tribunal da Relação do Porto
reimp.	reimpressão
RFDUL	Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
RGICSF	Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RLJ	Revista de Legislação e Jurisprudência
RNPC	Registo Nacional de Pessoas Colectivas
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
ROC	Revisor Oficial de Contas
RPCC	Revista Portuguesa de Ciência Criminal
RPDC	Revista Portuguesa de Direito do Consumo
RRME	Reglamento del Registro Mercantil español
RS	Rivista delle Società
s./ss.	seguinte/seguintes
SA	Sociedade(s) Anónima(s)
SARL	Sociedade de Responsabilidade Limitada (França)
SQ	Sociedade(s) por Quotas
SCE	Sociedade(s) Cooperativa(s) Europeia(s)
SE	Sociedade(s) Europeia(s)
SGPS	Sociedade(s) Gestora(s) de Participações Sociais
Società	Le Società – Rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale
SPE	Sociedade(s) Privada(s) Europeia(s)
SRL	Sociedade de Responsabilidade Limitada (Itália)
SROC	Sociedade(s) de Revisores Oficiais de Contas
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
t.	tomo
tb.	também
TCE	Tratado da Comunidade Europeia
TFUE	Tratado sobre o funcionamento da União Europeia
Themis	Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
TJCE	Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TRLSA	Lei espanhola sobre as sociedades anónimas (texto refundido aprovado pelo Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de Dezembro)
TRP	Tribunal da Relação do Porto

UCP	Universidade Católica Portuguesa
v.	<i>vide</i>
<i>v. g.</i>	<i>verbi gratia</i>
VM	Valores Mobiliários
VJud	Vida Judiciária
VLR	Vanderbilt Law Review
vol./vols.	volume/volumes
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
YLJ	Yale Law Journal



DOUTRINA

RESUMO: É muito frequente que os credores de sociedades comerciais de pequena e média dimensão, exijam para sua garantia a subscrição de livranças ou o aceite de letras em branco, avalizadas pelos respectivos sócios.

Este texto trata da questão do eventual regresso entre os avalistas quando ocorre o pagamento dos avales por um ou mais, mas não todos os avalistas, e da eventual denúncia unilateral desses avales por sócios que se afastem da sociedade.

Palavras-chave: Avales dos sócios; Sócio-avalista; Sócio-gerente; Pluralidade de avales; Denúncia do aval; Partilha do custo dos avales.

ABSTRACT: It is frequent that creditors of small and medium companies demand as a collateral the signing of promissory notes guaranteed by shareholders.

This paper deals with the issue of the claim for compensation by the guarantor who paid against other guarantors who did not pay, and the issue of unilateral termination of the guarantee by shareholders who sell their share and leave the company.

Keywords: "Avals" given by shareholders; "Avaliseur"-shareholder; Director-shareholder; Plurality of "avals"; Unilateral termination of "aval" by "avaliseur"; Sharing the costs of "avals".

PEDRO PAIS DE VASCONCELOS*

Avalés dos sócios de sociedades comerciais

1. O discurso decisor e o discurso legitimador

I. Os Juízes têm a vocação e a missão de fazer Justiça. Não é seu *munus* fazer Doutrina. Embora nada impeça que se dediquem à teoria, podem e devem fazê-lo em textos apropriados, em livros ou artigos em revistas especializadas, mas não nas sentenças que proferem. Casos há, porém, em que é difícil, senão mesmo impossível, que nas sentenças que proferem possam abster-se de visitar e tomar posição sobre controvérsias doutrinais em aberto e escolher uma solução teórica em detrimento de outra. O dever de fundamentação, entendido dum modo não meramente formal, como deve ser, acaba por obrigar os juízes a entrar na discussão doutrinária. Não é proibido, não é nocivo, é bom e é mesmo inevitável.

Isto vem a propósito dos velhos *assentos* – hoje *acórdãos de uniformização de jurisprudência* – o que é aproximadamente a mesma coisa.¹ Sejam assentos, sejam acórdãos para a fixação de jurisprudência, a sua função é

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

¹ A abolição dos antigos assentos correspondeu à satisfação do velho mito jacobino do juiz como boca da lei e à compreensão errada de que os assentos implicariam uma usurpa-

de dirimir uma divergência entre duas orientações jurisprudenciais incompatíveis, fixando uma que ponha termo à insegurança e à incerteza na previsão do Direito e do modo como os tribunais devem e irão decidir aquela questão. Ao fazê-lo, não podem deixar de fundamentar a opção que é adotada e, assim, é inevitável que se entre em questões de teoria jurídica se a decisão o suscitar, o que acontecerá normalmente. Quanto mais complexa a questão mais agravado é o ónus da demonstração. É imprescindível convencer.

Na decisão das questões que são submetidas aos Tribunais, é possível distinguir e discernir o *discurso decisor* e o *discurso legitimador*.² O primeiro contém o processo argumentativo que de facto conduziu o decisor àquela decisão específica; o segundo, o processo lógico-argumentativo que foi exteriorizado pelo julgador para fundamentar a decisão. O primeiro conduziu à decisão do caso; o segundo visou convencer os destinatários da decisão e as demais pessoas, entre elas a comunidade jurídica, de que a decisão foi correta, imparcial, independente, de modo a obter para ela a adesão, para convencer. Não é por acaso que na linguagem jurídica anglo-saxónica o condenado é designado *convicted*, quer dizer, convencido. A parte vencida no litígio pode ficar, e fica muito frequentemente, *vencida mas não convencida*, mas é melhor que fique *convencida*. Também é importante que a comunidade, quer a sociedade em geral, quer os seus sectores interessados como o judiciário, forense, académico, empresarial, etc., fiquem convencidos de que a decisão foi imparcial, justa e correta. É importante para a paz jurídica e para a respeitabilidade do sistema. Ao contrário do que possa parecer, não existe nada de ilícito ou reprovável na divergência entre o discurso decisor e o discurso legitimador; esta dualização é própria da arte retórica. Nem sempre assim acontece ou se torna muito percertível a divergência. Nos casos em apreciação, é interessante debruçar-nos sobre ela.

II. O primeiro caso submetido a juízo é relativamente simples. Três sócios gerentes dumha sociedade por quotas, e respetivas esposas, – designemo-los A e AA, B e BB, C e CC – avalizaram uma livrança subscrita pela sociedade. Vencida e não paga a livrança, o seu legítimo portador açãoou todos, na qualidade de avalistas. Um deles – designemo-lo como

ção do poder legislativo pelo poder judicial. Sobre este preconceito ver CHAIM PERRELMAN, *Logique juridique – Nouvelle Rethorique*, deuxième edition, Dalloz, 1979. págs. 23 e segs.

² BATISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, Almedina, Coimbra, 1983, págs. 284 e segs; CHAIM PERELMANN, *Logique Juridique – Nouvelle Rhétorique*, cit., principalmente, pág. 141.

A – pagou a totalidade do devido. Entretanto um outro – suponhamos B – tinha cedido a sua quota na sociedade (depois de dividida em duas) a A e a C. No contrato de cessão de quotas tinha ficado estipulado que os adquirentes A e C assumiam para si todas as responsabilidades de B.³ A, que honrou o aval e pagou, veio na ação pretender exercer direito de regresso sobre os outros avalistas – B e C – que não pagaram, invocando o regime de solidariedade vigente no Direito Civil para a co-fiança. Ao propor a ação, A não alegou a existência de qualquer convenção extracartular entre os avalistas como fundamento do seu pedido, mas antes e apenas o regime legal da solidariedade.⁴ Na contestação, B alegou ter sido convencionado entre todos na escritura de cessão da sua quota (dividida), que assumiam para si todas as responsabilidades da sociedade, o que incluiria esta mesma.

Na primeira instância e na Relação, a ação foi julgada totalmente improcedente com o fundamento de a LULL não estatuir uma relação de regresso cambiária entre os avalistas e não ter sido, sequer, alegado pelo autor uma convenção extracartular que pudesse fundar um regresso extracambiário. O Supremo Tribunal de Justiça divergiu e, num acórdão uniformizador de jurisprudência, decidiu que A, avalista que pagou, teria em princípio direito de regresso contra os outros dois avalistas – B e C –, independentemente da existência – com alegação e prova – entre eles dum a relação extracambiária de regresso, mas sem prejuízo daquilo que fosse extracambiariamente convencionado entre os co-avalistas. Não obstante, absolveu B do pedido, com fundamento na convenção celebrada entre A, B e C, na escritura de cessão das quotas, segundo a qual A e C assumiam todas as responsabilidades de B na sociedade.

Fixou jurisprudência do modo seguinte:

“Sem embargo de convenção em contrário, há direito de regresso entre os avalistas do mesmo avalizado numa livrança, o qual segue o regime previsto para as obrigações solidárias”.

O acórdão foi tirado por maioria tangencial, com sete votos a favor e seis votos contra.

³ “toda a situação económica da sociedade, designadamente quaisquer compromissos sociais, créditos e débitos, mesmo que vencidos e não pagos”.

⁴ A fundamentação da solidariedade pelo autor não foi constante. Os artigos 512.º, 515.º e 514.º do Código Civil só foram invocados em recurso e apelação e a invocação do artigo 650.º do Código Civil, relativo ao direito de regresso entre co-fiadores parece só ter surgido no recurso de apelação.

Com todo o devido e merecido respeito, discordamos deste acórdão. Não tanto no que respeita à solução concreta que foi dada ao caso, mas principalmente quanto ao suporte teórico da sua fundamentação.

III. No segundo caso, houve também a prestação de avales por gerentes duma sociedade por quotas subscritora de uma livrança emitida em caução de um financiamento bancário em abertura de crédito.

Um dos sócios, tendo-se apartado da sociedade por ter cedido a sua quota a um terceiro, tendo deixado expressamente estipulado na escritura de cessão que declarou expressamente que pretendia liberar o seu nome enquanto avalista, ou em qualquer outra qualidade, dos contratos de abertura de crédito em conta-corrente, bem como de qualquer outra garantia anexa ao aludido contrato (livrança), ou a futuras operações financeiras da sociedade cuja quota cedia. Nesta circunstância, o avalista ex-sócio comunicou ao Banco emitente e portador da livrança a denúncia do seu aval. Para tanto invocou o carácter temporalmente ilimitado da sua vinculação e o princípio da denunciabilidade das vinculações negociais duradouras temporalmente ilimitadas. A ação foi julgada procedente no despacho saneador, que acolheu a posição do avalista, mas foi revogada em apelação com fundamento, resumidamente em que «Não se constituindo o aval um contrato, mas um ato jurídico unilateral, não receptício, autónomo, abstrato e com as mesmas características de uma obrigação cambiária não se prefigura correto, (...) que possa ser objeto de denúncia».

O Supremo Tribunal de Justiça manteve a decisão com uma fundamentação perfeitamente clara e clássica na teoria geral dos títulos de crédito, que merece ser transcrita no seu passo fundamental:

Tratando-se de uma obrigação autónoma, independente da relação subjacente, não poderá, em nosso juízo, o avalista valer-se da renovação/prorrogação do contrato de abertura de crédito para se desobrigar de uma obrigação que, pela sua abstracção e literalidade, se emancipou da relação subjacente para subsistir como obrigação independente e autónoma. O avalista não é responsável ou não se obriga ao cumprimento da obrigação constituída pelo avalizado mas tão só ao pagamento da quantia titulada no título de crédito. A obrigação firmada pelo avalista é perante a obrigação cartular e não perante a relação subjacente.

Do que ficou dito supra, o avalista não se obriga perante o avalizado mas sim perante o titular da letra ou da livrança, constituindo uma obrigação autónoma e independente e respondendo, como obrigado cartular, pelo pagamento da quantia titulada na letra ou livrança. A circunstância de ocorrerem vicissitudes na relação subjacente não captam a virtualidade de se transmitirem à obrigação cambiária pelo que esta se mantém inalterada e plenamente eficaz, podendo o beneficiário do aval agir, mediante acção cambiária, perante o avalista para obter a satisfação da quantia titulada na letra.

A circunstância de a relação subjacente se modificar ou possuir contornos de renovação não induz ou faz seguir que esses efeitos se repercutam ou obtenham incidência jurídica na relação cambiária. A relação cambiária constituída permanece independente às mutações ou alterações que se processem na relação subjacente, não acompanhando as eventuais transformações temporais e/ou de qualidade da obrigação causal. Os efeitos da obrigação cartular assumida pelo avalista destacam-se da obrigação subjacente segregando um feixe de obrigações e deveres que, do nosso ponto de vista, não são passíveis de denúncia.

O asserido arranca da funcionalidade do aval e percutete-se na estrutura ôntica deste modelo de garantia, que revestindo as características que lhe são apontadas supra, não são passíveis de ser redutíveis a relações contratuais ou de concertação de vontades. O aval constituindo-se como uma figura jurídico-comercial distinta de outras garantias pessoais, maxime da fiança, não pode ser reconvertível a um contrato consensual entre o avalista e qualquer dos demais obrigados cambiários e que, et pour cause, possa ser objecto de denúncia.

Como se extrai da definição de denúncia supra extractada esta figura ou instituto jurídico só é exercitável e admissível para as situações em que a relação contratual arranque de um contrato duradouro e que uma das partes, por declaração unilateral de vontade receptícia, pretenda pôr termo.

Não se constituindo o aval um contrato, mas um acto jurídico unilateral, não receptício, autónomo, abstracto e com as mesmas características de uma obrigação cambiária não se prefigura correcto, em nosso aviso, que possa ser objecto de denúncia.

Fixou jurisprudência do modo seguinte:

"Tendo o aval sido prestado de forma irrestrita e ilimitada, não é admissível a sua denúncia por parte do avalista, sócio de uma sociedade a favor de quem aquele foi prestado, em contrato em que a mesma é interessada, ainda que, entretanto, venha a ceder a sua participação social na sociedade avalizada."

2. Co-avales e pluralidade de avales

No primeiro caso, há uma questão prévia, de natureza teórica, que se suscita: no caso submetido a juízo houve um co-aval ou uma pluralidade de avales? Tratou-se de um ato jurídico apenas, da autoria de três autores? Ou de três atos jurídicos da autoria, cada um, de uma pessoa só?

É muito diferente e não deve confundir-se o caso em que três pessoas praticam o mesmo ato jurídico em co-autoria e aquele em que as mesmas três pessoas praticam, cada uma, um único ato jurídico da autoria exclusiva de cada uma delas. No primeiro caso, há um ato jurídico praticado em

co-autoria por três pessoas; no segundo, há três atos jurídicos. Da resposta que for dada a esta questão decorre o acerto ou desacerto da construção jurídica adotada no acórdão em análise.

A Lei Uniforme das Letras e Livranças (LULL) não admite a autoria plural de atos cambiários. Não o faz expressamente. Não contém qualquer preceito que refira ou que admita o saque em comum, nem o aceite em comum, nem o endosso em comum, nem o aval em comum. Mas não deixaria de ser concebível que duas ou mais pessoas, por exemplo, marido e mulher, ou três amigos, conjuntamente, sacassem, aceitassem, endossassem ou avalizassem, assinando todos conjuntamente nos locais próprios do título. Mas não é esse o regime das letras e livranças.

Os atos cambiários são tipicamente individuais. Mesmo quando um cheque, por exemplo, é sacado com duas assinaturas, como é vulgar quando o sacador é uma sociedade comercial ou uma outra pessoa coletiva que só assim se obriga, o saque continua a ser da autoria duma pessoa só, a pessoa coletiva sacadora. Já quando é sacado um cheque a que corresponde uma conta coletiva, como é frequentíssimo em contas abertas em nome de marido e mulher, são necessárias ambas as assinaturas para a regularidade do saque.

Não é teoricamente nem juridicamente impossível o ato cambiário coletivo, mas este não se pode confundir com uma pluralidade de atos cambiários. A doutrina do acórdão unificador de jurisprudência passou por esta questão sem se aperceber dela. E no entanto, era esta a questão mais interessante que o caso submetido a juízo suscitava.

FERRER CORREIA⁵ distingue o ato cambiário individual e coletivo, a propósito do sacador, do sacado e do tomador, mas não do avalista, e conclui que a relação entre os coautores do ato cambiário é de natureza extracambiária: «a relação entre os vários sacadores é extracambiária, interna: regulada, por isso, segundo o direito comum e a relação fundamental que deu lugar à emissão da letra».

Em obra recente, CAROLINA CUNHA⁶ reconhece mas desconsidera a diferença entre o aval plural e a pluralidade de avales, concluindo: «Concluí-

⁵ FERRER CORREIA, Lições de Direito Comercial, Letra de Câmbio, vol.III, Universidade de Coimbra, 1936, pags. 144-145. Pronuncia-se também sobre a questão a propósito da posição jurídica do sacado e do tomador, nas págs. 103-104 e 109-110.

⁶ CAROLINA CUNHA, *Letras e Livranças – Paradigmas Atuais e Recomprensão de um Regime*, Almedina, Coimbra, 1012, págs. 310 e segs., principalmente pág. 312-314. Nesta obra a Autora afasta-se da construção clássica da teoria geral dos títulos de crédito e nega as suas características fundamentais da «literalidade», «autonomia», «incorporação», «abstração» e «circulabilidade» (típica destinação à circulação), pelo que muito dificilmente a sua opinião poderá coincidir com a minha nestas matérias.

mos, portanto, que a distinção entre co-aval e avales independentes não reveste grande utilidade prática no que toca à determinação dos contornos da relação jurídica existente entre os avalistas» (pág. 312), argumentando «*inter alia*» que «também os avalistas independentes são devedores solidários e respondem pela prestação integral (art. 47.º III LU)» e que não lhe «parece curial, dentro da *lógica* inerente ao regime legal da solidariedade passiva, *dissociar* a exposição a este risco da faculdade de repercutir o encargo que representa pelos outros sujeitos de quem o mesmo credor poderia *igualmente* ter obtido a prestação», e ainda que «a tese de que ao avalista independente deve ser igualmente reconhecido um direito de regresso contra os seus pares encontra ainda *apoio remoto* na solução adotada pelo legislador português em sede de pluralidade de fiadores».

Esta tese, com o devido respeito, não me parece fundada e peca sobre tudo por não distinguir devidamente a solidariedade cambiária da solidariedade civil dos co-fiadores, nem das diferentes naturezas e regimes do aval e da fiança civil.

Em caso de um único aval prestado coletivamente por várias pessoas, a natureza comercial do ato impõe que entre os co-autores do ato de prestação do aval haja solidariedade, porque a responsabilidade é só uma embora com vários titulares. Diversamente, havendo uma pluralidade de avales prestados cada um por um avalista diferente (que CAROLINA CUNHA, na obra citada designa por «avalistas independentes»), não há entre eles qualquer relação jurídica cambiária, seja de solidariedade seja de regresso (artigo 32.º da LULL), embora possa haver alguma relação extracambiária. No domínio extracambiário, porém, não lhes é aplicável o regime da fiança, porque não são fiadores, nem estão todos obrigados ao pagamento de uma só e única dívida. Nem mesmo o eventual caráter mercantil da dívida extracambiária lhe daria o regime de solidariedade pela razão já aludida de não haver uma dívida única de que fossem todos devedores.

Estas são, resumida e não exaustivamente, as principais razões pelas quais não tenho por boa a vigência, «*ex lege*» de um regime de solidariedade fundante de um direito de regresso, entre a pluralidade de avalistas que tenham dado cada um o seu aval.

3. Responsabilidade cambiária e extracambiária

Se há tema clássico na teoria geral dos títulos de crédito, ele é o da dualidade do cambiário e do extracambiário, dos negócios cambiários e extracambiários, das relações cambiárias e extracambiárias, da responsabilidade cambiária e extracambiária.

Sob cada ato cambiário, seja ele o saque, o aceite, o endosso ou o aval, há sempre uma relação, posição ou situação jurídica extracambiária, que na teoria dos títulos de crédito se designa indiferentemente como “relação fundamental” ou “relação subjacente”.⁷ Cada ato cambiário tem uma ligação com a respetiva relação subjacente, ligação essa que se contém, ou que se discerne, na “convenção executiva”. A convenção executiva fixa convencionalmente, ou pacticiamente, e explicita a função do ato cambiário perante a relação subjacente. A convenção executiva, embora seja pacificamente designada “convenção” é técnico-juridicamente um “pacto”, um “*pactum adjectum*”, um “*pactum de cambiando*”.

Exemplificando, se alguém deve uma quantia a outrem, a prazo, pode, se quiser, aceitar uma letra ou subscrever uma livrança, com esse prazo e com esse valor. O devedor fica a dever duas vezes: aquela quantia que já devia, emergente da relação subjacente, e a mesma quantia cambiariamente, embora as duas dívidas tenham naturezas e regimes jurídicos distintos. Mas não pode ficar a dever a dobrar. O credor, ou cobra uma, ou cobra a outra, mas não pode cobrar as duas. Assim fica pactuado entre ambos na convenção executiva. Mas tanto pode ser pactuado que cobre primeiro o crédito cambiário e só subsidiariamente o crédito subjacente (se aquele por qualquer razão não for pago), como pode ser pactuado o contrário, que cobre primeiro o crédito subjacente e só se este não for pago exerce o direito de crédito cambiário. Este é um exemplo simples, apenas paradigmático, que não esgota de modo algum a imensa riqueza de composições e combinações negociais que a teoria permite e a prática consagra. Costuma criar dificuldades o caso do ato cambiário de favor que parece não ter relação subjacente, mas tem a «convenção de favor». E também ao aval, como promessa cambiária unilateral e abstrata, necessariamente formal, se costuma atribuir como relação subjacente a fiança, mas não necessariamente bem.

A dicotomia – relação cambiária, relação subjacente – não se torna uma tricotomia com intermediação da convenção executiva – «*pactum de cambiando*» – porque não se trata dum «*tertium genus*». A convenção executiva é um pacto extracambiário, que se integra naquela dicotomia ao lado – «*alongside*» – da relação subjacente. Integra-se nela e só conceitualmente, ou talvez melhor, funcionalmente, dela se distingue. E não é preciso distingui-las.

⁷ Pessoalmente, prefiro a expressão “relação subjacente”.

4. Os avales dos sócios das sociedades comerciais

É do quotidiano que os sócios prestem avales em favor das sociedades comerciais em que participam. Os casos mais típicos sucedem em sociedades por quotas cujos capitais são escassos para os negócios em que se envolvem ou, noutra perspetiva, que expandem os seus negócios para além das forças dos seus capitais próprios. É típico, é normal e é corrente que os comerciantes – e as sociedades comerciais, principalmente as sociedades por quotas, que constituem de longe a maioria dos comerciantes, quer em número quer em valor – tentem sempre crescer, aumentar o seu volume de negócios e os seus lucros. É o lucro que move o comércio e os comerciantes, sendo que o lucro é a contrapartida do risco.

Há autores que criticam e encaram com desconfiança a crónica insuficiência dos capitais das sociedades comerciais, principalmente das pequenas e médias sociedades por quotas. Subliminarmente, quando não mesmo expressamente, acusam-nas – e principalmente aos seus sócios – de menor seriedade ou honestidade na omissão das entradas com os capitais necessários para o giro da sociedade com o nível de negócios que prossegue. Mas sem razão. É próprio do comerciante arriscar-se, é próprio do seu tipo social de frequência. Quem não tiver apetência pelo risco nunca será comerciante, quedar-se-á num tranquilo ofício de funcionário, com salário garantido e serenidade no sono. Mas não assim o comerciante, o mercador do antigamente, o empresário de hoje que – de modo semelhante ao jogador compulsivo – tem o gosto, quando não o vício, do risco. É próprio do comerciante ambicionar crescer sem limite. Nem todos conseguem e muitos ficam pelo caminho mas destas incessantes tentativas acaba por resultar uma economia de mercado com agilidade, pujança e riqueza. O comerciante típico trabalha com capitais próprios e capitais alheios, *«equity and debt»*. Péssimo comerciante será aquele que no exercício do seu negócio se limitar aos capitais próprios e rejeitar os capitais alheios. Por isto, tendo para corrigir, de nociva para virtuosa, a impropriamente chamada descapitalização das pequenas e médias sociedades comerciais.⁸

Da apetência pelo risco que caracteriza os comerciantes resulta normal o recurso a capitais alheios e a assunção de riscos económicos dos quais os bancos se pretendem cobrir com garantias pessoais dos sócios. Estas garantias podem assumir modalidades variadas, entre as quais são francamente

⁸ Não trato da proporção óptima entre capitais próprios e capitais alheios nem do excesso de endividamento das grandes sociedades comerciais, que envolve uma problemática muito diferente e que tipicamente não se traduz em avales pessoais dos sócios.

maioritárias as prestações de avales em letras ou livranças emitidas sem preenchimento da data de vencimento e do valor a pagar (em branco). Na maioria dos casos – e restringindo aos casos mais típicos – desempenha a função de garantia do pagamento de aberturas de crédito renováveis, nas quais não se sabe de antemão qual o valor da dívida final nem a data do vencimento. Por isso, é convencionado com o Banco um pacto de preenchimento (convenção executiva) que regula os termos e limites em que a letra ou livrança virá a ser preenchida no que tange ao valor e data. Usualmente, o Banco avisa por carta antes de preencher e cobrar em processo executivo o crédito cambial. O Banco exige sempre (ou quase sempre) que os sócios, ou pelo menos os sócios gerentes (raramente os gerentes não sócios) deem o seu aval pessoal pela sociedade. O argumento usado é quase sempre o de que «se os sócios (ou os gerentes) não acreditam na sociedade, porque é que o Banco há-de acreditar».

Se o pacto de preenchimento celebrado com o Banco costuma hoje ser escrito num documento quase sempre intitulado «Autorização de Preenchimento», embora possa ser meramente oral e mesmo simplesmente tácito, é já muito menos frequente a formalização de entre os sócios (ou gerentes) avalistas da sociedade de um acordo extracambiário que regule o modo como virá a ser partilhado entre eles o valor que vierem a ter de pagar na qualidade de avalistas, no caso de o Banco lhes exigir o pagamento. No regime cambial do aval, o portador da letra ou livrança avalizada em branco, quase sempre um Banco, pode, a seu livre alvedrio, acionar todos, alguns ou apenas um dos avalistas e receber de qualquer um o valor do crédito avalizado.

5. A convenção extracambiária expressa

É de toda a vantagem que os avalistas da sociedade assentem entre si e formalizem por escrito esta matéria.

Há casos em que o fazem constar da ata da gerência ou do conselho de administração que deliberou que a sociedade contraísse o mútuo bancário (ou outra operação), conjuntamente com as respetivas condições, entre elas a emissão e aceite da letra ou subscrição da livrança em branco, o respetivo regime de preenchimento, a identidade dos avalistas, a responsabilidade de cada um em caso de execução dos avales e o regresso contra a sociedade.

Ocorre também a estipulação específica e expressa, frequentemente por escrito, entre os avalistas, que regule os termos em que será eventualmente suportado e partilhado entre eles o custo da execução dos avales. Os ava-

listas sabem que, ao prestarem o seu aval, assumem uma responsabilidade individual, singular e abstrata. Não se pode presumir que desconheçam o regime jurídico do aval, por um lado, porque na maior parte das vezes agem com assistência jurídica e, por outro, porque a matéria e o regime do aval é do conhecimento corrente do comerciante típico.

Cada vez mais frequentemente, os sócios avalistas estipulam entre si expressamente a partilha do custeio da eventual execução de um ou mais dos avales que prestaram. Eles sabem que, se as coisas não correrem bem, os avales podem vir a ser executados e é de uma prudência mínima que o deixem desde logo claramente acertado.

Nesta matéria, são na prática convencionados os modos mais variados de partilha.

Os mais simples e correntes são os da partilha por igual ou na proporção das respetivas quotas.

Mas sucede também com frequência que seja estipulada a desoneração de um ou mais dos avalistas em caso de execução do aval, obrigando-se os demais a suportarem entre si a totalidade do seu custo. Na maior parte dos casos assim sucede porque um ou mais dos sócios não quer avalizar, ou porque não concordam com a operação donde resultam os avales, ou porque se não sentem financeiramente capazes, ou por outras razões quaisquer; mas, perante a evidência do prejuízo que a sua recusa em avalizar causaria para a sociedade, aceitam prestar aval desde que os demais sócios, nas relações entre si, os exonerem das suas eventuais consequências financeiras. Sabem que esta convenção é inoponível ao credor do aval, mas asseguram-se de que os demais os lirrarão daqueles custos e que os poderão acionar e executar se não honrarem este compromisso.

Não é infrequente também que convencionem uma imputação do custo do pagamento do ou dos avales desproporcional aos valores das respetivas quotas. Esta desproporção decorre, por vezes, do facto de nem todos serem sócios gerentes, de nem todos serem remunerados pela gerência, de as suas remunerações serem diferentes, de a prestação dos avales ser gratuita ou onerosa e do valor da contrapartida, ou de outras quaisquer razões.

Há nesta matéria um campo muito amplo e livre para a autonomia privada e a experiência mostra que a imaginação dos avalistas é fértil.

Mas muitas vezes, também, assim não acontece.

6. A convenção extracambiária tácita: o contributo da participação social

Na falta de convenção expressa, escrita ou oral, entre os sócios avalistas ou entre estes e a sociedade, nem por isso deixa de ser juridicamente deter-

minável o regime da partilha entre os avalistas do custeio do pagamento dos avales. A participação social tem essa virtualidade.

A participação social pode ser muito diversa nas sociedades comerciais e assim sucede com frequência e naturalidade. Deixo de fora as sociedades em nome coletivo e as comanditas, por serem mais raras e por terem um regime de responsabilidade que não suscita a necessidade da prestação de avales pelos sócios, principalmente pelos sócios gerentes, atendendo aos respetivos regimes de gestão e de responsabilidade pelo passivo. Concentrando-me nas sociedades por quotas e anónimas, são muito variadas as configurações e as proporções possíveis das participações sociais.

É muito frequente a prestação de avales por sócios de sociedades por quotas e, embora menos, também por sociedades anónimas fechadas com pequena dimensão. Concentrar-me-ei no caso das sociedades por quotas, por ser mais típico.

O caso talvez mais frequente é o da prestação de avales pelos sócios gerentes de sociedades por quotas em que todos os sócios são gerentes e têm quotas de igual valor. Mas muito frequentemente os valores das quotas são diferentes e também, embora mais raramente, nem todos os sócios são gerentes ou há gerentes não sócios.

Sempre que todos os sócios sejam gerentes e tenham quotas de igual valor, é natural, no sentido de típico e expectável, é da natureza das coisas, que seja partilhado entre todos os avalistas o custo que eventualmente venha a ser suportado por um ou mais entre eles, caso algum dos avales venha a ser executado. No caso de ter sido prestado mais do que um aval, o portador do título pode optar, de sua livre escolha, entre acionar todos, alguns ou apenas um dos avalistas. Mesmo que sejam acionados todos ou mais de que um dos avales, pode suceder que o pagamento venha a ser feito por um ou alguns apenas dos avalistas, não todos, por variadas razões, designadamente uma sua maior exposição à perda de reputação no mercado consequente da execução.

Quando os avalistas sejam todos sócios com quotas iguais, é natural que tenham querido envolver-se financeiramente em partes também iguais; quando as suas quotas sejam diferentes, é também natural que o tenham querido fazer proporcionalmente às suas participações.

A própria participação social e a proporção que nela assumem as respetivas quotas suporta um juízo conclusivo fundante duma estipulação tácita, nos termos do artigo 217.º do Código Civil (facto concludente). A proporção das partes sociais dos sócios avalistas na participação social constitui um critério *«prima facie»* de partilha do suporte económico do custo da execução de um ou mais dos avales prestados. Dessa proporção resulta «com toda a probabilidade» a intenção e o assentimento dos

avalistas no sentido de partilharem entre si, na proporção das suas participações, o custeio da eventual execução de um, ou mais avales, ou de todos eles. Pode, pois, e por via do artigo 217.º do Código Civil, retirar-se das circunstâncias do caso uma estipulação extracambiária tácita entre os avalistas que lhes permita partilhar e exigir que seja partilhado o custo suportado por algum ou alguns deles em consequência da cobrança e pagamento do aval.

Esta conclusão não é necessária nem automática. Seja na construção inglesa dos «*implied terms*», seja na alemã dos «*11. konkludente Handlung*», seja na portuguesa das declarações tácitas, a conclusão pode ser afastada se se concluir que, não obstante o sentido implícito, conclusivo, natural, tiver sido outra a intenção das partes. Na lei portuguesa e segundo o artigo 217.º do Código Civil, basta assim que se possa concluir «com toda a probabilidade». Nem sequer há uma grande exigência na concludência.

A questão pode complicar-se e ser acentuadamente menos simples quando haja uns avalistas que sejam sócios gerentes, outros que sejam sócios mas não gerentes, outros que sejam gerentes mas não sócios, outros que não sejam nem uma coisa nem outra, quando uns tenham avalizado gratuita e outros onerosamente, quando as remunerações dos sócios gerentes sejam desproporcionais aos valores das suas quotas, quando haja sócios usufrutuários, etc. As configurações das participações sociais podem ser típicas ou não. Se forem típicas, do seu tipo pode muitas vezes extrair-se e discernir-se um sentido. Quando o não puder será frustrar a procura da convenção extracambiária tácita.

A participação social facilita um recurso importante para a concretização do regime da partilha entre os avalistas do custeio do pagamento dos avales, mas não resolve tudo. Dá todavia um contributo que não pode ser desprezado.

7. Falta total de convenção ou da sua prova

Não é natural que nada tenha sido convencionado entre os sócios avalistas da sociedade. Quando avalizam uma mesma obrigação cambiária da sociedade, embora procedam cada um ao seu aval próprio e individual – e não a um co-aval comum – os seus avales foram prestados, normalmente, na mesma circunstância, para caucionar uma mesma responsabilidade da sociedade, por uma mesma exigência do credor. O assunto terá normalmente sido discutido em conjunto e até deliberado na mesma sessão do órgão de gestão.

Mas não deixa de ser possível que os sócios avalistas nada tenham convencionado quanto à partilha do custeio da execução de um ou mais dos avales prestados. Neste último quadro fáctico incluem-se duas situações, aquela em que se tenha provado que efetivamente nada foi estipulado entre os avalistas e aquela em que não obstante ter sido alegada alguma estipulação, nada ter, todavia, ficado provado. É sabido que a falta de prova não corresponde à prova do contrário, mas pouca ou nenhuma diferença decorre de nada ter sido provado ou de ter sido provado que nada foi estipulado. Para todos os efeitos, na concretização da questão que constitui o tema deste escrito, não pode contar-se com uma convenção extracartular estipulada entre os sócios relativamente à partilha do custo do pagamento de um ou mais avales.

Se os sócios avalistas nada estipularem entre si, nada poderão exigir uns dos outros. O artigo 32.º da LULL, aplicável às livranças por remissão do artigo 77.º também da LULL não prevê qualquer crédito cambiário do avalista que paga a letra sobre os outros avalistas que a não tenham pago. Só extracambiariamente o avalista que pagou poderá exigir dos outros avalistas a compensação total ou parcial do que tiver pago.

No recente acórdão de uniformização de jurisprudência, de 5 de Junho de 2012⁹ foi decidido que «sem embargo de convenção em contrário, há direito de regresso entre os avalistas do mesmo avalizado numa livrança, o qual segue o regime previsto para as obrigações solidárias», com fundamento, abreviadamente em que «*remetidos para o direito comum no que concerne às relações internas entre os diversos avalistas, por falta de regulamentação do direito de regresso na L. U., não se descortinam motivos que, por uma ou outra das vias, afastem a aplicabilidade do regime estabelecido para as obrigações solidárias, o que, em regra, se traduzirá na admissibilidade do direito de regresso e na distribuição da responsabilidade de acordo com a presunção que decorre do art. 516.º do Código Civil, sem prejuízo do funcionamento da liberdade contratual que pode levar a que, ao abrigo do disposto no art. 405.º do Código Civil, se estabeleçam acordos quer sobre a existência e condicionalismo do direito de regresso, quer sobre a repartição da responsabilidade*». Salvo o devido e merecido respeito, esta decisão não está de acordo com a lei, como ficou bem expresso em seis votos de vencido com que foi tirado.¹⁰ Tenho esperança de que, no futuro, o Supremo Tribunal de Justiça venha a corrigir esta sua decisão.

Em minha opinião, este foi mais um caso de divergência entre o processo decisor e o processo legitimador. Nota-se no texto que o julgador se

⁹ STJ 5.VI.12, Revista n.º 2493.05.0TBBCL.G1.S1

¹⁰ Votos dos Conselheiros Azevedo Ramos, Silva Salazar, Nuno Cameira, Pereira da Silva, Joaquim Cabral, Gomes Rodrigues e Ana Paula Boularot.

incomodou com a injustiça de que aparentemente padeceria a decisão que tivesse privado o avalista que pagou de recuperar perante aquele que não pagou, a parte que lhe competia. O autor na ação não teria sequer invocado a convenção extracartular e daí viria a impossibilidade de se ressarcir da parte do custo do pagamento do aval que lhe seria injusto suportar. Tratar-se-ia porventura de um erro de patrocínio, mas os Tribunais não gostam de chancelar uma injustiça.

Porém o erro torna-se patente quando se lê, no duto acórdão, que entre os três sócios avalistas foi efetivamente celebrado um acordo extracambiário pelo qual dois deles se comprometeram perante o terceiro a exonerá-lo daquela e de outras responsabilidades ligadas à sociedade. Este acordo, que foi posterior à prestação dos avales, ocorreu concomitantemente com a cessão da quota do exonerado e por causa dessa cessão. Nesse acordo ficou estipulado que «Assim, os cessionários assumirão, a partir desta data, toda a situação económica, designadamente quaisquer compromissos sociais, créditos e débitos, mesmo que vencidos e não pagos». Esta estipulação tem por conteúdo a aceitação por ambos os sócios que remanesceram na sociedade de suportarem entre si e em conjunto a totalidade de quaisquer compromissos sociais, o que inclui, sem margem para dúvida, os emergentes do vencimento da livrança por todos avalizada. No caso, tinha efetivamente sido alegada e provada a sua celebração entre os sócios avalistas, e tal convenção extracartular conduzia, segunda a doutrina clássica, por mim sempre sustentada,¹¹ à conclusão de que o custo do pagamento do aval deveria ser partilhado em partes iguais pelos dois sócios avalistas que se mantiveram como sócios, com dispensa daquele que cedeu a sua quota e perante quem os primeiros se comprometeram a tanto.

Afinal não era necessário aplicar um regime jurídico que não tem suporte na lei. Bastava reger a questão pela convenção extracambiária escrita e expressa dos sócios avalistas.

8. A questão da caducidade do aval com a extinção da participação social

O Supremo Tribunal de Justiça foi chamado a pronunciar-se sobre uma outra questão intimamente conexa com esta. Tendo um dos sócios avalistas cedido a sua quota e deixado de ser sócio, pretende declarar unilateralmente a «denúncia» do seu aval. Para tanto partiu do facto de o aval

¹¹ Designadamente em *Pluralidade de avales por um mesmo avalizado e «regresso» do avalista que pagou sobre aqueles que não pagaram*, in *Nos 20 Anos do Código das Sociedades Comerciais*, III, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, págs. 947 e segs.

estar lançado sobre um título em branco, com a data do vencimento por preencher, o que constituiria de algum modo uma vinculação sem prazo, suscetível, como tal, de denúncia unilateral. Extinta a participação social para o avalista, deixaria de haver fundamento, «*causa*», «*Grund*» para a vinculação cambiária ao aval.

Porém, o aval, como ato cambiário, é abstrato e dele decorre uma vinculação jurídica igualmente abstrata. Como tenho sempre defendido, constitui uma promessa abstrata de pagamento com função de garantia. A abstração torna o aval incólume perante problemas da causa, «*exceptiones ex causa*». E, nesta conformidade, o Supremo Tribunal de Justiça desatendeu uma pretensão formulada por um avalista ex-sócio e decretou, como uniformização de jurisprudência, que «Tendo o aval sido prestado de forma irrestrita e ilimitada, não é admissível a sua denúncia por parte do avalista, sócio de uma sociedade a favor de quem aquele foi prestado, em contrato em que a mesma é interessada, ainda que, entretanto, venha a ceder a sua participação social na sociedade avalizada».

Bem andou o Supremo Tribunal de Justiça. Não são convincentes os argumentos tendentes a justificar que o sócio avalista, quando se afasta da sociedade, se desvincule do aval que prestou. Essa desvinculação seria possível desde que ele, o sócio avalista, assim o tivesse estipulado, ou na convenção executiva – no pacto de preenchimento – ou numa convenção extracambiária celebrada com os demais sócios avalistas. Ambas as soluções seriam hábeis para o efeito, embora a primeira seja mais eficiente.

Ao subscrever a livrança e ao dar o aval, nada impede que seja negociado com o credor que fique estipulado no pacto de preenchimento que a obrigação emergente do aval não seja exigida nem cobrada do sócio que se tenha afastado da sociedade. Esta estipulação pode ser oposta pelo avalista ex-sócio contra o portador que seja também parte no pacto de preenchimento. Já não o pode ser, porém, a um portador subsequente que não seja parte no pacto de preenchimento. Se o título tiver entretanto circulado e o portador que o pretende cobrar não for parte no pacto de preenchimento, o avalista terá de o pagar, mas poderá exigir daquele com quem celebrou o pacto de preenchimento tudo quanto pagou, acrescido de despesas, por violação do pacto de preenchimento. O portador que tiver celebrado o pacto de preenchimento da letra ou livrança em branco pode mantê-la em carteira até ao vencimento ou pode endossá-la antes do vencimento. Se o fizer, tem de proceder ao preenchimento antes de endossar a letra ou livrança, já não em branco, ou se a endossar em branco, fica obrigado – e esta obrigação é de resultado – a que o título venha a ser preenchido com respeito por aquele pacto. Ele está contratualmente obrigado e responde, em responsabilidade civil por incumprimento, se o título que endossou

em branco vier a ser preenchido e cobrado em desconformidade com o pacto de preenchimento.

Se for celebrada entre os sócios avalistas uma convenção extracambiária em que seja estipulada a exoneração da responsabilidade do avalista que saia da sociedade, o avalista ex-sócio poderá exigir dos seus antigos sócios que procedam de modo a que nunca venha a ser contra ele exigido o pagamento do aval. Nesta convenção extracambiária, os sócios avalistas podem ter assumido uma obrigação de diligência ou de resultado. É uma matéria de autonomia privada e podem estipular uma coisa ou outra. Caso venha a ter de pagar o aval, o avalista poderá então responsabilizar os seus ex-sócios e, se houver incumprimento, obter deles o pagamento de tudo quanto gastou, a título e com fundamento na violação desta convenção.

Mas, se nada tiver estipulado no pacto de preenchimento ou noutro instrumento contratual com o sacador da letra ou o emitente da livrança, o avalista ex-sócio nada lhes poderá opor; e se nada tiver estipulado com os seus ex-sócios, também nada lhes poderá opor.

O que o avalista não pode é pretender desvincular-se sem ter estipulado essa desvinculação em sede própria, no pacto de preenchimento ou noutra convenção extracambiária da qual seja parte o emitente da letra ou livrança. Ninguém é obrigado a prestar avales, e deve honrá-los quando os presta. De outro modo, ninguém poderá confiar num aval. Seria a morte jurídica do aval.

Como bem se escreveu no 18. STJ 11.XII.2012, «O aval não pode ser sujeito a condição; a fiança pode». Admitir que o aval possa ficar condicionado à continuação do avalista como sócio da avalizada, ou a outro facto futuro incerto, independentemente de estipulação cambiária ou mesmo extracambiária, seria pior do que confundir o aval com a fiança, tornaria o aval mais frágil, contrariando a boa doutrina dos títulos de crédito e a própria Lei Uniforme. O aval que perdesse a eficácia pelo facto da cessação da participação social do avalista, estaria sujeito a condição resolutiva, constituída pelo «facto futuro incerto» que determinasse a extinção da participação social, seja esse facto a amortização ou cessão da quota, a venda das ações, a exclusão ou outro.

A condição pode ser estipulada extracambiariamente, designadamente no pacto de preenchimento. Mas não no aval propriamente dito.

Há dois argumentos que se invocam contra a solução do acórdão. Em primeiro lugar, o caráter indeterminado do tempo da vinculação dos avalistas, o que permitiria a denúncia unilateral; em segundo, a continuação da vinculação do avalista para além do tempo em que deixou de ter influência na gestão da avalizada, o que privaria de fundamento jurídico – «causa civilis obligandi» – a vinculação do avalista. Nenhum deles é convincente.

São muitos os tipos de casos em que o credor – ou o potencial credor – pede que a sociedade que subscreva uma livrança em branco ou que aceite ou mesmo saque uma letra em branco avalizadas pelos sócios gerentes. A título de exemplo, e sem exaustividade, uma linha de crédito ou abertura de crédito renovável concedida pelo Banco para apoio de tesouraria/liquidez, ou para investimento; financiamento dum «*leveraged management buyout*»; contragarantia («*colateral*») da prestação duma garantia bancária autónoma; garantia da construção e conclusão das infraestruturas em contratos de urbanização celebrado com autarquias; ou a caução do pagamento do saldo que vier a ser apurado num contrato de conta-corrente renovável; ou para garantia do pagamento por parte do dono da obra após o encerramento da conta final da empreitada. O credor não é necessariamente um Banco, embora o seja frequentemente. Nada impede, por exemplo, – embora não tenha conhecimento de nenhum caso – que um advogado o peça a um cliente para garantir o pagamento final dos seus honorários.

O poder de denunciar as vinculações eternas, ou contraídas sem limite temporal, é necessário e natural porque o Direito não é favorável a vinculações contratuais eternas. A denúncia é um ato unilateral recipienda que lhes põe fim. Para que seja lícita, deve ser feita com a «antecedência razoavelmente necessária para evitar o dano». «Não existe um limite mínimo de antecedência, mas não é lícita a denúncia de surpresa».12

É problemático o alargamento do poder de denúncia à vinculação cambiária emergente do aval. O aval tem por conteúdo uma promessa abstrata de pagamento cujo objeto coincide com o valor da dívida do avalizado. O montante e o prazo são os mesmos. Mas não se trata da mesma obrigação. São duas obrigações com devedores diferentes. A dívida emergente do aval mantém-se mesmo que a do avalizado seja nula. Também cada um dos avales se mantém, mesmo que outro dos avales seja nulo. O prazo da dívida do aval é o mesmo da dívida avalizada, seja ela a do sacador, do aceitante da letra, do subscritor da livrança, ou de outro obrigado cambiário.

A letra e a livrança em branco, na maior parte dos casos, têm por preencher o valor e a data do vencimento. Mas não podem ser apresentadas a pagamento neste estado. Quando são cobradas, já têm o valor preenchido e a data também. Na ação judicial, o título está preenchido, tem o montante e uma data de vencimento. Dele não emerge uma obrigação sem prazo. A dívida cambiária, quando se torna perfeita e exigível tem um prazo certo. Antes do preenchimento, todavia, não se sabe ainda quando

12 PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, pág. 659.

será o vencimento nem qual será o valor do crédito. Durante o tempo anterior ao preenchimento, a dívida cambiária é de prazo indeterminado. Se a relação subjacente e o pacto de preenchimento o permitirem, o tempo do vencimento poderá vir a ser sempre e sempre prolongado e o valor sempre e sempre variado, serão, tempo e vencimento e valor da dívida, indeterminados.

Mas serão indetermináveis? Não são indetermináveis, mas a sua determinabilidade é unilateral e potestativa. A determinação é feita no ato do preenchimento do título. O preenchimento é feito, quase sempre pelo primeiro portador, sacador/tomador da letra ou beneficiário da livrança, que foi parte no pacto de preenchimento. Mas pode vir a ser preenchido por um portador posterior endossatário. Em qualquer caso, o preenchimento deve ser feito de acordo com o estipulado no pacto. O preenchimento não é descontrolado, nem incontrolado, nem arbitrário. Por isso, não deve ter-se por indeterminável o prazo do vencimento da obrigação do avalista. O avalista tem de saber o que está no pacto de preenchimento. Se não sabe, devia saber.

Admitamos, porém, o caso de o sócio avalista ter assinado o aval sem indagar o que foi estipulado quanto ao preenchimento. Se aceitou avalizar «no escuro» e correr esse risco, não pode, sem violar a boa fé, vir depois invocar a sua própria negligência e displicência para se livrar da obrigação. O prazo e o montante da obrigação cambiária são sempre determináveis porque têm um critério de determinação no pacto de preenchimento. E note-se que o próprio avalista pode ser parte do pacto de preenchimento. No pacto de preenchimento pode estipular o que lhe aprouver e recusar-se a avalizar se não ficar a constar do pacto de preenchimento aquilo que entender. Porém, a não ser que ocorra abuso no preenchimento, o avalista só se pode queixar de si próprio.

É também inconsistente o argumento da perda do controlo da gestão por parte do sócio avalista, consequente da sua saída da sociedade. Esta perda do controlo da gestão pode ocorrer por várias outras causas além da saída da sociedade. Se o sócio em questão não for maioritário, pode ser posto em minoria ou pode perder a confiança ou até entrar em conflito com a maioria. Se for maioritário, bastar-lhe-á manter-se na sociedade para controlar a gestão. Se por qualquer outra causa for afastado da sociedade, por exemplo, por exclusão ou por penhora e venda da sua quota ou parte social, ainda assim o argumento não colhe porque, ao avalizar, o agora ex-sócio, ao tempo sócio avalista, se comprometeu a pagar independentemente de controlar ou não a sociedade, tanto assim que não estipulou a sua exoneração da responsabilidade cambiária em caso de saída da sociedade ou de perda, por outra causa, do controlo da gestão da

sociedade. Se tiver saído voluntariamente, ainda menos razão lhe assistirá, com a agravante de que a admitir-se a desvinculação do sócio avalista por alienação voluntária da participação, todos eles poderiam sair, assim frustrando a garantia do credor.

Finalmente, não é ainda convincente a proposta de que o ex-sócio avalista a quem for permitido denunciar unilateralmente o aval fique vinculado à dívida tal como seria liquidada ao tempo da desvinculação, porque nem do aval, como ato cambiário abstrato, nem do pacto de preenchimento, como convenção causal resulta essa limitação. O aval pode ser dado por uma parte da dívida – aval parcial – mas isso tem de ficar a constar do próprio título (literalidade) para permitir que todos os portadores e outros intervenientes na cadeia cambiária o possam conhecer (artigo 30.º da LULL).

9. O que deve fazer o sócio-avalista

Nesta matéria não se está no domínio do direito do consumo em que os consumidores são tratados quase ao nível de incapazes por prodigalidade. É verdade que os consumidores sofrem de assimetria de informação e, alguns, mesmo de compulsão irracional para a aquisição daquilo de que não necessitam. Por isso, beneficiam de um regime especial de proteção que lhes confere a faculdade de se arrependerem após terem fechado o contrato. Mas este regime é excepcional e o seu sentido não pode nem deve ser alargado aos sócios avalistas de sociedades comerciais.

As defesas dos sócios avalistas são outras e não são diferentes daqueles que qualquer pessoa deve adotar antes de assumir todo e qualquer compromisso jurídico. Devem ler com cuidado, estudar as consequências jurídicas perante as circunstâncias atuais e previsíveis, e procurar aconselhamento. No âmbito específico das sociedades comerciais, o dever de cuidado exige ainda mais. A operação, de crédito ou outra, que constitui a relação subjacente deve ser objeto de estudo cuidadoso pelos gestores da sociedade, com aconselhamento profissional jurídico e económico (artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais). Os sócios avalistas, na maior parte dos casos são também gestores da sociedade, gerentes ou administradores. Quer na qualidade de sócios, quer na de gestores, têm o dever de diligência, de estudar a operação e de a negociar convenientemente. Têm também, como corolário, o dever de recusar a celebração do contrato ou o fecho da operação que sejam desvantajosos ou nocivos, ou com os quais não concordem.

O dever de boa fé na contratação (artigo 227.º do Código Civil) impõe que, na negociação, as partes sejam claras, suscitem todas as questões que tenham como relevantes e não fechem o contrato sem estarem de acordo sobre todas elas. É contrário à boa fé pré-contratual deixar omissa uma questão sobre a qual se não concorda (dissenso oculto)¹³ para vir depois levantá-la após a celebração do contrato e durante a sua execução.

É um vício infelizmente algo comum da negociação contratual a prática de contornar e evitar as questões e matérias com as quais a outra parte previsivelmente não concordará, de modo a «facilitar o consenso». Porém, o consenso que deste tipo de negociação resulta é um falso consenso, que acaba por suscitar desentendimentos e litígios, em que uma ou ambas as partes com demasiada frequência vai a juízo alegar o erro sobre a base do negócio, a alteração de circunstâncias ou ainda que não teria celebrado o contrato se soubesse aquilo que não perguntou e que omitiu na negociação «para facilitar o consenso». Tudo isto colide com o artigo 227.º do Código Civil e não deve ser admitido.

Antes de avalizarem letras ou livranças da sociedade, principalmente se emitidas em branco, os sócios, gerentes ou não, devem pensar muito bem no que vão fazer, porque o aval os constitui numa responsabilidade mui-tíssimo rigorosa. O rigor do regime do aval é normativamente intencional para lhe conferir uma eficiência que a fiança não proporciona. Por isso mesmo o aval e a fiança são diferentes e é fundamental que continuem a sê-lo. Como tal e com base na relação subjacente, devem pensar bem em quais os limites de tempo e de valor das vinculações que estão dispostos a assumir e, se for para si importante, devem trazer à negociação esses limites. Se houver acordo do credor, podem estipular no pacto de preenchimento que o título deixará de poder ser preenchido e cobrado após um certo prazo ou por mais do que um certo montante. Nos títulos avalizados em branco, nada impede que sejam partes também os avalistas. Pode também ser estipulado que o título não venha a ser endossado ainda em branco e as garantias de que o preenchimento será conforme o estipulado. Pode até – o que nunca vi acontecer – ser exigido ao credor que subscreva, por sua vez, uma livrança em branco em garantia do cumprimento do pacto de preenchimento. De acordo com os usos vigentes, não será fácil muitas vezes obter o acordo do credor beneficiário do título em branco e dos avales dos sócios a limitações estipuladas no pacto de preenchimento que reduzam a eficiência da garantia. É uma pura questão de poder negocial e de negociação.

¹³ PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit, págs. 417 e segs.

Também é importante que seja ajustado entre os sócios avalistas e mesmo com os sócios não avalistas e a própria sociedade o regime de partilha do custo e do sacrifício emergentes da execução, cobrança e pagamento de um ou mais avales, e também a remuneração desses avales, se houver. Muito importante é também que seja regulado o modo de exonerar, ou não, os sócios que se afastem da sociedade, que deixem de integrar o órgão de gestão, no caso de prorrogação ou outra modificação da responsabilidade avalizada e tudo o mais que se afigure relevante. Esta convenção é celebrada entre os sócios e não é oponível ao portador do título avalizado, mas é exigível entre aqueles que a celebraram. Neste convénio podem ser estipuladas cláusulas penais e tudo o mais que for conveniente e que obtenha o consenso de todos.

Tanto o pacto de preenchimento como o acordo de partilha do custo do aval são negócios informais que podem ser tácitos e são-no em muitos casos. No caso do acordo de partilha do custo do aval, a participação social e, no seu seio, a proporção das partes sociais podem contribuir decisivamente para a concretização.

RESUMO: Partindo da análise breve da fusão como operação de reorganização societária resultante de um acordo entre sociedades e dos reflexos dela no plano dos sócios, o texto centra-se no preceito que estabelece a transmissão automática, com a inscrição no registo, das posições jurídicas da sociedade incorporada para a incorporante. A *ratio* da regra radica na transmissão indireta do *corpus* empresarial e na tutela do investimento dos sócios e da sua mobilização vantajosa — reflexo do interesse mercantil mais geral da máxima valorização do património empresarial. Depois, assinala-se que a transmissão no caso de fusão por incorporação apresenta especificidades, pois esta implica uma reconstrução subjectiva e uma reorganização empresarial, concluindo-se que corresponde normalmente a casos em que uma sociedade tem predomínio na relação. Por isto, sustenta-se que a transmissão de posições *intuitu personae* não é abrangida de plano na regra legal. Por fim, analisa-se o problema do relevo do *intuitus personae* nas relações mercantis actuais, abordando-se um caso concreto: o da transmissão de livrança em branco e do pacto de preenchimento.

Palavras-chave: fusão por incorporação; transmissão de posições jurídicas; reorganização societária e empresarial; *intuitus personae* nas relações mercantis; pacto de preenchimento e livrança em branco.

ABSTRACT: Starting with a brief analysis of mergers as operations of corporate reorganization resulting from an agreement between companies, and its reflections upon the stockholders, this paper focuses on the rule determining the automatic transfer of legal positions as a consequence of the merger's inscription in the public commercial registrar. The *ratio* of this rule lies in the indirect transmission of the entrepreneurial *corpus*, and the protection of the shareholders' investment and its beneficial mobilization — a reflex of the broader commercial interest in maximizing the value of the enterprise's assets. Further, we turn on the specificities of the said transfer in case of merger by absorption, given that the latter requires a subjective reconstruction and an entrepreneurial reorganization, concluding that it normally takes place when one of the companies has a predominant position. For this reason, we submit that the legal rule does not apply to the transfer of *intuitu personae* positions. Finally, we analyse the relevance of *intuitus personae* in today's commercial transactions, taking the example of the transfer of an inchoate promissory note and the completion agreement.

Keywords: merger by absorption; transfer of legal positions; corporate and entrepreneurial reorganization; *intuitus personae* in commercial transactions; completion agreement and inchoate promissory note.

Fusão por incorporação, transmissão de posições jurídicas e relações mercantis *intuitu personae*

1. Fusão e transmissão de direitos no quadro da fusão: quadro introdutório

* Professor da
Faculdade de Direito
da Universidade de
Coimbra

A fusão de sociedades é uma operação acordada entre sociedades e pode consistir na incorporação por uma da outra, caso em que uma das sociedades (pré-existente, naturalmente) absorve ou incorpora a outra ou outras (alínea *a*) do n.º 4 do artigo 97.º e primeiro caso da alínea *a*) do artigo 112.º do CSC), ou pode analisar-se na constituição de nova sociedade, com as duas (ou mais) sociedades envolvidas a extinguirem-se e a transferirem os seus patrimónios para a nova sociedade (artigos 97.º, n.º 4, alínea *b*), e 112.º, alínea *a*), segundo caso, do CSC). Em qualquer dos casos, à mutação no plano das sociedades correspondem mutações na relação da participação dos sócios das sociedades envolvidas: no primeiro caso, os sócios da incorporada adquirem participações na incorporante, em substituição das que detinham na sociedade extinta; no segundo, os sócios das sociedades extintas tornam-se sócios da nova sociedades.

No caso de fusão por incorporação, de que nos ocupamos em especial, a personalidade jurídica de uma sociedade mantém-se e a outra (ou outras) extingue-se como sujeito, transferindo para aquela que subsiste todas as relações jurídicas por si encabeçadas.

Nesta breve introdução, não entramos nas questões doutrinais que se colocam em sede de fusão. Para efeito do tema que nos propomos tratar, basta ter presente, em termos genéricos, que a compreensão da fusão como operação de reorganização societária pode concitar diferentes perspectivas doutrinais: alguns autores vêem nela algo assimilável a uma transformação, fenómeno em que a sociedade incorporada continua a viver dentro da incorporante, cujo substrato pessoal é alterado – a sociedade é incorporada, ou seja, passa a viver no corpo da outra; outros caracterizam-na antes como uma extinção sem dissolução, caso em que a incorporada deixa jurídica e materialmente de existir.

Como quer que seja, no que concerne às relações jurídicas da incorporada, elas são transmitidas por essa sociedade, como titular das relações, e o adquirente é a incorporante. Concretizando o modo como se processa a transferência de patrimónios, estabelece a alínea *a*) do artigo 112.º do

CSC que é com a inscrição da fusão no registo comercial que a sociedade incorporada se extingue e se transmitem para a incorporante os seus direitos e obrigações. O significado deste preceito é o de que, com o registo da fusão, dá-se, sem necessidade de qualquer acto ou de consentimento de algum sujeito, a transmissão em globo do património de uma sociedade para a titularidade da outra – a fusão implica uma transmissão universal e automática dos direitos e obrigações de uma sociedade para outra.

2. A *ratio* do regime da parte final da alínea a) do artigo 112.º do CSC

Tendo presente o sentido da estatuição da alínea a) do art. 112.º, pode apontar-se à lei um objectivo imediato: facilitar a fusão, promovendo a realização dessas operações, na medida em que não há, por força dessa prescrição, qualquer formalismo especial na transmissão ou hiato na titularidade e em que, contra a regra geral do direito civil (art. 424.º do Código Civil), o outro contraente não pode obstar à transmissão – nem, em geral, terceiros o podem fazer.

Mas se é este o objectivo imediato da lei, a justificação para o regime reside alhures. O fundamento último da transmissão operada pelo modo descrito não está no plano das pessoas jurídicas que são as sociedades, mas sim na tutela da empresa da sociedade e na tutela dos seus sócios. É na subsistência, na esfera da incorporante (ou da nova sociedade, se for o caso) da empresa da incorporada, do *corpus* empresarial – ou, como diz alguma doutrina, na transmissão de um património empresarialmente organizado¹ – que se pode encontrar o fundamento da facilitação da transmissão. Ora, é, assim, em última instância na tutela do investimento dos sócios dessa sociedade e na tutela da sua mobilização e realização e que funda o regime legal.

Mantendo-se esse *corpus*, e tendo sido no quadro da sua formação e desenvolvimento que as posições jurídicas se constituíram na esfera da incorporada, é legítimo que se mantenham as relações jurídicas de que derivam². A situação típica pressuposta na alínea a) do art. 112.º é pois a

¹ Cf., amplamente, GÓMEZ PÓRRUA, *La fusión de sociedades anónimas en el derecho español y comunitario*, Madrid, La Ley, 1991, págs. 47 e segs. e MOTOS GUIRAO, *Fusión de sociedades*, Madrid, Revista de derecho privado, 1953, pág. 52.

² A isto, acrescentar-se-á que o sujeito dessas relações, no plano material, não se extingue, sobrevivendo no quadro da sociedade incorporante (mas veja-se o que se diz, adiante, no texto, sobre esta “sobrevivência”).

de que a empresa (ou empresas) da sociedade incorporada passa (passam) para esfera jurídica da incorporante³.

O preceituado na alínea a) do artigo 112.º é, aliás, um afloramento da lógica tutelar mais geral do direito comercial. Em geral, no direito comercial, tutela-se a máxima valorização do património empresarial, para que o titular (aquele que investiu) possa realizar, de modo amplo e fácil, o seu investimento – essa tutela é especialmente forte no âmbito da transmissão da empresa⁴. No caso da fusão, tutela-se este mesmo interesse, no mesmo pressuposto: assumindo-se a transmissão indirecta da empresa social por via da fusão, permite-se a transmissão global e automática das posições jurídicas a ela ligadas⁵. No entanto, a lei não exige a transmissão da empresa no seu todo, nem exige que ela esteja em funcionamento ou que se dê a sua continuidade da sua exploração no quadro da incorporante: o *corpus* empresarial é visto essencialmente como um activo de que a incorporante vai passar a dispor no quadro geral dos seus demais activos.

3. Mudanças subjectivas, substracto pessoal e âmbito da transmissão: a não transmissão de relações *intuitus personae*

O fundamento que acabou de ser assinalado permite estabelecer uma reserva à transmissão. Certas relações ou posições constituídas *intuitus personae*, mormente contratos, podem não passar para a sociedade incorporante ao abrigo da regra geral do artigo 112.º, alínea a), por, pela sua natureza, *exorbitarem* do tipo das relações pressupostas neste preceito.

A razão de ser desta limitação é compreensível. Apesar da assinalada sobrevivência do *corpus* empresarial, é certo que essa sobrevivência, sobretudo na fusão por incorporação, não é isenta de especificidades relevantes para a transmissão dessas particulares relações: desde logo, a dimensão subjetiva da empresa, que, no exercício societário, assenta na sociedade e nos sócios, sofre inegáveis mudanças. Vejamos.

Como quer que se entenda a fusão por incorporação – fez-se já uma brevíssima alusão aos diferentes modos por que a doutrina a encara –, é inegável que o artigo 112.º, alínea a), do CSC, prescreve que as personalidades jurídicas das sociedades fundidas numa nova ou da sociedade incorporada noutra se extinguem, por efeito da inscrição no registo.

³ Mas as próprias empresas de uma e outra sociedade não têm que se integrar.

⁴ Cf. FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, *Direito Comercial Português*, vol. I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, págs. 48-49.

⁵ Cf. os Autores citados na n.1.

Isto assente, há que observar que, com essa extinção, não é exacto que o substrato pessoal (o grémio de sócios) se transfira necessariamente para o novo quadro societário. A sociedade incorporante desaparece e os seus sócios em princípio integram-se no corpo social da incorporante, mas pode também suceder que eles exerçam o direito de exoneração, nos termos previstos no artigo 105.º do CSC, e recebem uma contrapartida patrimonial correspondente ao valor da sua participação. Quer dizer: no caso da fusão por incorporação, a sociedade incorporante absorve a incorporada, mas o substrato pessoal desta não se mantém necessariamente íntegro no interior daquela⁶.

Aliás, não é apenas neste caso que a fusão importa mutações significativas no substrato pessoal que se encontra nas sociedades envolvidas e na sociedade “final”. Na verdade, esse substrato pessoal, mesmo que se mantenha, como que vai ser absorvido pelo da incorporante e vai tipicamente ter nela uma posição minoritária. Com efeito, a reunião dos substratos pessoais na sociedade incorporante dá-se com base na relação de predomínio que é típica da relação societária em geral⁷: a relação de forças dos sócios (o peso relativo dos sócios das várias sociedades participantes) no grémio social da incorporante, recomposto com a fusão, decorre da valorização que se deu ao património da sociedade de que cada sócio provém. Assim, a fusão por incorporação é tipicamente realizada, e é o mecanismo adequado, nos casos em que uma das sociedades envolvidas é mais forte do que a outra (ou outras) – por isto se designa por vezes esta modalidade de fusão por *absorção* –, ao passo que a fusão com constituição de nova sociedade pressupõe tipicamente (mas não necessariamente, é óbvio) uma pelo menos relativa igualdade entre as sociedades envolvidas.

Aquilo que acabamos de registar é assinalado na doutrina. Invocamos exemplificativa, mas significativamente, para melhor explicitar o que se disse acima, a lição de RAISER: segundo o conceituado comercialista alemão, a escolha da primeira forma é indicada para os casos em que “a sociedade incorporante tem preponderância” e a da segunda “quando duas ou mais sociedades com posições idênticas (*etwa gleichen*) estão em

⁶ Para a fusão em geral (e não apenas para a incorporação, onde isso é mais forte), Úria/Menendez falam de “modificação subjectiva nas relações contratuais pré-existentes em consequência do fenómeno da sucessão universal”: RODRIGO ÚRIA/AURELIO MENENDEZ, *Curso de Derecho Mercantil*, I, Madrid, Civitas, 1999, pág. 1253.

⁷ FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, *Estrutura associativa e participação societária capitalística. Contrato de sociedade, estrutura societária e participação do sócio nas sociedades capitalísticas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, págs. 86 e ss..

face uma da outra, de tal modo que nenhuma delas deseja ficar absorvida pela outra⁸.

Em síntese, em vista do significado disto para o ponto que nos ocupa: mesmo que o substrato pessoal da sociedade incorporada se mantenha, ele vai-se mover no interior da sociedade que o absorve, sujeitando-se às novas condições da lógica de poder dentro dessa sociedade.

A mutação que se assinala, se é certo que vale com especial ênfase para a fusão por incorporação (fusão-absorção), é transponível em geral para a fusão: esta não consiste numa mera modificação que deixa sobreviver as sociedades participantes, gerando-se em qualquer caso uma estrutura organizativa modificada⁹.

Por outro lado, a mutação no plano subjetivo tem paralelo frequente no plano objetivo da empresa, de modo mais nítido no caso de incorporação. Em geral, na fusão, qualquer que seja a modalidade adoptada, a sociedade mais forte absorve a empresa da outra na lógica dos fins e da gestão da sua própria empresa. Quando se dá uma fusão por incorporação ou absorção, a opção por essa modalidade – em alternativa à em princípio mais “igualitária” constituição de nova sociedade – tem subjacente, por regra, o domínio de uma sociedade sobre a outra e o mecanismo jurídico adoptado é tendente a consagrar o predomínio da “cultura empresarial” da mais forte.

Pois bem. Estas mudanças não podem deixar de ser consideradas quando a sociedade incorporada detém relações constituídas *intuitus personae*. A natureza destas, e sobretudo daquelas em que a dimensão pessoal é mais acentuada, implica não apenas a ponderação dos fins da fusão e da específica configuração da operação, mas sobretudo a ponderação do interesse do sujeito que é a outra parte nessa relação estabelecida *intuitus personae*. Ora, sendo embora relações celebradas num contexto empresarial, o pressuposto pessoal em que assentam, de que se destaca a relação de confiança, é com frequência alterado com as mudanças realizadas no concreto processo de fusão. Por esta razão, não é razoável que se imponha, de plano, a quem estabeleceu uma relação de estrita confiança, uma transmissão realizada num quadro em que não está salvaguardada necessariamente a continuidade da base pessoal e empresarial em que assentou essa confiança. A consequência, em termos de regime, será a seguinte: as posições jurídicas estritamente pessoais não

⁸ TH. RAISER, *Recht der Kapital-Gesellschaften: ein Hanbuch für Praxis und Wissenschaft*, 5.^a ed., Munique, Verlag Franz Vahlen, 2010, pág. 626.

⁹ G. F. CAMPOBASSO, *Diritto Commerciale*, 2, *Diritto delle Societá*, 5.^a ed., Torino, UTET, 2004, pág. 613, Autor em cujas palavras se inspira o texto.

cabem no âmbito da previsão do art. 112.º e, por isto, a transmissão das relações personalizadas não se pode afirmar de plano, carecendo de uma averiguação caso a caso¹⁰. Na medida em que, a fusão implica uma reconstrução subjetiva e uma reorganização empresarial que afectam, em certos casos, o pressuposto em que assentou o estabelecimento de posições estritamente personalizadas e que põem em causa a sua transmissão automática e de plano – o que é tanto mais patente na fusão por incorporação – o efeito previsto no artigo 112.º do CSC, a transmissão a título universal, funciona apenas em linha de princípio¹¹, não valendo para relações que, por sua natureza e pelo circunstancialismo da concreta fusão (mais agudo quando a fusão se dá por incorporação), estão fora do âmbito de aplicação pressuposto no preceito.

Esta solução, que, tanto quanto conhecemos, não tem merecido a atenção da nossa doutrina¹² e que não tem sido suscitada nos nossos tribunais, tem, no entanto, fortes apoios na doutrina e na jurisprudência de países que partilham regimes essencialmente idênticos – recorde-se que a III Directiva comunitária cedo impôs uma uniformização dos direitos societários nacionais em matéria de fusão. Para o comprovar, basta um brevíssimo relance sobre as doutrinas francesa e alemã – em cujos países a questão tem sido especialmente colocada, ao que não serão alheias a dimensão das respectivas economias e uma casuística mais intensa –, não sem recordarmos que também em Espanha e na Itália se apontam reservas à transmissão com carácter geral¹³.

A doutrina e a jurisprudência francesas são particularmente incisivas nesta matéria. Segundo informa MERLE, com abundantes referências dou-

¹⁰ Há no nosso direito comercial um preceito, o artigo 11.º do DL 149/95, sobre a locação financeira, em que se dá relevo à confiança pessoal que esteve subjacente à relação contratual: a transmissão do contrato não se faz sem que o financiador possa obstar a ela, invocando justamente a não confiança no adquirente (sobre isto, Filipe Cassiano dos Santos, *Direito Comercial Português*, cit., págs. 165-166).

¹¹ ASSIM, F. GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. XXIX, Padova, Cedam, 2005, pág. 529-530: o ilustre Autor sublinha que a transmissão não vale para relações que, por sua natureza, são intransmissíveis, entre as quais aponta, na linha de Greco, os contratos pessoais (v. tb. a n. 21 da pág. 530).

¹² V., significativamente, ELENA MARQUES, *Anotação ao artigo 112.º*, in *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. II, coord. J. Coutinho de Abreu, Coimbra, Almedina, 2010, págs. 291 e segs..

¹³ Cf. ÚRIA/MENENDEZ, *ob. e pág. cit.* (os Autores falam de direito de rescisão fundado na circunstância de a substituição subjetiva afectar a “relação de confiança subjacente à relação contratual anterior à fusão”) e F. GALGANO, *ob. e págs. cit.* (restringindo expressamente o âmbito de aplicação do preceito correspondente ao nosso artigo 112.º do CSC).

trinais e jurisprudenciais, “quando certos bens são considerados como ligados à pessoa da sociedade absorvida, a jurisprudência decide que eles não se transmitem à sociedade absorvente”, valendo solução idêntica para “todos os contratos marcados de *intuitus personae*”¹⁴.

Também na Alemanha, a doutrina admite que nem todos os direitos que estão na esfera jurídica da sociedade incorporada se transmitem para a incorporante: os direitos de natureza estritamente pessoal (*Höchspersönliche Recht*), aqueles que “foram concedidos só em consideração de uma determinada pessoa”, não são *em princípio* envolvidos na transmissão – tudo dependendo das conclusões que, quanto ao grau de personalização, se retirarem, por via de interpretação, dos termos em que se constituíu a específica relação. Ainda que com cautelas especiais e remetendo para uma apreciação da concreta relação, a doutrina admite, pois, a *não transmissão de plano de certas relações*¹⁵.

Com a fundamentação e apoios que precedem, podemos concluir este ponto: a parte final da alínea a) do artigo 112.º deve ser interpretada no sentido de que, com o registo da fusão, se transmitem os direitos e obrigações que *não forem de natureza estritamente pessoal*, justamente por em relação a estes não se verificarem tipicamente as razões que justificam a transmissão e que estão pressupostas no artigo 112.º.

4. O *intuitus personae* em relações mercantis – breve reflexão sobre o sentido do limite à transmissão¹⁶

À conclusão que se ensaiou no número anterior pode colocar-se uma objecção de princípio. Com efeito, pode afirmar-se que nas relações mercantis actuais não há relações estabelecidas *intuitus personae*, pois que essas relações se despersonalizaram, e que, portanto, a excepção não tem objecto.

¹⁴ PH. MERLE, *Droit Commercial. Sociétés Commerciales*, 9.ª ed., Paris, Dalloz, 2003, pág. 863 e nota 1, com amplas referências doutrinais e a decisões judiciais.

¹⁵ SCHMITT/HÖRTNAGL/STRATZ, *Umwandlungsgesetz.Umwandlungs-steuergesetz*, 3.ª ed., Munique, Verlag C. H. Beck, 2001, pág. 298, nota 66 – Autores a quem pertence a frase acima citada.

¹⁶ Neste número, como o seu próprio título indica, limitamo-nos a breves reflexões – quase sob a forma de meros tópicos – sobre a questão da natureza pessoal das (ou de algumas) relações mercantis. Ainda que sob esta forma, não é possível, nesta sede, ignorar contornar o tema. A sua autonomia não permite, todavia, um tratamento aprofundado neste texto – o tema exorbita, aliás, flagrantemente do direito societário.

A observação tem algum fundamento, mas não pode ser tomada em absoluto. Vejamos.

Antes do mais, há que precisar aquilo que se entende, numa relação jurídica, por *intuitus personae*. Este analisa-se, para os presentes efeitos, na circunstância de uma relação jurídica ser estabelecida em função da pessoa, ou, mais exactamente, das qualidades que um dos sujeitos reconhece ao outro sujeito da relação: seriedade, lealdade, crédito, competência, etc., qualidades que se podem reconduzir genericamente à confiança – a qual se reporta em última instância a pessoas humanas, às suas qualidades e comportamentos¹⁷.

Assim entendido, o *intuitus personae* está, com frequência, presente em relações civis – por exemplo, em muitos contratos de prestação de serviços, na prestação de garantias ou em mútuos ou comodatos. É assim também tradicionalmente na esfera mercantil. Com efeito, nas relações mercantis centradas no comerciante em nome individual e no seu exercício pessoal e directo, em que têm papel nuclear o crédito, a garantia da qualidade do produto comerciado, a cooperação entre comerciantes, o sujeito e a confiança que o outro deposita nele são muitas vezes decisivos para o estabelecimento da relação. Por isso, na origem do direito comercial, a relação mercantil passava efectivamente pela pessoa e era comum detectar-se a existência de *intuitus personae*. Por isso, também, continuando a firmar-se relações nesses moldes, subsistem relações em que o referente pessoal é essencial¹⁸.

Se é assim, não se podem ignorar, mesmo nesse âmbito, interesses desde sempre presentes na esfera mercantil e que em muitos casos estão em tensão com a estrita personalização das relações. Temos em mente sobretudo o interesse na fácil transmissão dos activos mercantis (mercadorias, contratos, a própria empresa) e na sua transmissão com o máximo de valorização, mas também o interesse na celeridade e na fluidez do tráfico e a própria tutela do crédito, cuja concretização em muitos casos não se compatibiliza com relações estritamente personalizadas ou sujeitas a um regime em que a personalização releve.

Com a emergência da empresa e da sociedade de comércio, a possibilidade de reconhecimento de um *intuitus personae* com o alcance que lhe

¹⁷ CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Coimbra, Almedina, 2004, pág. 548, refere ao *intuitus personae* a probidade, a honorabilidade e a lealdade.

¹⁸ Na literatura mais recente, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Direito Comercial*, vol. I, Coimbra, Almedina, 2011, pág. 29, associa a (boa) fé à confiança, probidade e crédito, e coloca a boa fé como “valor inestimável” nas relações profissionais e a confiança na mercadoria como pilar das relações mercantis.

assinalámos alterou-se significativamente. A empresa passou a ter lugar central na vida mercantil e os exercícios económicos não empresariais passaram a estar fora do direito comercial ou foram atirados para as suas margens – na evolução do direito mercantil, os redutos eminentemente pessoais, personalizados, ficaram de fora do regime especial: é assim com as profissões liberais, que são prestações de serviços incindíveis do sujeito e não empresarializadas, por definição, com o artesanato, e, em certa medida, com a própria agricultura¹⁹.

Ora, a empresa caracteriza-se justamente pela autonomia, que tem na dessubjectivação a sua dimensão mais importante: a empresa implica uma separação entre o processo e estrutura de produção, por um lado, e a pessoa do sujeito, por outro – num certo sentido, a organização prima sobre a pessoa. Em boa medida, pois, a empresa é o resultado do esbatimento do papel do sujeito no processo de produção de bens ou serviços.

Acresce que o fenómeno da empresarialização e da correspondente dessubjectivação não se confina às esferas tradicionalmente mercantis, estendendo-se, hoje, a outras zonas da actividade humana tradicionalmente civis: o exercício empresarial, por força da tendência do capital para procurar novas áreas de investimento que garantam maior rentabilidade aos capitais à medida que a concorrência reduz o lucro nos sectores que se vão tornando mais tradicionais, absorve continuadamente áreas tipicamente civis e até áreas antes não económicas. Com isso, reduzem-se mais ainda os espaços em que podem existir relações personalizadas²⁰.

Todas estas mutações se acentuam com a generalização dos exercícios através de sociedades, em maior escala com as sociedades de capitais – empresa e sociedade estão umbilicalmente ligadas e o fenómeno da empresarialização tem na utilização da sociedade de comércio uma das dimensões. Na verdade, personalizada ou não, a sociedade é sempre uma nova estrutura subjectiva de tipo associativo que se interpõe entre a pessoa e a empresa – o sujeito da empresa deixa de ser uma pessoa humana para ser uma estrutura associativa de pessoas que tem uma dimensão subjectiva própria, autónoma em relação aos sujeitos que a constituem, e que corresponde, assim, a uma nova forma, mais despersonalizada, de organizar

¹⁹ Sobre a evolução da esfera mercantil e os sectores hoje comercializados e o papel delimitativo da empresa, e, em especial, sobre a empresarialização da agricultura, v. FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, *Direito Comercial Português*, *cit.*, págs. 53-55, 76-77 e 91-95.

²⁰ Sobre a expansão da empresa e do direito comercial a novas áreas, v. FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, *Direito Comercial Português*, *cit.*, págs. 53-54 e, em especial, FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, *O contrato de instalação de lojista em centro comercial: natureza, regime e convenções adicionais a um contrato celebrado por adesão – notas a propósito de um recente acórdão do STJ*, in *Cadernos de Direito de Privado*, nº 24, 2008, *passim*.

o lado subjectivo da empresa. Os grupos acentuam ainda mais a despersonalização, com a transformação, ostensiva no domínio total, de uma sociedade em puro instrumento da prossecução dos fins e objectivos de outra sociedade – com a pessoa humana cada vez mais “escondida”.

Ora, resultado de tudo isto é que a emergência da empresa e a sua extensão a novos sectores e a generalização dos fenómenos societários conduzem necessariamente a um menor relevo do papel, ou, mais exactamente a um relevo mediatisado pelas estruturas que se interpõem, das qualidades do sujeito-pessoa humana na relação mercantil, a qual, por sua vez, se estendeu para lá do seu âmbito inicial. Não podemos esquecer, todavia, que se mantêm redutos na esfera das relações mercantis que não são estritamente empresarializadas ou só o são incipientemente: em algum comércio, por exemplo, ainda predomina a pessoa do comerciante sobre a organização; o mesmo se passa em algumas prestações de serviços, mesmo já organizadas em moldes empresariais. Nestes sectores o sujeito continua a ter um papel central e o *intuitus personae* a relevar reportado a ele.

Centremo-nos, porque é esse o nosso objetivo, na empresarialização e na sua repercussão nos termos em que pode haver, nas relações estabelecidas com empresas, um *intuitus personae*. Há que ter presente que a natureza profunda das relações mercantis não muda e que os interesses que o exercício empresarial postula não se afastam significativamente daqueles que o direito comercial clássico postulava e tutelava. Por isso, mesmo onde o exercício empresarial se impõe com a sua lógica totalitária, ele não apaga o papel da confiança (no crédito, na competência e na qualidade, na seriedade, etc.) que continua a estar subjacente a relações mercantis estabelecidas em muitos sectores ou subsectores e, porventura, mesmo nas relações mercantis em geral. A confiança continua a ter um papel importante no tráfico mercantil e na empresa. E em certos sectores, como o financeiro, a confiança é fundamental. Nesses casos em que o sujeito-pessoa humana tem um ainda um papel relevante ou, até, essencial, na formação e sobre-tudo na gestão e na projecção da imagem da actividade ou mesmo da empresa, há um quadro em que podem estabelecer-se relações *intuitus personae* em moldes tradicionais (em função do sujeito, portanto), os quais não se diferenciam essencialmente daqueles que são típicos das relações civis,

Há, no entanto, que reter um aspecto. A evolução que assinalámos não se faz sem mutações juridicamente relevantes. Hoje, onde a confiança e outras dimensões subjectivas (a imagem no mercado, por exemplo) têm relevo, esses elementos passaram as mais das vezes a ser valores da própria empresa e da sociedade, sem ligação directa com o sujeito que está por detrás delas. Isto importa uma alteração no *intuitus personae*: o novo

intuitus personae, quando presente, estrutura-se mediatizado pela própria empresa e até pela sociedade e tem por objecto as qualidades e a imagem do próprio sujeito no tráfico económico que a empresa é e, quando é o caso, do sujeito-sociedade, sem que a pessoa ou pessoas que as conduzem relevem a título principal – por outras palavras, o *intuitus personae* radica agora na imagem e nas qualidades da estrutura e organização e não na do sujeito-pessoa humana (a qual só releva indirectamente, em muitos casos de modo remoto), e a próprias actuação das pessoas humanas na empresa e na sociedade tem como resultado a sua imputação às estruturas de que são parte.

A regra, portanto, é a de que nas relações mercantis actuais em geral o *intuitus personae* ligado à pessoa não releva, excepto em casos em que, justificado por um contexto por natureza subjectivado, os sujeitos assumem esse factor por uma estipulação ou por ele estar implícito no escopo contratual ou em que esse relevo resulta do regime legal. Salvo esses casos, pode relevar, isso sim, um *intuitus personae* reportado à empresa, em que as qualidades da empresa como sujeito no tráfico, mas não propriamente a pessoa e as qualidades do seu titular, estão na base do estabelecimento de relações – casos em que cláusulas a vincular o sujeito podem até violar a natureza da relação, como veremos adiante.

A desvalorização e o recentramento na empresa do *intuitus personae*, a que vimos fazendo referência, tem algumas expressões na lei. No contrato de arrendamento, por exemplo: se, no domínio puramente civil, há uma efectiva personalização, decisivamente manifestada na opção do regime legal pela assunção de que o contraente sujeito-pessoa humana tem um papel relevante, pois que o senhorio não tem que aceitar um novo arrendatário ao qual aquele que foi por si escolhido queira passar a posição contratual (art. 1056.º, nº 2, do CCiv, que remete para o art. 424.º), já no domínio mercantil não é assim: justamente porque prevalece o interesse na venda da empresa nas melhores condições possíveis, o empresário e titular do contrato de arrendamento pode transmitir este com a transmissão daquela sem necessidade de autorização, podendo assim impor ao senhorio um novo arrendatário – que ele tem que aceitar a não ser que queira ele próprio tornar-se empresário ou intermediário na negociação de empresas, mediante a aquisição, a abrigo do direito da preferência legal, da empresa (evitando assim o novo arrendatário escolhido pelo anterior). Já no domínio da locação financeira se revela um típico *intuitus personae* empresarial: por força da dimensão de confiança no crédito, seriedade e solvabilidade da outra parte, se o princípio é o mesmo do arrendamento (o locatário financeiro pode transmitir a empresa e com ela o contrato de locação financeira), já a excepção é significativa – o locador, ao abrigo do

nº 3 do art. 11.º do DL 149/95, pode impedir a transmissão se entender que o novo locatário financeiro não oferece garantias bastantes do cumprimento do contrato. Mas o *intuitus personae* que está subjacente a este preceito – o problema aqui está, recorde-se, no crédito e na confiança que o adquirente merece do parceiro financeiro – não se liga necessariamente às qualidades de uma pessoa humana: sendo o adquirente uma empresa (*rectius*, o titular de uma empresa) e, como é mais comum, sendo uma sociedade, é, salvo situações excepcionais, o comportamento e a imagem desta, e não de quaisquer pessoas, que releva para o juízo que o financiador pode fazer sobre se obsta ou não à transmissão.

Podemos evidenciar esta diferença com um outro ponto em que o *intuitus personae* pode relevar, a mudança de sujeitos na empresa ou de sócios na sociedade que é parte num contrato. À luz de quanto se disse, a simples mudança de sujeitos na empresa ou de sócios na sociedade não é, por si só, suficiente para colocar em jogo relações contratuais baseadas na confiança (em sentido amplo), se a relação, como será comum, pressupõe qualidades da empresa e não propriamente de sujeitos. A mudança de sujeitos não é em princípio relevante e pode até suceder que a previsão contratual de consequências para essa mudança não seja lícita: nos contratos celebrados com base em cláusulas contratuais gerais e, em geral, nos contratos de adesão, o art. 15.º, que estabelece o princípio geral segundo o qual “são proibidas as cláusulas contratuais gerais contrárias à boa fé – princípio esse que se deve concretizar tendo em consideração, entre outros aspectos, “o objectivo que as partes visam atingir negocialmente, procurando-se a sua efectivação à luz do tipo de contrato utilizado” (alínea b) do art. 16.º do DL 446/85) – poderá conduzir à nulidade de cláusulas que, sem justificação na concreta relação, introduzam, por exemplo, limitações dirigidas às pessoas dos sócios ou dos participantes na empresa. Essas cláusulas, sendo a relação “entre empresas”, não terão razão de ser à luz dos objectivos que o tipo de contrato utilizado pode permitir atingir.

Em contrapartida, a ausência de mudança subjectiva pode, em certos casos, pôr em causa a confiança do parceiro, mesmo em relações empresariais puras: será assim se no contrato estiver explícita ou implicitamente a obrigação de manter na empresa (porventura, na sociedade) certas qualidades ou características dela que foram pressupostas na celebração de um contrato. Assim como a simples mudança subjectiva pode não ser suficiente para as pôr em causa, elas podem ser alteradas relevantemente sem qualquer mudança subjectiva.

Também outros pontos de regime a que o *intuitus personae* pode trazer particularidades há que ter presentes as mutações assinaladas e as diferenças que comportam. Assim, por exemplo, em matéria de incumprimento e

de resolução do contrato: a quebra de pressupostos relativos a qualidades das pessoas, à confiança, pode constituir justa causa de resolução²¹. Ora, a interposição da empresa transfere a análise da manutenção da confiança e dos comportamentos para o plano institucional, desconsiderando-se o plano pessoal a não ser quando ele se imputa e se reflecte nesse plano institucional²²: há que distinguir aquela que é uma relação pessoal comum daquela que é uma relação entre empresas e entre sociedades, onde os aspectos relevantes se colocam sempre no plano da estrutura e não (direc-tamente) das pessoas.

Pode, assim, concluir-se: pode haver realmente relações *intuitu personae* da esfera mercantil. No entanto, por regra, essa relação coloca-se ao nível das estruturas empresariais e societária e das qualidades delas pressupostas nos contratos, e não propriamente na consideração de qualidades de pessoas, com as diferenças inerentes à diferença de planos.

²¹ Cf., sobre o ponto, J. BAPTISTA MACHADO, "Pressupostos da resolução por incumprimento", in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro*, BFD, Coimbra, 1979, págs. 352 e segs., e CARNEIRO DA FRADA, *ob. cit.*, págs. 557-558.

²² Sobre isto, v. o Acórdão do STJ de 21 Maio 2009, in www.dgsi.pt, proc. nº 09A0643, que cita Carneiro da Frada, para concluir, sem distinguir contratos empresariais de contratos civis e não empresariais, que um contrato de gestão de empresa é celebrado *intuitu personae* e que "uma coisa é a confiança entre as Partes estar deteriorada e em progressiva degradação, com acusações recíprocas de incumprimentos e ameaças de resolução, clima que os autos abundantemente reflectem, o que tudo era susceptível e, quiçá, justificativo da cessação da relação contratual, com ou sem consequências indemnizatórias, outra coisa será, parece-nos, para além desse âmbito das relações próprias do contrato e sem qualquer repercussão útil nas mesmas ou na sua liquidação, um dos contraentes, em contrato de cooperação e confiança, acusar o outro da comissão de crimes decorrentes de violações das relações contratuais, as quais, de resto, quanto às actuações dolosas não ficaram demonstradas. Foi, permita-se a expressão, a cereja colocada no topo do bolo. Sob este aspecto, a queixa, porque de indecifrável utilidade face ao (simultaneamente) despoletado mecanismo admonitório – visando, *inter alia*, a solução dos problemas informáticos ou a resolução do contrato – e porque a Apresentante, apesar do acervo de imputações que fez, nada mais demonstrou existir que os confessados acessos remotos, quando formulada, como foi, sem precedência de um contacto a dar notícia das convicções da Denunciante e da sua efectiva intenção, bem pode considerar-se também abusiva, à luz dos princípios da boa fé, correção e lealdade, e mesmo temerária, agora no confronto entre a factualidade denunciada e a provada (vg. quanto aos factos relativos ao furto e à concorrência desleal). Não poderiam as Recorridas deixar de prever que, ao procederem criminalmente em semelhantes termos, inviabilizavam totalmente a continuação da execução do programa contratual, ferindo de morte o contrato e, como tal, destruindo, só por isso, qualquer efeito útil à interpelação admonitória". Julgou, pois, lícita a resolução com este fundamento.

5. Um exemplo concreto de posições jurídicas de carácter personalíssimo e a sua não transmissão (mas antes caducidade) com a fusão

Para ilustrar e testar as considerações que precedem, podemos conferi-las à luz de um caso concreto retirado de um tipo de fusão comum – a fusão por incorporação entre sociedades detentoras de bancos.

Típico do negócio bancário é que um banco detenha em seu poder livranças em branco e as respectivas autorizações de preenchimento, que lhe foram entregues aquando da realização de operações de financiamento. Se o banco – em rigor, a sociedade anónima que o detinha – for fundido, por incorporação, com outro – em rigor, outra sociedade bancária – pode questionar-se se estes documentos e (ou) os direitos ou poderes que porventura deles derivavam foram transmitidos *ex lege* para a sociedade incorporante por força da fusão.

O primeiro passo da resposta ao quesito formulado é identificar com rigor aquilo que, à data da fusão, se encontra na esfera jurídica da sociedade incorporada. Na sua génese – à data da emissão dos documentos –, a simples entrega de um documento intitulado livrança, com algumas assinaturas, mas sem os demais elementos essenciais que a livrança deve conter (artigo 75.º da LULL), não configura entrega de um verdadeiro título de crédito. Na verdade, a livrança apenas se forma como tal com o pleno preenchimento do documento com os elementos exigidos pelo artigo 75.º; em consequência, o documento com a palavra livrança e (algumas) assinaturas não é ainda uma livrança – em suma, a chamada *livrança em branco*, à qual está subjacente um documento que confere poderes para ser completada e no qual se estabelecem os termos do preenchimento, tal como, por maioria de razão, a livrança (simplesmente) *incompleta* (aquela que também ainda não foi completada e que não é acompanhada por acto a definir os termos do ulterior preenchimento), não é uma verdadeira livrança²³. Supondo que não houve preenchimento até à data da fusão, a

²³ Assim, v. FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, *Aval, livrança em branco e denúncia ou resolução de vinculação – anotação ao Acórdão de Uniformização do STJ de 11-12-2012*, in Revista de Legislação e de Jurisprudência (RLJ) n.º 3980, ano 142.º, págs. 314/1.ª coluna-315. No mesmo sentido, cf., ainda, PINTO COELHO, *Lições de Direito Comercial*, 2º vol., fasc. IV, As letras, 2.ª parte, Lisboa, 2.ª ed., 1955, pág. 33, FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial*, vol. III, *Letra de câmbio*, Coimbra, Universidade de Coimbra (policopiado), 1975, pág. 134, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, vol. III, *Títulos de crédito*, Lisboa, AAFDL, 1992, págs. 113-114 e 116-118. – e na linha destes Mestres, já FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, *Direito Comercial Português*, cit., pág. 254-255. Na jurisprudência, v., desde já, o Acórdão do STJ de 17/4/2008, in www.dgsi.pt, proc. n.º 08A496, bem como o Acórdão de 2/12/2008 (www. dgsi.pt, proc. n.º 03B2060), no qual se afirma, com apoio em OLIVEIRA ASCENSÃO, que antes

consequência, para o que por ora retém a nossa atenção, é que, a essa data, *o banco não detinha na sua esfera jurídica patrimonial um título de crédito mas um simples documento contendo assinaturas tendentes a tornarem-se vinculações cartulares com o preenchimento.*

Ora, este documento, por si só, *não confere direitos actuais ao seu detentor*. Com efeito, os direitos do banco à época da fusão resultam do documento anexo no qual se autoriza o preenchimento e se fixam os seus termos, preenchimento esse com o qual se obteria a transformação daquele documento em título de crédito.

É destarte a sorte deste conjunto de direitos – um, sobre o documento incompleto tendente à formação de uma livrança, outro, emergente da atribuição de poderes – no quadro da fusão que importa averiguar.

Não se pode descartar, por ser porventura o caso comum, a hipótese de o banco ser titular de créditos constituídos sobre algum ou alguns dos subscritores dos documentos e de haver *transmissão de créditos por ocasião da fusão*. Haverá que ponderar a hipótese de o documento e os poderes de preenchimento respectivos se transmitirem com créditos a que porventura se liguem. (cf., *infra*, neste ponto).

À luz das conclusões que precedem, há que analisar, sob o ponto de vista exposto no número anterior, a natureza das posições do banco incorporado à data da fusão. Ora, podemos dizê-lo desde já, a dimensão *pessoal* dessas posições é patente. Em geral, nas relações bancárias, há uma forte relação de *confiança* entre banqueiro e cliente, a qual é justamente mais acentuada na relação de crédito²⁴. Esta dimensão é ainda *mais forte* na relação de crédito que implica a subscrição de uma *livrança em branco*. Comum justamente no comércio bancário, a autorização que ela pressupõe, dada a gravidade das obrigações – dizemo-lo com palavras de PINTO COELHO –, “só se concebe a favor de pessoas de grande honorabilidade”²⁵ e tem por base uma delegação de confiança de “*caráter estritamente pessoal*”²⁶. Ora, se é assim em geral, *mais forte* é essa dimensão de confiança pessoal se o cliente

do preenchimento a “letra” não tem efeito como letra. Questão distinta, e mais controvérsia, mas que não nos ocupa nesta sede, é a de saber se, apesar de não haver ainda livrança, o documento pode circular pelo modo prescrito na lei cambiária.

²⁴ Como acentua a nossa doutrina: v. A. MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito bancário*, 4.^a ed., Coimbra, Almedina, 2010, pág. 234-239, e JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Direito Bancário*, Coimbra, Almedida, 2001, págs. 334-335. Na jurisprudência, v., p. ex., o Acórdão do STJ de 18/12/2008, in www.dgsi.pt, proc. nº 08B2688, e, mais impressivamente, o Acórdão do STJ de 18/11/2008, in www.dgsi.pt, proc. nº 08B2429.

²⁵ O Autor sublinha ainda que, na normalidade das casos, ninguém se obriga em branco sem uma autorização: *ob. cit.*, págs. 28-29.

²⁶ *Ob. cit.*, pág. 40.

e os seus garantes dão ao Banco, como é (ou era) muito comum, poderes *amplíssimos*, que permitem a este usar aquela livrança em branco para qualquer relação de qualquer natureza, e para todas aquelas que entender – e não, como seria normal (e talvez menos suceptível de contestação por violação de regras legais), para uma concreta e especificada relação.

Evidenciado o carácter fortemente pessoal dos poderes de que o banco incorporado pode ser detentor, e sabido que nem sempre as posições personalizadas devem passar, temos *fortes reservas* quanto à possibilidade de subsunção de posições desse tipo na previsão da alínea a) do n.º 1 do artigo 112.º. Atenta essa forte personalização, e não obstante estarmos diante de relações empresariais, a especial configuração da relação cliente-banco, que não apaga completamente o banqueiro (hoje, o gestor pessoal, o gestor de *private* ou mesmo o director ou administrador, em certos casos), leva-nos a concluir que a livrança em branco e, sobretudo, a autorização de preenchimento estão *fora do âmbito de aplicação* desse preceito.

A razão que leva a que entendamos que essas posições não são abrangidas pela parte final do n.º 1 do artigo 112.º do CSC – o seu carácter personalíssimo – conduz a que se conclua que, tendo o banco titular dos documentos sido extinto com a fusão, e não tendo elas passado para a sociedade incoprorante, *elas se extinguiram por caducidade*. Esta solução decorre, por aplicação analógica, dos preceitos que prevêem a caducidade das relações que assentam numa dimensão pessoal, como o contrato de empreitada ou o contrato de agência, respectivamente no caso de morte (artigo 1230.º, n.º 1, *in fine*, do Código Civil) ou no caso de morte ou de extinção da pessoa colectiva (artigo 26.º, alínea c), do DL 178/86, de 3 de Julho)²⁷.

A esta conclusão haverá apenas que formular uma ressalva, para uma hipótese particular. A haver contratos entre o banco e o cliente-empresa em vigor à data da fusão, cuja celebração tivesse pressuposto a livrança como “caução”, e tendo-se eles transmitido, como é de regra, no quadro da previsão do artigo 112.º do CSC, pode suceder que a livrança em branco e a respectiva autorização de preenchimento se tenham tornado acessórios desses contratos e tenham sido transmístidos a esse título e, portanto, tenham seguido a sorte desses contratos, transmitindo-se com eles. A existência desse contrato e a filiação a ele atenuam (ainda que não apaguem: pode haver sempre abuso de preenchimento e circulação do título e essa simples possibilidade implica sempre grande confiança) o carácter personalístico da emissão da livrança e da autorização e tornam-

²⁷ Sobre a dimensão pessoal do contrato de agência, ANTÓNIO PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência. Anotação*, 7.ª ed., Coimbra, Almedina, 2010, págs. 54-55 e 138-139.

-se o seu referente objectivo. Neste quadro hipotético, terá havido lugar a transmissão. Mas, bem entendido, os efeitos dessa transmissão esgotam-se nesse e com esse elemento objectivante, o que significa que a caducidade se dará – ou deu – com a extinção desse hipotético contrato (artigo 651º, do Código Civil, aplicável por analogia).

Não se pode, ainda assim, concluir de imediato pela transmissão da autorização de preenchimento com um contrato. Tratando-se de uma posição personalíssima, ela em princípio caducou com a fusão. Só não terá sido assim, tendo-se transmitido contrato e autorização, se o contrato que se transmite tiver sido celebrado no pressuposto da existência da livrança e de que ela o garantia: caracterizada a posição como pessoal, só a prova da sua concreta objectivação é susceptível de paralisar a caducidade. Mas – recorde-se – mesmo que tenha havido transmissão, a autorização terá simplesmente acompanhado o contrato concreto, *extinguindo-se com a extinção dele*.

RESUMO: Neste estudo procuramos caracterizar o contrato de suprimento no quadro das sociedades anónimas, nele enquadrando os financiamentos que sejam realizados pelos acionistas enquanto tais, e traçando, com a nitidez possível, a fronteira entre o crédito resultante de um contrato com essa natureza (de mútuo societário) e a relação jurídica (creditícia) emergente de uma fonte alheia à relação de socialidade e da mesma, por isso, totalmente autónoma.

Por fim, analisamos os efeitos que decorrem deste contrato – que apresenta um regime jurídico *sui generis* –, incluindo os meramente fiscais, que podem justificar o êxito que esta figura contratual específica tem tido na praxis societária.

Palavras-chave: contrato de suprimento; suprimentos; créditos de acionistas; autofinanciamento; subcapitalização.

ABSTRACT: In this paper we aim to portray the shareholders loan agreement within the legal framework applied to private and public companies limited by shares (sociedades anónimas), considering the loans made by the shareholders, in such capacity, and to define as clearly as possible, the boundaries between the credit that results from such an agreement (shareholders loan) and the lending relationship regardless the shareholders relationship and, thus, totally autonomous from it.

Finally, we analyse the effects deriving from this agreement – that has a *sui generis* legal framework – including those which are purely of a tax nature, which might explain the success of this specific type of agreement.

Keywords: shareholders loan agreement; shareholders loan; shareholders credits; self-financing; undercapitalisation.

PAULO OLAVO CUNHA*

O contrato de suprimento na sociedade anónima: aspetos substantivos e fiscais

Introdução: a necessidade de (auto)financiamento das sociedades comerciais

As sociedades comerciais constituem-se para conferir forma jurídica à empresa comercial, isto é, à estrutura jurídica de exercício de uma atividade económica de caráter mercantil, contribuindo para que a empresa se constitua e movimente no mercado como um (sujeito autónomo) de Direito.

Ora, a empresa mercantil caracteriza-se precisamente pelo risco do capital que nela se encontra investido, em contraponto a empresas cujo risco dominante é diferente e alheio à atividade mercantil.

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa

Para se posicionarem no mercado, as sociedades de capitais devem capitalizar-se adequadamente, apetrechando-se dos meios indispensáveis à realização da atividade económica que pretendem prosseguir.

Contudo, são raras as sociedades que apresentam, desde a sua fundação, uma estrutura de capitais que lhes permita iniciar e exercer o seu objeto sem financiamento. Com efeito, com exceção das sociedades que se encontrem sujeitas a leis especiais que impõem um capital social mínimo obrigatório substancialmente mais elevado do que o (mínimo) legal, as sociedades comerciais constituem-se frequentemente com insuficiência de capitais próprios, pelo que nascem subcapitalizadas. Por isso, na sua grande maioria, as sociedades carecem de financiamento desde o arranque, sendo em regra o mesmo assegurado, direta ou indiretamente, pelos respetivos sócios, através de garantias pessoais que estes prestam a terceiros.

Só quando assume uma dimensão razoável, normalmente ao fim de alguns anos de atividade, a sociedade está em condições de recorrer ao mercado para se financiar. Até lá, o financiamento tem de ser assegurado pelos sócios com património bastante para o efeito e que lhe disponibilizam meios financeiros, sob a forma do cumprimento de obrigações sociais, tais como prestações suplementares ou prestações acessórias, ou emprestam espontaneamente as quantias de que a sociedade carece, sob a forma de contrato de suprimento.

Nalguns casos, as sociedades, não obstante surgirem subcapitalizadas, conseguem recorrer ao crédito e financiar-se junto das instituições de crédito e financeiras, no início da sua atividade, com base em garantias pessoais ou reais – que asseguram o (in)cumprimento das obrigações sociais – prestadas pelos sócios que revelam capacidade económica significativa e património conhecido.

Uma vez estabelecidas, e com um histórico positivo, as sociedades ganham a confiança dos demais agentes económicos e do público em geral, passando a beneficiar do recurso ao crédito, sem obrigações pessoais dos seus sócios ou gestores, e, quando atingem uma dimensão significativa, chegam mesmo a realizar operações de financiamento estruturadas dirigidas ao mercado, designadamente através da forma de empréstimos obrigacionistas.

1. A subcapitalização das sociedades comerciais¹

Podemos, pois, afirmar que as sociedades comerciais nem sempre se constituem com um capital social adequado às suas necessidades econó-

¹ Seguimos de perto o nosso *Direito das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 5.^a ed., 2012, pp. 261-263.

micas. Muitas vezes nascem com insuficiência de capitais, devendo recorrer imediatamente a fontes internas (sócios) ou externas (terceiros) de financiamento. Dizemos então que surgem, no mercado, subcapitalizadas².

A sociedade encontra-se em situação de subcapitalização quando não dispõe de meios financeiros suficientes para exercer a sua atividade empresarial nos termos propostos. Se tal acontecer, terá de procurar, interna ou externamente, esses meios, que lhe permitam continuar a desenvolver a sua atividade.

A subcapitalização pode ocorrer por diversas razões, dependendo estas, de certo modo, do momento da vida societária em que o fenómeno ocorre. Quando se verifica no início da atividade, a subcapitalização explica-se por uma deficiente avaliação dos custos inerentes ao arranque da sociedade. Justifica-se porque os fundadores consideraram que o investimento associado à constituição e entrada em funcionamento não teria de ser tão grande como afinal se viria a constatar. Diga-se, de passagem, que muitas sociedades se constituem, na prática, numa situação de subcapitalização consciente, vendo-se obrigadas a recorrer a empréstimos de sócios logo que começam a funcionar.

Mas pode acontecer que a subcapitalização inicial se fique a dever a uma revisão, em alta, do plano económico. Isto é, porque os sócios resolvem, entretanto, ampliar ou redimensionar a atividade societária, comprovando, naturalmente, que os meios que haviam pensado afetar eram insuficientes³.

Sobre esta questão, vd. também RUI PINTO DUARTE, «A subcapitalização das sociedades no Direito Comercial», *Fisco*, n.os 76/77, ano VIII, 1996 (pp. 55-64), em especial pp. 56-58, e mais recentemente e com maior desenvolvimento, nos *Estudos em Memória do Prof. Doutor J. L. Saldanha Sanches*, vol. IV – *Direito Fiscal, Tributação do Consumo e do Património, Fiscalidade Ambiental e Tributação do Rendimento*, Coimbra Editora, 2011, «A subcapitalização das sociedades – Notas de Direito Privado e de Direito Fiscal» (pp. 1065-1085), logrando, neste segundo estudo, articular os fenómenos da subcapitalização real e nominal das empresas (*ibid.*, pp. 1083-1084).

² Subcapitalização significa insuficiência de capitais ou de meios financeiros para a prossecução de um determinado objetivo – nos termos em que foi traçado –, que pode consistir na normal realização da atividade social. Note-se que a este fenómeno, jurídico-societário, se contrapõe o da sobrecapitalização, de sinal oposto, e que se traduz em excesso de meios, o que acontece porque se sobredimensionou a atividade social, porque esta decorreu acima das expectativas ou porque, afinal, os sócios não pretendem prosseguir a atividade societária com a dimensão com que a tinham planeado, resultando portanto um excesso de meios. A devolução aos sócios desses meios, admitindo que a sociedade permanece em funcionamento, passa, em regra, por uma operação de redução do capital para libertação de excesso.

³ O redimensionamento é também uma razão que explica a subcapitalização em vida da sociedade, embora o motivo principal que o justifica se prenda com um desempenho

Por fim, refira-se que, tecnicamente, num sentido estrito, a subcapitalização se reporta também, por referência, ao capital social, significando que este não é bastante para a sociedade prosseguir a respetiva atividade económica, de carácter mercantil.

2. A superação das situações de subcapitalização, por recurso ao auto-financiamento

2.1. Quadro

A situação de subcapitalização pode superar-se através dos próprios sócios – que, não tendo estado disponíveis para capitalizar adequadamente a estrutura societária que constituíram, facultam-lhe a título de empréstimo os meios de que ela carece – ou por recurso ou a um financiamento externo, com apelo a terceiros⁴. No primeiro caso – aquele que nos interessa neste estudo e que é sempre a via mais evidente quando a sociedade arranca –, falamos de financiamento interno ou autofinanciamento.

Constituem sempre autofinanciamento as prestações suplementares (de capital), as obrigações acessórias e os suprimentos.

Estes instrumentos são todos essenciais para as sociedades exercerem, de forma competitiva, a respetiva atividade económica. Antes de nos concentrarmos na análise do contrato de suprimento, centrando-o no domínio das sociedades anónimas, façamos uma brevíssima referência às prestações suplementares e às obrigações acessórias⁵.

menos conforme com o que havia sido previsto, quaisquer que sejam os fatores que o tenham influenciado.

⁴ O recurso ao crédito – qualquer que seja a forma que revista (do simples empréstimo ou mútuo até ao mais sofisticado *project finance*) – é um modo de heterofinanciamento por exceléncia. Alguns configuram-se com autonomia como o capital de risco ou a garantia mútua. Nesse sentido, vd. o nosso *Direito das Sociedades Comerciais*, 5.^a ed. cit., 2012, pp. 827-828.

Nalgumas circunstâncias, o financiamento pode ser, simultaneamente, assumido por sócios e terceiros. Noutros, o recurso aos sócios pode conjugar-se com heterofinanciamento. É o que sucede nos aumentos de capital e nos empréstimos obrigacionistas, quando participados por sócios e por terceiros. No entanto, no primeiro os sócios têm uma preferência legal; e o segundo dirige-se essencialmente ao mercado e, portanto, a terceiros.

⁵ Aproveitando, naturalmente, o nosso *Direito das Sociedades Comerciais*, 5.^a ed. cit., 2012, pp. 292-302, e a bibliografia enunciada nas notas 449 (p. 292) e 452 (p. 296).

2.2. Prestações suplementares

As prestações suplementares, constituindo uma obrigação acessória (à obrigação principal, de entrada), traduzem-se na assunção da disponibilidade para reforçar o capital investido, com dinheiro, de forma subordinada aos demais créditos e sem auferir qualquer remuneração (cfr. arts. 210.º a 213.º do Código das Sociedades Comerciais⁶).

As prestações suplementares são sempre em dinheiro e «não vencem juros» (art. 210.º, n.os 2 e 5). Por essa razão, e pelo regime a que estão sujeitas, designam-se habitualmente por quase-capital.

O contrato de sociedade tem de prever a eventualidade de as prestações virem a ser exigidas, mediante deliberação dos sócios (art. 211.º, n.º 1), e deve estabelecer o respetivo montante máximo (art. 210.º, n.os 1, 3, alínea a) e 4)⁷.

A restituição do capital que tiver sido prestado (pelos sócios) não pode ocorrer à custa da situação líquida da sociedade – em termos de colocar o seu capital próprio aquém do capital social – e deve ser efetuada com absoluta igualdade entre os sócios (cfr. art. 213.º, n.os 1 e 4).

A concluir, refira-se que consideramos hoje admissível a realização destas prestações no âmbito das sociedades anónimas⁸ – desde que todas as ações sejam nominativas, para ser possível identificar os acionistas que às

⁶ Diploma, abreviadamente designado pelas suas iniciais (CSC), a que se reportam todas as disposições legais que não sejam especialmente referenciadas no texto.

⁷ No entanto, pode limitar-se a estabelecer o montante máximo, caso em que todos os sócios participam proporcionalmente às suas entradas no limite desse valor (cfr. art. 210.º, n.os 4 e 3).

Fundamental é que o contrato de sociedade permita que tais prestações sejam realizadas (cfr. art. 210.º, n.os 1 e 3), visto que de outro modo será necessário proceder a uma alteração prévia do mesmo, sendo as modificações deliberadas, no respeitante ao aumento de obrigações, válidas e eficazes unicamente para os sócios que as aprovarem (cfr. art. 86.º, n.º 2 do CSC).

A recusa de efetuar prestações suplementares (de capital) é causa de exclusão do sócio (arts. 212.º, n.º 1, 204.º e 205.º).

⁸ Neste sentido, vd. o nosso *Direito das Sociedades Comerciais*, 5.ª ed. cit., 2012, pp. 294-295, e PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social nas sociedades comerciais*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, pp. 277-278.

Contra, ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades Comerciais, Valores Mobiliários, Instrumentos Financeiros e Mercados*, vol. 1 – *As Sociedades Comerciais*, 7.ª ed., Coimbra Editora, 2013, p. 392, SOFIA GOUVEIA PEREIRA, *As prestações suplementares no Direito Societário português*, *Principia*, Lisboa, 2004, pp. 187-194, e ALEXANDRE MOTA PINTO, em anotação ao art. 210.º do CSC, AA.VV., *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. III (artigos 175.º a 245.º), coord. de Coutinho de Abreu, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 277-278.

mesmas ficam sujeitos –, com a natural limitação da aplicação do regime da exclusão, em caso de incumprimento.

2.3. Prestações acessórias

A lei regula também, de forma idêntica para as sociedades por quotas e anónimas (cfr. arts. 209.º e 287.º)⁹, as chamadas obrigações (de prestações) acessórias que, em si e por natureza, podem revestir diversos tipos e são sempre suscetíveis de avaliação pecuniária, quer consistam num empréstimo em dinheiro (mútuo, remunerado ou não remunerado)¹⁰, na cedência provisória de outros bens (fungíveis ou infungíveis, móveis ou imóveis), no regime de mútuo, comodato, aluguer ou arrendamento – por exemplo, um armazém, materiais de construção civil ou um cavalo de corrida – ou numa prestação de facto ou de serviços (de advocacia, arquitetura, engenharia, gestão, entre outros). As prestações devem ser realizadas mediante uma contrapartida – caso em que se dizem onerosas – ou sem qualquer retribuição (gratuitas).

Importa, assim, distinguir as obrigações acessórias em sentido restrito daquelas que, por corresponderem a empréstimos em dinheiro, se podem

⁹ No âmbito das sociedades anónimas, a lei exige que, enquanto existam obrigações acessórias por realizar, as ações sejam nominativas (cfr. art. 299.º, n.º 2, alínea c)). Esta regra abre uma importante discussão que é a de saber se é possível, independentemente de expressa previsão contratual e da espécie das participações (isto é, ainda que as respetivas ações sejam ao portador), os acionistas realizarem empréstimos à sociedade, sob a forma de prestações acessórias, e o façam de modo totalmente voluntário.

Não obstante o disposto no artigo 299.º, somos defensores das prestações acessórias voluntárias, considerando que tudo estará em saber qual o regime legal e contratual que lhes é aplicável. Trata-se da posição que melhor se adequa à compreensão das sociedades ao abrigo do princípio da autonomia privada e que se compatibiliza com a admissibilidade de prestações voluntárias.

Para maiores desenvolvimentos, PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 5.ª ed. cit., 2012, pp. 298-301.

¹⁰ Em nosso entender, as prestações acessórias não podem consistir numa doação em favor da sociedade, não se devendo confundir com esta operação o mútuo não remunerado cujo reembolso fica sujeito à existência de capitais próprios suficientes. Por isso, não entendemos a posição de MANUEL ANTÓNIO PITA, no seu estudo sobre «As prestações acessórias: Direito das Sociedades e Direito da Contabilidade», AA.VV., *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Lisboa, 2010 (pp. 95-111), quando qualifica como gratuitas «as prestações acessórias pecuniárias em que não há obrigação de restituir o capital» (p. 111) (itálico nosso). Com efeito, essa obrigação deve existir sempre, ainda que não possa ser cumprida. De outro modo estariamos a falar de um verdadeiro reforço de capital, que deveria assumir a forma de uma entrada com essa natureza.

caracterizar como prestações acessórias de capital e que, nas sociedades anónimas, desempenham o papel que é habitualmente reservado às prestações suplementares nas sociedades por quotas.

A obrigação de prestações acessórias deve ser estabelecida no contrato de sociedade e recaí sobre todos ou alguns dos sócios (cfr. arts. 209.º, n.º 1 e 287.º, n.º 1). O respetivo conteúdo pode ser idêntico e proporcional às diversas participações ou ser criado *intuitus personae*.

Finalmente, refira-se que a obrigação de realizar suprimentos, quando contratualmente estipulada, é exemplo paradigmático de uma obrigação acessória, uma vez que é um empréstimo qualificado precisamente por ser feito por um sócio em favor de uma sociedade.

Os suprimentos podem, assim, consistir numa espécie do género obrigações acessórias, caso em que deverão encontrar-se contratualmente previstos (cfr. art. 244.º, n.º 1), ou podem ser efetuados voluntariamente (art. 244.º, n.os 2 e 3), por deliberação dos sócios – vinculando apenas aqueles que os votarem favoravelmente – ou por disponibilidade do mutuante.

3. O contrato de suprimento¹¹

3.1. Caracterização e diferenciação de outros negócios¹²

O contrato de suprimento consiste no empréstimo ou mútuo (em dinheiro ou outros bens fungíveis) efetuado pelo sócio ou pelo acionista em prol da sociedade, com um caráter de permanência – entendendo-

¹¹ Vd., na doutrina nacional mais recente, JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, II – *Das Sociedades*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, pp. 336-349, RUI PINTO DUARTE, «Suprimentos, prestações acessórias e prestações suplementares. Notas e questões», AA.VV., *Problemas do Direito das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 257-280 (cfr., em especial, pp. 262-274), e «Contribuições dos sócios para além do capital social: prestações acessórias, prestações suplementares e suprimentos», in *Escritos sobre Direito das Sociedades*, Coimbra Editora, 2008 (pp. 225-259), pp. 225-230 e 244-258, DEOLINDA APARÍCIO MEIRA, «O Contrato de Suprimento enquanto Meio de Financiamento da Sociedade», *RCE*, n.º 2, 2005 (pp. 139-166), em especial pp. 148-165, JOÃO AVEIRO PEREIRA, *O Contrato de Suprimento*, 2.ª ed., Coimbra Editora, 2001, ALEXANDRE MOTA PINTO, *Do Contrato de Suprimento. O Financiamento da Sociedade entre capital próprio e capital alheio*, Almedina, Coimbra, 2002 (cfr., em especial, pp. 255 e segs.) e anotação aos arts. 243.º a 245.º do CSC, AA.VV., *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. III (artigos 175.º a 245.º), cit., 2011, pp. 625-656. Cfr., também, no âmbito do Código das Sociedades Comerciais, RAÚL VENTURA, *O Contrato de Suprimento no Código das Sociedades Comerciais*, sep. da Revista «O Direito», ano 121.º, I, 1989 (pp. 7-73).

¹² Neste ponto seguimos de perto o nosso *Direito das Sociedades Comerciais*, 5.ª ed., cit., 2012, pp. 815-822.

-se que este se verifica quando esse empréstimo corresponde a uma disponibilização financeira superior a um ano (cfr. art. 243.º, n.º 2)¹³ –, ficando a sociedade obrigada a restituir bens do género e qualidade dos que lhe foram disponibilizados. Mas também é o contrato pelo qual o sócio acorda com a sociedade o diferimento, por prazo superior a um ano, do vencimento de créditos que tem sobre ela (cfr. art. 243.º, n.º 1)¹⁴.

Assim, podemos afirmar que o suprimento corresponde à disponibilização de bens fungíveis, *maxime* dinheiro, à sociedade por um período mínimo de um ano e um dia.

Ao regular, no Capítulo IV (arts. 243.º a 245.º) do Título III («Sociedades por Quotas») do Código das Sociedades Comerciais, o contrato de suprimento, o legislador limitou-se a tipificar um negócio que já era socialmente típico. Fê-lo fundamentalmente com duas finalidades:

A primeira foi a de hierarquizar os suprimentos enquanto créditos dos sócios, concluindo pela preferência dos créditos de terceiros e, dessa forma, colocando fim a uma acesa discussão doutrinal. Os suprimentos enquanto créditos dos sócios cedem sempre perante créditos de terceiros ou créditos de sócios enquanto terceiros. Esta característica coincide, aliás, com um dos fundamentos da regulamentação do próprio negócio, designadamente a necessidade de proteção dos credores sociais (externos) em face dos credores internos.

A segunda, para conferir certeza à prática negocial societária, acen-tuando a consensualidade (traduzida na desnecessidade de forma escrita) do contrato.

Nos termos do regime legal:

– O caráter de permanência, constituindo característica essencial dos suprimentos, permite diferenciá-los dos simples empréstimos¹⁵ e dos atos de tesouraria (cfr. art. 243.º);

¹³ Nesse sentido, v. o ac. RL de 20 de abril de 2010 (MARIA DO ROSÁRIO MORGADO)/Proc. n.º 79/2002.L2.-7, www.dgsi.pt.

¹⁴ Nos casos em que a sociedade não dispõe de tesouraria (liquidez) suficiente para proceder ao pagamento de lucros distribuídos aos sócios, estes podem aceitar transformar o seu crédito resultante da distribuição deliberada em suprimentos, desse modo diferindo o encaixe dos resultados, mas já não o fazendo depender de nova deliberação.

¹⁵ Neste sentido, o ac. STJ de 13 de outubro de 2011 (SERRA BATISTA)/Proc. n.º 5356/07.1TVLSB.L1S1, www.dgsi.pt, que qualifica como mútuo – que deve ser provado por escrito, tendo em conta o respetivo montante – o financiamento de um sócio em que não ficou provado o caráter de permanência.

Por sua vez, considerando que o caráter de permanência do contrato deve estar no horizonte da negociação dos suprimentos e que o contrato por prazo inferior a um ano é um

– Quando não estiverem contratualmente previstos, os suprimentos só são obrigatórios para os sócios que derem o seu consentimento à respetiva prestação (cfr. art. 244.º, n.º 2), fazendo-o individualmente – eventualmente a pedido da administração da sociedade – ou votando favoravelmente uma deliberação.

Por sua vez, da parte final do n.º 4 do artigo 243.º resulta que, para além da permanência, é pressuposto do contrato a qualidade dos sujeitos: a de sócio, do mutuante, e a de sociedade (mutuária). Com efeito, os contratos de empréstimo que sejam estabelecidos entre a sociedade e terceiros nunca se reconduzem a suprimentos.

Mas não são suprimentos os contratos celebrados entre os sócios e a sociedade à margem da respetiva relação de socialidade – ainda que coexistam com a mesma –, nem tão pouco e necessariamente os créditos resultantes desses contratos, que não sejam oportunamente cobrados.

Assim, no quadro legal vigente é possível sócio e sociedade comercial celebrarem contratos de empréstimo mercantil que não se confundem com suprimentos¹⁶, bem como existirem, entre eles, relações de financiamento sem que as mesmas configurem obrigatoriamente um contrato social de empréstimo (vulgo contrato de suprimento).

Com efeito, nos casos em que o sócio atua profissionalmente, no quadro do exercício da sua atividade comercial – como sucede com um banco relativamente aos seus clientes –, o crédito emergente do financiamento efetuado não se transforma, nem se converte, num contrato de suprimento em razão do contexto (societário) em que se enquadra ou da simples existência de uma relação de socialidade, mais ou menos expressiva e intensa.

Sendo concedido no âmbito de um contrato comercial e bancário, o financiamento segue o regime típico aplicável à relação (complexa) entre o banco e o seu cliente, independentemente daquele participar no capital social deste. O mútuo bancário não se confunde com contratos do mesmo género, como o contrato de suprimento.

O momento constitutivo e a finalidade com que é contratado o empréstimo são essenciais¹⁷; o que não significa que todos os financiamentos fei-

mero empréstimo mercantil, ac. RL de 14 de junho de 2007 (PEREIRA RODRIGUES)/Proc. n.º 4846/2007-6, www.dgsi.pt.

¹⁶ Nesse sentido, v. ac. RL de 4 de fevereiro de 2010 (CARLA MENDES)/Proc. n.º 5356/07. TVLSB.L1-8, www.dgsi.pt.

¹⁷ Por isso, se o sócio aceitar, voluntariamente, realizar um crédito e depois se afastar, exonerando-se ou cedendo a sua quota, o crédito não perde a característica de suprimento, diversamente do que parece pretender – mal, em nossa opinião, – alguma jurisprudência [cfr. Sent. Tribunal de Círculo de Portalegre de 14 abril de 1997, confirmada pelo ac. RE

tos por sócios (ou acionistas) à sociedade sigam necessariamente o regime do contrato de suprimento.

Não são suprimentos os financiamentos efetuados por um sócio no exercício da sua atividade profissional, como referido, nem tão pouco outros financiamentos feitos à sociedade que se reconduzam a diferentes figuras societárias, como as prestações suplementares (de capital) ou as prestações acessórias com idêntica natureza, umas e outras correspondendo à realização e cumprimento de obrigações sociais.

Em certas circunstâncias torna-se difícil distinguir créditos dos sócios, relativos a negócios celebrados com a sociedade independentemente dessa qualidade, de suprimentos. Para além da estabilidade, associada a este contrato típico¹⁸, a lei não estabeleceu qualquer mecanismo para distinguir a natureza das situações creditícias – embora permita que o sócio possa demonstrar não ter o respetivo crédito resultante de negócio jurídico autónomo o caráter de permanência do suprimento –, pelo que deverá ser através da interpretação que poderemos procurar distinguir um suprimento de um crédito de terceiro.

A ideia a reter deverá ser a seguinte: não é suprimento qualquer crédito de um sócio. Não o são os créditos resultantes de normais relações comerciais entre um sócio e a sociedade. Mas já o é o diferimento de lucros distribuídos (cfr. art. 243.º, n.º 1 *in fine*, e n.º 3 *in fine*), desde que revista o caráter de permanência que caracteriza o suprimento.

Por sua vez, se um sócio adquirir a um terceiro – por negócio entre vivos – um crédito sobre a sociedade, o mesmo enquadra-se no regime do contrato de suprimento se esse crédito tiver um caráter de permanência (cfr. art. 243.º, n.º 5).

Então que critério deverá ser utilizado (para qualificar um suprimento)?

Temos um contrato de suprimento sempre que:

de 12 março de 1998 (FONSECA RAMOS), *CJ*, ano XXIII, t. II, 1998, pp. 271-273, e pelo ac. STJ de 27 de outubro de 1998 (MARTINS DA COSTA), *CJ/AcSTJ*, ano VI, 1998, t. III, pp. 85-86]. Considerando o suprimento um «contrato real quoad constitutionem», e alicerçando essa conclusão no aresto de que foi relator o Conselheiro Martins da Costa, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, II – *Das Sociedades em Especial*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2007, p. 297. Contra, COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, II – *Das Sociedades*, 4.ª ed. cit., 2011, p. 343-345.

No sentido do texto, vd. o ac. STJ de 14 de junho de 2011 (AZEVEDO RAMOS)/Proc. n.º 612/08.4TVPRT.P1.S1, www.dgsi.pt.

¹⁸ Para que a questão tenha sentido, o índice de permanência deve verificar-se em relação a ambas as situações.

- a) O sócio tenha conscientemente – por efeito de uma obrigação estatutária ou da sua simples vontade – procurado financiar a sociedade através de um empréstimo de médio ou longo prazo, ou tenha diferido o reembolso de um crédito por idêntico termo ou resgatado um crédito de terceiro; e ainda quando
- b) A situação creditícia do sócio perante a sociedade tenha resultado da sua participação societária, e não do facto de ele ser um credor comercial da sociedade, mormente porque a respetiva relação comercial era anterior à relação jurídico-societária e independente desta. E, portanto, com esta não se pode, nem deve, confundir.

A relevância da qualificação de um crédito como suprimento decorre de uma questão essencial da vida societária, que é o da graduação desse crédito em face dos demais, sendo hoje incontestável que as posições ativas dos credores sociais se sobrepõem e preferem, a nível de graduação de créditos, às situações decorrentes da titularidade de suprimentos, pelo que facilmente se comprehende que os sócios detentores de créditos sobre a sociedade procurem a todo o transe descharacterizar tais créditos como suprimentos ou obrigações acessórias, quando os mesmos não tiverem resultado do cumprimento de uma obrigação social ou da voluntariedade na sua prestação.

3.2. A admissibilidade do contrato de suprimento no âmbito das sociedades anónimas

É hoje inquestionável que o contrato de suprimento é possível no âmbito de uma sociedade anónima, sendo-lhe aplicável, com as devidas adaptações, o disposto nos artigos 243.º a 245.º, enquadrados no título referente às sociedades por quotas.

Mas durante muito tempo, em especial no quadro da legislação anterior ao Código das Sociedades Comerciais, discutiu-se a possibilidade de os acionistas poderem realizar suprimentos, dada a especial relação de socialidade que os justifica.

A doutrina portuguesa divide-se sobre essa possibilidade, embora seja claramente minoritária a corrente que rejeita a possibilidade de este tipo de contrato ser celebrado por uma sociedade anónima¹⁹. Por sua vez, a

¹⁹ É a posição isolada de ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *As Sociedades Comerciais*, 7.ª ed. cit., 2013, pp. 396.

jurisprudência recente acolhe sem reticências o recurso ao contrato de suprimento por este tipo societário²⁰.

Como já antecipámos, somos claramente favoráveis à admissibilidade do contrato no âmbito das sociedades anónimas. Vejamos agora como e porquê.

Desde logo porque o suprimento pode ser uma espécie do género obrigação de prestação acessória (cfr. art. 287.º, cujo texto não se afasta relevantemente do disposto no art. 209.º) e a exigência da mesma pode ser estabelecida pelo contrato de sociedade. Quer dizer, os próprios estatutos da sociedade podem prever a possibilidade de, por deliberação da assembleia geral, a sociedade solicitar a realização de suprimentos aos acionistas.

Em segundo lugar, a consagração do regime do contrato no título relativo às sociedades por quotas não deve surpreender, justificando-se por uma razão de ordem histórica: por ter sido no ambiente destas sociedades que o contrato floresceu e por ser precisamente neste tipo societário que faz mais sentido serem exigidos suprimentos, e porventura deliberados, apesar de não corresponderem a uma obrigação contratual dos sócios.

Nas sociedades anónimas, os suprimentos só podem ser vinculativos se as ações forem nominativas, pois só nesse caso saberemos a quem exigir o cumprimento das obrigações (cfr. art. 299.º, n.º 2, alínea c)).

Quando as ações forem ao portador e sempre que a obrigação não se encontre contratualmente estabelecida – designadamente em instrumento parassocial, identificando o acionista que se vincula –, os suprimentos só serão prestados voluntariamente. Neste caso, impõe-se apenas respeitar o princípio do igual tratamento dos acionistas, isto é, permitir que todos os acionistas que pretendam realizar suprimentos – nomeadamente se estes forem remunerados – o possam fazer, proporcionalmente às participações que detêm.

Como aceder então ao regime consagrado nas sociedades por quotas e transpô-lo para as anónimas?

Primeiro, não afastando o suprimento como um contrato socialmente típico, característico da relação de socialidade sempre que a mesma for identificável.

Segundo, transpondo o tipo legal para o domínio das sociedades anónimas, com todas as suas características, por analogia.

²⁰ Nesse sentido, e propugnando a aplicação, por analogia, dos arts. 243.º a 245.º do CSC às sociedades anónimas, v. o ac. RC de 26 de junho de 2012 (ALBERTO RUÇO)/Proc. n.º 762/09.0T2AVR.C1, www.dgsi.pt.

Deste modo, consideramos há muito ser pacífica a admissibilidade de suprimentos no âmbito das sociedades anónimas, sendo necessário recorrer, no Código das Sociedades Comerciais, ao capítulo IV do título (III) respeitante às sociedades por quotas, para conhecer o respetivo regime jurídico, que apreciaremos adiante (*infra*, n.º 3.4), após fazermos referência aos créditos acionistas que não resultam de suprimentos.

No entanto, mesmo que não o fizéssemos, poderíamos considerar as regras constantes dessas disposições legais, como consubstanciadoras e caracterizadoras de um contrato autónomo no plano societário, porque socialmente típico, ainda que se considerasse – para a sociedade anónima – legalmente atípico.

3.3. Créditos de acionistas que não resultam de suprimentos

Mas os suprimentos, como já referimos acima, não esgotam os possíveis financiamentos dos sócios (ou acionistas) à sociedade. Uns existem com maior intensidade social, dependendo o seu reembolso da existência de capitais próprios positivos relativamente ao capital social; outros são alheios à relação de socialidade existente, nada tendo que ver com esta, embora possam com ela coincidir. São consequência de uma relação contratual de diferente e específica natureza e correspondem a uma mera coincidência dos sujeitos envolvidos: o titular do crédito sobre a sociedade (ativo) e a própria sociedade devedora (passivo).

Quando o sócio é credor da sociedade por uma razão extracorporativa o crédito que detém sobre a sociedade não se qualifica automaticamente como um suprimento. Com efeito, as posições creditícias que emergem de relações contratuais existentes entre a sociedade e os seus sócios podem ter origens distintas, encontrarem-se sujeitas a regimes diferentes e terem, por isso, efeitos diferenciados.

Assim, por exemplo, se o sócio for senhorio da sociedade, o montante das rendas, eventualmente em atraso, não configura um suprimento, embora também nada impeça que possa vir, no futuro, a ser considerado como tal, sobretudo se vier a aceitar que tal crédito passe a estar sujeito ao regime contratual dos suprimentos.

Por sua vez, se o acionista for uma instituição de crédito e financiar a sociedade poderá legitimamente discutir-se se a concessão de crédito se gera no âmbito do exercício da sua atividade profissional ou se corresponde simplesmente à prestação de suprimentos, como os demais sócios, apesar de ser mais natural que o financiamento ocorra no âmbito de uma

relação exclusivamente comercial estabelecida entre as partes²¹, uma vez que o banco realiza o seu objeto pela concessão de crédito no mercado.

Nesta hipótese, sendo concluído um contrato de mútuo bancário – entre a sociedade e uma instituição de crédito, que seja ou se venha a tornar sua acionista – e designado o mesmo como tal (“mútuo bancário”), o contrato não se pode reconduzir a um simples contrato de suprimento, se tal não corresponder à intenção das partes²², só pelo facto de estas mante-rem, entre si, uma relação de socialidade.

²¹ Com efeito, mesmo quando, por efeito da sua atividade comercial, um banco adquira participações (sociais) de um cliente, a realidade é que ele não se constituiu, enquanto instituição de crédito, para participar noutras sociedades e, na qualidade de mero acionista, proceder à respetiva capitalização. As instituições de crédito constituem-se para exercer a atividade bancária, concederem crédito remunerado e não o deixando de fazer desse modo quando a contraparte é por elas participada.

Por isso, não surpreende que a jurisprudência que se debruça sobre suprimentos não seja chamada a analisar empréstimos entre sócios que sejam bancos e a sociedade mutuária (por aqueles participada). Fundamentalmente porque os bancos atuam invariavelmente como profissionais no exercício do seu objeto, ainda que sejam acionistas da sociedade com a qual contratam o mútuo.

Se fizermos um bosquejo nas decisões judiciais da última década, verificamos que a jurisprudência aprecia invariavelmente o contrato de suprimento no quadro da típica relação de socialidade, em que não se confunde a participação societária do sócio com o seu relacionamento profissional com a sociedade. A título exemplificativo, e com referência à sociedade anónima, veja-se o ac. STJ de 1 de julho de 2004 (FERREIRA GIRÃO)/Proc. n.º 04B1357, www.dgsi.pt – que qualifica uma liberalidade como suprimento –, e o ac. RC de 26 de junho de 2012 (ALBERTO Ruço)/Proc. n.º 762/09.0T2AVR.C1, www.dgsi.pt, que recorre à analogia para aplicar a este tipo societário o disposto em matéria de sociedade por quotas.

No âmbito das sociedades por quotas o panorama não se altera, verificando-se que a jurisprudência portuguesa também se pronuncia sobre o contrato de suprimento num contexto societário normal, como sucede – em relação ao horizonte temporal dos últimos cinco anos – com os acórdãos do STJ de 26 de outubro de 2010 (PAULO SÁ)/Proc. n.º 357/19999.P1.S1, www.dgsi.pt – que confronta suprimentos com prestações suplementares –, e de 13 de outubro de 2011 (SERRA BAPTISTA)/Proc. n.º 5356/07.TVLSB.L1.S1, www.dgsi.pt (em que não se provou o destino do financiamento feito pelo sócio), da RL de 4 de fevereiro de 2010 (CARLA MENDES)/Proc. n.º 5356/07.TVLSB.L1-8 (distinguindo o empréstimo mercantil entre comerciantes dos simples suprimentos), www.dgsi.pt, e de 20 de abril de 2010 (MARIA DO ROSÁRIO MORGADO)/Proc. n.º 79/2002.L2.-7, www.dgsi.pt (caracterizando o contrato de suprimento) e da RP de 22 de março de 2013 (LEONEL SERÓDIO)/Proc. n.º 2207/08.3TBNP.F1, www.dgsi.pt (segundo o qual o crédito de suprimentos não acompanha a respetiva quota na transmissão).

²² Elemento aferidor dessa intenção é a designação dos contratos de suprimento celebrados entre a sociedade e os acionistas como tais – isto é, “contrato de suprimento” –, o que aconteceria se tal for o propósito dos (acionistas) contratantes.

Impõe-se, deste modo, averiguar a origem da relação negocial, a intenção subjacente à constituição do crédito e o acordo expresso ou tácito das partes (sociedade e acionista) sobre o regime aplicável a esse crédito.

Não se afigura suficiente que uma das partes pretenda qualificar o crédito como suprimento, ainda que não o seja, ou, ao invés, insista em descharacterizar a sua natureza como mútuo de sócio, ainda que, de facto, o crédito tenha sido concedido como tal.

Mas também é verdade que, se determinadas situações podem constituir, à luz da lei vigente, índice do caráter de permanência de um crédito – nomeadamente «a estipulação de um prazo de reembolso superior a um ano» ou «a não utilização da faculdade de exigir o reembolso devido pela sociedade durante um ano» (art. 243.º, n.os 2 e 3) –, a presunção decorrente da subsistência do crédito por prazo superior a um ano pode ser ilidida pelo sócio (credor), demonstrando que o deferimento do crédito é consequência da natureza do negócio que celebrou com a sociedade e que é alheia à respetiva relação de socialidade (cfr. art. 243.º, n.º 4).

A este propósito é legítimo questionar se o índice do caráter de permanência do crédito implica sempre um efeito semelhante à inversão do ónus da prova, visto que aparentemente passará a caber ao sócio interessado a evidência de que a relação creditícia é alheia ao cumprimento de uma obrigação social ou à vontade de emprestar à sociedade a importância em causa.

Cremos que importa verificar como é que o crédito do sócio se encontra contabilizado, isto é, se no balanço da sociedade o crédito se encontra inscrito na rubrica dos “créditos de sócios” ou na dos “créditos de terceiros” ou se, tendo sido inicialmente inscrito nesta última, passou entretanto para a aquela, por ter decorrido o prazo de um ano que confere ao crédito não reclamado o indesejado caráter de permanência. Decorrido que seja prazo superior sem alteração de inscrição contabilística, por não suscitar dúvidas a qualificação do crédito como sendo de terceiro, não se afigura lícito que a administração da sociedade possa unilateralmente e a seu belo prazer promover unilateralmente tal alteração. A contabilização do crédito do sócio como crédito de terceiro constitui, pois, fator diferenciador do mesmo e afasta a presunção do caráter de permanência, ainda que a satisfação do crédito não seja regularmente reclamada.

3.4. Regime jurídico

Caracterizado o contrato de suprimento e estabelecida a diferenciação de outros negócios que geram para os sócios créditos sobre a sociedade – e

que, com ele, não se confundem, mantendo um regime autónomo –, analisemos agora o respetivo regime jurídico, procurando identificar os seus principais efeitos substantivos.

O contrato de suprimento – que, como vimos, é uma espécie do mútuo (cfr. arts. 1142.º e seguintes do Código Civil), tal como o empréstimo mercantil (cfr. arts. 394.º a 396.º do Código Comercial), constitui há muito uma categoria jurídica contratual autónoma, sendo, desde 1986, regulado nos artigos 243.º a 245.º do Código das Sociedades Comerciais, no título das sociedades por quotas.

Trata-se de um negócio jurídico que, durante largo tempo, foi socialmente típico, embora legalmente atípico, porque, constituindo uma categoria negocial autónoma – com um regime jurídico próprio –, não se encontrava regulado na lei, sendo fruto da prática repetida de uma espécie negocial já conhecida e tipificada: o mútuo.

Por constituir um financiamento típico das sociedades comerciais por quotas, nas quais a ligação do sócio à sociedade é mais íntima do que nas anónimas, o contrato de suprimento, embora aplicável a todos os tipos societários, incluindo às sociedades anónimas, como já vimos (cf., supra, n.º 3.2), seria regulado no título III do Código das Sociedades Comerciais.

Pressupondo a específica relação entre o sócio e a sociedade, o contrato é meramente consensual (cfr. art. 243.º, n.º 6), embora surja frequentemente reduzido a escrito – sobretudo para efeitos de prova e por razões de caráter fiscal –, e a sua formação não depende da entrega da quantia mutuada, pelo que não é seguramente um contrato real *quoad constitutionem*. Assim, o contrato considera-se concluído, com a deliberação que o aprove, relativamente a todos os sócios – se tal possibilidade estiver previamente prevista nos estatutos –, ou quanto aos que votaram favoravelmente a proposta da respetiva realização (cfr. art. 244.º, n.º 2)²³. Eventual

²³ Diversamente, a jurisprudência já citada (cfr., *supra*, nota 17), que ignorou a doutrina coeva e que, de forma cega (como a própria justiça, aliás), se baseou num entendimento que consideramos manifestamente pouco feliz e que não deixa de vincular todos aqueles que subscreveram as respetivas decisões, apesar de relatadas apenas por um magistrado em cada instância. Na percepção que evidenciaram, ao reconduzir os suprimentos a um contrato real *quoad constitutionem* – ao arrepio, inclusivamente, da moderna doutrina civilística que aceita que, em certas circunstâncias (e, designadamente, por opção das próprias partes), o mútuo não se reconduza a essa categoria de negócio jurídico (cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, vol. I – *Parte Geral*, tomo I, Almedina, Coimbra, 2005, pp. 465-467, Luís CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil*, II – *Fontes, conteúdo e garantia da relação jurídica*, 5.ª ed., Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010, pp. 68-72, em especial pp. 70-72, e CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. por ANTÓNIO PINTO MONTEIRO e PAULO MOTA PINTO, Coimbra Editora, 2005, pp. 395-397) –, os subscritores das infelizes decisões judiciais (quase) fazem regredir, numa

recusa de um sócio em proceder à entrega da quantia mutuada será, pois, geradora de responsabilidade contratual, por incumprimento.

Importa salientar que o contrato de sociedade pode sujeitar a celebração de contratos de suprimento a prévia deliberação dos sócios (cfr. art. 244.º, n.º 3 *in fine*). Assim, por exemplo: «A celebração de contratos de suprimento depende da prévia deliberação dos sócios, a qual deverá estabelecer os termos do regime aplicável aos suprimentos a efetuar»; ou: «Só por deliberação dos sócios pode ser imposta a celebração de contratos de suprimentos remunerados».

No momento da celebração do contrato de suprimentos – que pode consistir na própria deliberação dos sócios exarada em ata, correspondendo o teor do contrato mesmo aos respetivos termos, ou nem sequer depender de prévia deliberação (cfr. art. 244.º, n.os 2 e 3), sendo celebrado a pedido do órgão de gestão²⁴ ou ser objeto de acordo – deverá ser estabelecido o regime aplicável, designadamente quanto à eventual onerosidade do mútuo e ao prazo e condições do respetivo reembolso. Por isso, se o contrato for reduzido a escrito, como sucede com frequência, apesar de tal não ser necessário, é normal que seja nominado, evitando eventuais dúvidas de interpretação.

Na fixação do regime jurídico aplicável haverá que respeitar os princípios enformadores fundamentais do Direito das Sociedades Comerciais, embora seja pacífico, entre os especialistas, que o reembolso dos suprimentos não se encontra vinculado ao princípio da intangibilidade do capital social, podendo os mesmos ser pagos (reembolsados) à custa de quantias necessárias para cobrir o capital social e as reservas legais. Essencial é que a sociedade disponha de liquidez para o efeito. Assim, se obter um financiamento bancário, pode utilizá-lo, se não estiver contratualmente limitada – o que será o mais natural acontecer –, para proceder ao reembolso de suprimentos.

Quanto aos princípios a observar, e para além do que resulta do artigo 86.º, n.º 2 – que converte a obrigação de prestar suprimentos, quando não se encontra estatutariamente estabelecida, em mera faculdade –, há que conceder aos diversos acionistas que realizem os suprimentos um tratamento igualitário, não estabelecendo condições de reembolso diferentes para situações análogas, não favorecendo alguns deles relativamente a

penada, os progressos que tinham sido, entretanto, conseguidos e que eram relativamente consensuais.

²⁴ O próprio contrato de sociedade pode reforçar esta ideia, prevendo a respetiva eventualidade com uma cláusula com o seguinte teor: «O disposto no artigo anterior [sobre prestações acessórias, por exemplo] não impede que os acionistas efetuem suprimentos a pedido, e por solicitação, da administração sempre que tal seja necessário».

outros na prestação de suprimentos remunerados, nem exigindo a um (ou mais) suprimentos em montante manifestamente desproporcionado à sua participação no capital. Trata-se de um corolário do princípio geral do igual tratamento dos acionistas, que encontra acolhimento no art. 321.º do CSC.

Na celebração do contrato, há que estipular um prazo para reembolso, naturalmente superior a um ano (cfr. art. 243.º, n.º 2).

Não sendo estipulado prazo, e não havendo acordo entre a sociedade e o sócio, haverá que proceder à respetiva fixação judicial (cfr. art. 245.º, n.º 1 do CSC e art. 777.º, n.º 2 do CC)²⁵ – em processo de jurisdição voluntária (cfr. arts. 1026.º e 1027.º do CPC) –, devendo o tribunal ter «*em conta as consequências que o reembolso acarretará para a sociedade*» e podendo determinar, entre outras medidas, que o pagamento seja feito em prestações (cfr. art. 245.º, n.º 1 *in fine*). Indiscutível e absoluto parece ser o respeito pelo princípio do igual tratamento dos acionistas (ou dos sócios), o que significa que o tribunal não poderá impor que o reembolso a um sócio se faça num certo prazo sem determinar que o mesmo se aplique ao reembolso para os demais e sem ter em conta o reembolso proporcional de todos os suprimentos, prestados em iguais condições, e o impacto que este, dentro do prazo (judicialmente) fixado, irá ter na sociedade. Ponderando os interesses envolvidos, e considerando que nenhum prazo havia sido inicialmente estabelecido, o tribunal não poderá deixar de atender ao interesse social, que se sobrepõe ao interesse dos sócios credores, e salvaguardar a possibilidade de subsistência da sociedade que se não está em condições de proceder ao reembolso dos suprimentos é porque não dispõe de meios financeiros para o efeito. Também, nesta sede, os interesses dos sócios terão de ceder, o que se justifica de forma mais acentuada quando os suprimentos são prestados voluntariamente e não se fixa prazo para o respetivo reembolso. Nessa circunstância a expectativa do sócio fica, naturalmente, adstrita ao desempenho da sociedade.

Refira-se ainda que a fixação judicial de prazo não equivale a condenação da sociedade ao pagamento dos suprimentos, mas significa apenas que o reembolso dos mesmos deve ocorrer em data determinada pelo tribunal. Daí que, não se referindo a decisão de fixação do prazo a suprimentos de sócios ou acionistas que não foram parte no processo, nem por isso o prazo judicialmente estabelecido deixa de lhes aproveitar – ao abrigo do princípio do igual tratamento –, devendo a administração da sociedade proceder ao reembolso de todos, proporcionalmente, se outras condições

²⁵ Cfr. ac. STJ de 26 de outubro de 2010 (PAULO SÁ)/Proc. n.º 357/1999.P1.S1, www.dgsi.pt, pp. 2 e 20.

não estiverem contratualmente estabelecidas, com absoluto respeito por esse princípio fundamental.

Contudo, nada obsta a que um sócio prescinda de ser reembolsado na mesma oportunidade em que o são os demais.

No que respeita à graduação dos créditos por suprimentos, estes socobram, relativamente a outros créditos sobre a sociedade, apenas sendo satisfeitos, em caso de insolvência da sociedade, quando se encontram liquidadas todas as demais responsabilidades sociais. Daí que, uma vez decretada a insolvência ou dissolvida a sociedade, o reembolso dos suprimentos tenha de aguardar pela satisfação de todos os créditos de terceiros, não sendo possível operar a compensação entre créditos da sociedade e dos credores dos suprimentos; a exigibilidade daqueles não pressupõe, nem requer, a satisfação destes (cfr. art. 245.º, n.º 3).

Entre outros aspectos, não pode o credor de suprimentos requerer a insolvência da sociedade, com base nesses créditos (cfr. art. 245.º, n.º 2, I parte). E desta regra legal resulta uma limitação muito relevante à qualificação de um financiamento como mero suprimento, sobretudo se o credor for uma instituição de crédito.

No entanto, uma vez instaurado o processo de insolvência, por iniciativa que não lhe pode caber, a concordata concluída no âmbito do mesmo produz efeitos, positivos (a favor) e negativos (contra), relativamente aos credores dos suprimentos (cfr. art. 245.º, n.º 2 *in fine*).

A concluir refira-se ainda que, considerando que os créditos por suprimentos cedem no confronto com créditos de terceiros ou de sócios enquanto terceiros, a lei não autoriza operações que tenham por finalidade exclusivamente beneficiar tais créditos, como aquelas que visem assegurar a satisfação desses créditos por garantias (reais) prestadas pela própria sociedade (cfr. n.º 6 do art. 245.º). Com efeito, a lei é clara ao impedir a sociedade de assegurar o reembolso dos suprimentos com garantias prestadas em favor do respetivo credor, cominando a nulidade de tais garantias (cfr. art. 245.º, n.º 6). Por isso, se eventuais garantias (*maxime hipotecas*) se encontram a garantir o reembolso de suprimentos, as mesmas são nulas.

Analizados os efeitos substantivos do contrato de suprimento, podemos concluir que o mesmo corresponde sempre a um financiamento a médio e longo prazo dos acionistas que se mantém mesmo que estes cessem a sua relação de socialidade, afastando-se da sociedade por exoneração ou alienação da sua participação. Tendo em conta a sua origem e o facto de o acionista ser – enquanto titular da participação social – um beneficiário indireto do empréstimo, os suprimentos conservam o seu caráter de crédito subordinado aos dos credores sociais, mesmo que o acionista perca a

sua qualidade associativa ou venha a ceder esse crédito (por suprimentos) a um terceiro.

Mas a qualificação e regime deste contrato não permite confundi-lo com o celebrado pela sociedade com o sócio, sempre que este for uma entidade profissional e atue nessa qualidade e no exercício da sua atividade específica. Se o sócio – que mantém relações comerciais de caráter duradouro com a sociedade, como as que resultam de um contrato de mútuo bancário – pretende, no âmbito da sua relação de socialidade, financiar a sociedade, deverá ter o cuidado de configurar esse negócio como um contrato de suprimento, para evitar todas e quaisquer dúvidas que sobre o mesmo possam surgir, devendo preferencialmente reduzir a escrito a sua relação contratual com essa natureza. Em qualquer circunstância, só muito dificilmente poderíamos confundir um mútuo bancário, sujeito a condições contratuais particularmente exigentes, com a celebração de um contrato de suprimento revelador da participação no projeto societário com *affection societatis*.

4. Efeitos fiscais

Consistindo os suprimentos num financiamento à sociedade, os mesmos geram também efeitos de natureza tributária cuja extensão não é indiferente na formação da decisão de os contratar.

Tais efeitos projetam-se em duas sedes distintas: na da tributação indireta – que pode incidir sobre a operação e que é imposta à sociedade mutuária –, pela qual iniciaremos a nossa apreciação, e na da fiscalidade direta que recai sobre a beneficiária do mútuo, nomeadamente no que respeita às eventuais limitações à dedução dos encargos com os suprimentos.

A opção e recurso a esta figura contratual – em detrimento de outras formas de financiamento – explicam-se pela incidência e regime tributário a que se encontra sujeita, em cada momento.

4.1. Imposto do selo²⁶

No que se refere ao imposto do selo que recai sobre as operações bancárias, em geral, e sobre os financiamentos em particular, refira-se que o contrato de suprimento se caracteriza por um regime fiscal muito favorável

²⁶ Para maior desenvolvimento, vd. RUI PINTO DUARTE, «A subcapitalização das sociedades – Notas de Direito Privado e de Direito Fiscal», cit., 2011 (pp. 1065-1085), pp. 1080-1083.

– relativamente ao regime aplicável a outros financiamentos, designadamente de curto prazo –, que justifica uma particular atenção.

Diversamente do que ocorre com as prestações suplementares ou com as prestações acessórias de capital, que, não vencendo juros, não estão sujeitas a qualquer imposto, os empréstimos ou adiantamentos de sócios que não se traduzam em suprimentos, por serem efetuados por prazo inferior a um ano, estão sujeitos a Imposto do Selo²⁷.

Por sua vez, os empréstimos com características de suprimentos propriamente ditos – se efetuados, pelo menos, pelo prazo mínimo de um ano, e não reembolsados, entretanto – estão, presentemente, isentos de Imposto do Selo. Eventual reembolso antecipado implica a liquidação do Imposto do Selo a que houver lugar.

4.2. IRC²⁸

Por fim, no que respeita ao Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas, importa recordar que o mesmo sofreu recentemente uma revolução concretizada pela alteração substancial introduzida no respetivo Código²⁹ pela Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro³⁰.

As breves linhas que se seguem reportam-se ao novo quadro legal.

Em termos de IRC, o relevo dos suprimentos prende-se naturalmente com a sua eventual remuneração, isto é, com o regime aplicável aos juros que os mesmos vençam e aqueles que não possam ser dedutíveis. Por isso,

²⁷ À taxa de 0,04%, por cada mês ou fração – sobre a quantia mutuada (cfr. verba 17.1.1 da Tabela Geral de Imposto do Selo) e à taxa de 4% – sobre o valor de juros cobrados – sempre que a operação seja realizada por, ou com a intermediação de, instituição de crédito, sociedade financeira ou outra entidade a elas equiparada (cfr. verba 17.3.1).

²⁸ Agradeço ao meu colega de escritório, e fiscalista de primeira água, Francisco Cabral de Matos, a colaboração que me deu na percepção do novo quadro legal (do IRC) em matéria de suprimentos e a estruturação que fez do mesmo; e a quem este estudo, nesta sede, fica devedor. Não obstante, assumo integralmente a responsabilidade pelos lapsos em que o texto possa incorrer, esperando a benevolência dos meus leitores, tendo em conta a minha qualidade de leigo em Direito Fiscal.

Para a compreensão do art. 67.º do CIRC antes da recente revisão deste Código, vd. RUI PINTO DUARTE, «A subcapitalização das sociedades – Notas de Direito Privado e de Direito Fiscal» cit., 2011 (pp. 1065-1085), pp. 1075-1080, e, mais sinteticamente, o nosso *Direito das Sociedades Comerciais*, cit., 2012, pp. 823-824.

²⁹ A que (na redação da Lei n.º 2/2014, de 16 de janeiro) se reportam todas as disposições legais que, neste número (4.2), não se encontrem especialmente referenciadas.

³⁰ Cujas disposições se aplicam aos períodos de tributação que se iniciem em 1 de janeiro de 2014 e aos factos tributários que ocorram a partir dessa data (*inclusive*) (cfr. art. 14.º).

no âmbito da nova redação do CIRC, importa considerar separadamente as regras gerais sobre o financiamento efetuado através de suprimentos da norma que dispõe sobre os limites à dedutibilidade dos encargos com suprimentos.

Os juros de suprimentos enquadraram-se na categoria dos “*gastos de financiamento*” e, consequentemente, encontram-se disciplinados no art. 67.º do CIRC. Com efeito, esta disposição legal traça, no seu n.º 12, o conceito de «*gastos de financiamento*»³¹, ao qual reconduz, em geral, a remuneração de capitais alheios e, em particular, os juros de empréstimos obtidos a curto e longo prazos.

O art. 67.º estabelece uma limitação geral à consideração dos encargos com os juros de suprimentos para a formação da matéria coletável³². Com efeito, nos termos do respetivo n.º 1, os gastos de financiamento líquidos concorrem para a determinação do lucro tributável até ao maior de um dos seguintes limites: € 1 milhão ou 30% do EBITDA (resultado antes de depreciações, amortizações, gastos de financiamento líquidos e impostos)³³.

Resulta da atual redação do n.º 1 do art. 67.º que, quando o endividamento for excessivo, os juros suportados relativamente à parte considerada em excesso não são dedutíveis para efeitos de determinação do lucro tributável, considerando-se existir excesso de endividamento se o valor das dívidas relativamente a cada financiador for – em qualquer momento do período de tributação – superior aos valores referidos.

Para mitigar a dureza da nova regra, que, como veremos adiante, só entrará plenamente em vigor em 2017, o regime legal prevê a possibilidade de reporte até cinco exercícios sociais (cinco períodos de tributação), quer da margem de dedução não utilizada – se os encargos tiverem sido inferiores a esses valores (€ 1 milhão ou a 30% do EBITDA) –, quer do

³¹ «Para efeitos do presente artigo, consideram-se gastos de financiamento líquidos as importâncias devidas ou associadas à remuneração de capitais alheios, designadamente juros de descobertos bancários e de empréstimos obtidos a curto e longo prazos, juros de obrigações e outros títulos assimilados, amortizações de descontos ou de prémios relacionados com empréstimos obtidos, amortizações de custos acessórios incorridos em ligação com a obtenção de empréstimos, encargos financeiros relativos a locações financeiras, bem como as diferenças de câmbio provenientes de empréstimos em moeda estrangeira, deduzidos dos rendimentos de idêntica natureza.»

³² Importa assinalar que, com a entrada em vigor do novo regime legal, foi eliminado o regime de “*subcapitalização*”, pelo que, para efeitos fiscais, deixou de considerar-se a *ratio dívida/capital*.

³³ O conceito fiscal de EBITDA (*Earnings Before Interest, Taxes, Depreciation and Amortization*), na linha do que são os desvios que a fiscalidade impõe à contabilidade, corrige o EBITDA contabilístico, nos termos do disposto no n.º 13 do art. 67.º.

excesso de gastos financeiros não deduzidos num determinado período tributável (cfr. art. 67.º, n.ºs 2 e 3)³⁴.

Contudo, está em vigor um período transitório que eleva o limite da dedução para 60% em 2014, 50% em 2015 e 40% em 2016, aplicando-se generalizadamente o limite de 30% a partir de 2017 (*inclusive*) (cfr. art. 12.º, n.º 7 da L 2/2014, de 16 de janeiro).

Para além do regime geral aplicável aos gastos financeiros, há que atender a uma regra específica aplicável aos juros de suprimentos. Trata-se da norma que consta do art. 23.º-A, n.º 1, *alínea m*), do Código do IRC, que estabelece uma limitação relativa à dedutibilidade de juros de suprimentos. Em conformidade com esta norma, não são dedutíveis os juros e outras formas de remuneração de suprimentos e empréstimos efetuados pelo acionista à sociedade na parte em que excedam a aplicação da taxa definida por portaria do Ministro das Finanças³⁵.

Estes limites não são aplicáveis sempre que o contrato de suprimento esteja sujeito a regras de preços de transferência, em razão das relações especiais³⁶ existentes entre o acionista e a sociedade financiada³⁷.

³⁴ Esta faculdade cessa se ocorrer uma alteração da titularidade de mais de 50% do capital social (cfr. art. 67.º, n.º 8).

³⁵ Presentemente, esta taxa é definida pela Portaria n.º 184/2002, de 4 de março, segundo a qual o limite corresponde a:

- 1,5% de *spread* a acrescer à taxa EURIBOR a 12 meses, calculada no dia da constituição da dívida;
- 6% de *spread* a acrescer à mesma taxa, no caso de juros e outras formas de remuneração de suprimentos e empréstimos feitos a Pequenas e Médias Empresas – tal como definidas no anexo ao DL 372/2007, de 6 de novembro – pelos respetivos sócios.

³⁶ Existem relações especiais sempre que uma entidade tem o poder de exercer, direta ou indiretamente, sobre outra, uma influência significativa nas respetivas decisões de gestão (cfr. art. 63.º, n.º 4 do CIRC). A lei fiscal exemplifica, na mesma disposição legal, casos em que considera existirem relações especiais. Entre eles enquadraria-se a detenção de participações sociais de, pelo menos, 10% (cfr. *alínea a*).

³⁷ Importa também referir que se tem vindo a pretender aplicar o atual regime de preços de transferência sempre que estão em causa suprimentos não remunerados e os sócios (acionistas) que os realizem tenham relações especiais com a sociedade. Levado este raciocínio ao extremo, poder-se-á então pretender que também as situações que, na prática, funcionam como “autofinanciamentos não remunerados”, como sejam as prestações suplementares (isto pese embora as mesmas sejam inscritas contabilisticamente numa rubrica de capital) – sujeitas a um regime mais rigoroso do que os próprios suprimentos – não possam subsistir, já que pressupõem a não existência de remuneração.

Fica a chamada de atenção para a questão. No entanto, e sem prejuízo de reflexão mais ponderada, devemos concluir constituir tal caminho uma aberração que, a confirmar-se, seria sinónimo do fim da *affectio societatis*, ainda existente, que se traduz precisamente no empenho na vida societária e no interesse que os sócios podem ter de, sempre que se justificar, poderem financiar a sociedade.

Em conclusão, podemos afirmar que o regime fiscal tem vindo a limitar a dedutibilidade dos encargos com os juros dos suprimentos, estabelecendo um teto proporcional à rentabilidade da empresa – e um rácio relativo ao financiamento por acionistas, impedindo o desequilíbrio, hoje tão frequente, entre capital social (ou mesmo capitais próprios) e suprimentos – e, desse modo, impondo uma adequada capitalização da sociedade comercial, mas não eliminando a possibilidade de os respetivos acionistas poderem realizar suprimentos.

Lisboa, fevereiro de 2014

RESUMO: O novo Código de Processo Civil modifica a relação de instrumentalidade e provisoriadade existente entre a providência cautelar e a ação principal, estabelecendo o regime da inversão do contencioso. Este texto procura verificar o interesse deste regime no contexto do procedimento cautelar especificado de suspensão de deliberações sociais.

Palavras-chave: suspensão de deliberações sociais; inversão do contencioso

ABSTRACT: The new Civil Procedure Code changes the relationship between provisional measures and main proceedings providing for the possibility of some of these measures remain as final verdicts. This paper intends to analyze the chances of applying such a scheme to measures for suspension of corporate bodies' resolutions.

Keywords: measures for suspension of corporate bodies' resolutions; provisional measures and main proceedings.

RITA LOBO XAVIER*

Suspensão de deliberações sociais e inversão do contencioso**

1. A instrumentalidade e provisoriadade das providências cautelares e a inversão do contencioso no Código de Processo Civil de 2013

a) Aspetos gerais

No Código de Processo Civil de 2013 (CPC 2013), o procedimento cautelar mantém as características já presentes na legislação anterior: em regra, é dependente de uma ação, proposta ou a propor pelo Requerente, que tenha por fundamento o direito acautelado, pelo que a medida decretada é instrumental e provisória, estando destinada a caducar se a ação principal não for proposta ou se vier a ser julgada improcedente (cfr. arts. 364.º, n.º 1, e 373.º CPC). A instrumentalidade e a provisoriadade da medida envolvem, em muitos casos, uma duplicação desnecessária de atos e um desperdício dos meios destinados à resolução do mesmo conflito. Com efeito, frequentemente estarão em causa a alegação e prova dos mesmos factos, repetindo-se, no contexto da ação principal, muitos dos atos que já tiveram lugar em sede de procedimento cautelar. Esta verificação levou à consagração do regime da inversão do contencioso no CPC 2013,

* Professora da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Porto)

** Texto escrito para os Estudos em Homenagem ao Senhor Professor Jorge Leite.

regime que permite que a providência decretada se possa consolidar como composição definitiva do litígio, quebrando-se assim a regra da instrumentalidade e provisoriiedade das providências cautelares (artigos 369.º, n.º 1, e 371.º, n.º 1)¹. Este regime tem o seguinte esquema simplificado:

- 1) Para além de decretar a providência, se tiver formado “convicção segura acerca da existência do direito acautelado” e a pedido do requerente, o juiz pode dispensá-lo do ónus de propositura da ação principal, determinando a inversão do contencioso (artigo 369.º, n.os 1 e 2);
- 2) O requerido fica então onerado com o ónus da propositura da ação de impugnação no prazo de 30 dias (artigo 371.º, n.º 1);
- 3) Se o requerido não propuser a ação destinada a impugnar a existência do direito acautelado, a providência decretada consolida-se como composição definitiva do litígio (artigo 371.º, n.º 1).

b) Pressupostos e fundamentos da decisão de inversão do contencioso

A decisão de decretar a inversão do contencioso depende do requerimento da parte interessada (requerente) até ao encerramento da audiência final (artigo 369.º, n.os 1 e 2). O juiz apenas pode tomar esta decisão se a providência decretada for adequada a realizar a composição definitiva do litígio. A este propósito, parece ser de convocar o disposto no n.º 4 do artigo 376.º, relativo à aplicação do regime da inversão do contencioso a providências previstas em legislação avulsa cuja natureza permita realizar a composição definitiva do litígio. O artigo 362.º realiza uma distinção entre providências *conservatórias* e *antecipatórias*, parecendo não restar dúvidas de que a natureza conservatória de uma providência excluirá que possa ter aptidão para realizar a composição definitiva do litígio. Compreende-se assim que as providências nominadas de arrolamento e arresto estejam excluídas da aplicação deste regime (artigo 376.º, n.º 4, *a contrario*).

O requerido é ouvido sobre a questão, a não ser que se trate de procedimento sem contraditório prévio; nesse caso, poderá opor-se à inversão do contencioso conjuntamente com a impugnação da providência decretada (artigos 369.º, n.º 2 e 372.º, n.º 2).

¹ Cfr. a Exposição de Motivos da Proposta de Lei n.º 113/XII, que esteve na origem do processo legislativo conducente à Lei n.º 41/2013, de 26 de junho que aprovou o Código de Processo Civil; Sobre o regime da inversão do contencioso, mais aprofundadamente, cfr., por todos, MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA (2013).

Finalmente, o juiz tem de ter formado uma “convicção segura” acerca da existência do direito acautelado, o que envolve uma convicção diversa da exigida para o decretamento da providência cautelar. Com efeito, para decretar a providência cautelar requerida, basta que o juiz se convença da “probabilidade séria da existência do direito” (cfr. o artigo 368.º, n.º 1). Significa isto que, apesar de o procedimento cautelar continuar a manter as suas características próprias, nomeadamente de celeridade e de instrução sumária, para deferir o pedido de inversão do contencioso, o juiz terá de formar uma convicção similar à que é exigida para proferir uma decisão definitiva numa ação².

Muito embora a lei preveja o recurso conjunto da decisão que decreta a medida e da decisão que decreta a inversão do contencioso (art. 370, n.º 1), não há dúvida de que se trata de decisões autónomas, de natureza diferente, com pressupostos e fundamentos distintos³.

c) A dispensa do ónus de propositura da ação principal e a consolidação da providência como definitiva composição do litígio

Logo que transite em julgado a decisão que haja decretado a providência cautelar e invertido o contencioso, o requerido é notificado para intentar a ação destinada a impugnar a existência do direito acautelado nos 30 dias subsequentes à notificação, sob pena de a providência decretada se consolidar como composição definitiva do litígio (artigo 371.º, n.º 1). O mesmo efeito se verificará no caso de a ação ser proposta mas o processo vier a estar parado mais de 30 dias por negligência do autor ou o réu for absolvido da instância (n.º 2).

Se o requerido propuser a ação e esta for procedente, a providência decretada caduca depois de a decisão transitar em julgado (artigo 371.º, n.º 3).

Este regime suscita algumas perplexidades, uma vez que pressupõe um momento em que o juiz adquiriu uma convicção segura acerca da existência do direito acautelado e, ulteriormente, é procedente uma ação em que se impugnou a existência desse mesmo direito. Mesmo tendo em conta que aquela convicção foi adquirida nos termos de um procedimento

² Cfr. especificamente sobre esta questão, RAMOS DE FARIA e ANA LUÍSA LOUREIRO (2013), p. 301; PAULA COSTA E SILVA, (2012), p. 142.

³ RAMOS DE FARIA e ANA LUÍSA LOUREIRO (2013), p. 298.

celere e assentou numa análise perfunctória, o regime supõe que a decisão ulterior vem afirmar o contrário do que a primeira afirmou⁴.

A epígrafe do artigo 371.º refere-se à “propositura da ação principal pelo requerido”, mas, em rigor, não se trata propriamente da “ação principal”. O texto da norma do n.º 1 designa a ação a propor pelo requerido como “ação de impugnação do direito acautelado”. O requerido irá impugnar o direito sobre cuja existência o juiz considerou haver convicção segura, quando inverteu o contencioso.

Em regra, esta “ação de impugnação do direito acautelado” será uma ação de simples apreciação negativa, embora não necessariamente⁵. A parte inicial da norma do n.º 1 do artigo 371.º – “sem prejuízo das regras sobre a distribuição do ónus da prova” – remete para os artigos 342.º e 343.º do CC. Assim, se estiver em causa uma ação de simples apreciação negativa, competirá ao réu a prova dos factos constitutivos do direito que se arroga. Repare-se que, neste caso, o réu na ação de impugnação do direito acautelado será o requerente da providência cautelar, sobre o qual recairiam os ónus de propor a ação principal e da prova dos factos constitutivos do seu direito, se não tivesse sido decretada a inversão do contencioso⁶.

d) Contraditório diferido e recurso

No caso de a providência ter sido decretada sem contraditório prévio, o requerido pode optar por impugnar a decisão que tenha invertido o contencioso, recorrendo do despacho que a decretou, ou por deduzir oposição se pretender alegar factos ou produzir meios de prova (artigo 372.º, n.os 1 e 2).

⁴ Este aspeto foi salientado, no plano do Debate sobre a proposta da Comissão de Reforma do CPC (cfr. PAULA COSTA E SILVA (2013), p. 144, LUCINDA DIAS (2013), p. 88, RITA LYNCE DE FARIA (2013), p. 57).

⁵ Cfr. MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA (2013), p. 16; RAMOS FARIA E ANA LUÍSA LOUREIRO (2013), p. 310.

⁶ Não é esta a opinião que tem vindo a ser sustentada por MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA (cfr. ob. e loc. cit.). Se estiver em causa uma ação de simples apreciação positiva – como parece que ocorrerá no caso da inversão do contencioso no contexto da providência de suspensão de deliberações sociais, na medida em que o autor solicita a declaração da inexistência do direito acautelado e este é o direito de requerer a anulação da deliberação social – o ónus de provar os factos constitutivos do direito que se exerce – de onde resulte que a deliberação é válida, ou seja, não é anulável – já incumbe ao autor/requerido. Repare-se, no entanto, que a apreciação da validade de deliberação social implicará sobretudo uma questão de direito, na maior parte dos casos.

Da decisão que decrete a inversão do contencioso não é possível interpor um recurso autónomo: o requerido apenas pode recorrer desta decisão se recorrer da decisão que decrete a providência cautelar. O requerente não pode recorrer da decisão que indefira o pedido de inversão do contencioso (artigo 370.º, n.º 1).

e) Antecedentes do regime da inversão do contencioso na lei processual civil portuguesa

O regime da inversão do contencioso é uma novidade do CPC 2013 que constava da proposta da Comissão de Reforma do CPC⁷. Teve ainda como antecedente, na lei processual civil portuguesa, o artigo 16.º do Decreto-Lei n.º 108/2006, de 8 de Outubro, que procedeu à criação de um regime processual civil de natureza experimental aplicável às ações declarativas cíveis a que não correspondesse processo especial e a ações especiais para o cumprimento de obrigações pecuniárias emergentes de contratos (RPCE). Tal regime foi aplicado em algumas comarcas, nomeadamente nos Juízos Cíveis e nas Varas Cíveis do Tribunal da Comarca do Porto. Esta disposição permitia que o juiz, para além de decretar a providência requerida, proferisse uma decisão sobre o objeto daquela que seria a causa principal, o que, embora incorretamente, se designava por “antecipação do juízo” sobre a causa principal⁸. Sempre que o juiz verificasse que constavam já dos autos “os elementos necessários à resolução definitiva do caso”, oficiosamente ou a pedido da parte podia antecipar a decisão sobre a causa principal. O que acontecia na prática era que o requerente vinha solicitar ao Tribunal que realizasse a possibilidade referida no artigo 16.º, formulando para o efeito o pedido de *convolação do procedimento cautelar em decisão final*⁹.

⁷ A Comissão de Reforma do Processo Civil trabalhou entre Dezembro de 2009 e Outubro de 2010, com nomeação por distintos governos e no contexto de duas legislaturas. Cfr. o art. 387.º-A da Proposta da referida Comissão. Cfr. JOÃO CORREIA *et allii* (2013).

⁸ Como bem sublinhava PAULA COSTA E SILVA, a decisão não equivalia a uma “antecipação da tutela” (2012), p.142.

⁹ Cfr. REMÉDIO MARQUES, para quem o art. 16º RPCE permitia que o juiz oficiosamente ou a pedido de parte operasse uma convolação de um meio de tutela cautelar num meio de tutela final, com valor de sentença final ((2011) p. 174-175); cfr. RUI PINTO (2013), p. 33. Para ilustração do modo de funcionamento desta possibilidade conferida ao juiz, cfr. os Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto de 15-04-2013 (processo n.º 920/2012.0TVPRT-P1); de 8-11-2010 (processo n.º 4456/10.5TBVNG-AP1); e de 9-06-2011, processo n.º 5/11.6TVPRT-A.P1).

O regime agora consagrado no CPC 2013 é muito diferente, como foi evidenciado. Se o juiz decretar a medida cautelar e inverter o contencioso, o primeiro efeito será o da dispensa do ónus de intentar a ação principal pelo requerente. O ónus de propositura de uma ação – ação de impugnação do direito acautelado – passará a incidir sobre o requerido. O conceito de inversão do contencioso reporta assim à inversão das posições das partes na ação ligada ao procedimento cautelar: em regra, será o requerente o autor na ação principal, sob pena de caducidade da providência; invertido o contencioso, passará a ser o requerido o autor na ação de impugnação do direito acautelado. O segundo efeito ocorrerá por força da cominação associada ao ónus de propositura da ação: se o requerido não propuser tal ação no prazo previsto, a providência decretada consolida-se como composição definitiva do litígio. Sendo requerida a dispensa do ónus de propositura da ação, o Tribunal pode entender conceder a medida solicitada e, além disso, quando tenha alcançado um juízo de certeza relativamente à existência do direito, pode atribuir-lhe a virtualidade de dirimir definitivamente o litígio, isto é, de produzir os seus efeitos indefinidamente no tempo, sem necessidade de confirmação por uma decisão ulterior.

A propósito da inversão do contencioso, revisita-se a discussão há muito iniciada e ainda não finda sobre a natureza da tutela cautelar e sua articulação com a tutela plena¹⁰.

Alguns autores perfilham uma abordagem restrita deste novo instituto, no sentido de que se dirige apenas aos casos em que o juiz pode concluir que o conflito ficaria resolvido com o decretamento da providência¹¹. Só poderá ser “adequada” à composição definitiva do litígio quando o conflito ficar sanado com o decretamento da providência, e a ação principal for desnecessária, apenas destinada a satisfazer a exigência legal e evitar a caducidade da providência¹². O que a lei admite apenas é que o juiz possa entender que a providência permite a composição definitiva do litígio e, em conformidade, que a ação seja dispensável. Seja como for, parece que o juiz sempre terá de prever o resultado que seria obtido na ação principal

¹⁰ Sobre esta matéria, RUI PINTO (2013), p. 49-57. Concretamente a propósito da solução acolhida no CPC 2013, PAULA COSTA e SILVA (2012), p. 141-142 e 147.

¹¹ RAMOS DE FARIA e ANA LUÍSA LOUREIRO (2013), p. 296 e 311. Para estes autores, continua a não haver “antecipação de tutela plena” (p. 297 e 301). No entanto, a consolidação da providência equivale a uma decisão de tutela plena, será uma exceção dilatória equivalente à exceção do caso julgado (p. 297).

¹² O exemplo mais óbvio será o da proibição da realização de um certo evento numa determinada data (RAMOS DE FARIA e ANA LUÍSA LOUREIRO (2013), p. 302).

para verificar se a medida tem a virtualidade de se consolidar, pelo decurso do tempo, como resolução definitiva do litígio¹³.

2. Aplicação do regime de inversão do contencioso nos procedimentos especificados

O regime de inversão do contencioso é aplicável, com as devidas adaptações, nos procedimentos de restituição provisória da posse, de suspensão de deliberações sociais, de alimentos provisórios, de embargo de obra nova, “bem como nas demais providências previstas em lei avulsa que tenham caráter antecipatório dos efeitos da ação principal” (artigo 376º, n.º 4).

Podem colocar-se algumas dúvidas quanto à utilidade do regime da inversão do contencioso em alguns dos procedimentos mencionados. No caso do procedimento de alimentos provisórios, o requerente poderá ter interesse em solicitar ao Tribunal que a pensão de alimentos fixada pelo juiz a título provisório possa manter-se indefinidamente, se não for posta em causa em ação intentada pelo requerido no prazo previsto. Concebe-se que o seu interesse fique satisfeito pelo simples decretamento da providência, sobretudo para quem entenda que os pressupostos da constituição da pensão de alimentos provisórios e os critérios de fixação da sua medida são idênticos aos dos definitivos¹⁴.

Nos outros procedimentos cautelares expressamente mencionados, já é mais difícil compreender como é que a providência solicitada pode ter aptidão para se consolidar como decisão definitiva do litígio.

A distinção entre a medida solicitada e a decisão que importaria a solução definitiva do litígio é evidente no caso do procedimento do embargo de obra nova. A medida solicitada é a de que seja mandada suspender imediatamente a obra, trabalho ou serviço novo (artigo 397.º, n.º 2), e o decretamento do embargo determina a proibição de prosseguimento da obra. No entanto, a ação principal teria principalmente a ver com a discussão sobre a titularidade dos direitos reais envolvidos e o pedido formulado incluiria a condenação do réu na obrigação de destruir a obra já realizada. Embora se possa conceber que o requerente se considere satisfeito com um embargo que permaneça indefinidamente no tempo se não

¹³ “A inversão do contencioso só é admissível se a tutela cautelar puder substituir a tutela definitiva que, se não tivesse havido inversão do contencioso, o requerente teria o ónus de requerer na subsequente ação principal.” (MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA (2013), p. 12).

¹⁴ Nesse sentido, RAMOS DE FARIA e ANA LUISSA LOUREIRO (2013), p. 321.

for proposta a ação de impugnação, parece que, pela sua própria natureza, o decretamento do embargo, por si só, não terá aptidão para se consolidar como solução definitiva do litígio¹⁵. A não ser que o requerimento de inversão do contencioso possa incluir o pedido de que o Tribunal, além de decretar a providência e inverter o contencioso, profira uma outra decisão, com um conteúdo distinto do embargo, com aptidão para compor definitivamente o litígio, se não for impugnada pelo requerido, o que não parece de admitir no contexto da solução acolhida pelo CPC 2013.

No que diz respeito à restituição provisória da posse, esta providência é um meio de defesa da posse, visando a reconstituição da situação anterior ao desapossamento violento. Requer-se assim a tutela de uma situação de facto ou de uma situação de aparência de direito, podendo ser requerida na dependência de uma ação em que se discuta a posse ou a titularidade do direito de propriedade ou outro direito real. As dúvidas sobre a utilidade de um pedido de inversão do contencioso surgem quanto à própria identificação do “direito” acautelado de forma a permitir a consolidação da decisão como definitiva, sabendo-se que o recurso à tutela possessória é muitas vezes motivado pela dificuldade em provar diretamente a titularidade do direito, uma vez que o possuidor goza da presunção da titularidade do direito (artigo 1268.º CC). Não será talvez impossível que, num procedimento com estas características, o Tribunal consiga alcançar uma certeza sobre a existência do direito de propriedade, por exemplo; no entanto, a composição definitiva do litígio, neste caso, consistiria numa declaração sobre o titular do direito de propriedade, que não pode ser obtida pela via da simples consolidação da medida cautelar. O requerente terá de propor uma ação com esse objeto¹⁶.

3. A suspensão de deliberações sociais e a inversão do contencioso

a) A providência de suspensão de deliberações sociais e a ação principal

A situação mais complexa será a do procedimento cautelar especificado de suspensão de deliberações sociais (arts. 380 a 383.º). Para clarificar a exposição, irei considerar agora apenas a hipótese simplificada de deli-

¹⁵ RAMOS DE FARIA e ANA LUÍSA LOUREIRO (2013), p. 309. Para estes autores, o facto de a ação vir a ser proposta revela que afinal não deveria ter sido deferido o pedido de inversão do contencioso.

¹⁶ Cfr. TEIXEIRA DE SOUSA (2013), p. 13.

berações tomadas em Assembleia Geral de sociedade comercial em que todos os sócios são pessoas singulares¹⁷.

A providência de suspensão tem como finalidade paralisar a eficácia de deliberações sociais inválidas por contrariedade à lei, aos estatutos ou ao contrato (cfr. os artigos 56.º e 58.º do Código das Sociedades Comerciais (CSC))¹⁸. Será assim uma providência cujo decretamento pressupõe a apreciação de certos aspectos que terão de ser considerados na sentença que vier a ser proferida na ação principal. Os pressupostos do decretamento da providência são: a alegação e prova da qualidade de sócio; o respeito pelo prazo de 10 dias estabelecido para solicitação da providência; a alegação das razões da invalidade da deliberação; a alegação e prova sumária de factos de onde resulte a possibilidade de ocorrência de dano apreciável causado pela futura execução da deliberação (artigo 380.º, n.os 1 e 3); a junção de cópia da ata da assembleia em que a deliberação foi tomada ou documento comprovativo da deliberação no caso de a lei dispensar a reunião de assembleia (artigo 380.º, n.º 2).

A providência de suspensão de deliberações sociais é instrumental relativamente a uma ação principal em que o sócio ponha em causa a validade da deliberação (ação anulatória ou ação de simples apreciação da nulidade), ação esta que deve ser proposta contra a sociedade (cfr. os artigos 56.º, 58.º, 59.º, 60.º do CSC)¹⁹. Para a ação de anulação, têm legitimidade ativa o órgão de fiscalização ou qualquer sócio que não tenha votado no sentido que fez vencimento nem posteriormente tenha aprovado a deliberação expressa ou tacitamente. A sentença que declarar nula ou anular

¹⁷ O âmbito desta providência é muito mais extenso, como é evidenciado, desde logo, pelo artigo 383.º CPC. No texto, seguiremos o estudo de Vasco da Gama Lobo Xavier (1978), que ainda hoje continua a ser, entre nós, o mais profundo e relevante sobre o conteúdo da providência cautelar de suspensão de deliberações sociais.

¹⁸ Nos termos do n.º 3 do 381.º, a partir da citação, e enquanto não for julgado em primeira instância o pedido de suspensão, não é lícito à associação ou sociedade executar a deliberação impugnada. Esta disposição corresponde ao n.º 3 do artigo 397.º do Código anterior, à luz do qual já se devia proceder a uma interpretação restritiva, no sentido de que apenas limita a atividade executiva na esfera dos administradores, não afetando os efeitos relativamente aos sócios, não se atribuindo à citação a totalidade dos efeitos da providência cautelar quando decretada (cfr. VASCO LOBO XAVIER (1978), p. 84 e ss).

¹⁹ Cfr. VASCO LOBO XAVIER (1978), p. 20-22, 57-58. Como é sabido, por força de uma corrente doutrinal de que foi precursor Ferrer Correia e especialmente desenvolvida por Vasco da Gama Lobo Xavier, o CSC acolheu expressamente a categoria das deliberações sociais feridas de nulidade verdadeira e própria, insuscetíveis de produzir os efeitos a que tendem, arguíveis sem dependência de prazo e por qualquer interessado, não sendo necessária a propositura de uma ação destinada a declará-la (cfr., por todos, OLAVO CUNHA (2010), p. 701 e ss, COUTINHO DE ABREU (2009), p. 461, 493).

uma deliberação é eficaz contra e a favor de todos os sócios, mesmo que não tenham sido parte ou não tenham intervindo na ação (artigo 61.º CSC).

É ainda de fazer notar que o prazo para a propositura da ação de anulação de deliberação social é de 30 dias a partir da data em que foi encerrada a assembleia geral; ou do 3.º dia subsequente à data do envio da ata de deliberação por voto escrito; ou da data em que o sócio teve conhecimento da deliberação, se esta tiver incidido sobre assunto que não constava da ordem do dia (cfr. artigo 59.º, n.º 2 do CSC)²⁰.

b) Inversão do contencioso e propositura da ação de impugnação do direito acautelado

O reconhecimento das especificidades da providência de suspensão de deliberações sociais manifesta-se desde logo no facto de o CPC 2013 incluir, na disciplina relativa ao respetivo procedimento, uma disposição particular respeitante à inversão do contencioso. O artigo 382.º refere-se ao início da contagem do prazo de 30 dias para a propositura da ação referida no artigo 371.º, n.º 1 (n.º 1) e à legitimidade para a propor ou nela intervir (n.º 2). Quanto ao primeiro aspeto, o prazo de 30 dias para ser proposta a ação de impugnação do direito acautelado conta-se a partir da notificação da decisão judicial que haja suspendido a deliberação, e não da notificação do trânsito em julgado dessa decisão, como é a regra nos termos do artigo 371.º, n.º 1 (alínea *a*); ou conta-se a partir do registo, quando obrigatório, da decisão judicial (alínea *b*)). A alínea *b*) está pensada para assegurar o conhecimento da decisão de inversão do contencioso de quem, não sendo parte, dela não foi notificado, mas que será afetado pelo efeito de consolidação da providência. O n.º 2 do artigo 282.º refere que para propor a ação de impugnação da existência do direito acautelado têm legitimidade, além do requerido, aqueles que teriam legitimidade para a ação de nulidade ou anulação das deliberações sociais. Esta disposição tem de ser devidamente interpretada. Como foi referido, a ação principal, se instaurada pelo requerente, seria uma ação de anulação ou de simples apreciação da nulidade. A ação de impugnação do direito acautelado será

²⁰ Em rigor, como é aceite pela generalidade da doutrina, a causa de caducidade fundada na não propositura da ação principal dentro dos 30 dias contados da data da notificação do trânsito em julgado da decisão que decretou a providência não tem aplicação no caso da providência de suspensão, em virtude do prazo de 30 dias para a propositura da ação de anulação que decorre do CSC.

uma ação em que o autor pugnará pela validade da deliberação em causa: a procedência da ação determinará a caducidade da providência que implicava a ineficácia daquela deliberação (art. 371.º, n.º 3)²¹. A legitimidade ativa para a propositura da ação de impugnação terá de ser estabelecida em termos de relação simétrica com os legitimados para a ação de nulidade ou de anulação. Como vimos, para a ação de anulação, têm legitimidade ativa o órgão de fiscalização, e qualquer sócio que não tenha votado no sentido que fez vencimento nem posteriormente tenha aprovado a deliberação, expressa ou tacitamente (art. 59.º, n.º 1 CSC); a ação de declaração de nulidade pode ser requerida por qualquer interessado, sendo de notar a especial intervenção do órgão de fiscalização da sociedade (art. 57.º CSC). A legitimidade ativa para a ação de impugnação do direito acautelado é, em primeiro lugar, de quem tenha legitimidade passiva para intervir na ação de anulação, isto é, a própria sociedade (cfr. art. 60.º, n.º 1, CSC); mas, além disso, também deverá ser reconhecida legitimidade ativa aos que poderão ter interesse na caducidade da providência de suspensão e na eficácia da deliberação, ou seja, a qualquer sócio que tenha votado no sentido que fez vencimento ou posteriormente aprovou a deliberação, expressa ou tacitamente. A finalidade desta alínea *b*) será a de alargar o âmbito da legitimidade ativa para a ação de impugnação, para além da sociedade requerida, a outros sócios que terão interesse na eficácia da deliberação. Compreende-se esta disposição na medida em que a inércia da sociedade requerida em propor a ação de impugnação pode ter como efeito a consolidação da providência como definitiva, o que afeta todos os sócios que não estejam interessados na suspensão *ad aeternum* da deliberação.

A ação de impugnação do direito acautelado será, neste caso, uma ação de simples apreciação positiva. Ao decretar a suspensão da deliberação e inverter o contencioso, o juiz terá formado “convicção segura acerca da existência do direito acautelado”, ou seja, do direito de obter a anulação ou a declaração de nulidade da deliberação social. A ação de impugnação visará “impugnar a existência do direito acautelado”, ou seja, destinar-se-á declarar que a deliberação é válida, pelo que, para ser procedente, caberá ao autor o ónus de alegar e provar os factos que suportam a validade da deliberação em causa²².

²¹ O direito acautelado pela medida de suspensão decretada foi o direito de impugnação da deliberação social; invertido o contencioso, a ação de impugnação do direito acautelado terá como finalidade a impugnação do direito de obter a declaração de nulidade ou a anulação, ou seja, o autor pugnará pela validade da deliberação social que foi suspensa.

²² Sublinhe-se que a apreciação da validade de deliberação social implicará sobretudo uma questão de direito, na maior parte dos casos.

c) O conteúdo da providência de suspensão e a consolidação da providência como composição definitiva do litígio

É também difícil de compreender neste caso o significado da consolidação da providência de suspensão como composição definitiva do litígio. Na verdade, o decretamento da providência de suspensão não importa a antecipação provisória dos efeitos da decisão definitiva sobre a invalidade, apenas suspende a eficácia integral da deliberação, inibindo a sua execução (artigo 383.º, n.º 3)²³. No caso de deliberação anulável, o decretamento da providência determinará que os respetivos efeitos jurídicos fiquem num estado de quiescência até à sentença proferida na ação anulatória que virá a operar a eliminação ou revivescência de tais efeitos²⁴. Apenas a anulação elimina os efeitos da deliberação, a suspensão não funciona como uma anulação antecipada²⁵.

Na hipótese de ser decretada a providência de suspensão e invertido o contencioso, o facto de não ser proposta ação de impugnação do direito acautelado nos trinta dias previstos, pela sociedade requerida (ou outro dos legitimados), importará a consolidação da decisão cautelar como definitiva, ou seja, a suspensão da deliberação *ad aeternum*, o que, embora possa equivaler em certos casos a uma anulação ou declaração de nulidade, não deixa de ser uma situação anómala.

Sendo a providência de suspensão, em si mesma, “transitória” e “temporária”, como pode consolidar-se como solução definitiva de um litígio que, no fundo, incide sobre a validade de deliberação social²⁶?

A indagação sobre o conteúdo da providência de suspensão é importante para verificarmos em que medida a pretensão do requerente pode ficar satisfeita com a consolidação da providência; e em que medida esta providência poderá ser “adequada” a realizar a composição definitiva do litígio, viabilizando a inversão do contencioso. Tudo dependerá da consideração da específica finalidade da providência de suspensão no contexto da particular deliberação e do tipo de invalidade em causa.

Importa começar por sublinhar que existe uma diferença entre o conteúdo da providência de suspensão e o de uma ação anulatória, para além

²³ VASCO LOBO XAVIER (1978), p. 53.

²⁴ Autor e ob, cit., p. 53-54.

²⁵ Autor e ob.cit., *passim*, sobretudo, p. 54 e 75.

²⁶ Deixa-se de lado o difícil enquadramento dogmático da providência de suspensão, dificuldade que reflete a ambiguidade da tutela dita cautelar em Portugal, mesmo depois de a reforma de 1961 que procurou distinguir a tutela preventiva e a específica tutela cautelar.

do caráter provisório da primeira²⁷. É que, se porventura não houvesse diferença, então seria possível afirmar-se que a consolidação da suspensão poderia bastar como composição definitiva do litígio.

Vimos que a finalidade do procedimento de suspensão é acautelar a utilidade prática da ação que põe em causa a validade das deliberações sociais, nomeadamente da ação anulatória ou da ação de simples apreciação da nulidade ou de ineficácia²⁸. Diremos então que a consolidação da suspensão da providência só poderá realizar a composição definitiva do litígio quando com ela se obtenha um efeito equivalente ao que resultaria da procedência da ação principal com a qual está intimamente ligada.

Nas situações mais frequentes, sendo a providência de suspensão instrumental em relação à ação anulatória, poderá concluir-se que não se verificam os pressupostos da inversão do contencioso, uma vez que a consolidação da providência não é adequada à composição definitiva do litígio, por o seu conteúdo não corresponder à antecipação provisória da sentença anulatória²⁹.

No entanto, no caso de o juiz chegar à certeza de que está perante uma deliberação nula (artigo 56.º CSC), já poderá afirmar-se que a consolidação da providência será adequada a realizar a composição definitiva do litígio, na medida em que não é necessária uma ação principal destinada a declarar a nulidade da deliberação. Invertido o contencioso e não sendo proposta a ação de impugnação, a providência de suspensão manter-se-á, produzindo indefinidamente os seus efeitos no tempo, sem necessidade de confirmação por uma decisão ulterior, podendo ser invocada como exceção processual³⁰.

A inversão do contencioso terá também utilidade prática nos casos em que, com o decretamento da providência cautelar de suspensão, o requerente obtenha o efeito pretendido de sustar ou impedir a prática de determinados atos, em determinada data. Na medida em que a providência de suspensão traduza uma ordem de abstenção da prática de concretos atos, durante um determinando período de tempo ou em certa data, cingindo-se o objeto da mesma a estes atos, o interesse do requerente fica satisfeito quando forem ultrapassados o período ou a data prevista, sendo desnecessária a propositura da ação principal.

²⁷ Vasco Lobo Xavier, ob. cit., p. 6.

²⁸ Autor e ob. cit. p. 21.

²⁹ Por exemplo, não se compreenderá a “suspensão *ad aeternum*” na hipótese de deliberação sobre uma alteração estatutária ou na de deliberação que aprova a distribuição dos lucros apurados.

³⁰ A consolidação da providência de suspensão impedirá igualmente a renovação da deliberação nula nos termos do artigo 62.º, n.º 1 CSC.

4. Conclusão

Verifica-se muitas vezes no âmbito do procedimento de suspensão de deliberações sociais um contencioso inútil, não só porque frequentemente estarão em causa a alegação e prova dos mesmos factos, repetindo-se, no contexto da ação principal, muitos dos atos que já tiveram lugar em sede de procedimento cautelar, mas também por ser vulgar que, nesse contexto, o juiz chegue a uma convicção segura sobre a validade ou invalidade da deliberação em causa, podendo afirmar-se que a propositura da ação principal apenas terá a finalidade de cumprir a obrigatoriedade inerente à regra da instrumentalidade. No entanto, parece que a inversão do contencioso no âmbito da providência de suspensão de deliberação social apenas poderá ter um interesse diminuto. A consolidação da providência de suspensão terá interesse no caso excepcional das deliberações nulas, uma vez que não é necessário que a nulidade seja declarada em ação especialmente intentada com esse fim. Poderá ainda ter relevância se com a própria suspensão se esgotar a modalidade de tutela requerida, por exemplo, quando o requerente apenas pretenda sustar a eficácia da deliberação até ter passado o dia em que teria lugar um evento nela previsto. Na maior parte dos casos, porém, sendo a suspensão instrumental em relação à ação anulatória, não se verificarão os pressupostos da inversão do contencioso, na medida em que a suspensão da deliberação social *ad aeternum* não será adequada a realizar a composição definitiva do litígio, mesmo que o juiz alcance uma convicção segura sobre a anulabilidade da mesma. Só não seria assim se o pedido de inversão do contencioso pudesse ser configurado como um pedido de anulação, como acontecia no contexto do RPCE, mas tal não parece ser corresponder à letra do preceito do n.º 1 do artigo 371.º, que se refere expressamente à consolidação da “providência decretada”. É uma pena que perante a certeza do direito não possa ser proferida uma decisão que resolva o litígio.

Bibliografia

- ABREU, Jorge Coutinho De, *Curso de Direito Comercial, II, Direito das Sociedades*, 3.ª Edição, 2009.
- ALMEIDA, L. P. Moitinho de, *Anulação e suspensão de deliberações sociais*, Coimbra Editora, 1983.
- CORREIA, João et alli, *Introdução ao estudo e à aplicação do Código de Processo Civil de 2013*, Almedina, 2013.
- CUNHA, Paulo Olavo, *Direito das Sociedades Comerciais*, Almedina, 4.ª Edição, 2010.

GERALDES, Abrantes, *Temas da Reforma do processo Civil*, Vols III, 4.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2010; e IV, 4.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2010.

FARIA, Paulo Ramos de, *Regime Processual Civil Experimental Comentado*, Almedina, Coimbra, 2010.

FARIA, Paulo Ramos de, e LOUREIRO, Ana Luísa, *Primeiras Notas ao Novo Código de Processo Civil – os artigos da reforma*, Volume I, Almedina, 2013.

FARIA, Rita Lynce de, «Apreciação da proposta de *inversão do contencioso cautelar* apresentada pela Comissão de Reforma do Código de Processo Civil» in *A Reforma do Processo Civil*, Revista do Ministério Público, Cadernos, Junho 2012 (49-61).

MARQUES, J. P. Remédio, *Ação declarativa à luz do Código Revisto*, Coimbra Editora, 3.ª Edição, 2011.

PINTO, Rui, «Critérios judiciais de convolação não homogénea pelo art. 16.º do Regime Processual Civil Experimental» in *Colectânea de Estudos de Processo Civil* (coordenação: Rui Pinto), Coimbra Editora, Coimbra, 2013 (27-68).

SILVA, Lucinda D. Dias da Silva, «Contencioso: Redução, Conversão e Inversão» in *I Jornadas de Direito Processual Civil, "Olhares transmontanos"* (coordenação: Esteves, José António Alves) Edição Câmara Municipal de Valpaços, Abril 2012 (71-101).

SILVA, Paula Costa e, «Cautela e certeza: breve apontamento acerca do proposto regime de inversão do contencioso na tutela cautelar» in *A Reforma do Processo Civil*, Revista do Ministério Público, Cadernos, Junho 2012 (139-149).

SOUZA, M. Teixeira de, «As providências cautelares e a inversão do contencioso» (inédito) 2013. Consultado em: <https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbnxpcHBjaXZpbHxneDo3ZTM0MDIyMTRhMmQ5YmU4>

XAVIER, Vasco da Gama Lobo «O conteúdo da providência de suspensão de deliberações sociais», Separata da Revista de Direito e de Estudos Sociais, Ano XXII – Janeiro-Dezembro – n.os 1-2-3-4, Coimbra, 1978.

RESUMO: A afirmação corrente de que os credores da sociedade têm o ónus da prova da culpa dos administradores carece de uma revisão crítica. Em primeiro lugar, alega-se que a responsabilidade dos administradores pode não ser extracontratual. Em segundo lugar, ainda que o seja, alega-se que não deve aplicar-se-lhe o art. 487.º, n.º 1, do Código Civil. Estando em causa ónus da prova da culpa não deve haver diferenças fundamentais entre a responsabilidade dos administradores para com a sociedade e a responsabilidade dos administradores para com os credores da sociedade.

Palavras-chave: Responsabilidade dos administradores, proteção dos credores, ónus da prova.

ABSTRACT: The common statement, according to which creditors bear the burden of proving directors' fault, is to be critically assessed. In the first place, it is submitted that directors' liability vis-à-vis company's creditors is not necessarily a tortious one. Secondly, it is submitted that Article 487 (1) of the Portuguese Civil Code does not apply. When it comes to the burden of proof there should be no fundamental difference between directors' liability vis-à-vis the company and directors' liability vis-à-vis company's creditors.

Keywords: Directors' liability, creditors' protection, burden of proof.

NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA*

O ónus da prova da culpa no art. 78.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais

I. Introdução. Os argumentos em favor da tese de que os credores da sociedade têm o ónus da prova da culpa dos administradores.

O art. 78.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais dispõe que “[o]s gerentes ou administradores respondem para com os credores da sociedade quando, pela inobservância culposa das disposições legais ou contratuais destinadas à proteção destes, o património social se torne insuficiente para a satisfação dos respetivos créditos”. Entre as afirmações consensuais, ou quase consensuais, da doutrina e da jurisprudência portuguesas sobre a responsabilidade civil dos administradores está a da dupla diferença entre responsabilidade pelos danos diretos causados à sociedade, prevista no art. 72.º, em particular no n.º 1, e a responsabilidade pelos danos indiretos ou reflexos, causados a alguns terceiros – aos sócios –, prevista no art. 78.º.

Em primeiro lugar, a responsabilidade dos administradores pelos danos causados à sociedade, prevista no art. 72.º, n.º 1, seria uma res-

* Professor da Escola de Direito da Universidade do Minho

ponsabilidade contratual e a responsabilidade pelos danos causados aos credores da sociedade, prevista no art. 78.º, n.º 1, uma responsabilidade extracontratual.

António Menezes Cordeiro e Pedro Pais de Vasconcelos falam de uma responsabilidade aquiliana¹, “que retoma o final do art. 483.º, n.º 1, do Código Civil”²; Jorge Coutinho de Abreu e Maria Elisabete Gomes Ramos, de uma responsabilidade extracontratual ou extraobrigacional³, situada “na área de influência do art. 483.º, n.º 1, do Código Civil, quando este sanciona com a responsabilidade civil extracontratual a violação de normas legais destinadas a proteger interesses alheios”⁴. Entre os administradores e a sociedade há uma relação obrigacional com deveres primários de prestação; entre os administradores e os credores da sociedade, não haveria relação nenhuma obrigacional, ou pelo menos não haveria nenhuma relação obrigacional com deveres primários de prestação: “as relações creditórias ligam os credores à sociedade, não aos administradores”⁵.

¹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, vol. I – *Das sociedades em geral*, 2.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2007, pág. 935; Idem, *Direito das sociedades*, 3.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2011, pág. 995; Idem, “Introdução [aos arts. 78.º a 84.º]”, in: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO (coord.), *Código das sociedades comerciais anotado*, 2.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2011, págs. 270-276 (275); PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “Responsabilidade civil dos gestores das sociedades comerciais”, in: *Direito das sociedades em revista*, vol. 1 (2009), págs. 11-32 (28); Idem, “Business judgement rule, deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa e o art. 64.º do Código das Sociedades Comerciais”, in: *Direito das sociedades em revista*, vol. 2 (2009), págs. 41-79 (esp. págs. 60 e 76).

² ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, vol. I – *Das sociedades em geral*, cit., pág. 935.

³ JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, 2.ª ed., Cadernos do IDET – n.º 5, Livraria Almedina, Coimbra, 2010, pág. 77; MARIA ELISABETE GOMES RAMOS, *A responsabilidade civil dos administradores e diretores de sociedades anónimas perante os credores sociais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, esp. nas págs. 156 e 202-203; Idem, *O seguro de responsabilidade civil dos administradores. Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*, Livraria Almedina, Coimbra, 2010, pág. 130; JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU/MARIA ELISABETE GOMES RAMOS, anotação ao art. 78.º, in: JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. I – *Artigos 1.º a 84º*, Livraria Almedina, Coimbra, 2010, págs. 892-903 (897).

⁴ MARIA ELISABETE GOMES RAMOS, *A responsabilidade civil dos administradores e diretores de sociedades anónimas perante os credores sociais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pág. 156.

⁵ JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, cit., pág. 77; JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU/MARIA ELISABETE GOMES RAMOS, anotação ao art. 78.º, in: JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. I – *Artigos 1.º a 84º*, cit., pág. 897.

Estar-se-ia fora das “obrigações específicas”⁶ – estar-se-ia fora das “relações obrigacionais”, ou dos “vínculos obrigacionais”⁷⁻⁸.

O acórdão do STJ de 17 de maio de 2005, relatado pelo Conselheiro Custódio Montes, diz que “a responsabilidade dos sócios gerentes das sociedades, prevista no art. 78, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais, tem natureza delitual ou extracontratual, apenas procedendo se alegados e provados os pressupostos a que se refere o art. 483, n.º 1, do Código Civil”, e o acórdão do STJ de 12 de janeiro de 2012, relatado pelo Conselheiro Álvaro Rodrigues, repete-o:

⁶ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, vol. I – *Das sociedades em geral*, cit., pág. 935; Idem, anotação ao art. 78.º, in: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código das sociedades comerciais anotado*, 2.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2011, págs. 287-291 (288).

⁷ Cf. designadamente MARIA ELISABETE GOMES RAMOS, *A responsabilidade civil dos administradores e diretores de sociedades anónimas perante os credores sociais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pág. 155 – “Tendemos a aceitar que o art. 78.º, n.º 1, encerra uma tutela extracontratual dos credores sociais. [...] o art. 78.º, n.º 1, não pressupõe a frustração de um vínculo preexistente entre os credores sociais e os administradores ou diretores da sociedade anónima. [...] Entre os administradores e diretores de uma sociedade anónima e os credores sociais não se forma um vínculo obrigacional que possa fundar uma responsabilidade contratual ou negocial” – e pág. 156 – “não se trata de responsabilidade contratual, pela razão de que inexiste um vínculo obrigacional entre os administradores e a sociedade. Ainda que se faça apelo à relação obrigacional complexa, o obstáculo mantém-se”.

⁸ Concordando com a qualificação da responsabilidade civil dos administradores pelos danos causados aos credores da sociedade como responsabilidade extracontratual, *vide* ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades comerciais*, 6.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011, págs. 298-299; MIGUEL PUPO CORREIA, *Direito comercial/direito da empresa*, 11.ª ed., Ediforum, Lisboa, 2009, pág. 285; JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito das sociedades*, s/e, 2010, págs. 336-338; JOÃO CALVÃO DA SILVA, “Responsabilidade civil dos administradores não executivos, da comissão de auditoria e do conselho geral e de supervisão”, in: *A reforma do Código das Sociedades Comerciais*, Livraria Almedina, Coimbra, 2007, págs. 103-151 (143); JOÃO SOARES DA SILVA, “Responsabilidade civil dos administradores de sociedades: Os deveres gerais e os princípios da corporate governance”, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 57 (1997), págs. 605-628 (612); Miguel Pupo Correia, “Sobre a responsabilidade por dívidas sociais dos membros dos órgãos da sociedade”, in: *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 61 (2001), págs. 667-698 (675 e 680-681); TÁNIA MEIRELES DA CUNHA, *Da responsabilidade dos gestores de sociedades perante os credores sociais – A culpa nas responsabilidades civil e tributária*, 2.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2009, pág. 74; FILIPE BARREIROS, *Responsabilidade civil dos administradores. Os deveres gerais e a corporate governance*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pág. 110; NUNO CALAIM LOURENÇO, *Os deveres de administração e a business judgement rule*, Livraria Almedina, Coimbra, 2011, pág. 29 (nota n.º 38); sem se pronunciar sobre a natureza contratual ou extracontratual da responsabilidade, PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais*, 5.ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 2012, págs. 777-778.

“Na doutrina da especialidade reina o consenso sobre o caráter delitual desta responsabilidade civil [prevista no art. 78.º do Código das Sociedades Comerciais]”⁹.

Em segundo lugar, na responsabilidade contratual ou obrigacional dos administradores pelos danos causados à sociedade, prevista no art. 72.º, haveria lugar a uma presunção de culpa dos administradores e, na responsabilidade extracontratual ou extraobrigacional dos administradores pelos danos causados aos credores da sociedade, prevista no art. 78.º, “não have[ria] lugar à presunção da culpa a que se refere o art. 72.º do Código das Sociedades Comerciais, pelo que o ónus da prova desta segu[iria] a regra geral da responsabilidade extracontratual (art. 487.º do Código Civil)”¹⁰.

Estando-se fora das “relações obrigacionais”, ou dos “vínculos obrigacionais”, a aplicação do art. 487.º, n.º 1, do Código Civil seria algo de “natural”¹¹.

O argumento retirado da qualificação da responsabilidade civil dos administradores pelos danos causados aos credores da sociedade como

⁹ A afirmação de que “reina o consenso” será porventura... *um pouco exagerada*; contestando o caráter delitual da responsabilidade civil dos administradores pelos danos causados aos credores, *vide* designadamente MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Livraria Almedina, Coimbra, 2004, págs. 164-175 – nota n.º 121.

¹⁰ Cf. acórdão do STJ de 12 de janeiro de 2012; concordando com a aplicação do art. 487.º, n.º 1, do Código Civil aos casos de responsabilidade dos administradores pelos danos causados aos credores da sociedade, por causa da qualificação da responsabilidade como extracontratual ou extraobrigacional, JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, cit., pág. 77; JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU/MARIA ELISABETE GOMES RAMOS, anotação ao art. 78.º, in: JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. I – Artigos 1.º a 84º, cit., pág. 897; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “Responsabilidade civil dos gestores das sociedades comerciais”, cit., pág. 28; Idem, *“Business judgement rule*, deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa e o art. 64.º do Código das Sociedades Comerciais”, cit., págs. 60 e 76; ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades comerciais*, cit., pág. 299; MIGUEL PUPO CORREIA, *Direito comercial/direito da empresa*, cit., pág. 285; MARIA ELISABETE GOMES RAMOS, *A responsabilidade civil dos administradores e diretores de sociedades anónimas perante os credores sociais*, cit., pág. 221; Idem, *O seguro de responsabilidade civil dos administradores. Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*, cit., págs. 135-136; TÂNIA MEIRELES DA CUNHA, *Da responsabilidade dos gestores de sociedades perante os credores sociais*, cit., pág. 76; FILIPE BARREIROS, *Responsabilidade civil dos administradores. Os deveres gerais e a corporate governance*, cit., pág. 110; Nuno Calaim Lourenço, *Os deveres de administração e a business judgement rule*, cit., pág. 29 (nota n.º 38); MIGUEL PUPO CORREIA, “Sobre a responsabilidade por dívidas sociais dos membros dos órgãos da sociedade”, cit., pág. 681.

¹¹ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “Responsabilidade civil dos gestores das sociedades comerciais”, cit., pág. 28.

responsabilidade civil extracontratual ou extraobrigacional encontrar-se-ia “reforçado” pelo art. 78.º, n.º 5, do Código das Sociedades Comerciais:

“Ao direito de indemnização previsto neste artigo [ou seja, ao direito de indemnização dos credores da sociedade, pelos danos indiretos ou danos reflexos,] é aplicável o disposto nos n.ºs 2 a 6 do art. 72.º, no art. 73.º e no art. 74.º”.

A remissão do art. 78.º, n.º 5, para o art. 72.º não abrangeia o n.º 1 – e, por a remissão do art. 78.º, n.º 5, para o art. 72.º não abrange o n.º 1, a presunção de culpa dos administradores não se aplicaria à responsabilidade extracontratual ou extraobrigacional pelos danos causados aos credores.

O acórdão do STJ de 12 de janeiro de 2012, põe o argumento em termos particularmente sugestivos:

“o legislador, ao não remeter para o referido n.º 1, [teria expressado] a sua intenção de não estabelecer nenhuma presunção de culpa no caso previsto no art. 78.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais”¹².

Os resultados descritos causam, ou devem causar, (alguma) *perplexidade*.

Os danos (indiretos) dos credores são sempre danos (diretos) da sociedade¹³. O conceito de *dano indireto* ou de *dano reflexo* do art. 78.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais significa que a diminuição do património do credor da sociedade está (causalmente) ligada à diminuição do património da sociedade. O património do *credor da sociedade* diminui, porque o património da *sociedade* diminui, *em termos de se tornar insuficiente para a satisfação dos créditos*. Ora os resultados descritos causam, ou devem causar, (alguma) *perplexidade* por conflituarem com o princípio/projeto de *coerência* ou de *unidade do sistema*:

Quando a sociedade propusesse uma ação de responsabilidade contra os administradores pela preterição de deveres legais ou contratuais destinados à proteção dos credores, a culpa dos administradores presumir-se-ia (aplicando-se, ou devendo aplicar-se, o art. 72.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais, em ligação com o arts. 798.º e com o art. 799.º,

¹² ENGRÁCIA ANTUNES sugere que o art. 78.º, n.º 5, proporciona um argumento *a contrario sensu* – *Direito das sociedades*, s/e., 2010, pág. 337.

¹³ Em sentido contrário, sustentando que o dano (indireto ou reflexo) dos credores da sociedade não pressupõe um dano (direto) da sociedade, *vide* ADELAIDE MENEZES LEITÃO, “Responsabilidade dos administradores para com a sociedade e os credores sociais por violação de normas de proteção”, in: *Revista de direito das sociedades*, ano 1 (2009), págs. 647-679 (676-677).

n.º 1, do Código Civil); quando os credores da sociedade propusessem uma ação de responsabilidade contra os mesmos administradores pela preterição dos mesmos deveres – pela preterição dos deveres contratuais ou legais destinados, primária ou (tão-só) secundariamente, à proteção dos credores –, a culpa dos administradores não se presumiria.

Exprimindo reservas em tudo, ou quase tudo, semelhantes, perguntou-se já:

“[por que] razão a violação das mesmíssimas regras, pelas mesmíssimas pessoas, que origine os mesmíssimos danos, há de desencadear mecanismos de distribuição do ónus da prova distintos em relação ao requisito da culpa, consoante o titular do direito à indemnização seja a sociedade ou o credor?”¹⁴

II. O argumento de que a responsabilidade dos administradores pelos danos causados aos credores da sociedade é uma responsabilidade extracontratual

O alcance do argumento de que a responsabilidade dos administradores pelos danos causados aos credores da sociedade é uma responsabilidade extracontratual ou extraobrigacional, situada “na área de influência do art. 483.º, n.º 1, [2.º alternativa,] do Código Civil”, deve ser restringido.

Carneiro da Frada propôs uma distinção fundamental entre o caráter ou a natureza da responsabilidade dos administradores perante os credores presentes e os credores futuros conhecidos (ou cognoscíveis) e o caráter ou a natureza responsabilidade dos administradores perante credores futuros não conhecidos (e não cognoscíveis). Entre os administradores e os credores presentes, ou entre os administradores e os credores futuros conhecidos (ou cognoscíveis), haveria, ou poderia haver, relações obrigacionais em sentido amplo sem deveres primários de prestação¹⁵. Entre os administradores e os credores desconhecidos (não cognoscíveis)

¹⁴ ANTÓNIO FERNANDES DE OLIVEIRA, “Responsabilidade civil dos administradores”, in: *Código das Sociedades Comerciais e governo das sociedades*, Livraria Almedina, Coimbra, 2008, págs. 257-341 (323).

¹⁵ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, cit., págs. 164-175 – nota n.º 121: “podem perfeitamente conceber-se adstrições imediatas dos que determinaram a descapitalização da sociedade perante aqueles que concretamente se relacionaram com essa sociedade e se apresentam como credores dela ou face aos sujeitos que, cognos-civelmente, entrarão em contacto com a sociedade e se tornarão também dela credores”.

não haveria sequer relações obrigacionais em sentido amplo sem deveres primários de prestação¹⁶.

A responsabilidade dos administradores perante os credores presentes e perante os credores futuros, conhecidos ou cognoscíveis, poderia coordenar-se à “terceira pista” do direito da responsabilidade civil; a responsabilidade dos administradores perante os credores desconhecidos, essa, só poderia coordenar-se ao tipo responsabilidade extracontratual ou extraobrigacional:

“apenas uma construção delitual permite de facto explicar a responsabilidade direta perante os credores”¹⁷.

Os argumentos de Carneiro da Frada são hoje confirmados pelo texto da lei.

O art. 64.º, n.º 1, al. b), do Código das Sociedades Comerciais, ao dizer que “[o]s gerentes ou administradores da sociedade devem observar [...] 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”, sugere que os administradores estão adstritos a deveres de proteção da pessoa e do património de (alguns) terceiros¹⁸⁻¹⁹.

Entre o administrador e a sociedade comercial, há deveres de prestação – logo, há uma relação obrigacional (em sentido estrito) com deveres primários de prestação –; entre o administrador e os credores da sociedade

¹⁶ Sobre as relações obrigacionais (em sentido amplo) sem deveres primários de prestação, NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de direito dos contratos*, cit., págs. 168-172.

¹⁷ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, cit., págs. 164-175 – nota n.º 121.

¹⁸ Cf. desenvolvidamente MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “A business judgement rule no quadro dos deveres gerais dos administradores”, cit., pág. 223: “A configuração (legal) da relação de administração inclui a proteção de interesses distintos dos visados pelo dever de cuidado como dever de prestar perante a sociedade; interesses titulados por outros sujeitos além da sociedade. Pode configurar-se nessa medida como relação que inclui ou incorpora (também) uma proteção de terceiros”.

¹⁹ Concordando com a construção da relação entre os administradores e os credores da sociedade como relação obrigacional (sem deveres primários de prestação), *vide*, p. ex., NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, “Uma proposta de coordenação entre os arts. 78.º e 79.º do Código das Sociedades Comerciais”, in: *Direito das sociedades em revista*, ano 5 (2013), n.º 9, págs. 75-89 (esp. págs. 83-85).

comercial, há (hoje) deveres de proteção – logo, há (hoje) uma relação obrigacional (em sentido amplo) sem deveres primários de prestação²⁰⁻²¹.

III. O argumento de que a responsabilidade extracontratual dos administradores pelos danos causados aos credores da sociedade está sujeita ao art. 487.º do Código Civil

Independentemente das ilações que deveriam retirar-se da restrição do alcance do argumento de que a responsabilidade dos administradores pelos danos causados aos credores da sociedade é uma responsabilidade extracontratual ou extraobrigacional, situada “na área de influência do art. 483.º, n.º 1, [2.º alternativa] do Código Civil”, o problema da atribuição/da distribuição do ónus da prova da culpa dos administradores pelos danos causados aos credores da sociedade deve esclarecer-se, através de uma análise ou de um desenvolvimento do conceito de culpa.

O aplicador da lei há de distinguir dois elementos do cuidado ou da diligência: – o cuidado ou a diligência exterior e o cuidado ou a diligência interior.

O *cuidado exterior* consiste na adoção de uma conduta conforme aos deveres decorrentes das normas jurídicas (escritas ou não escritas); o *cuidado interior*, esse, subdivide-se em dois (sub-)elementos.

O primeiro corresponde ao seu *elemento intelectual*; consiste no conhecimento do dever (da norma jurídica, escrita ou não escrita); o segundo corresponde ao seu *elemento volitivo*; consiste na conformação de uma vontade conforme ao dever (conforme à norma jurídica aplicável)²².

Evitando discutir o tema da responsabilidade dos administradores por preterição de deveres contratuais destinados à proteção dos credores da sociedade – evitando discutir, p. ex., se o contrato ou os “estatutos” da

²⁰ Cf. NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de direito dos contratos*, cit., págs. 168-172.

²¹ Sobre a aplicação do art. 799.º, n.º 1, do Código Civil à responsabilidade por inobservância de deveres de proteção, *vide* NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, “Deveres de proteção em relações obrigacionais”, in: *Scientia Juridica*, n.º 297, Setembro-Dezembro de 2003, pp. 495-523 (esp. págs. 513-521); Idem, *Direito das obrigações*, vol. I – *Conceito, estrutura e função das relações obrigacionais. Elementos das relações obrigacionais. Direitos de crédito e direitos reais*, Livraria Almedina, Coimbra, 2005, págs. 50-54.

²² ERWIN DEUTSCH, *Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt*, 2.ª ed., Carl Heymans, Köln/Berlin/Bonn/München, 1995, págs. 94-96; Idem, *Allgemeines Haftungsrecht*, 2.ª ed., Carl Heymans, Köln/Berlin/Bonn/München, 1995, págs. 248-249 (n. m. 385-386); Idem, “Die Fahrlässigkeit im neuen Schuldrecht”, in: *Archiv für die civilistische Praxis*, vol. 202 (2002), págs. 889-911 (903-904).

sociedade devem construir-se como contratos com eficácia de proteção para terceiros, se a responsabilidade pela violação de deveres de proteção deve reconduzir-se à responsabilidade contratual ou à “terceira pista” ou “terceira via” do direito da responsabilidade, se os arts. 798.º e 799.º do Código Civil devem aplicar-se, direta ou indiretamente, à “terceira pista” ou “terceira via” do direito da responsabilidade civil –, perguntar-se-á tão-só pela responsabilidade dos administradores por preterição de deveres legais:

- Os deveres legais de proteção dos credores da sociedade não corresponderão a uma concretização do “cuidado exterior”?
- Caso a resposta seja afirmativa, a inobservância do “cuidado exterior”, concretizada na preterição de deveres legais destinados à proteção dos credores, não indicará a inobservância do “cuidado interior”?

Ora bem: as disposições legais de proteção contêm, (quase) sempre, normas de conduta. Estando em causa *normas de resultado*, a aplicabilidade de uma presunção de culpa será, pelo menos, duvidosa; estando em causa *normas de conduta*, não. “[A] norma de conduta impõe um comportamento espaço-temporalemente determinado”²³. Ora a *inobservância dos deveres consignados na norma de conduta*, concretizada na não adoção do “comportamento espaço-temporalemente determinado”, corresponde à *inobservância do “cuidado exterior”*. Sinde Monteiro, p. ex., di-lo, de forma de todo em todo inequívoca: “parece indubitável que nas leis de proteção (como nos ‘deveres no tráfico’) a conduta imposta se identifica com o ‘cuidado exterior’ (uma das componentes da negligência)”²⁴.

O lesado terá o ónus da prova da tipicidade (do preenchimento do tipo) – da inobservância dos deveres consignados na norma de conduta; o lesante, o ónus da (alegação e da) prova de que o preenchimento do tipo (do *Tatbestand*) – de que a inobservância dos deveres consignados na norma de conduta – não é lhe é imputável (seja por dolo, seja por negligência):

“parece razoável deixar o preenchimento do Tatbestand indicar a culpa, considerando como um ónus do infrator a prova das circunstâncias morais e intelectuais de

²³ JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Livraria Almedina, Coimbra, 1989, pág. 263.

²⁴ JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., pág. 263.

*que preponderantemente se compõe o cuidado exterior que excepcionalmente possam afastar a culpabilidade, as quais, nessa medida, caem na sua esfera de risco*²⁵.

Adelaide Menezes Leitão alude a uma “ampliação” do alcance da (tipicidade e da) ilicitude e a uma redução do alcance do pressuposto da culpa.

Estando em causa, como quase sempre estão, normas de conduta, “a ação recortada pela norma implica[ria] que do facto conhecido – a violação da norma – se inf[erisse] o facto desconhecido – a culpa do agente”²⁶.

O lesado teria o encargo de demonstrar ou, pelo menos, suportaria o risco de não se ter demonstrado que há (tipicidade e que há) ilicitude – ou seja: teria o encargo de demonstrar ou, pelo menos, suportaria o risco de não se ter demonstrado que há violação de disposições legais de proteção –; ora, “ao provar [a tipicidade e] a ilicitude do ato [o lesado] est[aria] simultaneamente a provar a culpa”; o lesante teria o encargo de demonstrar ou, pelo menos, suportaria o risco de não se ter demonstrado que não há culpa, “no sentido de desconhecimento não culposo da norma de proteção”²⁷.

Os argumentos de Adelaide Menezes Leitão não são (não nos parecem ser) absolutamente exatos. Em primeiro lugar, parece-nos que existem algumas diferenças entre os critérios da (tipicidade e da) ilicitude e da culpa. O critério de apreciação da (tipicidade e da) ilicitude deve ser a mais elevada medida de cuidado exterior; o critério de apreciação da culpa, a medida normal de cuidado (interior e exterior). Existindo – como nos parecem existir – algumas diferenças entre os critérios da (tipicidade e da) ilicitude e da culpa, a prova da (tipicidade e da) ilicitude não é, simultaneamente, a prova da culpa. Em segundo lugar, pensamos que as normas de proteção (só) concretizam a mais elevada medida de cuidado exterior. O lesado, ao provar a tipicidade (e a ilicitude) do ato não está a provar, simultaneamente, a culpa. Em terceiro lugar, pensamos que só pode conseguir-se uma adequada distribuição do ónus da prova através de uma presunção de culpa: “*verificada a violação da disposição de proteção, deve presumir-se a existência de culpa*”²⁸.

²⁵ JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., pág. 263 – sublinhado nosso.

²⁶ ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de proteção e danos patrimoniais primários* (dissertação de doutoramento), Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, 2007, pág. 650.

²⁷ ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de proteção e danos patrimoniais primários*, cit., pág. 651.

²⁸ JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., pág. 612. Em texto mais recente, SINDE MONTEIRO escreve: “Com respeito a este tipo de disposições legais, a orientação dominante vai aliás no sentido de que, *provada a infração da norma, deve presumir-se a existência de culpa*” – “Rudimentos da responsabilidade

Entre os casos de responsabilidade extracontratual ou extraobrigacional pela inobservância de normas de proteção e os casos de responsabilidade contratual ou obrigacional há uma “*flagrante analogia material*”²⁹, capaz de explicar e de justificar uma aplicação indireta, por analogia, da presunção de culpa do art. 799.º, n.º 1, do Código Civil; ainda que entre os casos de responsabilidade responsabilidade extracontratual ou extraobrigacional pela inobservância de normas de proteção e os casos de responsabilidade contratual ou obrigacional não houvesse uma “*flagrante analogia material*”, sempre haveria uma “*flagrante analogia*” entre o caso da responsabilidade *por culpa* do art. 483.º, n.º 1, 2.ª alternativa, e os tipos de responsabilidade *por culpa presumida* dos arts. 491.º, 492.º e 493.º do Código Civil³⁰.

Adelaide Menezes Leitão sugere que as presunções legais de culpa dos arts. 491.º, 492.º e 493.º do Código Civil “pode[m] ser entendida[s] com caráter mais geral”³¹. Sinde Monteiro, que as presunções legais de culpa dos arts. 491.º, 492.º e 493.º do Código Civil se conciliam ou se harmonizam com uma adequada atribuição/distribuição do ónus da prova na responsabilidade por inobservância de normas de proteção³². O caso particular da responsabilidade civil pelos danos causados por atividades perigosas, consignado no art. 493.º, n.º 2, seria um caso particularmente sugestivo:

“Se basta a causação de um dano no ‘exercício de uma atividade perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados’ para impor ao lesante um tão extenso ónus, não se deverá pensar o mesmo em relação a disposições legais que visem prevenir abstratamente danos, mesmo com respeito a atividades que não sejam de qualificar em geral como peri-

civil”, in: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, ano II – 2005, págs. 349-390 (365).

²⁹ JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., pág. 262.

³⁰ Concordando com a aplicação de uma presunção de culpa à responsabilidade civil extracontratual por violação de disposições legais de proteção, NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, “Sobre o conceito de ilicitude do artigo 483.º do Código Civil”, in: *Estudos em homenagem a Francisco José Veloso*, Associação Jurídica de Braga/Escola de Direito da Universidade do Minho, Braga, 2002, págs. 521-544 (543-544 – nota n.º 61).

³¹ ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de proteção e danos patrimoniais primários*, cit., pág. 650.

³² JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., págs. 260-267.

gosas? Sendo a finalidade da lei a prevenção de um perigo, quando este se concretiza não será de ver na violação da norma o facto constitutivo?"³³⁻³⁴

Face ao exposto, o argumento de que a responsabilidade dos administradores pelos danos causados aos credores da sociedade é sempre uma responsabilidade extracontratual ou extraobrigacional é inadequado e, ainda que não fosse inadequado, seria insuficiente para sustentar a tese de que o art. 487.º, n.º 1, do Código Civil se aplica ao caso do art. 78.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais. Estando em causa a inobservância de normas de proteção, prevista no art. 483.º, n.º 1, 2.ª alternativa, do Código Civil, o art. 487.º, n.º 1, não se aplica (sequer) à responsabilidade extracontratual ou extraobrigacional. Os "pontos de contacto"³⁵ entre o art. 78.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais e o art. 483.º, n.º 1, 2.ª alternativa, do Código Civil depõem no sentido de que a responsabilidade dos administradores pelos danos causados aos credores com inobservâncias de normas de proteção é uma *responsabilidade por culpa presumida*.

IV. O argumento extraído do art. 78.º, n.º 5, do Código das Sociedades Comerciais

Explicadas as razões do *desvalor* do argumento retirado do (alegado) *caráter extracontratual* da responsabilidade civil dos administradores pelos danos causados aos credores da sociedade, perguntar-se-á pelo *valor* ou pelo *desvalor* do argumento de que a remissão do art. 78.º, n.º 5, para o art. 72.º, do Código das Sociedades Comerciais não abrange o n.º 1³⁶.

³³ JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, cit., págs. 264-265.

³⁴ Considerando a hipótese de a (aparente) cláusula geral de responsabilidade subjetiva por culpa presumida do art. 493.º, n.º 2, do Código Civil ser (substantialmente) uma cláusula geral de responsabilidade objetiva, NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, "Point de vue extérieur", in: PATRICE JOURDAIN (coord.), *Le droit français de la responsabilité civile confronté aux projets européens d'harmonisation*, Bibliothèque de l'Institut de la Recherche Juridique de la Sorbonne André Tunc – tome 36, IJRS Editions, Paris, 2012, págs. 841-862; Idem, "Responsabilidade objetiva", in: *Cadernos de direito privado*, n.º especial – II Seminário dos Cadernos de Direito Privado, dezembro de 2012, págs. 107-121.

³⁵ Expressão de MARIA ELISABETE GOMES RAMOS, *A responsabilidade civil dos administradores e diretores de sociedades anónimas perante os credores sociais*, cit., págs. 202-203.

³⁶ Na sua dissertação de mestrado, MARIA ELISABETE GOMES RAMOS dava conta de algumas dúvidas quanto à atribuição ao lesado do ónus da prova da culpa. "[O] problema pode[ria] ser equacionado de outra forma. [...]" Em primeiro lugar, poderia dizer-se com a doutrina e a jurisprudência alemãs, que "a violação de uma lei de proteção indica a culpa quando

O art. 72.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais deve analisar-se em dois segmentos. O primeiro segmento diz-nos que “[o]s gerentes ou administradores respondem para com a sociedade pelos danos a esta causados por atos ou omissões praticados com preterição dos deveres legais ou contratuais”; corresponde a um afloramento do princípio geral do art. 798.º do Código Civil. O segundo diz-nos que os gerentes ou administradores “[não] respondem para com a sociedade pelos danos a esta causados [...] se provarem que procederam sem culpa”; corresponde a um afloramento do princípio geral do art. 799.º, n.º 1, do Código Civil.

Ora bem: O facto de o art. 78.º, n.º 5, não conter nenhuma remissão para o art. 72.º, n.º 1, parece-nos ser um facto de todo em todo *irrelevante*.

A remissão para o primeiro segmento do art. 72.º, n.º 1, seria absurda.

O princípio de que “[o]s gerentes ou administradores respondem para com a sociedade pelos danos a esta causados por atos ou omissões praticados com preterição dos deveres legais ou contratuais” não se aplica, e não pode aplicar-se, aos casos em que os gerentes ou administradores respondem para com os credores da sociedade. *Independentemente de ser, ou não, absurda, a remissão do art. 78.º, n.º 5, para o primeiro segmento do art. 72.º, n.º 1, poderia ser uma remissão perigosa*: poderia fazer, p. ex., com que o requisito de uma *ilicitude qualificada*, que o art. 78.º, n.º 1, consagra, ao dizer que a responsabilidade dos administradores decorre da “inobser-vância culposa das disposições legais ou contratuais destinadas à proteção [dos credores]”³⁷, se degradasse em requisito de uma *ilicitude simples*.

A remissão para o segundo segmento do art. 72.º, n.º 1, essa, ainda que não fosse de todo em todo absurda, sempre seria uma remissão desne-

o comportamento requerido está tão concretamente delimitado que o preenchimento do tipo objetivo faz supor uma culpa subjetiva”. Em segundo lugar, mesmo que não pudesse dizer-se que o preenchimento do tipo subjetivo faz supor uma culpa subjetiva – ou seja, “[m]esmo que se defend[esse] que a violação de uma norma legal ou contratual destinada à proteção dos credores sociais não faz presumir a culpa” –, “deve[ria] reconhecer-se que, dadas as particularidades do caso, o juiz pode recorrer às presunções simples, ilidíveis através de contraprova” (*A responsabilidade civil dos administradores e diretores de sociedades anónimas perante os credores sociais*, cit., pág. 221). Na sua dissertação de doutoramento, a posição mais flexível, aberta a uma aplicação, por analogia, das presunções legais de culpa ou, pelo menos, a uma aplicação ampla de presunções judiciais, é abandonada, em favor de uma posição mais rígida. “O credor social não beneficia da presunção de culpa. Tal conclusão resulta, quer do facto de o art. 78.º, n.º 1, não remeter para o art. 72.º, n.º 1, quer da natureza extracontratual da responsabilidade dos administradores perante os credores sociais” (*O seguro de responsabilidade civil dos administradores. Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*, Livraria Almedina, Coimbra, 2010, págs. 135-136).

³⁷ NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, “Uma proposta de coordenação entre os arts. 78.º e 79.º do Código das Sociedades Comerciais”, cit., págs. 88-89.

cessária: – a presunção de culpa dos administradores da sociedade comercial resultaria da aplicação dos princípios e das regras gerais sobre a responsabilidade civil por inobservância de normas de proteção³⁸.

Em suma: Os credores da sociedade têm o encargo de demonstrar “a inobservância [...] das disposições legais ou contratuais destinadas à proteção [dos seus direitos e dos seus interesses]”; os administradores, o encargo de provar que a inobservância não lhes é imputável (“que procederam sem culpa”) ³⁹. Entre os critérios de atribuição/de distribuição do ónus da prova da culpa aplicáveis às ações previstas nos arts. 72.º e 78.º – aplicáveis à ação proposta pela sociedade, prevista no art. 72.º, e à ação proposta pelos credores das sociedades, prevista no art. 78.º –, não há (não nos parece que deva haver) diferenças fundamentais⁴⁰.

³⁸ Cf. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, “Responsabilidade dos administradores para com a sociedade e os credores sociais por violação de normas de proteção”, cit., pág. 676 (nota n.º 92) – ainda que distinguindo a culpa pela inobservância da norma de proteção e a culpa pela insuficiência patrimonial. O ónus da prova da inexistência de culpa pela inobservância da norma de proteção ficaria a cargo do lesante, aplicando-se uma presunção de culpa (“a culpa só terá de referir-se ao preenchimento do tipo”); o ónus da prova da existência de culpa pela insuficiência patrimonial ficaria a cargo do lesado, não se aplicando presunção de culpa nenhuma. Os argumentos deduzidos para distinguir as duas “culpas” não conseguem convencer-nos. O problema da culpa deve restringir-se à inobservância da norma de proteção – e, restringindo-se o problema da culpa à inobservância da norma de proteção, o problema do ónus da prova da culpa dos administradores das sociedades deverá resolver-se através de uma *presunção*.

³⁹ Cf. ADELAIDE MENEZES LEITÃO, “Responsabilidade dos administradores para com a sociedade e os credores sociais por violação de normas de proteção”, cit., pág. 678: “o facto de se prever a violação de deveres legais genéricos ou específicos aproxima essa responsabilidade especial [dos administradores] da responsabilidade delitual por violação de normas de proteção, cujo modelo de funcionamento dos sistemas de imputação – ilicitude, culpa e causalidade – é mais próximo da responsabilidade obrigacional”.

⁴⁰ Considerando que aplicação da presunção de culpa dos administradores às ações propostas por terceiros é “a solução mais coerente e congruente e até mais eficiente”, ainda que duvidando da possibilidade de se alcançarem as soluções mais adequadas dentro dos limites da letra da lei, “atento o disposto no art. 9.º, n.º 3, do Código Civil”, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “*Business judgement rule*, deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa e o art. 64.º do Código das Sociedades Comerciais”, cit., pág. 76.

RESUMO: Este estudo pretende apurar se as infrações às normas que proíbem as práticas restritivas da concorrência constituem simultaneamente a violação dos deveres orgânicos dos administradores para com a sociedade. O objetivo é determinar se a sociedade que foi condenada no pagamento da coima por infrações à concorrência tem fundamento legal para exigir a reparação dos danos aos administradores. Também procuramos saber se tal reparação de danos é uma manifestação (ou não) da chamada *aplicação privada do direito da concorrência (private enforcement)*. Para resolver estes problemas, são consideradas, por um lado, a experiência norte-americana, as doutrinas alemã e portuguesa sobre o dever de atuar em conformidade com a lei. Por outro lado, são convocados o regime jurídico da concorrência e a disciplina jurídico-societária da responsabilidade civil dos administradores para com a sociedade.

Palavras-chave: Concorrência, deveres de cuidado, responsabilidade dos administradores, aplicação privada do direito da concorrência.

ABSTRACT: This paper aims to study whether the infringement of the antitrust law charged to the corporation constitutes, at the same time, breaches to the duties the directors owe to the corporation. The main goal is to determine whether the corporation who is sentenced to pay a fine has any legal ground to put the directors before their responsibilities and claim for damages caused by such penalty. In addition, we want to know whether this damage claim represents an expression of the private enforcement of the antitrust law. To answer these questions, we consider, one the one hand, the North-American experience and the German and the Portuguese doctrine on the duty to act lawfully. On the other hand, we consider the Portuguese law on the directors' liability to the corporation and the rules on antitrust law.

Keywords: Competition, duty of care, liability of directors, private enforcement.

MARIA ELISABETE RAMOS*

Práticas restritivas da concorrência e deveres dos administradores de sociedades

Introdução

O art. 3.º do Regime Jurídico da Concorrência (RJC)¹ acolhe a *noção comunitária de empresa* forjada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça,

* Professora da Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra

¹ Aprovado pela Lei 19/2012, de 8 de maio. Sobre a política de concorrência em Portugal, v. EDUARDO LOPES RODRIGUES, *Políticas públicas de promoção da concorrência*, Lisboa: Instituto

prevalecendo para este efeito o «sentido subjetivo»² – «empresas como sujeitos jurídicos que exercem uma atividade económica»³. Sendo irrelevante o estatuto jurídico, o RJC é aplicável a pessoas singulares, pessoas coletivas ou entidades desprovidas de personalidade jurídica⁴.

O RJC é destinado às *empresas e não*, de forma direta e imediata, aos gestores. No universo das sociedades comerciais – e só destes agentes cuidaremos – as decisões empresariais tomadas pelos administradores são juridicamente imputadas à sociedade. E, por isso decisões empresariais sobre cooperação (horizontal ou vertical) entre empresas⁵ ou práticas de exploração abusiva da posição dominante podem determinar que à sociedade seja imputada a infração às normas da concorrência, punida com *coima*, eventualmente com sanções acessórias (art. 71.º do RJC) e sanções pecuniárias compulsórias (art. 72.º do RJC).

A *coima* (arts. 68.º e 69.º do RJC) e a sanção pecuniária compulsória (art. 72.º do RJC) implicarão diminuições patrimoniais; a publicitação da decisão de condenação pode acarretar custos reputacionais (art. 71.º do RC); a privação do direito de participar em procedimentos de formação de contratos (art. 71.º do RJC) pode significar a perda de oportunidades de negócio.

Simultaneamente, as práticas restritivas da concorrência da concorrência⁶ são idóneas a gerar benefícios ilegítimos para as empresas infratoras, que não existiriam se a disputa e a rivalidade próprias da concorrência funcionassem adequadamente. A fixação de preços, a limitação de produção, a eliminação de concorrentes podem determinar o aumento artificial do preço, o aumento da procura ou a redução da capacidade de escolha dos consumidores.

Superior de Ciências Sociais e Políticas, 2008, p. 403, ss..

² J. M. COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade (As empresas no direito)*, Coimbra: Almedina, 1996, p. 287, *Curso de direito comercial*. vol. I, 9.ª ed., Coimbra: Almedina, 2013, p. 214. V. também J. M. COUTINHO DE ABREU, «Aspectos do direito económico da União Europeia», *BFD*, 1998, p. 711, ss..

³ J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso...* vol. I, p. 214. Sobre as razões que levaram o (agora designado) Tribunal de Justiça da União Europeia a não falar em empresário, v. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade...*, cit., p. 287, nt. 746.

⁴ V. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso...* vol. I, p. 220, «Artigo 3.º», em *Lei da Concorrência. Comentário Conimbricense*, Coimbra: Almedina, 2013, p. 36.

⁵ Sobre a cooperação entre empresas, as redes de empresas e a concorrência, v. MARIA MANUEL LEITÃO MARQUES, «As redes de empresas: um desafio ao direito da concorrência», *Estudos Jurídicos e Económicos em Homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, vol. III, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, p.177, ss..

⁶ Tipificadas nos arts. 101.º e 102.º do TFUE e nos arts. 9.º a 12.º do RJC.

Na União Europeia e em Portugal, o modelo de aplicação pública do direito da concorrência não obsta a que se deva reforçar a *complementariedade entre esta e a aplicação privada do direito da concorrência*. Depois de um longo caminho feito de estudos, de consultas públicas e de iniciativas de *soft law*, foi apresentada em 11 de junho de 2013, a «proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infrações às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia»⁷.

Este estudo pretende apurar se as infrações às normas que proíbem as práticas restritivas da concorrência constituem simultaneamente a violação dos deveres orgânicos dos administradores para com a sociedade. O objetivo é determinar se a sociedade que foi condenada no pagamento da coima (ou em outra sanção) por infrações à concorrência tem fundamento legal para exigir a reparação dos danos aos administradores. Apuraremos se esta reparação de danos é uma manifestação (ou não) da chamada *aplicação privada do direito da concorrência (private enforcement)*.

As questões que procuramos estudar não beneficiam de regulação harmonizada no contexto da União Europeia. Terão, por conseguinte, de ser analisadas à luz das normas jurídicas nacionais que regulam a responsabilidade civil dos administradores para com a sociedade (arts. 72.º e ss. do CSC) e das normas (nacionais e comunitárias) reguladoras da concorrência (arts. 101.º e 102.º do TFUE e arts. 9.º, 10.º e 11.º do RJC).

1. Repressão das práticas restritivas da concorrência

1.1. Principais alterações introduzidas pelo RJC

O novo RJC revogou as Leis n.ºs 18/2003, de 11 de junho, e 39/2006, de 25 de agosto. Esta reforma satisfaz os compromissos assumidos pelo Estado Português no *Memorandum of Understanding on Specific Economic Policy Conditionality*, adotado pelo Fundo Monetário Internacional, Banco Central Europeu e Comissão Europeia em 17.5.2011⁸. Neste memorando

⁷ Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2013:0404:REV1:PT:HTML>.

⁸ A língua oficial da versão oficial do Memorando é o inglês. Os textos dos memorandos estão disponíveis em <http://www.portugal.gov.pt/pt/os-ministerios/primeiro-ministro/secretarios-de-estado/secretario-de-estado-adjunto-do-primeiro-ministro/documents-oficiais/memorandos.aspx> Sobre este compromisso do Estado Português, v. CAROLINA CUNHA, «Reformas da legislação de defesa da concorrência», em *O Memorando da "Troika"*

o Estado Português compromete-se a «adotar medidas para melhorar a celeridade e a eficácia da aplicação das regras da concorrência». Em particular, vincula-se o Estado Português a: a) «Estabelecer um tribunal especializado no contexto das reformas do sistema judicial [T1-2012]»; b) «Propor uma revisão da Lei da Concorrência, tornando-a o mais autónoma possível do Direito Administrativo e do Código do Processo Penal e mais harmonizada com o enquadramento legal da concorrência da UE, em particular [T4-2011]».

O RJC, replicando a proibição já plasmada na Lei 18/2003, considera *ilícitos* os acordos entre empresas, as práticas concertadas e as decisões de associações de empresas que tenham por objeto ou como efeito⁹ impedir, falsear ou restringir de forma sensível a concorrência no todo ou em parte do mercado nacional (art. 9.º, 1, do RJC). Repartindo o trabalho entre o legislador e os aplicadores do direito da concorrência (Autoridade da Concorrência e tribunais¹⁰), o art. 9.º, 1, do RJC apresenta uma *lista exemplificativa de práticas restritivas proibidas*.

Cumprindo o compromisso de aproximação da legislação portuguesa à regulação da União Europeia, o RJC introduziu as seguintes alterações, em matéria de coligações restritivas da concorrência¹¹: a) harmonização textual do art. 9.º do RJC com o art. 101.º do TFUE; b) a eliminação do procedimento de avaliação prévia que estava previsto no art. 5.º, 2, da Lei 18/2003¹²; c) a previsão de que compete às «empresas ou associações de

e as empresas, Coimbra: IDET/Almedina, 2012, p. 211, ss.. Também deve ser sublinhado contributo da Autoridade da Concorrência para a reforma legislativa da concorrência. Para propostas de reforma da (agora revogada) Lei 18/2003, v. João Espírito Santo NORONHA, «Algumas reflexões na perspetiva de uma reforma da Lei da Concorrência», *RCR*, 1 (2010), p. 55, ss.; GONÇALO ANASTÁCIO, «Aspetos normativos decisivos para a modernização do direito da concorrência em Portugal», *RCR*, 5 (2011), p. 43, ss..

⁹ Segundo PAULO DE SOUSA MENDES, «O contencioso da concorrência: balanço e perspetivas em função de reforma do direito da concorrência português», *RCR*, 3 (2012), p. 237, «na maioria dos casos decididos pela nossa jurisprudência, as empresas foram condenadas apenas em infração por objeto». No chamado «cartel do sal», foi proferida uma decisão condenatória por infração por objeto e por efeitos (*ob. cit., loc. cit.*, p. 242, s.).

¹⁰ Para um balanço da jurisprudência do Tribunal de Comércio de Lisboa, no âmbito da Lei 18/2003, de 11 de junho, v. PAULO DE SOUSA MENDES, «O contencioso da concorrência...», *cit.*, p. 235, ss..

¹¹ Cfr. MIGUEL MOURA E SILVA, *As práticas restritivas da concorrência na Lei n.º 19/2012 – novos desenvolvimentos*, Comunicação apresentada na Conferência *O novo regime jurídico da concorrência*, organizada pela Autoridade da Concorrência em 13 de julho de 2013, disponível em http://www.concorrencia.pt/vPT/Noticias_Eventos/Conferencias_e_Seminarios/Paginas/Conferencia-NRJC2012.aspx?lst=1

¹² E, por consequência, houve a revogação tácita do Regulamento 9/2005 de 3 de fevereiro da Autoridade da Concorrência.

empresas que invoquem o benefício da justificação fazer prova do preenchimento das condições previstas» no art. 10.º, 1, do RJC, em sintonia com o que está previsto no art. 2.º do Regulamento 1/2003¹³.

Em sede de *abuso de posição dominante* (art. 11.º do RJC), as principais alterações são¹⁴: a) desaparecimento da noção de empresa em posição dominante (individual e coletiva) por se considerar que ela se encontra devidamente consolidada na jurisprudência comunitária¹⁵; b) harmonização textual do art. 11.º do RJC com o art. 102.º do TFUE; c) alterações textuais que, segundo Miguel Moura e Silva, autorizam a interpretação de que a lei passou a acolher a proibição de abusos de posição dominante sobre consumidores¹⁶.

Cumprindo o compromisso assumido pelo Estado Português de tornar a lei da concorrência «o mais autónoma possível do Direito Administrativo e do Código do Processo Penal»¹⁷, o RJC apresenta uma secção dedi-

¹³ Cfr. Regulamento (CE) n.º 1/2003, do Conselho de 16 de dezembro de 2002 relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado, JOCE, 4.1.2003. Para uma levantamento das mudanças introduzidas por este regulamento, v. TERESA MOREIRA, «Algumas considerações sobre o Regulamento (CE) n.º 1/2003, do Conselho, de 16.12.2002 – A descentralização da aplicação das regras de concorrência comunitárias», *Estudos Jurídicos e Económicos em homenagem ao Prof. Doutor António de Sousa Franco*, vol. III, Lisboa: Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2006, p. 1045, ss..

¹⁴ Cfr. PAULO DE SOUSA MENDES, «O contencioso da concorrência...», cit., p. 243. Segundo este autor, o principal motivo para a diferença de juízos entre a Autoridade da Concorrência e o Tribunal passa pela questão do ónus da prova quanto à existência de uma justificação objetiva para o comportamento com efeitos restritivos da concorrência. A Autoridade da Concorrência tem seguido a orientação definida pela jurisprudência da União Europeia e pela Comissão Europeia, nos termos da qual cabe à acusação apresentar os fatos constitutivos da infração; mas cabe à empresa apresentar prova dos factos impeditivos, excludentes ou extintivos. O Tribunal de Comércio de Lisboa e o Tribunal da Relação de Lisboa «parecem exigir antes que a acusação produza prova não só dos factos constitutivos, mas também dos extintivos» (*ob. cit., loc. cit.*, p. 244).

¹⁵ A jurisprudência estabelecida no acórdão Hoffman-Laroche, caracteriza o abuso suposto no art. 102.º do TFUE como uma «noção objetiva que visa os comportamentos de uma empresa em posição dominante que são suscetíveis de influenciar a estrutura do mercado onde, devido à presença da empresa em questão, o grau de concorrência está já enfraquecido, e que têm por efeito impedir, através do recurso a meios diferentes dos que regem a concorrência normal dos produtos e serviços, a manutenção do grau de concorrência ainda existente no mercado ou o seu desenvolvimento».

¹⁶ Cfr. MIGUEL MOURA E SILVA, *As práticas restritivas da concorrência na Lei n.º 19/2012 – novos desenvolvimentos*, Comunicação apresentada na Conferência *O novo regime jurídico da concorrência*, organizada pela Autoridade da Concorrência em 13 de julho de 2013, disponível em http://www.concorrencia.pt/vPT/Noticias_Eventos/Conferencias_e_Seminarios/Paginas/Conferencia-NRJC2012.aspx?lst=1

¹⁷ Cfr. *Memorandum of Understanding on Specific Economic Policy Conditionality* [T4-2011].

cada ao processo sancionatório relativo às práticas restritivas (Secção II do capítulo II).

Entre muitos outros aspetos, salientamos que o art. 23.º, 1, do RJC admite que a Autoridade da Concorrência possa aceitar «compromissos propostos pelo visado que sejam suscetíveis de eliminar os efeitos sobre a concorrência decorrentes das práticas em causa, arquivando o processo mediante a imposição de condições destinadas a garantir o cumprimento dos compromissos propostos».

Outra das novidades consiste no *procedimento de transação* (arts. 22.º e 27.º do RJC) que, sendo distinto do regime de clemência, permite a redução da coima¹⁸.

1.2. Fidelidade ao modelo de aplicação pública

Embora relevantes, as alterações constantes do RJC não produziram a alteração de paradigma na investigação e repressão das práticas restritivas da concorrência. O sistema português, à imagem do que acontece com o modelo plasmado no TFUE¹⁹, é fiel à *aplicação pública/administrativa*²⁰ que promove a repressão *não penal* destas práticas²¹.

O art. 5.º do RJC determina que «o respeito pelas regras de promoção e defesa da concorrência é assegurado pela Autoridade da Concorrência que, para o efeito, dispõe dos poderes sancionatórios, de supervisão e de regulamentação estabelecidos na presente lei e nos seus estatutos»²². Na

¹⁸ V. *infra*.

¹⁹ L. A. VELASCO SAN PEDRO, «International conference on private enforcement of competition law», em *Private enforcement of competition law*, Valladolid: Lex Nova, 2011, p. 37, refere que o modelo de aplicação pública acolhido pelo TFUE tem dado bons resultados, mas razões de *justiça distributiva* impõem que seja reconhecido o direito à reparação dos danos sofridos pelas vítimas de práticas restritivas da concorrência, em particular consumidores.

²⁰ Sobre as características do modelo público de aplicação da concorrência, v. VÍCTOR MARTÍNEZ MULERO, «Defensa de la competencia y daños», *RDM*, 255 (2005), p. 117, ss.; MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES/CATARINA ANASTÁCIO, «Artigo 9.º», em *Lei da Concorrência anotada. Comentário Conimbricense*, Coimbra: Almedina, 2013 p. 101.

²¹ O art. 67.º do RJC começa por ressalvar a «responsabilidade criminal» a que possa haver lugar. Esta ressalva não significa que haja práticas restritivas da concorrência tipificadas como crime. Com esta ressalva, o legislador terá tido em mente a hipótese de concurso de infrações (o mesmo facto constitui simultaneamente crime e contraordenação). Para este entendimento, v. JORGE FIGUEIREDO DIAS/FLÁVIA LOUREIRO, «Artigo 67.º», em *Lei da Concorrência anotada. Comentário Conimbricense*, Coimbra: Almedina, 2013, p. 683.

²² V. o art. 6.º dos Estatutos da Autoridade da Concorrência, aprovados pela Lei 10/2003, de 18 de janeiro. A Lei 67/2013, de 28 de agosto, aprova a Lei-quadro das entidades administrativas independentes com funções de regulação da atividade económica dos setores

sequência de denúncia ou atuando oficiosamente, a Autoridade da Concorrência procede à abertura de *inquérito* por práticas proibidas no art. 9.º ou 11.º do RJC ou nos arts. 101.º e 102.º do TFUE (art. 17.º, 1, do RJC).

As práticas restritivas da concorrência são tipificadas como *contraordenações*, sancionadas com *coimas*²³. Determina o art. 67.º do RJC que «as infrações às normas previstas na presente lei e no direito da União Europeia cuja observância seja assegurada pela Autoridade da Concorrência constituem contraordenação»²⁴.

O art. 73.º, 2, do RJC, determina a responsabilidade das pessoas coletivas pelas contraordenações quando cometidas «a) em seu nome e no interesse coletivo por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança»; ou b) «por quem atue sob a autoridade das pessoas referidas na alínea anterior em virtude de uma violação dos deveres de vigilância ou controlo que lhes incumbem»²⁵.

Segundo o art. 73.º, 3, «ocupam uma posição de liderança os órgãos e representantes da pessoa coletiva e quem nela tiver autoridade para exer-

privado, público e cooperativo. Por força do art. 3.º, 2, da Lei 67/2013, cada entidade administrativa independente, no prazo máximo de 30 dias a contar do 1.º dia útil seguinte ao da publicação da Lei-quadro, deve apresentar ao Governo um projeto de alteração dos respetivos estatutos.

²³ Nos termos do art. 31.º, a), do Estatuto da Autoridade da Concorrência, 40% do produto das coimas aplicadas pelas infrações que lhe compete investigar constituem receita da Autoridade. Os 60% remanescentes revertem para o Estado. As coimas aplicadas pela Comissão por infração ao direito da concorrência comunitário revertem para o orçamento geral da União Europeia quando se tornam definitivas. Sobre as dúvidas quanto à eficácia do modelo não-penal no combate de práticas restritivas da concorrência (em particular dos cartéis), v. MARIA TAVARES DE PINA, «A criminalização dos cartéis pelo direito da União Europeia», RPCC, 20 (2010), p. 375; JORGE FIGUEIREDO DIAS/FLÁVIA LOUREIRO, «Artigo 67.º», em *Lei da concorrência- Comentário Conimbricense*, Coimbra: Almedina, 2013, p. 682.

²⁴ ELISA BRODI, «Illecito antitrust e risarcimento del danno in alcuni recenti casi di abuso di posizione dominante», RS, 53 (2008), p. 1450, refere que as coimas aplicadas às empresas no quinquénio 2002-2007 por violação do art. 81.º do TCE são inferiores ao montante dos chamados «deadweight loss», caracterizados, estes últimos, pela Commission of the European Communities, *Comission staff working document accompanying document to the White Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules. Impact Assessment*, Bruxelles, 2008, p. 14, como «the economic benefits forgone by consumers and other victims who do not purchase, or purchase a smaller quantity, due to the unlawfully inflated price».

²⁵ O direito de mera ordenação social consagra o princípio geral de responsabilidade das pessoas coletivas. Sobre este princípio, v. MARIA ELISABETE RAMOS, *O seguro de responsabilidade civil dos administradores – Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*, Coimbra: Almedina, 2010, p. 71, ss., e bibliografia aí indicada.

cer o controlo da sua atividade». Esta é uma norma que elege os critérios de «imputação do facto ao ente coletivo»²⁶.

O art. 6.º do Regulamento 1/2003 reconhece aos tribunais nacionais «competência para aplicar os artigos 81.º e 82.º do Tratado». O art. 15.º do Regulamento 1/2002 versa a cooperação da Comissão com os tribunais nacionais e o art. 16.º do mesmo Regulamento debruça-se sobre a «aplicação uniforme do direito da concorrência», proibindo aos tribunais nacionais, quando se pronunciem sobre os acordos, decisões ou práticas concertadas ao abrigo do arts. 101.º e 102.º que já tenham sido objeto de decisão da Comissão, a adoção de decisões «contrárias à decisão aprovada pela Comissão»²⁷.

O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão, criado pela Lei 46/2011, de 24 de junho, instituído pelo DL 67/2012, de 20 de março²⁸, tem competência territorial de âmbito nacional. Compete-lhe, nos termos do art. 89.º-B, da Lei 3/99, de 13 de janeiro, e em matéria de concorrência, «conhecer das questões relativas a recurso, revisão e execução das decisões, despachos e demais medidas em processo de contraordenação legalmente suscetíveis de impugnação» proferidos pela Autoridade da Concorrência²⁹.

O Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão é incompetente para julgar matérias relacionadas com as ações de indemnização de danos causados pelas práticas restritivas da concorrência. Não foi acolhida a sugestão (formulada em sede de Consulta Pública) no sentido de ser reconhecida competência ao Tribunal de Concorrência, Regulação e Supervisão para decidir processos que tivessem por objeto principal o *private enforcement*³⁰.

²⁶ JOSÉ LOBO MOUTINHO/PEDRO GARCIA MARQUES, «Artigo 73.º», em *Lei da Concorrência – Comentário Conimbricense*, Coimbra: Almedina, 2013, p. 725.

²⁷ Sobre esta «solução, aparentemente disfuncional no quadro do princípio da separação de poderes e da independência dos tribunais», v. JÓNATAS E. M. MACHADO, *Direito da União Europeia*, Coimbra: Wolters Kluwer /Coimbra Editora, 2010, p. 385. V. com interesse, FRANCISCO PEREIRA COUTINHO, *Os tribunais nacionais na ordem jurídica da União Europeia – O caso português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2013.

²⁸ Na redação dada pela Lei 46/2011, de 24 de junho. V. também o art. 84.º da Lei 19/2012, de 8 de maio. O art. 1.º da Portaria 84/2012, de 29 de março, declarou instalado, com efeitos a 30 de março de 2012, o 1.º juízo do Tribunal de Concorrência, Regulação e Supervisão. O art. 93.º da Lei 19/2012, de 8 de maio, regula a questão dos recursos de decisões proferidas em ações administrativas pelo Tribunal da Concorrência, Regulação e Supervisão.

²⁹ Na Lei 52/2008, de 28 de agosto, que aprova a Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais, as competências dos juízos a concorrência, regulação e supervisão estão previstas no art. 122.º-A, que foi aditado pela L 46/2011, de 24 de junho.

³⁰ Cfr. MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES/CATARINA ANASTÁCIO, «Artigo 9.º», cit., p. 101.

1.3. A clemência

Os chamados «programas de clemência» são considerados instrumentos relevantes na aplicação pública das regras da concorrência, designadamente no combate aos cartéis³¹.

Os *cartéis* consistem, no entendimento da Comissão, «em acordos e/ou práticas concertadas entre dois ou mais concorrentes que têm por objetivo coordenar o seu comportamento concorrencial no mercado e/ou influenciar os parâmetros relevantes da concorrência através de práticas como a fixação de preços de aquisição ou de venda ou outras condições de transação, a atribuição de quotas de produção ou de venda, a repartição de mercados, incluindo a concertação em leilões e concursos públicos, a restrição das importações ou exportações e/ou ações anti concorrenceis contra outros concorrentes»³².

Os cartéis são, como se sabe, uma das mais graves práticas restritivas da concorrência e, simultaneamente, uma das mais difíceis de investigar e de provar. Daí que a opção há muito tomada pela legislação norte-americana, e seguida na Europa, seja a de estimular a exposição por parte de empresas participantes no cartel.

A Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, não contemplava normas sobre o regime de clemência que só foi introduzido em Portugal pela Lei 39/2006, de 25 de agosto. A Lei n.º 19/2012 revogou a Lei n.º 39/2006, de 25 de agosto³³, e incorporou o regime de clemência no RJC (arts. 70.º, 75.º,

³¹ V., por exemplo, este juízo no ponto 1.2. da Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infrações às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia (COM/2013/0404 final/2 – 2013/0185 (COD). Sobre esta proposta, *v. infra*.

³² Cfr. Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis, (2006/C 298/11), JOUE, 8.12.2006, ponto 1.

³³ De acordo com a Autoridade da Concorrência, *Relatório de Atividades 2008-2013*, p. 30 (disponível em www.autoridadedaconcorrencia.pt), em 2010, foi proferida a primeira decisão de condenação de cartel, com base no pedido de clemência de uma pessoa singular que se traduziu em sanções a pessoas individuais e à empresa. Em 2011, foi proferida a primeira decisão de condenação de cartel, com base em pedido de clemência da empresa. Segundo o Comunicado 19/2013 (disponível em www.autoridadedaconcorrencia.pt), a Autoridade da Concorrência condenou três empresas de produção, transformação e comercialização de espuma de poliuretano flexível por práticas restritivas da concorrência. Lê-se no ponto 3. do comunicado que «A decisão da Autoridade culminou o inquérito instaurado na sequência da apresentação de pedidos de dispensa e de atenuação especial da coima nos termos da Lei n.º 39/2006, de 25 de agosto, e surgiu após submissão de pro-

ss)³⁴. Na ordem jurídica interna, a «clemência» traduz-se em um regime jurídico que permite que a Autoridade da Concorrência decida a *dispensa/atenuação especial da coima* em processos de contraordenação «que tenham por objeto acordos ou práticas concertadas entre duas ou mais empresas concorrentes proibidos pelo art. 9.º [do RJC] e, se aplicável, pelo artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia» (art. 75.º do RJC)³⁵.

Nos termos do art. 76.º do RJC podem beneficiar de dispensa ou redução da coima as empresas e os «titulares do órgão de administração das pessoas coletivas e entidades equiparadas, bem como os responsáveis pela direção ou fiscalização de áreas de atividade em que seja praticada alguma contraordenação, responsáveis nos termos do disposto no n.º 6 do artigo 73.º».

Este *benefício económico* – traduzido na dispensa/redução de coima – visa «recompensar, no que se refere à sua cooperação no âmbito da investigação da Comissão, as empresas que participam ou participaram em cartéis secretos que afetam a Comunidade»³⁶. A clemência tem, também, o objetivo de tornar instável a estrutura da concertação ou do cartel e criar condições para que essa concertação ilícita seja exposta e sejam obtidas provas.

A vasta disseminação da clemência³⁷ não apaga as dúvidas e as dificuldades éticas que lhe são próprias. Na verdade, ela constitui uma expressão de *benefício do infrator* (ou até do grande infrator) que delata os seus parceiros; pode beneficiar o participante que foi o incentivador, o impulsor da concertação ilícita; constitui uma forma de negociação entre uma autoridade pública e empresas privadas, com eventuais reflexos negativos no princípio da não autoincriminação³⁸.

postas de transação ao abrigo da Lei n.º 19/2012, de 08 de maio (considerada aplicável, para esse efeito, por se revelar em concreto mais favorável aos arguidos)».

³⁴ Sobre o regime de clemência, v. TERESA MOREIRA, «O novo instituto da clemência – a dispensa e a atenuação especial da coima aplicável a práticas restritivas da concorrência», *Sub Judice*, 40 (2007), p. 75, ss.; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS/FLÁVIA LOUREIRO, «Artigo 70.º», em *Lei da Concorrência. Comentário Conimbricense*, Coimbra: Almedina, 2013, p. 707, ss.

³⁵ O Conselho da Concorrência aprovou o Regulamento 1/2013, de 3 de janeiro, que prevê o procedimento relativo à tramitação para a obtenção de dispensa ou redução da coima nos termos da Lei n.º 19/2012, de 8 de maio.

³⁶ Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis (2006/C 298/11), ponto 1.

³⁷ V. com interesse PIERRE DESBROSSE, «Les programmes de clémence à l'épreuve de la globalisation des marchés», *RIDE*, 2010/2, p. 211, ss..

³⁸ Sobre estas objeções, v. JORGE FIGUEIREDO DIAS/FLÁVIA LOUREIRO, «Artigo 70.º», cit., p. 709, 710.

A clemência pode constituir um sério entrave à aplicação privada do direito da concorrência. Na verdade «a facilitação da possibilidade de interposição de ações de indemnização pode facilmente anular a motivação das empresas em recorrer ao regime de dispensa ou atenuação da coima por cooperação»³⁹. O Tribunal de Justiça no Acórdão *Pfleiderer AG* concluiu que «As disposições do direito da União em matéria de cartéis, em especial o Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 101.º TFUE e 102.º TFUE, devem ser interpretadas no sentido de que não se opõem a que uma pessoa lesada por uma infracção ao direito da concorrência da União e que procura obter uma indemnização tenha acesso aos documentos relativos a um procedimento de clemência respeitante ao autor da referida infracção. Incumbe, porém, aos órgãos jurisdicionais dos Estados Membros, com base no seu direito nacional, determinar as condições nas quais tal acesso deve ser autorizado ou recusado, através da ponderação dos interesses protegidos pelo direito da União»⁴⁰.

Na ordem jurídica interna, o art. 81.º, 1, do RJC determina que «a Autoridade da Concorrência classifica como confidencial o pedido de dispensa ou de redução da coima, bem como todos os documentos e informações apresentados para efeitos de dispensa ou redução da coima». E, por força do art. 81.º, 3, do RJC, carece de autorização do requerente de pedido de clemência, «o acesso de terceiros aos pedidos, documentos e informações» por ele apresentados.

2. Efetivação privada da proibição de práticas restritivas da concorrência

2.1. Nulidade de acordos e decisões de associações de empresas proibidos pela concorrência

A designada *aplicação privada do direito da concorrência* («private enforcement») pode ser caracterizada como «a aplicação do direito da concorrência independente das autoridades administrativas competentes para a sua garantia específica»⁴¹; é «a forma privada de tutela da concorrência e está em causa sempre que uma parte privada apresenta um pedido civil inde-

³⁹ JORGE FIGUEIREDO DIAS/FLÁVIA LOUREIRO, «Artigo 70.º», cit., p. 710, 711.

⁴⁰ Processo C-390/09, Acórdão do Tribunal de Justiça (Grande Secção), de 14 de junho de 2011.

⁴¹ MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES/CATARINA ANASTÁCIO, «Artigo 9.º», cit., p. 101.

pendente ou uma reconvenção baseados na violação de regras de defesa da concorrência, sendo o seu elemento característico o facto de conduzir a qualquer forma de sanção civil contra o infrator»⁴².

A *nulidade* prevista no art. 9.º, 2, do RC e no art. 101.º, 2, do TFUE é o único mecanismo de aplicação privada do direito da concorrência consagrado quer no RJC⁴³ quer no TFUE⁴⁴. No Acórdão Courage/Crehan, o Tribunal de Justiça considerou que a nulidade prevista no art. 85.º, 2, do Tratado (hoje art. 101.º, 2, do TFUE), «pode ser invocada por todos, impõe-se ao juiz desde que as condições de aplicação do art. 85.º, n.º 1, estejam reunidas e que o acordo em causa não possa justificar a concessão de uma isenção ao abrigo do art. 85.º, n.º 3, do Tratado (...). Uma vez que a nulidade visada no art. 85.º, n.º 2, tem carácter absoluto, um acordo nulo nos termos desta disposição não produz efeitos nas relações entre os contratantes e não é oponível a terceiros. (...) Além disso, tal nulidade é suscetível de afetar todos os efeitos, passados ou futuros, do acordo ou da decisão em causa»⁴⁵⁻⁴⁶.

Sendo as normas de defesa da concorrência normas imperativas, a nulidade enquadra-se na *contrariedade à lei* que se encontra consagrada no art. 294.º do CC⁴⁷. Ainda que esteja em causa a violação das normas da concorrência, «teoricamente a Autoridade da Concorrência não pode declarar

⁴² MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES/CATARINA ANASTÁCIO, «Artigo 9.º», cit., p. 101. Sobre este modelo, a sua origem norte-americana e os possíveis abusos a que se proporciona, v. VÍCTOR MARTÍNEZ MULERO, «Defensa de la competencia y daños», *RDM*, 255 (2005), p.114, s. CHRISTOPHER HODGES, «New modes of redress for consumers and competition law», *RCR*, 11/12 (julho-dezembro 2012), p. 228, salienta as diferentes culturas jurídicas vividas nos EUA e na Europa, concluindo que «European legal system rely on a different balance between public and private enforcement, and on different theories of enforcement other than just deterrence».

⁴³ MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES/CATARINA ANASTÁCIO, «Artigo 9.º», cit., p. 101.

⁴⁴ Sobre o conceito «comunitário» de nulidade, v. NOGUEIRA SERENS, *Direito da concorrência e acordos de compra exclusiva (práticas nacionais e práticas comunitárias)*, Coimbra: Coimbra Editora, 1993, p. 78, ss., que conclui, a p. 81, que a «noção comunitária» de nulidade não se afasta da caracterização plasmada no Código Civil português».

⁴⁵ Acórdão Courage/Crehan, Acórdão do Tribunal de Justiça de 20.9.2001, no processo C-453/99. V. também o Acórdão Manfredi que declarou, no ponto 57, que a «nulidade visada no artigo 81.º, n.º 2, CE tem carácter absoluto, um acordo nulo nos termos desta disposição não produz efeitos nas relações entre os contratantes e não é oponível a terceiros».

⁴⁶ V. *infra*. Sobre o mecanismo da «euro-defesa», v. J. LUIS DA CRUZ VILAÇA, «O ordenamento comunitário da concorrência e o nome papel do juiz numa União alargada», *Revista do CEJ*, 2004, 2.º semestre, p. 43.

⁴⁷ Em sentido divergente, v. J. ROBIN DE ANDRADE, «Apresentação sobre a nova lei de arbitragem voluntária e a aplicação do direito da concorrência pelos tribunais arbitrais», *RCR*, 11/12 (2012), p. 200, que invoca a cláusula geral do art. 280.º do CC.

a nulidade de um acordo»⁴⁸. Caberá a «qualquer interessado» invocá-la, podendo ser declarada oficiosamente pelo tribunal (art. 286.º do CC).

A nulidade das cláusulas restritivas da concorrência e a consequente aplicação do regime jurídico-civil consagrado nos arts. 286.º e 289.º do CC (não produção de qualquer efeito jurídico, restituição de tudo o que tenha sido prestado em cumprimento do acordo nulo), podem não ser suficientes para prevenir práticas restritivas da concorrência⁴⁹ nem *satisfatórias* para a proteção dos interesses dos lesados.

Acresce que, além do duvidoso efeito dissuasor e da eventualidade de nada haver a restituir (porque nada foi prestado)⁵⁰, a nulidade pode não ser apta, por exemplo, a retirar da esfera dos operadores económicos o benefício ilegalmente obtido com as práticas restritivas da concorrência. Se bem repararmos, vemos que a deslocação patrimonial operada pela nulidade – recorde-se que, nos termos do art. 289.º do CC, deve ser devolvido tudo o que tiver sido prestado em cumprimento do acordo concorrencial – mantém os benefícios (eventualmente, ilegítimos) na esfera dos agentes envolvidos nessas práticas. O que não é satisfatório, do ponto de vista do regular funcionamento do mercado e do bem-estar dos consumidores.

Não menos importante é a circunstância de a nulidade não ter vocação resarcitória de danos sofridos pelas vítimas. A reparação dos danos necessita de outros instrumentos como sejam as ações de indemnização.

2.2. Reparação de danos – Escassez de ações de indemnização

O Tribunal de Justiça da União Europeia consolidou a jurisprudência no sentido de que o «artigo 81.º, n.º 1, CE [hoje, art. 101.º, 1, do TFUE] produz efeitos diretos nas relações entre particulares e cria direitos na esfera destes que os órgãos jurisdicionais nacionais devem proteger»⁵¹.

O Regulamento (CE) 1/2003 reconhece no considerando 7 que «os tribunais nacionais desempenham uma função essencial na aplicação das regras comunitárias da concorrência. Ao deliberarem sobre os litígios entre particulares, salvaguardam os direitos subjetivos decorrentes do direito comunitário, nomeadamente através da concessão de indemnizações às

⁴⁸ MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES/CATARINA ANASTÁCIO, «Artigo 9.º», cit., p. 105, nt., 47.

⁴⁹ MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES/CATARINA ANASTÁCIO, «Artigo 9.º», cit., p. 103, atribuem à nulidade dos contratos concorrenciais «um importante papel dissuasor». É discutível que esta sanção tenha este efeito.

⁵⁰ MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES/CATARINA ANASTÁCIO, «Artigo 9.º», cit., p. 105, 106.

⁵¹ Acórdão *Courage/Crehan*, processo C-453/99, acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de Setembro de 2001. N.º 23; Acórdão Manfredi, ponto 39.

vítimas das infrações. Neste capítulo, o papel dos tribunais nacionais vem complementar o das autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência. Assim, é necessário permitir-lhes que apliquem integralmente os artigos 81.º e 82.º do Tratado»⁵².

A modernização do direito da concorrência – em particular, o regime de exceção legal diretamente aplicável previsto no art. 101.º, 3, do TFUE⁵³ e a descentralização na aplicação dos arts. 101.º e 102.º do TFUE – removeu o principal obstáculo às ações de indemnização que inquestionavelmente podem ser intentadas nos tribunais dos Estados-Membros, tanto enquanto ações de seguimento (*follow-on actions*) como ações isoladas (*stand alone actions*)⁵⁴.

Embora este seja um passo importante – porque liberta o ressarcimento dos lesados de uma prévia decisão seja da Comissão seja das autoridades nacionais –, *não é suficiente*. Na verdade, é usual o diagnóstico de que são escassas as iniciativas de aplicação privada do direito da concorrência nos Estados Membros da União Europeia⁵⁵. Diagnóstico que também retrata a corretamente a experiência portuguesa⁵⁶.

⁵² Sobre a modernização do direito da concorrência e o papel do juiz, v. J. L. CRUZ VILAÇA, «A modernização da aplicação das regras comunitárias segundo a Comissão Europeia – Uma reforma fundamental», *BFD, volume comemorativo do 75.º tomo do Boletim da Faculdade de Direito*, Coimbra, 2002, p. ; «O ordenamento comunitário da concorrência...», cit., p. 37, ss.

⁵³ Uma das novidades do Regulamento 1/2003 é o de eliminar o monopólio detido pela Comissão na aplicação do (atual) n.º 3 do art. 101.º do TFUE. Sobre esta mudança, v. TERESA MOREIRA, «Algumas considerações sobre o Regulamento (CE) n.º 1/2003...», cit., 1047, ss..

⁵⁴ Neste sentido, v. L. A. VELASCO SAN PEDRO, «International conference...», cit., 37.

⁵⁵ O ponto 3.2. da proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infração às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia (COM/2013/0404 final/2-2013/0185 (COD), salienta que «continua a haver (...) uma falta de reparação efetiva das vítimas de infrações às regras da UE no domínio antitrust».

⁵⁶ J. M. COUTINHO DE ABREU, «Private enforcement of competition law in Portugal», em *Private enforcement of competition law*, Valladolid: Lex Nova, 2011, p. 101. LEONOR ROSSI/MIGUEL SOUSA FERRO, «Private enforcement of competition law in Portugal (i): an overview of case-law», *RCR*, III (2012), p. 93, salientam que, apesar da obrigação resultante do art. 15.º, 2, do Regulamento 1/2003, não há dados coligidos sobre os casos de concorrência decididos pelos tribunais e dão conta das dificuldades que em Portugal existem quanto à recolha de dados sobre os casos de concorrência decididos pelos tribunais portugueses. LEONOR ROSSI/ MIGUEL SOUSA FERRO, «Private enforcement...», cit., p. 127, identificaram, no período entre dezembro de 1983 e maio de 2012, 25 casos onde foram discutidas questões de concorrência; 10 casos em que foi excluída a relevância das normas da concorrência; 3 casos em que foram levantadas questões de concorrência que não chegaram a ser discutidas.

Embora já haja registo de pelo menos uma decisão jurisprudencial que garantiu a reparação dos danos com fundamento nas regras da concorrência⁵⁷, a experiência portuguesa não conheceu até agora casos em que tivesse sido alegada a chamada «passing-on defence» – ou seja, o argumento de que o cliente não pode reclamar danos junto do seu fornecedor, porque já repercutiu tais danos nos seus próprios clientes, nem «danos indiretos» (ou seja, danos sofridos pelos clientes que se encontram ao longo da cadeia de distribuição, mas que não são vítimas diretas da violação das normas da concorrência)⁵⁸.

2.3. Complementaridade normativa e separação institucional

O intenso debate europeu em torno da aplicação privada das normas de defesa da concorrência não visa a alteração de paradigma, mas sim uma mais bem conseguida integração da aplicação privada e, em particular, o resarcimento dos danos.

O Regulamento 1/2003 já afirma esta *relação de complementaridade* quando, a propósito da concessão de indemnizações às vítimas das infrações reconhece que o papel dos tribunais nacionais é o «complementar o das autoridades dos Estados-Membros responsáveis em matéria de concorrência». Mais recentemente, a Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infrações às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia vinca o mesmo objetivo de complementaridade entre aplicação pública e aplicação privada. A exposição de motivos desta proposta proclama que um dos objetivos é «optimizar a interação entre a aplicação pública e privada do direito da concorrência». Sabendo que «reparação pelos danos causados pelas infrações às regras de concorrência da UE não pode ser obtida através da aplicação pública», a «melhor forma de garantir a aplicação global das regras de concorrência na UE é através de uma aplicação pública e privada complementares»⁵⁹.

⁵⁷ LEONOR ROSSI/MIGUEL SOUSA FERRO, «Private enforcement...», cit., p. 127. O caso referido no texto é, segundo estes autores, o caso «Carrefour v. Orex Dois», descrito nas p. 112 e 113. Trata-se de um caso em que o Tribunal da Relação de Lisboa considerou o contrato nulo e ordenou que o Carrefour restituísse 49.000 euros.

⁵⁸ Para estes dados, v. LEONOR ROSSI/MIGUEL SOUSA FERRO, «Private enforcement...», cit., p. 127.

⁵⁹ Ponto 1.2. da Proposta.

Aplicação pública e aplicação privada das normas sobre práticas restritivas da concorrência servem *interesses diferentes*: por um lado, a aplicação pública serve o interesse público no «funcionamento eficiente dos mercados, a repartição eficaz dos recursos e os interesses dos consumidores»⁶⁰⁻⁶¹. A aplicação privada do direito da concorrência serve o interesse dos privados em não permanecerem vinculados por negócios restritivos da concorrência (arts. 101.º, 2, do TFUE, art. 9.º, 2, do RJC) e, especialmente, em obterem o resarcimento dos danos causados pelas práticas restritivas da concorrência⁶².

Acresce, ainda a separação institucional entre a aplicação pública e a aplicação privada do direito da concorrência⁶³. «De facto, a análise de uma conduta anticoncorrente pelas autoridades de concorrência e pelos tribunais comuns é feita de forma independente e não conduz, necessariamente, aos mesmos resultados em termos de aplicação das sanções respetivas. Desde logo porque os tribunais cíveis não podem aplicar coimas por infração às normas da concorrência; e, ao mesmo tempo, a autoridade não pode arbitrar indemnizações em favor das vítimas de comportamentos anticoncorrenciais. Mas mesmo nos domínios de sobreposição – v.g. no juízo sobre a nulidade ou não de uma prática restritiva da concorrência – pode acontecer, por exemplo, que um contrato considerado nulo pelos tribunais nacionais não conduza à aplicação de uma sanção por parte da autoridade de concorrência, dadas as especificidades das normas substantivas ou processuais conducentes a essa mesma aplicação»⁶⁴.

3. A reparação de danos causados por práticas restritivas da concorrência

3.1. Jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia

A jurisprudência comunitária reconhece que os arts. 101.º e 102.º do TFUE constituem disposições de ordem pública⁶⁵, essenciais para o fun-

⁶⁰ Cfr. art. 1.º, 2, dos Estatutos da Autoridade da Concorrência.

⁶¹ Sobre o papel complementar entre o direito da concorrência e a responsabilidade civil, fundando-se em argumentos económicos, v. ELISA BRODI, «Illecito antitrust e risarcimento del danno in alcuni recenti casi di abuso di posizione dominante», *RS*, 53 (2008), p. 1444, ss..

⁶² V. neste sentido, L. A. VELASCO SAN PEDRO, «International conference...», cit., p. 38.

⁶³ Cfr. MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES/CATARINA ANASTÁCIO, «Artigo 9.º», p. 100.

⁶⁴ Cfr. MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES/CATARINA ANASTÁCIO, «Artigo 9.º», p. 103.

⁶⁵ Processos apensos C-295-298/04, *Manfredi*, Coletânea 2006, p. I-6619, n.º 31.

cionamento do *mercado interno*⁶⁶. Estas disposições criam direitos e obrigações para os particulares sejam eles empresas ou consumidores⁶⁷. Entre os direitos garantidos pelo direito da UE, figura o *direito a indemnização por danos sofridos em consequência de uma infração aos artigos 101.º ou 102.º do TFUE*.

No acórdão *Courage*, proferido em 2001, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias (TJCE) declarou que «a protecção efectiva dos direitos consagrados no Tratado exige que qualquer pessoa que tenha sofrido danos causados por uma infracção aos artigos 81.º ou 82.º [atualmente, arts. 101.º e 102.º do TFUE] tenha, em determinadas circunstâncias, o direito de reclamar uma reparação»⁶⁸. Em 2006, o Tribunal de Justiça, no caso *Manfredi*, reiterou que «qualquer pessoa tem o direito de pedir a reparação do dano sofrido quando existe um nexo de causalidade entre o referido dano e um acordo ou uma prática proibida pelo artigo 81.º CE»⁶⁹.

A reparação dos danos causados pela violação das normas da concorrência abrange os danos emergentes (*damnum emergens*), bem como uma reparação pelos lucros cessantes (*lucrum cessans*) sofridos em consequência da infração⁷⁰ e o direito a juros contados a partir do momento em que os danos ocorreram.

Na ausência de regras comunitárias uniformizadoras do direito à indemnização, o Tribunal de Justiça da União Europeia sentenciou que cabe aos sistemas jurídicos dos Estados-Membros definir regras ponderadas para a tramitação dos pedidos de indemnização⁷¹. Tais regras nacionais não devem, contudo, tornar excessivamente difícil ou pratica-

⁶⁶ O mercado interno, na caracterização constante do art. 26.º, 2, do TFUE, «compreende um espaço sem fronteiras internas, no qual a livre circulação das mercadorias, das pessoas, dos serviços e dos capitais é assegurada de acordo com as disposições dos Tratados».

⁶⁷ Cfr. Comunicação da Comissão sobre a quantificação dos danos nas ações de indemnização que tenham por fundamento as infrações aos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (2013/C 167/07), ponto 4.

⁶⁸ *Courage/Crehan*, processo C-453/99, acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de Setembro de 2001, pontos 26 e 27, Coletânea 2001, p. I-6297, Processos apensos C-295-298/04, *Manfredi*, Coletânea 2006, p. I-6619; Processo C-360/09, *Pfleiderer*, Coletânea 2011, p. I-5161 e Processo C-199/11, *Comunidade Europeia/Otis NV e outros*, Coletânea 2012, ainda não publicado.

⁶⁹ V. Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção), 13 de julho de 2006, nos processos apensos C-295/04 a C-298/04, conhecido como Acórdão *Manfredi*.

⁷⁰ Processos apensos C-295-298/04, *Manfredi*, Coletânea 2006, p. I-6619, n. os 95-96 e Processos apensos C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur e Factortame*, Coletânea 1996, p. I-1029, n. o 87.

⁷¹ Ver Acórdão *Manfredi*, ponto 62.

mente impossível o exercício dos direitos conferidos aos cidadãos pela ordem jurídica da UE (princípio da efetividade) e não devem ser menos favoráveis do que aquelas que regem as ações de indemnização intentadas por infração a direitos análogos conferidos pelo direito nacional (princípio da equivalência)⁷².

Acontece que existem, nos diversos Estados-Membros, obstáculos significativos ao funcionamento eficaz das ações de indemnização por infração à legislação comunitária no domínio *antitrust*.

3.2. Comissão Europeia e as orientações sobre quantificação de danos

O Jornal Oficial da União Europeia de 13 de junho de 2013 publica a "Comunicação da Comissão sobre a quantificação dos danos nas ações de indemnização que tenham por fundamento as infrações aos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (2013/C/167/07). Esta Comunicação elege a «quantificação dos danos» como uma das principais dificuldades que obstam à reparação dos danos sofridos pelas vítimas.

Os serviços da Comissão elaboraram um «Guia Prático»⁷³ sobre a quantificação dos danos nas ações de indemnização que tenham por fundamento infrações aos artigos 101.º ou 102.º do TFUE. Trata-se de um *instrumento de caráter meramente informativo; não tem natureza vinculativa* nem para as partes nem para o órgão jurisdicional.

Segundo a análise da Comissão, em termos gerais, pode ser estabelecida uma distinção entre duas grandes categorias de efeitos danosos das infrações:

«(a) As infrações podem resultar num aumento dos preços pagos pelos clientes das empresas infratoras. Entre as infrações que produzem um efeito deste tipo, encontram-se as práticas de cartel proibidas pelo artigo 101.º do TFUE, tais como a fixação de preços, a repartição dos mercados

⁷² Processo C-453/99, *Courage*, Col. 2001, p. I-6297, n.º 29; processos apensos C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, Col. 2006, p. I-6619, n.º 62.

⁷³ Cfr. Documento de trabalho dos Serviços da Comissão – Guia Prático. Quantificação dos danos nas ações de indemnização com base nas infrações aos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia que acompanha a Comunicação da Comissão sobre a quantificação dos danos nas ações de indemnização com base nas infrações aos artigos 101.º e 102.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia, ponto 21, disponível em http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/quantification_guide_pt.pdf. Daqui em diante, este documento será designado abreviadamente «Guia Prático».

ou os cartéis que limitam a produção. Também a exploração abusiva na aceção do artigo 102.º do TFUE pode ter o mesmo efeito. O aumento dos preços significa que os clientes que adquirem o produto ou o serviço afetado pagam um custo adicional. Além disso, um aumento dos preços pode também conduzir a uma menor procura e implicar lucros cessantes para os clientes que utilizam o produto para as suas próprias atividades comerciais»⁷⁴.

«b) As empresas podem igualmente infringir os artigos 101.º e 102.º do TFUE através da adoção de práticas ilegais que excluem os concorrentes do mercado ou reduzem a sua quota de mercado. Entre os exemplos mais típicos figuram os abusos de posição dominante, consistindo na compressão das margens, em preços predatórios ou em vendas subordinadas ou ainda em determinados acordos de exclusividade verticais entre os fornecedores e os distribuidores que são contrários ao direito da concorrência. Tais práticas têm um efeito significativo sobre os concorrentes, que sofrem as consequências nefastas daí decorrentes, na medida em que são privados de oportunidades comerciais e de lucros neste mercado. Quando a prática de evicção dos concorrentes é coroada de êxito e se regista uma diminuição das pressões concorrenenciais num mercado, os clientes também acabarão por ser prejudicados, geralmente sob a forma de um aumento dos preços»⁷⁵.

Nos termos deste «Guia Prático», os danos invocados pelo requerente determinarão quais as variáveis económicas (como os preços, os volumes de vendas, os lucros, os custos ou as quotas de mercado) a ter em conta. Por exemplo, num cartel conducente a um aumento dos preços para os seus clientes, deve ser estimado o preço que teria sido imputado na ausência da infração, tendo em vista a criação de um ponto de referência que permita a sua comparação com o preço efetivamente pago por estes clientes. Num caso de abuso de posição dominante que resulte na evicção dos concorrentes do mercado, os lucros cessantes destes últimos podem ser avaliados, comparando o seu volume de negócios e as suas margens de lucro reais com o volume de negócios e as margens de lucro que teriam provavelmente realizado na ausência da infração.

⁷⁴ Ponto 21 do «Guia Prático».

⁷⁵ Cfr. Ponto 21 do «Guia Prático».

4. À procura da harmonização das ações de indemnização

4.1. A ação coletiva

O direito da União Europeia ainda não oferece uma disciplina harmonizada em matéria de ações de indemnização, mas tem desenvolvido diversas iniciativas destinadas a prepará-la.

Em fevereiro de 2011, a Comissão Europeia, consciente da diversidade de soluções legislativas adotadas pelos Estados Membros e da diversidade de iniciativas por si empreendidas, lançou a consulta pública intitulada «Rumo a uma abordagem europeia coerente sobre a 'ação coletiva'», com o objetivo de, quanto a esta, definir os princípios jurídicos comuns⁷⁶.

Para efeitos desta consulta pública, *ação coletiva* «é um conceito lato que engloba qualquer mecanismo que intervenha na cessação ou prevenção de práticas comerciais ilícitas prejudiciais a vários queixosos ou que contribua para a indemnização dos danos causados por esse tipo de práticas. Existem duas formas principais de ação coletiva: por meio de uma *ação inibitória*, os queixosos procuram fazer cessar a prática ilícita; por meio de uma *ação de indemnização* procuram obter a reparação pelos danos causados. Os procedimentos de ação coletiva podem assumir várias formas, incluindo os mecanismos extrajudiciais de resolução de litígios ou a atribuição a uma entidade pública ou outra entidade representativa a execução dos pedidos coletivos»⁷⁷.

Em 11 de junho de 2013, a Comissão Europeia formulou a Recomendação sobre os princípios comuns que devem reger os mecanismos de tutela coletiva inibitórios e indemnizatórios dos Estado-Membros aplicáveis às violações de direitos garantidos pelo direito da União (2013/396/UE)⁷⁸. Nesta mesma data a Comissão publicou a Comunicação «Rumo a um quadro jurídico horizontal para a tutela coletiva»⁷⁹. Este documento inventaria as medidas tomadas até à data, os pareceres formulados pelas partes interessadas e pelo Parlamento Europeu, e apresenta a posição da Comissão em questões centrais respeitantes à tutela coletiva.

Um dos princípios acolhidos por esta Comunicação é o da proibição de indemnizações punitivas: a «indemnização atribuída às pessoas singulares ou coletivas lesadas em situação de dano de massa não deve exceder

⁷⁶ Disponível em http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_collective_redress/pt.pdf, Bruxelas, 4 de fevereiro de 2011, SEC(2011)173 final, ponto 12.

⁷⁷ V. ponto 7. do documento.

⁷⁸ JO L 201, de 26.7.2013, p. 60, ss.

⁷⁹ COM(2013) 401 final.

a compensação que teria sido atribuída se o direito tivesse sido reclamado através e ações individuais»⁸⁰.

Em 2 de fevereiro de 2012, o Parlamento Europeu adotou a Resolução «Rumo a uma abordagem europeia coerente sobre a ação coletiva» (2013/C 239E/05) ⁸¹ «em que apelou a que as propostas sobre tutela coletiva assumissem a forma de um quadro jurídico horizontal que incluísse um conjunto de princípios comuns, proporcionasse um acesso uniforme à justiça mediante o recurso ao referido sistema na União e contemplasse, específica mas não exclusivamente, as violações dos direitos dos consumidores»⁸². Um dos aspetos sublinhados pelo Parlamento Europeu é que «a abordagem europeia em sede de ação coletiva tem de assentar no princípio de 'opt-in', segundo o qual as vítimas são claramente identificadas e apenas participam no processo quando tenham indicado expressamente ser seu desejo fazê-lo, no intuito de evitar abusos potenciais» (ponto 20).

O objetivo de cercear potenciais abusos leva o Parlamento Europeu a recomendar que o quadro horizontal só deve incluir as indemnizações por danos reais causados e as indemnizações punitivas devem ser proibidas. Por força do conceito de compensação, a indemnização concedida deverá ser repartida entre as vítimas proporcionalmente ao prejuízo que cada uma delas tenha sofrido. Os honorários condicionados pelo resultado do litígio ("contingency fees") são, de um modo geral, desconhecidos na Europa e não devem fazer parte do quadro horizontal obrigatório (ponto 20).

Em 2012 foi publicado um estudo independente, intitulado «Collective redress in antitrust», encomendado pelo Parlamento Europeu e pelo Comité dos Assuntos Económicos e Monetários⁸³.

4.2. Livro Verde e Livro Branco sobre as ações de indemnização

Em 2005 a Comissão Europeia apresentou o Livro Verde Ações de indemnização devido à violação das regras comunitárias no domínio antitrust.⁸⁴ Este documento e os documentos de trabalho que o acompanham

⁸⁰ Cfr. ponto 31. da Comunicação.

⁸¹ JO C 239 E, p. 32.

⁸² Recomendação da Comissão de 11 de junho de 2013, ponto 4.

⁸³ Os autores deste estudo são Paolo Buccirossi, Michele Carpagnano, Lorenzo Ciari, Massimo Tognoni, Cristiana Vitale, com as contribuições de Luca Aguzzoni, Marco Bellia, Gaia Bellomo e Riccardo Zecchinelli.

⁸⁴ COM (2005) 672, de 19 de dezembro de 2005. Disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0672:FIN:PT:PDF>

têm por objetivo «identificar os principais obstáculos a um sistema mais eficaz para as ações de indemnização e apresentar diferentes pistas de reflexão e de possível intervenção para melhorar o funcionamento das ações de indemnização, quer se trate de ações de seguimento (ou seja, casos de instauração de uma ação civil na sequência da declaração de uma infração por parte de uma autoridade de concorrência), quer de ações independentes (ou seja, ações que não vêm na sequência de uma decisão anterior de uma autoridade de concorrência relativa a uma infração ao direito da concorrência)»⁸⁵.

Em 2008, a Comissão publicou o Livro Branco sobre ações de indemnização por incumprimento das regras comunitárias no domínio antitrust⁸⁶. Este documento «analisa e apresenta propostas de política geral e medidas específicas com o objetivo de garantir, mais do que acontece atualmente, que todas as vítimas de infrações ao direito comunitário da concorrência tenham acesso a mecanismos eficazes que lhes permitam ser plenamente indemnizados pelos danos que sofreram»⁸⁷.

4.3. Proposta de Diretiva sobre as ações de indemnização

Percorrido o longo caminho durante o qual foi feito o levantamento dos principais obstáculos à efetivação privada do direito de indemnização (seja através da ação singular seja através da ação coletiva), foram recolhidos contributos para uma disciplina comunitária, foram elaborados vários documentos de natureza não vinculativa, eis que a Comissão Europeia avança com uma proposta de um ato juridicamente vinculativo⁸⁸. No dia 11 de junho de 2013, a Comissão apresentou a Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infrações às disposições do direito da concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia⁸⁹.

Esta proposta «procura assegurar a aplicação efetiva das regras de concorrência da UE através de: i) otimizar a interação entre a aplicação

⁸⁵ COM (2005) 672, de 19 de dezembro de 2005, p. 4.

⁸⁶ COM (2008) 165 final, de 2 de abril de 2008, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2008:0165:FIN:PT:PDF>

⁸⁷ COM(2008) 165 final, p. 4.

⁸⁸ V. art. 288.º do TFUE sobre a caracterização das diretivas. Na doutrina v. por todos, MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, cit., p. 340.

⁸⁹ COM/2013/0404 final/2 – 2013/0185 COD, disponível em <http://ec.europa.eu/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>

pública e privada do direito da concorrência; e *ii) assegurar que as vítimas de infrações às regras de concorrência da UE possam obter uma reparação integral pelos danos sofridos*»⁹⁰.

Para efeitos desta proposta de diretiva, «infração ao direito da concorrência», deve ser entendida como uma infração aos artigos 101.º ou 102.º do Tratado ou ao direito nacional da concorrência. «Direito nacional da concorrência» tem o sentido de «disposições do direito nacional que prosseguem predominantemente o mesmo objetivo que os artigos 101.º e 102.º do Tratado e que são aplicadas ao mesmo processo e em paralelo com o direito da concorrência da União, nos termos do artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 1/2003».

Na exposição dos motivos, é salientado que «A reparação pelos danos causados pelas infrações às regras de concorrência da UE não pode ser obtida através de uma aplicação pública. A concessão de uma reparação está fora do domínio de competência da Comissão e das ANC [Autoridades Nacionais de Concorrência], sendo do domínio dos tribunais nacionais, do direito civil e do direito processual civil»⁹¹.

A proposta de diretiva debruça-se sobre os seguintes pontos: Objeto, âmbito e definições (capítulo I: artigos 1.º 4.º); Divulgação dos elementos de prova (capítulo II: artigos 5.º 8.º); Efeito das decisões nacionais, prazos de prescrição e responsabilidade solidária (capítulo III: artigos 9.º 11.º); Repercussão dos sobrecustos (capítulo IV: artigos 12.º 15.º); Quantificação dos danos (capítulo V: artigo 16.º); Resolução amigável de litígios (capítulo VI: artigos 17.º 18.º).

Para os casos em que várias empresas infringem conjuntamente as regras da concorrência – como é típico no cartel – o art. 11.º, 1, da proposta prevê que «Os Estados devem assegurar que as empresas que infringiram o direito da concorrência através de um comportamento conjunto são solidariamente responsáveis pelos prejuízos causados pela infração: cada uma das empresas infratoras é obrigada a reparar integralmente os danos, podendo a parte lesada exigir uma reparação integral de qualquer delas até que seja indemnizada».

Em matéria de quantificação dos danos, o art. 16.º da proposta determina que os «Estados-Membros devem assegurar que, no caso de uma infração de um cartel, se deve presumir que infração causou danos. A empresa infratora deve poder elidir essa presunção».

⁹⁰ Cfr. ponto 1.2. da proposta de Diretiva, dedicado à justificação e objetivos da proposta.

⁹¹ Cfr. ponto 1.1. da proposta de Diretiva

5. Práticas restritivas da concorrência e responsabilidade dos administradores para com a sociedade

5.1. O problema

O caminho até aqui trilhado permitiu-nos conhecer, ainda que de forma sumária, o acervo comunitário em matéria de aplicação privada dos arts. 101.º e 102.º do TFUE e dos seus correspondentes nacionais. Sabemos que a *nulidade* é o único mecanismo de aplicação privada do direito da concorrência previsto no TFUE (art. 101.º, 2) e no RJC (art. 9.º, 2).

No que diz respeito às ações de indemnização, pese embora profusão de iniciativas, o direito da União Europeia (originário ou derivado) não contempla qualquer ato normativo de natureza vinculativa. O que existe são atos preparatórios, *soft law* (comunicações, recomendações) e a proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certas regras que regem as ações de indemnização.

Admitindo que esta proposta evolui para uma diretiva, continuará a competir ao direito nacional regular os aspetos relativos às ações de indemnização, mas, em razão do efeito harmonizador da diretiva, serão reduzidas as particularidades nacionais.

As normas proibitivas de práticas restritivas da concorrência (arts. 101.º, 102.º do TFUE, arts. 9.º e 11.º do RJC) destinam-se às *empresas* (entendidas, neste contexto, *em sentido subjetivo*). Os membros do órgão de administração e de representação da sociedade não são os destinatários diretos e imediatos de tais prescrições imperativas. No entanto, decisões empresariais tomadas por este órgão ou até omissões do dever de vigilância podem determinar que à sociedade sejam imputáveis infrações concorrenciais. Desta imputação podem resultar consequências danosas para a sociedade como sejam a condenação no pagamento de uma coima ou de uma sanção pecuniária compulsória ou, ainda, a imposição da sanção acessória de privação do direito de participar em determinados procedimentos concursais (arts. 68.º, ss. do RJC).

Em tais circunstâncias, será que a sociedade infratora dispõe de fundamento jurídico e de instrumentos jurídicos que lhe permitam exigir que os administradores reparem os danos que a sanção/sanções lhe causou?

Há que questionar se os administradores observam os deveres orgânicos para com a sociedade nas situações em que as decisões empresariais por eles tomadas violam a proibição legal de práticas restritivas da concorrência. Considere-se, a título de exemplo, o caso em que o órgão de administração, de modo a aumentar os lucros da sociedade, decide envolver-la num cartel que fixa preços e reparte mercados (arts. 101.º, 1, TFUE,

9.º, 1, do RJC). E será que esta sociedade, condenada pela Autoridade da Concorrência ou pela Comissão Europeia no pagamento de uma coima (e eventualmente, em sanções acessórias), terá fundamento jurídico para responsabilizar civilmente os administradores que tomaram a decisão de participar no cartel?

Não restam dúvidas de que abusar de posição dominante e participar em acordos ou práticas concertadas, proibidos pelo direito português ou pelo direito da UE, constituem *factos ilícitos*, mas estarão os administradores obrigados a atuar em conformidade com a lei e, em particular, a respeitar as proibições que decorrem dos regimes de concorrência (nacional e comunitário)?

Esta questão tem de ser resolvida pela mediação, por um lado, do regime jurídico-societário dos deveres e da responsabilidade civil dos administradores para com a sociedade e, por outro, das proibições legais (comunitárias e nacionais) de práticas restritivas da concorrência.⁹² No regime jurídico-societário iremos procurar os deveres dos administradores, os pressupostos de que depende a responsabilidade civil destes para com a sociedade e os instrumentos idóneos a efetivá-la. No direito da concorrência encontraremos a fronteira entre práticas restritivas proibidas e permitidas e os mecanismos jurídicos destinados a combater as infrações à concorrência.

Feito este caminho, estamos habilitados a perceber se a indemnização reclamada pela sociedade aos administradores e os mecanismos jurídicos usados integram ou não a designada aplicação privada do direito da concorrência ou se, pelo contrário, repousam em mecanismos jurídico-societários.

5.2. Duty to act lawfully/Legalitätspflicht/Dever de legalidade

A experiência norte americana tem refletido sobre o «duty to act lawfully»⁹³. Em um caso ocorrido no século XX, uma pequena sociedade que detinha um parque junto das cataratas do Niagara desrespeitou a proibição de abertura ao domingo. O gestor desta sociedade pagou à fiscalização uma quantia de 80\$. Um acionista propôs uma ação em tribunal em que requereu a reposição do dinheiro no património da sociedade e fundou a sua pretensão no respeito pelo interesse público: «To hold any

⁹² MARIA ELISABETE RAMOS, *O seguro...*, cit., p. 85.

⁹³ Veja-se, a título de exemplo, ROBERT CHARLES CLARK, *Corporate law*, Boston/Toronto: Little, Brown and Company, 1986, p. 138, 139.

other rule would be establishing a dangerous precedente, tacitly countenancing the wasting of corporate funds for purposes of corrupting public morals»⁹⁴. Uma decisão de 1947 sustentou que cada ato ilegal ou ilícito dos administradores é simultaneamente uma violação do dever orgânico de cuidado⁹⁵.

No caso AT&T (*American Telephone & Telegraph Co.*) foram discutidos os limites da discricionariedade empresarial dos administradores. Neste caso, os acionistas intentaram uma ação contra os administradores da AT&T com fundamento no facto de a sociedade não ter reclamado uma dívida contraída pelo *Democratic National Committee* por serviços de comunicações fornecidos durante a convenção de 1968. Os acionistas consideraram que os diretores actuaram negligente (porque não reclamaram o crédito da sociedade), como violaram a lei federal sobre gastos em campanhas eleitorais⁹⁶.

Embora esta decisão reconheça que os administradores, na tomada de decisões empresariais, dispõem de um espaço de discricionariedade empresarial, salienta-se que essa discricionariedade não afasta a aplicação de outras normas nem autoriza os administradores a praticarem atos ilegais: «[W]e are convinced that the business judgment rule cannot insulate the defendant directors from liability if they did in fact breach 18 U.S.C. § 610, as plaintiffs have charged»⁹⁷. Com esta decisão consagra-se a orientação de que atos ilegais podem configurar uma violação de deveres fiduciários dos administradores, ainda que cometidos em benefício da sociedade, «because directors should be restrained from engaging in activities that are against public policy»⁹⁸. E, deste modo, os tribunais assinalam limites no processo de decisão no contexto de pessoas coletivas privadas. A doutrina norte-americana salienta que estes restos dos tribunais adicionam o *private enforcement* de acionistas ativos ao esforço de reguladores e de outras entidades públicas⁹⁹. O caso AT&T sugere que os tribunais norte-americanos autorizam que os acionistas usem a *derivative suit* para fazer cumprir normas jurídicas e não só para proteger aspectos financeiros da sociedade¹⁰⁰.

⁹⁴ *Apud* HOLGER FLEISCHER, «Aktienrechtliche Legalitätspflicht und "nutzliche" Pflichtverletzungen von Vonstandsmitgliedern», *ZIP*, 2005 p. 146.

⁹⁵ ROBERT CHARLES CLARK, *Corporate law*, cit., p. 138, 139

⁹⁶ ROBERT CHARLES CLARK, *Corporate law*, cit., p. 139.

⁹⁷ *Apud* HOLGER FLEISCHER, «Aktienrechtliche Legalitätspflicht...», cit., p. 146.

⁹⁸ ROBERT CHARLES CLARK, *Corporate law*, cit., p. 139.

⁹⁹ V. ROBERT CHARLES CLARK, *Corporate law*, cit., p. 139.

¹⁰⁰ V. ROBERT CHARLES CLARK, *Corporate law*, cit., p. 139.

Jurisprudência posterior confirmou a orientação de que o efeito protetor da discricionariedade empresarial dos administradores não se aplica à violação de lei.

Em matéria de quantificação de danos, a jurisprudência já decidiu que «It is true that the complaint before us does not contain any allegation of damages to the corporation but this has never been considered an essential requirement for a cause of action founded on a breach of fiduciary duty (...). This is because the function of such an action, unlike an ordinary tort or contract case, is not merely to compensate the plaintiff for wrong committed by the defendant, but to prevent [wrongs]»¹⁰¹.

O §2.01(b)(1) dos *Principles of Corporate Governance* expressamente afirma o dever de a sociedade observar a lei: «Even if corporate profit and shareholder gain are not thereby enhanced, the corporation, in the conduct of its business is obliged, to the same extent as natural person, to act within the boundaries set by law». No comentário a este preceito é nitidamente rejeitada a *doutrina do incumprimento eficiente da lei*, quando é afirmado que «With few exceptions, dollar liability is not a 'price' that can properly be paid for the privilege of engaging in legally wrongful conduct»¹⁰². E, por conseguinte, as sociedades, como outra pessoa, devem observar as normas vigentes.

Efetivamente, há um debate, com relevo em matéria de *corporate governance*, que opõe a compreensão da «Law as a price» ao entendimento da «Law as a limit»¹⁰³. Bainbridge escreve que «Individuals routinely make cost-benefit-analysis before deciding to comply with some malum prohibitum law, such as when deciding to violate the speed limit. Is it self-evident that directors of a corporation should be barred from engaging in similar cost-benefit analysis?»¹⁰⁴. Uma opinião minoritária pronuncia-se contra o dever de a administração de sociedades respeitar a lei, quando o

¹⁰¹ Apud HOLGER FLEISCHER, «Aktienrechtliche Legalitätspflicht...», cit., p. 147.

¹⁰² THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of corporate governance: analysis and recommendations*, volume I, Parts I-VI, §§ 1.01-6.02 as adopted and promulgated by the American Law Institute at Washington DC, May 13, 1992, American Law Institute Publishers: St. Paul, Minn, 1994, p. 60.

¹⁰³ Para uma súmula deste debate, v. HOLGER FLEISCHER, «Aktienrechtliche Legalitätspflicht...», cit., p. 147.

¹⁰⁴ STEPHEN BAINBRIDGE, *Corporation law and economics*, Foundation Press, 2002, p. 272, 273. STEPHEN PEPPER, «Counseling at the limits of the law: an exercise in the jurisprudence and ethics of lawering», *YLSJ*, 104 (1995), p. 1576, 1577, escreve que «The malum in se/malum prohibitum distinction appears, in older garb, to formulate the difference between law as a true prohibition (that is, the identification of conduct not to be tolerated) and law as cost (that is, the identification of conduct not to be penalized in some fashion, but which the citizen is still free to choose to do)».

incumprimento for proveitoso para a sociedade¹⁰⁵. Trata-se de um ponto de vista vivamente criticado e muitos salientam que há uma nítida distinção entre a violação eficiente do contrato e a violação eficiente de lei¹⁰⁶.

A doutrina alemã, colhendo inspiração norte-americana¹⁰⁷, tem refletido sobre o dever de legalidade, distinguindo as *componentes interna* e *externa* de tal dever¹⁰⁸. Na vertente *interna*, o dever de legalidade compreende os deveres orgânicos especificamente previstos na lei societária, nos estatutos e no regulamento da direção. Considera a doutrina que cada administrador está vinculado a observar todos os comportamentos que lhe são impostos pela *Aktiengesetz*¹⁰⁹.

Nas *relações externas*, os membros do órgão de administração devem respeitar as prescrições legais que se dirigem à empresa enquanto sujeito jurídico, designadamente as relativas ao regime da concorrência¹¹⁰.

Na doutrina alemã prevalece a opinião de que o comportamento ilícito nas relações externas representa uma violação de deveres nas relações entre o administrador e a sociedade¹¹¹. Há quem saliente que a sociedade suporta a consequências da violação da lei na forma de obrigação de indemnizar, coimas, ou diminuição das oportunidades de negócio ou da reputação¹¹². No entanto, não deve ser hipervalorizado o relevo do dano

¹⁰⁵ Cfr. A este propósito EASTERBOOK/FISCHEL, «Antitrust suits by targets of tender offers», *MichLR*, 80 (1982), p. 1155, ss.; DANIEL FISCHEL, «The corporate governance movement», *VLR*, 35 (1982, p. 1259, ss.

¹⁰⁶ V. HOLGER FLEISCHER, «Aktienrechtliche Legalitätspflicht...», cit., p. 147.

¹⁰⁷ THE AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of corporate governance: analysis and recommendations*, volume I, Parts I-VI, §§ 1.01-6.02 as adopted and promulgated by the American Law Institute at Washington DC, May 13, 1992, American Law Institute Publishers: St. Paul, Minn, 1994, p. 149, considera que «a director or officer violates the duty to perform his or her functions in good faith if he or she knowingly causes the corporation to disobey the law». Nos *Principles*, o dever de atuar em conformidade com a lei é integrado no âmbito do «duty of care». Os *Principles* esclarecem que a responsabilidade dos administradores dependerá não só da prova sobre a violação da lei pela sociedade, mas também da prova da violação da cláusula geral do dever de cuidado prevista no § 4.01.

¹⁰⁸ Neste sentido, v., a título de exemplo, HOLGER FLEISCHER, «Aktienrechtliche Legalitätspflicht...», cit., p. 142, 144; THOMAS ABELTHAUSER, *Leitungshaftung in Kapitalgesellschaftsrecht*, Carl Heymans Verlag KG, Köln, Berlin, Bonn, München, p. 205, 210.

¹⁰⁹ HOLGER FLEISCHER, «Aktienrechtliche Legalitätspflicht...», cit., p. 142.

¹¹⁰ HOLGER FLEISCHER, «Aktienrechtliche Legalitätspflicht...», cit., p. 144.

¹¹¹ Neste sentido, v. por todos THOMAS ABELTHAUSER, *Leitungshaftung..*, cit., p. 213; KLAUS HOPT, «§ 93», *Grosskommentar zum Aktiengesetz*, 4^a ed., De Gruyter: Berlin/New York, 1999, Rdn. 98; HANS-JOACHIM MERTENS, «§93», *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 2, 1. Lieferung §§ 76-94, 2. Auflage, Köln/Berlin/Bonn/München, 1992, Rdn. 34; HOLGER FLEISCHER, «Aktienrechtliche Legalitätspflicht...», cit., p. 142.

¹¹² HOLGER FLEISCHER, «Aktienrechtliche Legalitätspflicht...», cit., p. 144.

sofrido pela sociedade porque a violação dos deveres funcionais é independente do dano.

A doutrina alemã defende que os membros da administração são responsáveis para com a sociedade pela violação da proibição de práticas restritivas da concorrência, ainda que a observância afete a posição da sociedade no mercado em que os concorrentes se valem da violação das normas da concorrência para dela extraírem benefícios¹¹³.

De uma maneira geral é defendido que os membros da administração, nas suas relações com a sociedade, não têm o dever de cumprir as obrigações contratuais da sociedade para com terceiros¹¹⁴. Reconhece-se, a este propósito, um espaço de discricionariedade empresarial. O comportamento da sociedade que não cumpre é ilícito; mas em determinados casos pode corresponder ao interesse da sociedade expor-se ao risco de constituição de uma obrigação de indemnização, como será, por exemplo, uma crise aguda de liquidez¹¹⁵. Em outras circunstâncias, pode ser vantajoso para a sociedade prestar a indemnização. Se o administrador tem em conta, de modo diligente, os riscos de a sociedade ter de indemnizar pelo incumprimento, é opinião dominante que não atua ilicitamente¹¹⁶.

Especificamente em matéria de concorrência há quem sublinhe que a responsabilidade do administrador perante a sociedade pela violação de deveres legais externos pressupõe que os prejuízos sofridos pela sociedade sejam superiores às vantagens obtidas. De outro modo, não haverá dano¹¹⁷.

Na doutrina portuguesa, Raúl Ventura e Brito Correia consideraram que o administrador tem o «dever funcional» de cumprir todas as obrigações perante terceiros e que tal dever integra o dever de gestão¹¹⁸. Carneiro da Frada, já na vigência do CSC, defendeu a necessidade de observância pelos

¹¹³ Veja-se neste sentido, HANS-JOACHIM MERTENS, «§ 93», cit., p. 299, Rdn. 34. V. também, UWE H. SCHNEIDER, «Unentgeltliche Zuwendungen durch Unternehmen», AG, 1983, p. 205-2; WOLFGANG ZÖLLNER, «Die sogenannten Gesellschafterklagen in Kapitalgesellschaftsrecht», ZGR, 1988, p. 392, ss.; KLAUS HOPT, «§ 93», cit., Rdn. 98-105; HOLGER FLEISCHER, «Aktienrechtliche Legalitätspflicht...», cit., p. 141, ss.; Idem, «Wettwerbs- und Betätigungsverbote für Vorstandsmitglieder in Aktienrecht», AG, 2005, p. 336, ss.; THOMAS ABELTHAUER, *Leitungshaftung im Kapitalgesellschaftsrecht...*, cit., p. 205, 213, 214.

¹¹⁴ HOLGER FLEISCHER, «Aktienrechtliche Legalitätspflicht...», cit., p. 144.

¹¹⁵ HOLGER FLEISCHER, «Aktienrechtliche Legalitätspflicht...», cit., p. 144.

¹¹⁶ V. KLAUS HOPT, § 93, Rdn. 100; HOLGER FLEISCHER, «Aktienrechtliche Legalitätspflicht...», cit., p. 144.

¹¹⁷ Cfr. NORBERT HORN, «Die Haftung des Vorstands der AG nach § 93 AktG und die Pflichten des Aufsichtsrats», ZIP, 1997, p. 1136.

¹¹⁸ RAÚL VENTURA/LUÍS BRITO CORREIA, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades anónimas e dos gerentes de sociedades por quotas*, Lisboa, 1970, p. 109, ss..

administradores de prescrições legais¹¹⁹. Coutinho de Abreu sustenta que o administrador não tem ou não tem sempre o dever perante a sociedade de cumprir as obrigações contratuais da sociedade para com terceiros¹²⁰.

Mais recentemente, destacam-se os estudos de Pedro Caetano Nunes¹²¹ e de Carneiro da Frada¹²² que, em particular, estudam o dever de legalidade a cargo dos administradores. Pedro Caetano Nunes rejeita «a perspetiva de que o administrador tem perante a sociedade um dever de legalidade externa, enquanto refração automática sobre a esfera jurídica do administrador, na relação contratual com a sociedade, das normas jurídicas que impõem condutas à sociedade»¹²³. Conclui este Autor que «a inobservância das normas jurídicas que impõem condutas à sociedade tende a constituir uma violação do dever de gestão»¹²⁴.

Carneiro da Frada assinala que o dever de legalidade dos administradores pode comportar um duplo sentido. Na *primeira aceção*, este dever de legalidade apresenta-se como um «conceito-quadro» que «expressa a multiplicidade de todos aqueles deveres que sujeitam os administradores»¹²⁵ *de modo direto e imediato*. Neste sentido, o dever de legalidade não tem autonomia, porquanto expressa «a multiplicidade de todos aqueles deveres que sujeitam os administradores»¹²⁶. Na *segunda aceção*, o *dever de legalidade dos administradores* já alcança autonomia porque «representa uma adscrição fundamental – distinta – que decorre mediataamente para os administradores, da sujeição da sociedade a regras impositivas e proibitivas»¹²⁷.

Carneiro da Frada sustenta que «o dever dos administradores de promoverem ou assegurarem uma conduta da sociedade conforme a lei é, numa palavra, um dever perante a sociedade. Um dever relativo, portanto, decorrente da função de administração, que é também ela, relativa»¹²⁸.

¹¹⁹ CARNEIRO DA FRADA, *Direito civil. Responsabilidade civil. O método do caso*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 121.

¹²⁰ J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedade*, 2.ª ed., Coimbra: IDET/Almedina, 2010, p. 11, nt. 11.

¹²¹ PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de gestão dos administradores de sociedades anónimas*, Coimbra: Almedina, 2012, p. 345, s., 455, s., 494, s.

¹²² CARNEIRO DA FRADA, «O dever de legalidade: um novo (e não escrito?) dever fundamental dos administradores», *DSR*, 8 (2012), p. 65, s..

¹²³ PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de gestão...*, cit., p. 494.

¹²⁴ PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de gestão...*, cit., p. 495.

¹²⁵ CARNEIRO DA FRADA, «Dever de legalidade...», cit., p. 67.

¹²⁶ CARNEIRO DA FRADA, «O dever de legalidade...», cit., p. 67.

¹²⁷ CARNEIRO DA FRADA, «O dever de legalidade...», cit., p. 70.

¹²⁸ CARNEIRO DA FRADA, «O dever de legalidade...», cit., p. 71. Trata-se de uma regra que comporta exceções. Vejam-se, a título de exemplo, as hipóteses dos arts. 78.º e 79.º do CSC. Sobre estas duas hipóteses de responsabilidade civil dos administradores v. MARIA

5.3. Delimitação da ilicitude – a violação dos deveres de cuidado

Recenseado o debate em torno do dever de legalidade dos administradores, importa apurar se é ilícita a conduta dos administradores que no exercício das suas funções não respeitam as proibições de práticas restritivas da concorrência e, com tal comportamento, expõem a sociedade a sanções.

Os pressupostos constitutivos da responsabilidade civil dos administradores para com a sociedade estão consagrados no art. 72.º, 1, do CSC. São eles: a ilicitude traduzida [n]a violação de deveres legais ou “contratuais”¹²⁹; a culpa (presumida), o dano e o nexo de causalidade entre o facto ilícito e o dano¹³⁰. Trata-se, como é geralmente aceite, de uma hipótese de responsabilidade contratual¹³¹, que versa a «relação interna, entre a sociedade e o gestor, mas não na relação externa entre a sociedade e o Estado ou outros terceiros»¹³². Como se percebe, sem ilicitude não há responsabilidade civil dos administradores para com a sociedade.

O art. 72.º, 1, do CSC, embora delimita a *ilicitude* relevante para a responsabilização dos administradores, não especifica se, para este efeito, é abrangida a violação de normas legais impositivas ou proibitivas destinadas à sociedade.

Em face da reflexão produzida pela doutrina portuguesa parece ser adequado dizer que, embora com diferentes graus de profundidade de análise e seguindo diferentes caminhos argumentativos, é consensual que os administradores têm o dever de atuar em conformidade com a lei. Como também parece prevalecer a relevância interna do dever de os administra-

ELISABETE RAMOS, *O seguro...*, cit., p. 126, ss.; J. M. COUTINHO DE ABREU/MARIA ELISABETE RAMOS, «Artigo 78.º», «Artigo 79.º», em *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, vol. I, Coimbra: Almedina, 2010, p. 892, s., 904, s. Em matéria de violação das normas da concorrência, J. M. COUTINHO DE ABREU, «Private enforcement...», cit., p. 111 admite que os administradores podem, ao abrigo do art. 79.º do CSC, ser responsabilizados por terceiros a quem a violação das normas da concorrência tenha causado um dano.

¹²⁹ Para o entendimento deste segmento normativo, J. M. COUTINHO DE ABREU/MARIA ELISABETE RAMOS, «Artigo 72.º», em *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, vol. I, Coimbra: Almedina, 2010, p. 841.

¹³⁰ Sobre estes v. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil...*, cit. p. 12; MARIA ELISABETE RAMOS, *O seguro...*, cit., p. 101, ss.; J. M. COUTINHO DE ABREU/MARIA ELISABETE RAMOS, «Artigo 72.º», cit., p. 840, s..

¹³¹ Segundo PAIS DE VASCONCELOS, «*Business judgment rule*, deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa e o artigo 64.º das Sociedades Comerciais», *DSR*, 2 (2009), p. 60, «O art. 72.º só tem a ver com a relação interna, entre o gestor e a sociedade».

¹³² P. PAIS DE VASCONCELOS, «*Business judgment rule...*», cit., p. 60.

dores cumprirem as normas impositivas e proibitivas destinadas à sociedade¹³³. Ou seja, «o dever dos administradores de promoverem ou assegurarem uma conduta da sociedade conforme com a lei é, numa palavra, um dever perante a sociedade»¹³⁴.

A violação das normas nacionais e comunitárias proibitivas de práticas restritivas da concorrência (arts. 101.º e 102.º do TFUE e arts. 9.º, 11.º do RJC) constitui, em regra, a *violação de deveres de cuidado* dos administradores consagrados no art. 64.º, 1, a), do CSC¹³⁵. Estes deveres «integram a relação fiduciária de gestão entre a sociedade e o gestor»¹³⁶⁻¹³⁷.

Exigem estes deveres, na caracterização de Coutinho de Abreu que os administradores apliquem «nas atividades de organização, decisão e controlo societários o tempo, o esforço e conhecimento requeridos pela natureza das funções, as competências específicas e as circunstâncias»¹³⁸. Coutinho de Abreu, considerando «algo imperfeito» o elenco de manifestações do dever de cuidado plasmado no art. 64.º, 1, a), do CSC, propõe «uma outra nomenclatura que compreende, (a) o dever de controlo ou vigilância organizativo-funcional, (b) o dever de atuação proceduralmente correta (para a tomada de decisões) e (c) o dever de tomar decisões (substantialmente) razoáveis»¹³⁹.

No contexto do «dever de controlo ou vigilância organizativo funcional»¹⁴⁰ relevam a «disponibilidade» e o «conhecimento da atividade da sociedade». A violação das normas da concorrência pode ser devida à circunstância de o administrador não realizar uma «eficaz vigilância sobre a

¹³³ Assim, PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de gestão...*, cit., p. 494; CARNEIRO DA FRADA, «O dever de legalidade...», cit., p. 71.

¹³⁴ CARNEIRO DA FRADA, «O dever de legalidade...», cit., p. 71.

¹³⁵ É extensa a bibliografia que tem refletido sobre este dever. Sobre ele ver, RICARDO COSTA/ GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, «Artigo 64.º», *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, coord. de Coutinho de Abreu, vol. I, Coimbra: Almedina, 2010, p. 721, ss., e bibliografia aí indicada.

¹³⁶ P. PAIS DE VASCONCELOS, «*Business judgment rule...*», cit., p. 63.

¹³⁷ P. PAIS DE VASCONCELOS, «*Business judgment rule...*», cit., p. 69, estabelece a distinção entre gestão e administração. Nesta distinção, «gestão é uma ação discricionária, orientada apenas para o êxito da sociedade e imbuída da álea própria do comércio; diversamente, a administração corresponde ao cumprimento das inúmeras vinculações legais ou contratuais a que os gestores devem respeito no exercício da sua função». Nesta distinção, a matéria da regulação da concorrência integra o domínio da administração e não da gestão.

¹³⁸ J. M. COUTINHO DE ABREU, «Deveres de cuidado e de lealdade», em *Reformas do Código das Sociedades*, Coimbra: IDET/Almedina, 2007, p. 19.

¹³⁹ J. M. COUTINHO DE ABREU, «Deveres de cuidado...», cit., p. 20.

¹⁴⁰ J. M. COUTINHO DE ABREU, «Deveres de cuidado...», cit., p. 20.

organização e a atividade da sociedade»¹⁴¹. Além disso, a participação da sociedade em práticas anticoncorrenciais pode ser devida a uma violação do dever de cuidado na medida em que configure falhas no cumprimento do «dever de controlo ou vigilância organizativo-funcional»¹⁴², designadamente falhas na atenção devida ao desempenho de quem gera a sociedade.

Muito importantes a este propósito são os procedimentos vulgarmente designados por «compliance» e, em particular, a *law compliance*¹⁴³. A organização societária implica a divisão de trabalho, tanto no contexto do órgão de administração como em níveis inferiores da organização, com a inerente distribuição de tarefas e as necessárias vigilância e controlo¹⁴⁴. Não estamos a referir, neste contexto, as competências de vigilância e de controlo a cargo do órgão de fiscalização da sociedade (arts. 420.º, 1, i), 423.º-F, i), 441.º, i)¹⁴⁵), mas sim tarefas que competem ao órgão de administração seja ao nível do conselho de administração seja «uma vigilância junto de patamares inferiores da empresa»¹⁴⁶.

O dever de diligência compreende o «dever (procedimental) (...) de preparar adequadamente as decisões. Mornente recolher e tratar a informação razoavelmente disponível em que assentará a decisão»¹⁴⁷. Em matéria de decisões sobre as armas a usar na concorrência, os gestores sabem ou devem saber que há armas que estão proscritas pela lei, ainda que – como salienta Mertens¹⁴⁸ – os concorrentes delas se sirvam.

Na verdade, os administradores devem cuidar no sentido de que a sociedade, nas suas relações externas cumpra a lei¹⁴⁹, designadamente o regime jurídico da concorrência. E, por conseguinte, a *ilicitude* da conduta dos administradores funda-se na violação de deveres legais perante a sociedade (art. 72.º, 1, CSC).

¹⁴¹ J. M. COUTINHO DE ABREU, «Deveres de cuidado...», cit., p. 20.

¹⁴² J. M. COUTINHO DE ABREU, «Deveres de cuidado...», cit., p. 21.

¹⁴³ Cfr. CARNEIRO DA FRADA, «O dever de legalidade...», cit., p. 73, ss.

¹⁴⁴ Veja-se o Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24.3.2003, publicado em CJ, 2003, II, p. 180, em que é responsabilizado um gerente por uma falha de vigilância, ao permitir a emissão de duas faturas que não correspondiam a serviços prestado, com o propósito de reduzir as existências contabilísticas. Situação que motivou um processo de infração fiscal.

¹⁴⁵ Sobre estes v. GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, «Artigo 420.º», «Artigo 423.º-F», «Artigo 441.º», em *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, coord. de Coutinho de Abreu, vol. VI, Coimbra: Almedina, 2013, p. 616, ss., 696, ss., 792, ss.

¹⁴⁶ PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de gestão...*, cit., p. 507.

¹⁴⁷ J. M. COUTINHO DE ABREU, «Deveres de cuidado...», cit., p. 21.

¹⁴⁸ MERTENS, «§93», cit., Rdn. 34.

¹⁴⁹ Cfr. MERTENS, «§93», cit., Rdn. 34.

5.4. Justificação de práticas restritivas da concorrência

Vários documentos da Comissão Europeia têm reconhecido que as práticas restritivas da concorrência podem ter efeitos pró-eficiência. Assim, as restrições verticais podem melhorar a eficiência económica, como por exemplo, redução dos custos de transação e de distribuição das partes, otimização das vendas e níveis de investimento¹⁵⁰.

Também os «acordos de cooperação horizontal podem dar origem a vantagens económicas significativas, em especial se conjugarem atividades, competências ou ativos complementares. A cooperação horizontal pode constituir um meio de partilhar riscos, realizar economias, aumentar investimentos, agrupar saber-fazer, melhorar a qualidade e a variedade dos produtos e lançar inovações de forma mais rápida»¹⁵¹.

A Comissão está consciente dos riscos concorrenciais associados aos acordos de cooperação horizontal. É o que acontece, por exemplo, «quando as partes acordam em fixar os preços ou o nível da produção ou em partilhar mercados ou ainda se a cooperação permitir às partes manterem, conquistarem ou aumentarem o seu poder de mercado, sendo desta forma suscetíveis de ter efeitos negativos no mercado no que se refere aos preços, à produção, à diversidade e qualidade dos produtos ou à inovação»¹⁵².

Sendo certo que o âmbito de aplicação do art. 101.º, 3, abrange as restrições horizontais, é também seguro que desta norma estão praticamente excluídos os cartéis. Considera, por exemplo, a Comissão que «Os intercâmbios de informações que constituem cartéis não só constituem uma infracção ao artigo 101.º, n.º 1, como são muito pouco susceptíveis de preencher as condições do artigo 101.º, n.º 3»¹⁵³.

¹⁵⁰ V. Comunicação da Comissão Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 81.º do Tratado, JO C 101 de 29.4.2004 ou, ainda, o Regulamento (UE) n.º 330/2010 relativo à aplicação do artigo 101.º, n.º 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas.

¹⁵¹ Comunicação da Comissão Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal (2011/C 11/01), JOUE, 14.1.2011, ponto 2. Sobre esta comunicação, v. Luís MORAIS, «The new EU Framework of horizontal cooperation agreements», *RCR*, 6 (2011), p. 223, ss.

¹⁵² Comunicação da Comissão Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal (2011/C 11/01), JOUE, 14.1.2011, ponto 3.

¹⁵³ Comunicação da Comissão Orientações sobre a aplicação do artigo 101.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia aos acordos de cooperação horizontal (2011/C 11/01), JOUE, 14.1.2011, ponto 76.

Para o funcionamento do art. 101.º, 3, ou do 10.º do RJC é necessário, mas suficiente, que se verifiquem os requisitos cumulativos aí previstos¹⁵⁴. «Quando estas quatro condições estão reunidas, os acordos reforçam a concorrência no mercado, na medida em que levam as empresas em causa a propor aos consumidores produtos mais baratos ou de melhor qualidade, o que compensa os efeitos negativos da restrição da concorrência»¹⁵⁵.

Nos termos do art. 10.º, 2, do RJC, «compete às empresas ou associações de empresas que invoquem o benefício da justificação fazer a prova do preenchimento das condições previstas» no n.º 1, do art. 10.º do RJC. O art. 10.º, 2, do RJC aboliu o mecanismo de notificação prévia que, tendo sido criado pelo DL 371/93, foi mantido na Lei 18/2003, mas acertadamente criticado na doutrina tanto por razões práticas¹⁵⁶ como dogmáticas¹⁵⁷.

Não são considerados nulos, os acordos restritivos da concorrência, mas justificados (art. 9.º, 2, do RJC)¹⁵⁸. Em tais casos, *não é ilícita* a conduta da sociedade que participa em tais acordos. E, por consequência, a sociedade não será sancionada. Também não poderá ser considerada ilícita a conduta dos administradores que negociaram o acordo entre empresas ou que adotaram a prática concertada, justificados ao abrigo do art. 101.º, 3, do TFUE ou do art. 10.º do RJC. Em tais casos, a conduta dos administradores não configura a «preterição dos deveres legais ou contratuais» (art. 72.º, 1, do CSC).

Ainda que a sociedade tenha de suportar os custos inerentes à prova dos requisitos necessários à justificação do acordo ou da prática concertada, não haverá fundamento para responsabilizar os administradores por tais encargos. Na verdade, tais encargos *não foram causados por atos ilícitos dos administradores* (art. 72.º, 1, do CSC). Nestas circunstâncias, a sociedade não terá fundamento para intentar uma ação social de responsabilidade contra os administradores.

¹⁵⁴ Para a análise dos diversos requisitos v. MANUEL PORTO/VITOR CALVETE, «Anotação ao art. 10.º», em *Lei da Concorrência anotada. Comentário Conimbricense*, Coimbra: Almedina, 2013, p. 116, ss..

¹⁵⁵ Comunicação da Comissão «Orientações relativas à aplicação do n.º 3 do artigo 101.º», cit., ponto 34.

¹⁵⁶ J. L. CRUZ VILAÇA, «Introdução à nova legislação da concorrência. Vicissitudes dos projetos de modernização», in: A. GOUCHA SOARES/M. LEITÃO MARQUES, *Concorrência – Estudos*, Coimbra: Almedina, 2006, p. 36, ss..

¹⁵⁷ MENDES PEREIRA, *Lei da concorrência anotada*, Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 131, ss..

¹⁵⁸ Neste sentido, v. MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES/CATARINA ANASTÁCIO, «Artigo 9.º», p. 100.

5.5. Práticas restritivas da concorrência e *business judgment rule*

A redação do n.º 2 do art. 72.º, introduzida pelo DL 76-A/2006, de 29 de março, foi influenciada pela *business judgement rule*, desenvolvida pela jurisprudência estado-unidense desde o segundo quartel do século XIX a propósito da responsabilidade dos administradores por decisões atentatórias do dever de cuidado, mais precisamente do dever de tomar decisões razoáveis¹⁵⁹.

«Significa esta regra que o mérito de certas decisões dos administradores não é julgado pelos tribunais com base em critérios de “razoabilidade”, mas segundo critério de avaliação excepcionalmente limitado: o administrador será civilmente responsável somente quando a decisão for considerada (nos termos da formulação dominante) “irracional”. Decisões empresariais irrazoáveis há muitas; muito mais raras serão as “irracionais”: sem qualquer explicação coerente, incompreensíveis»¹⁶⁰.

A *business judgment rule* não é aplicável quando as decisões contrariem o dever de lealdade ou deveres específicos legais, estatutários, ou contratuais dos administradores: aqui não há discricionariedade, as decisões são vinculadas, os administradores têm de atuar no interesse da sociedade e cumprir os deveres especificados¹⁶¹⁻¹⁶².

Também a doutrina alemã refere que do espaço de discricionariedade empresarial dos administradores não faz parte a violação de normas legais imperativas¹⁶³. E que, portanto o § 93, Abs. 1, Satz 2, da *AktG* não se aplica à violação da lei; em tal circunstância aquele preceito não funciona como um porto seguro¹⁶⁴.

¹⁵⁹ Acompanhamos o que escrevemos em *Seguro de responsabilidade civil*, cit., p. 89, ss., 155, ss.; J. M. COUTINHO DE ABREU/MARIA ELISABETE RAMOS, «Artigo 72.º», cit., p. 845, ss. Sobre o fenómeno conhecido por «legal transplant», v. com interesse HOLGER FLEISCHER, «Legal transplants in european company law – the case of fiduciary duties», ECFR, 3 (2005), p. 378, ss..

¹⁶⁰ Cfr. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil*..., cit., p. 36, 37. Sobre a génese norte-americana da *business judgment rule*, v. MARIA ELISABETE RAMOS, *O seguro...*, cit., p. 155, ss..

¹⁶¹ HOLGER FLEISCHER, «La “business judgment rule” a la luz de la comparación jurídica y de la economía del Derecho», *RDM*, 246 (2002), p. 1727, ss..

¹⁶² Sobre estas condições, v. J. M. COUTINHO DE ABREU/MARIA ELISABETE RAMOS, «Artigo 72.º», cit., p. 845.

¹⁶³ V. por todos, HOLGER FLEISCHER, «Aktienrechtliche Legalitätspflicht...», cit., p. 149, que refere tratar-se da opinião dominante. No entanto, M. ROTH, *Unternehmerisches Ermessen und Haftung des Vorstandes*, 2001, p. 132, sustenta que só não há discricionariedade nos casos de violação dolosa da lei.

¹⁶⁴ HOLGER FLEISCHER, «Aktienrechtliche Legalitätspflicht...», cit., p. 149.

5.6. Infrações concorrenceis e dano da sociedade

A responsabilidade civil dos administradores para com a sociedade pressupõe que esta tenha sofrido um dano. *Sem dano não há responsabilidade civil*, ainda que o comportamento dos administradores seja ilícito e culposo. O que acontece é que as práticas restritivas da concorrência (por exemplo, os cartéis) podem ser particularmente rendosas para empresas nelas participantes¹⁶⁵. Esta circunstância não as torna lícitas. É de rejeitar, como é geralmente defendido pela doutrina alemã, a perspetiva da «eficiente breach of public law»¹⁶⁶. A discricionariedade empresarial dos administradores não é tão ampla ao ponto de lhes permitir escolher o incumprimento eficiente da lei.

No entanto, não se pode negar que pode haver casos em que as rendas resultantes da infração anti concorrencial são superiores às diminuições causadas pela coima e sanções acessórias. Em outros casos, é a própria lei que permite que a sociedade infratora mantenha na sua esfera os ganhos obtidos com as práticas anti concorrenceis. Serão os casos em que a sociedade beneficia de decisão de clemência ou em que celebra uma transação com o regulador.

Não restam dúvidas que os acordos ou as práticas concertadas que beneficiam de uma decisão administrativa de dispensa ou redução da coima são *factos ilícitos*. A decisão de dispensa/redução da coima não apaga a ilicitude dos acordos ou práticas concertadas violadores do art. 101.º do TFUE ou do art. 9.º do RJC.

A verdade é que nem o atual RJC nem a revogada Lei 39/2006, de 25 de agosto, prevêem qualquer efeito da decisão de clemência (total ou parcial) na eventual responsabilidade civil do beneficiário¹⁶⁷. Dito de outro modo, o regime de clemência não constitui uma causa de exclusão ou de limitação da responsabilidade civil¹⁶⁸. E, por conseguinte, os consumido-

¹⁶⁵ A título de exemplo, no designado cartel do sal, uma estimativa da Autoridade da Concorrência fixou em 5,6 milhões de euros o impacto negativo para consumidores e empresas concorrentes. No entanto, a coima total aplicada foi de 910 mil 728 euros. Para mais informações, consultar http://www.concorrencia.pt/vPT/Noticias_Eventos/Comunicados/Paginas/Comunicado_AdC_200720.aspx?lst=1&Cat=2007

¹⁶⁶ HOLGER FLEISCHER, «Aktienrechtliche Legalitätspflicht...», cit., p. 149.

¹⁶⁷ V. neste sentido, J. M. COUTINHO DE ABREU, «Private enforcement...», cit., p. 109, reportando-se à Lei 39/2006.

¹⁶⁸ V. ALBERTO SAAVEDRA, «The relationship between the leniency programme and private actions for damages at the EU level», *RCR*, 4 (2010), p. 21, ss..

res ou fornecedores lesados pela empresa beneficiária de clemência não ficam privados do direito à indemnização.

O caso que devemos analisar é outro. Trata-se de saber se a sociedade beneficiária de dispensa ou de redução da coima tem fundamento para propor a ação social de responsabilidade contra os administradores que tomaram a decisão empresarial donde resultou o acordo ou a prática concertada ilícitos.

A decisão de clemência não exclui a ilicitude da conduta da sociedade. E excluirá a ilicitude da conduta dos administradores que tomaram as iniciativas necessárias à obtenção da decisão de clemência? Será que estes administradores, em tais circunstâncias, cumpriram os deveres de cuidado (art. 64.º, 1, a), do CSC)¹⁶⁹?

Poder-se-á dizer que os administradores, ao tomarem as medidas necessárias a que sociedade seja dispensada da coima ou a veja reduzida (arts. 75.º do RJC), estão a empregar a diligência de um gestor criterioso e ordenado (art. 64.º, 1, b), do CSC) e, por isso, tal decisão não implica a violação dos deveres de cuidado, ainda que implique a revelação da participação da sociedade em acordos ou práticas concertadas ilícitas.

No entanto, estas diligências no sentido de ser obtida uma decisão de dispensa ou de redução da coima não apagam, não eliminam a ilicitude dos acordos ou das práticas concertadas que sejam objeto de clemência. E, por isso, tal ilicitude mantém-se.

A clemência e a decisão de transação (art. 27.º do RJC)¹⁷⁰ têm repercussões em matéria do *dano* causado à sociedade. Na verdade, se a sociedade é dispensada total ou parcialmente do pagamento da coima, ela é poupada ao dano em montante correspondente ao que lhe foi perdoado. E, portanto, sociedade não poderá exigir aos administradores da indemnização.

¹⁶⁹ No Comunicado 19/2013, ponto 5., a Autoridade da Concorrência informa que, além das empresas arguidas, foram condenados «cinco administradores das empresas arguidas, com base no artigo 47.º, n.º 3 da Lei n.º 18/2003, de 11 de junho, em coimas no valor total de 7 mil euros. Na determinação das coimas aplicadas, os arguidos administradores e ex-administradores da FLEX 2000 e da FLEXIPOL beneficiaram, nos termos artigo 8.º, n.º 1 da Lei n.º 39/2006, de 25 de agosto, de dispensa e de redução de coima em termos paralelos às empresas que representam e os da FLEXIPOL e da EUROSPUMA beneficiaram de reduções de coima decorrentes dos procedimentos de transação que subscreveram».

¹⁷⁰ O procedimento de transação destina-se a empresas que queiram admitir a infração, em processo já iniciado. A clemência, por sua vez, permite que os interessados apresentem provas que auxiliem a Comissão Europeia ou Autoridade da Concorrência a desencadear ou a fazer avançar a investigação de um cartel. Acresce, como resulta do art. 27.º, 9, do RJC que a participação no processo de clemência não exclui o acesso ao regime da clemência. Sobre este regime da transação, v. GONÇALO ANASTÁCIO/DIANA ALFAFAR, «Artigo 27.º», em *Lei da Concorrência anotada. Comentário Conimbricense*, Coimbra: Almedina, 2013, p. 310.

zação por danos que não suportou. O mesmo acontece com o montante da coima que não é pago porque a Autoridade da Concorrência aceita a proposta de transação apresentada pela empresa visada no processo (27.º, 3, do RJC).

A redução do dano sofrido pela empresa pode ainda ser superior se esta usar a possibilidade legal de cumular a redução por clemência com a redução por transação (art. 27.º, 9, do RJC).

6. Resolução do litígio entre a sociedade e administrador(es)

A proposta de diretiva relativa a ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infrações às disposições do direito da concorrência impõe que «As partes lesadas e as empresas infratoras devem ser encorajadas a acordar numa reparação dos danos causados por uma infração do direito da concorrência através de mecanismos de resolução amigável de litígios, como a resolução extrajudicial de litígios, a arbitragem e a mediação»¹⁷¹.

Várias mudanças na União Europeia tornaram possível que a *arbitragem* seja considerada uma alternativa em matéria de aplicação privada do direito da concorrência¹⁷². O Regulamento 1/2003 e a descentralização na aplicação dos arts. 101.º e 102.º do TFUE abriram caminho a que «independentemente das autoridades da concorrência, os tribunais, sejam eles estaduais ou arbitrais, decidam em primeira linha sobre a aplicação das normas da concorrência ao caso concreto»¹⁷³.

Não é por acaso que a arbitragem em matéria dos litígios de concorrência surge na proposta de diretiva sobre ações de indemnização. Na verdade, em matéria de concorrência, o âmbito da arbitragem cingir-se-á à interpretação e a aplicação: a) das normas do art. 101.º do TFUE e do art. 9.º do RJC que sancionam com nulidade um acordo ou decisão

¹⁷¹ Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa a certas regras que regem as ações de indemnização no âmbito do direito nacional por infrações às disposições do direito na concorrência dos Estados-Membros e da União Europeia, ponto 37.

¹⁷² Sobre a arbitragem e efetivação das normas da concorrência, v. CLÁUDIA TRABUCO/ MARIANA FRANÇA GOUVEIA, «A arbitrabilidade das questões de concorrência no direito português: the meeting of two black arts», em *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, vol. I, Coimbra: Almdeina, 2011, p. 443, ss.; «The arbitrability of competition issues in portuguese law: "The meeting of two black arts"», em *Private enforcement of competition law*, Valladolid: Lex Nova, 2011, p. 537, ss.

¹⁷³ JOSÉ ROBIN ANDRADE, «Apresentação sobre a nova lei de arbitragem voluntária e a aplicação do direito da concorrência pelos tribunais arbitrais», *RCR*, 11/12 (2012), p. 201.

de associação de empresas restritivo da concorrência; *b*) das normas que regulam a responsabilidade civil resultante da violação das normas da concorrência, em particular «questões de qualificação de certas práticas ou acordos comerciais como lícitos ou ilícitos face às normas de concorrência aplicáveis»¹⁷⁴.

Do âmbito da arbitragem voluntária está *excluída* a aplicação pública do direito da concorrência, destinada a investigar a existência de contraordenações e, posteriormente, a sancioná-las com coima (e, eventualmente, sanções acessórias). Tal aplicação pública, efetivada pelos reguladores da concorrência, é disciplinada pelo direito administrativo.

A Lei de Arbitragem Voluntária, aprovada pela Lei 63/2011, de 14 de dezembro, alterou o critério da *arbitrabilidade objetiva* que passou a ser o da *patrimonialidade dos interesses* em jogo (art. 1.º, 1, 2, da LAV)¹⁷⁵. «Os diferendos entre duas entidades privadas acerca da validade de um contrato face às normas da concorrência, ou acerca da licitude da conduta ou de prática comercial de uma delas face às mesmas normas, são manifestamente diferendos que incidem sobre interesses patrimoniais, pelo que nada impede a sua arbitrabilidade»¹⁷⁶.

Surgem na doutrina algumas referências esparsas sobre a *praxis* portuguesa da arbitragem em matéria de concorrência¹⁷⁷. Robin de Andrade relata dois casos (não públicos e não concluídos) em que os tribunais arbitrais foram chamados a aplicar e interpretar o direito da concorrência¹⁷⁸. Embora diferentes, em ambos «a interpretação e aplicação do direito da concorrência surge para permitir decidir a questão da validade de um con-

¹⁷⁴ JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, «Apresentação....», cit., p. 199, 200. Não existindo convenção de arbitragem, as partes podem optar por celebrar compromisso arbitral.

¹⁷⁵ Sobre a submissão da responsabilidade civil dos administradores à arbitragem e os constrangimentos resultantes do critério da disponibilidade dos direitos, v. MARIA ELISABETE RAMOS, *O seguro...*, cit., p. 225, ss.

¹⁷⁶ JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, «Apresentação....», cit., p. 197.

¹⁷⁷ A doutrina documenta que a prática empresarial tem recorrido à arbitragem. No estudo D. WAELBROECK, D. SLATER & G. EVEN-SHOSHAN (eds), *Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules – Comparative report*, Ashurst, Bruxelas, 31 agosto, 2004, p. 135, escreve-se que «due to the private and confidential nature of arbitration proceedings reporters were generally not able to give concrete information on the use of arbitration in competition disputes. Nevertheless, some reporters did consider that arbitration/mediation was common (Portugal, UK) or indicated the existence of cases of competition law disputes settled in this way (Poland (2 cases in recent years))». Para este estudo os relatores da situação portuguesa foram José Luís da Cruz Vilaça/Pedro Metello de Nápoles/Dorothée Choussy (ob. cit., loc. cit., p. 140). V. tb. LEONOR ROSSI/MIGUEL SOUSA FERRO, «Private enforcement...», cit., p. 93.

¹⁷⁸ JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, «Apresentação....», cit., p. 196, s.

trato entre empresas, quando uma das partes nesse contrato acusa a outra de incumprimento do mesmo»¹⁷⁹.

O tópico que estamos a estudar envolve um litígio entre a sociedade e os administradores que juridicamente assenta na violação dos *deveres orgânicos dos administradores*, em particular dos deveres de cuidado.

A ação social de responsabilidade (arts. 75.º a 77.º do CSC) é o mecanismo judicial idóneo para a sociedade obter dos administradores a indemnização pelos danos causados pela preterição dos deveres legais ou estatutários.¹⁸⁰ Em face do direito positivo, os *juízos de comércio* são competentes em razão da matéria para julgar a ação social de responsabilidade *ut universi*¹⁸¹.

Tendo em conta o teor do art. 1.º da LAV não restam dúvidas que a interpretação e aplicação das normas do CSC relativas aos deveres dos administradores podem ser objeto de uma convenção de arbitragem ou de cláusula compromissória. E, portanto, este litígio pode ser submetido a um tribunal arbitral.

7. Conclusão

A regulação jus-concorrencial sobre as práticas restritivas da concorrência é destinada à empresa, entendida em sentido subjetivo. Os administradores de sociedades devem cuidar no sentido de que a sociedade cumpre as leis da concorrência, ainda que o incumprimento fosse gerador de benefícios para a sociedade. A discricionariedade empresarial que é reconhecida aos administradores não se estende ao ponto de lhes permitir escolher entre o cumprimento ou o incumprimento da lei.

A infração das normas que proíbem práticas restritivas da concorrência tenderá a constituir simultaneamente a violação de deveres de cuidado. E, se assim for, a conduta dos administradores será considerada ilícita e presumivelmente culposa (art. 72.º, 1, CSC).

Para que a sociedade possa responsabilizar o administrador é imprescindível que a violação ilícita e culposa tenha sido causadora de danos à sociedade. Para a quantificação do dano interessa ter presentes quer os

¹⁷⁹ JOSÉ ROBIN DE ANDRADE, «Apresentação....», cit., p. 204.

¹⁸⁰ Também neste sentido, v. FERNANDO L. DE LA VEGA GARCÍA, «Responsabilidad civil de administradores y daños derivados de ilícitos concurrenceciales», *RDM*, 246 (2002), p. 1759.

¹⁸¹ Desenvolvidamente, MARIA ELISABETE RAMOS, *O seguro...*, cit., p. 222, ss.; J. M. COUTINHO DE ABREU/MARIA ELISABETE RAMOS, «Artigo 72.º», cit., p. 880.

benefícios que a violação da concorrência trouxe para a sociedade quer os regimes da transação e da clemência.

A efetivação da responsabilidade do administrador para com a sociedade serve-se de mecanismos jurídico-societários e não configura uma forma de aplicação privada do direito da concorrência.

RESUMO: A previsão nos estatutos de uma sociedade comercial de uma cláusula “*simul stabunt simul cadent*”, através da qual se determina que a extinção do título de um ou mais dos administradores ou gerentes gera a extinção reflexa do título de todos os restantes, é o mote para a discussão da sua validade e das consequências que apresenta para o funcionamento do órgão administrativo plural.

Palavras-chave: Relação de administração; cláusula “*simul stabunt simul cadent*”; validade; substituição de administradores e gerentes; caducidade do título de administrador ou gerente; administrador de facto.

ABSTRACT: The stipulation in the company's articles of association of the clause “*simul stabunt simul cadent*”, by which it is determined that the extinction of the title of one or more of the directors generates the reflex extinction of the title belonging to the others, is the motto for the discussion of its validity and the consequences for the running of the plural administrative corporate body.

Keywords: Relationship between directors and company; clause “*simul stabunt simul cadent*”; directors' replacement; title of directors' expiry; de facto director.

RICARDO COSTA*

A cláusula “*simul stabunt simul cadent*” e a relação de administração com a sociedade**

1. A cláusula “*simul stabunt simul cadent*” como previsão nos estatutos sociais da cessação reflexa de funções de administrador ou gerente

Suponhamos que os estatutos de uma sociedade por quotas apresentam a seguinte cláusula: “*Se houver a renúncia ou qualquer outra causa de cessação de funções do sócio A como gerente da sociedade, haver-se-á como caducado o título administrativo dos restantes gerentes*”. Ou uma outra com efeito semelhante, mas agora de uma sociedade anónima: “*Consideram-se demissionários todos os administradores se a maioria dos membros do conselho de administração renunciar ao cargo, for destituído do cargo ou o seu exercício se extinguir por qualquer outra causa*”. Com estas cláusulas, a renúncia ou a destituição (em especial) de um administrador ou vários administradores (correspondentes à minoria ou à maioria do órgão pluripessoal) acarre-

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

** Salvo indicação em contrário, todos os preceitos referidos sem menção de proveniência são do CSC.

tarão a cessação de funções de todos os restantes membros do colégio administrativo (e, por isso, a necessidade de reconstituição subjectiva de todo o órgão): estamos perante a designada cláusula “*simul stabunt simul cadent*” (que pode, aliás, referir-se, em concreto, a outra qualquer causa de caducidade ou extinção do cargo que não a renúncia ou a destituição).¹⁻²

¹ A validade destas cláusulas foi tradicionalmente discutida no ordenamento societário italiano até 2003, considerando a sua habitual presença nos estatutos das sociedades anónimas desse país, e deu origem a um aceso debate doutrinal e a uma prolifera emanação jurisprudencial acerca da sua compatibilidade com normas inderrogáveis em matéria de organização societária, em particular no que constituiria um desvio sensível em relação às regras ordinárias de substituição dos administradores.

Antecipe-se que a evolução do tema conduziu em Itália a um consenso alargado sobre a sua admissibilidade, seja na doutrina seja na jurisprudência, sendo esta inicialmente adversa à validade da cláusula em discussão (para um quadro-resumo de vários arestos e das suas marcas, v. BRUNO INZITARI, “L'estinzione del rapporto d'amministrazione per effetto della clausola «simul stabunt simul cadent»”, *CI*, 1990, pp. 851 e ss, PAOLO CECCHI, *Gli amministratori di società di capitali*, Giuffrè Editore, Milano, 1999, pp. 289 e ss, e, com grande amplitude, ALESSANDRA DACCÒ, “La clausola *simul stabunt simul cadent* al vaglio del Tribunale di Milano”, *Giur.Comm.*, 1996, II, pp. 235 e ss, nomeadamente as ns. (3), (17), (19), (22)). No entanto, uma dessas correntes doutrinais, ainda que num dos seus agregados, só não via dúvidas em admiti-la quando a cláusula viesse referida à cessação de funções da *maioria* dos membros do órgão, já que “neste caso uma deliberação da assembleia é sempre necessária, não podendo seguir-se o sistema da cooptação, e pode ser necessário tomar posição sobre a composição do novo conselho, sem as limitações que derivam da permanência em funções de tais membros”: GIUSEPPE FERRI, *Le società*, Trattato di diritto civile italiano, fundado da Filippo Vassali, vol. X, tomo III, 3.^a ed., UTET, Torino, 1987 (reimp. 1989), p. 680; ID., “In tema di clausola «simul stabunt simul cadent» e di intervento all'assemblea di seconda convocazione”, *RivDCom*, 1987, II, pp. 538-539, onde o Autor gizou aprofundar a sua preferência: (i) as vicissitudes de um só administrador só a ele exclusivamente dizem respeito e não podem acarretar uma tal perturbação da gestão da sociedade ao coenvolver o inteiro conselho de administração, em afronta à funcionalidade e à permanência do órgão e mesmo quando não há qualquer interesse efectivo da sociedade ou mesmo o interesse é manter os administradores supérstites em funções; (ii) só uma “alteração grave” dessa proporção poderá importar a necessidade de uma nova composição do conselho. Manifestando dúvidas análogas, GUSTAVO MINERVINI, *Gli amministratori di società per azioni*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1956, p. 480. Sem qualquer reserva ao efeito “reflexo” de uma minoria dos administradores ou de um só deles, ARTURO DALMARTELLO, “Validità o invalidità della clausola «simul stabunt, simul cadent» nella nomina degli amministratori di società per azioni”, *Dir. fall.*, 1956, II, p. 156, FRANZO MORO VISCONTI, “Considerazioni sull'efficacia della clausola statutaria «simul stabunt simul cadent»”, *RS*, 1966, p. 915, LUCIO GHIA, “Validità della clausola “simul stabunt simul cadent”. Il commento”, *Società*, 1995, p. 86, VINCENZO SALAFIA, “La sostituzione degli amministratori dimissionari, decaduti o deceduti”, *Società*, 1999, p. 651. Aproveite-se para reconhecer que a conexão entre a “saída” dos administradores *causantes* e a “saída” dos administradores cuja cessação de funções é *causada* se afigura manifestamente mais violenta ou rigorosa quando temos só um – em esp. aqui, o que me aconselhará *infra* a fazer

uma restrição nessa aprovação – ou menos que a maioria dos administradores *causantes* (é também a conclusão de GIOVANNI CASELLI, *Vicende del rapporto di amministrazione*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, volume 4, *Amministratori. Direttore generale*, UTET, Torino, 1991, pp. 90, 93).

Seja como for, o § 4.º do art. 2386 do CCit, que a Reforma de 2003 trouxe à luz do dia no intuito de comportar *ex lege* tais cláusulas na *società per azioni*, seguiu a doutrina dominante e validou as disposições estatutárias que, «na sequência da cessação de alguns [taluni] administradores», fazem cessar «todo o conselho» (igualmente admissível na *società a responsabilità limitata*, em nome da reconhecida garantia de uma “ampla autonomia estatutária” nesse tipo social: v. GUIDO BARTALINI, “La responsabilità dei soci e degli amministratori”, *Le nuove s.r.l.*, opera diretta da Marcella Sarale, Zanichelli Editori, Torino, 2008, pp. 455-456). Ora, esse é um “plural que não deixa dúvidas sobre a validade das cláusulas que prevêem vir a faltar o conselho seja pela cessação da maioria, seja de uma minoria dos conselheiros” e, se for só um deles, ainda defensável a sua validade enquanto reveladora das “mutações dos equilíbrios e da relação fiduciária” ou operativa da “conexão com critérios particulares de nomeação na hipótese – a mais provável – de cessação do único conselheiro nomeado de acordo com um de tais critérios” (GIAN DOMENICO MOSCO, *Società di capitali*, vol. 2, Artt. 2380-2448, *Commentario a cura di Giuseppe Niccolini/Alberto Stagno d'Alcontres*, Jovene Editore, Napoli, 2004, *sub art.* 2386, p. 620). Entendendo que *taluni* abrange também a saída de um só administrador, FRANCESCO GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, vol. XXIX, CEDAM, Padova, 2003, p. 248; PAOLO RAINELLI, “Articolo 2386. Sostituzione degli amministratori”, in *Il nuovo diritto societario*, Volume 1*, Artt. 2325-2409 c.c., diretto da Gastone Cottino e Guido Bonfante, Oreste Cagnasso, Paolo Montalenti, Zanichelli Editore, Torino, 2004, pp. 713-714, onde se salienta a contradição que posição adversa teria em relação ao princípio da autonomia estatutária em sede de administração e de organização interna das sociedades; FRANCESCO FERRARA Jr./FRANCESCO CORSI, *Gli imprenditori e le società*, 13.ª ed., Giuffrè Editore, Milano, 2006, p. 600 e sua n. (3), com o reconhecimento de tal “poder explosivo” [*potere dirompente*] atribuído a qualquer administrador; MASSIMO FRANZONI, *Della società per azioni*, Tomo III, *Dell'amministrazione e del controllo. 1. Disposizioni generali. Degli amministratori*. Art. 2380-2396, *Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca*, a cura di Francesco Galgano, Libro Quinto – Del lavoro, Zanichelli Editore/Soc. Ed. del Foro Italiano, Bologna-Roma, 2008, *sub art.* 2386, p. 268; antes da Reforma, como exemplos, GIOVANNI CASELLI, *Vicende del rapporto di amministrazione* cit., p. 93, e PAOLO CECCHI, p. 294, consideravam legítima a “queda” de todos os administradores pelo rompimento da relação entre a sociedade e um único conselheiro.

² Causas essas que, se não forem explicitadas pelo estatuto, podem ocorrer diferentemente para cada um dos administradores nomeados. E até em momentos diferentes – nem sempre haverá, ou será possível haver, simultaneidade. No entanto, se a cláusula afeta, por ex., três dos cinco administradores – a cláusula regula o “grupo da maioria” – e as causas de cessação vão ocorrendo sucessivamente, o evento contemplado na cláusula estatutária só se considera realizado para o efeito de se reflectir nos restantes administradores se, antes de verificada a causa do terceiro, o primeiro e o segundo não tiverem sido substituídos de acordo com os mecanismos do art. 393.º, n.º 3, e, dessa forma, o conselho ter sido reintegrado. É natural que essa temporaneidade (ou quase-temporaneidade) possa ser até provocada, em função do carácter *eminente* *intersubjectivo* de uma tal cláusula.

Materialmente, esta cláusula equivale a uma *causa ulterior, reflexa mas autónoma* de obliteração do cargo administrativo^{3,4}. Nessa circunstância, são, em particular, as renúncias ou as destituições de um ou mais administradores, espoletadas por vontade própria ou por vontade da sociedade/tribunal, a provocar *ex statuto* a caducidade do título de todos os outros, não concorrendo para este efeito a sua vontade ou qualquer vontade imputável à sociedade – um “artifício tendente, em última instância, a vincular o destino dos conselheiros”⁵.

A possível existência de tais estipulações na conformação pelos sócios das *vicissitudes do título administrativo* implica que se tome *posição sobre a validade* da “cláusula através da qual se prevê que, em caso de cessação do cargo por qualquer motivo, ou por alguma ou algumas causas de caducidade expressamente estipuladas, de um ou mais administradores (podendo ainda detalhar-se a ‘minoría’ ou ‘maioría’ deles), caduca reflexa e automaticamente todo o conselho (*recte*, extingue-se o título do ou dos administradores remanescentes)”⁶. Depois, em caso de resposta afirmativa (ainda que eventualmente com restrições), há que *reconhecer as devidas*

sula: o administrador A morre ou é declarado judicialmente interdito e, em sequência, os administradores B e C renunciam antes de A ser substituído (pela chamada do suplente); os administradores D e E vêem o seu título extinto. Isto implica que a cláusula “*simul stabunt simul cadent*”, quando funciona em “grupo” (de maioria ou de minoria), denota uma vontade de *agregar a saída dos administradores causantes* e essa vontade, se não vier a traduzir-se na respectiva saída contemporânea ou, havendo dessintonia na saída, não vier indirectamente precipitada na saída posterior dos administradores daquele “grupo”, não pode sobrepor-se às normas inderrogáveis de substituição de *cada um deles individualmente considerado*, sob pena de nulidade da cláusula sob o perfil de contrariedade à norma imperativa do art. 393.º, n.º 3.

³ Vista a cessação dos membros do órgão administrativo como um processo complexo, temos, nas palavras de ARTURO DALMARTELLO, “*Validità o invalidità...*”, *loc. cit.*, p. 154, a cessação *directa* do administrador ou do grupo de administradores que saem do conselho e a cessação *reflexa* dos restantes administradores (minoría ou maioria) a que não se refere a “*causa directa de cessação*”.

⁴ Sobre a relação orgânica estabelecida entre administrador ou gerente e a sociedade, v. RICARDO COSTA, *Os administradores de facto das sociedades comerciais*, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 371 e ss, e (mais sinteticamente) ID., “*Artigo 391.º*”, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Volume VI (Artigos 373.º a 480.º), coord.: J. M. Coutinho de Abreu, IDET – *Códigos n.º 6*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 236 e ss, em esp. 244.

⁵ FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, *Provisión de vacantes en el Consejo de Administración de la sociedad anónima (la cooptación)*, Aranzadi Editorial, Madrid, 1994, p. 428.

⁶ Já tive oportunidade de assim a definir: RICARDO COSTA, “*Artigo 393.º*”, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Volume VI (Artigos 373.º a 480.º), coord.: J. M. Coutinho de Abreu, IDET – *Códigos n.º 6*, Almedina, Coimbra, 2013, n. (7) – p. 260.

consequências dessa validade no funcionamento do órgão administrativo (necessariamente plural, neste caso)^{7.8}

2. Validade da cláusula: admissão com restrições

2.1. A primeira frente a vencer é a eventual *taxatividade* do elenco legal de causas de caducidade do título administrativo.

Numa lei como o CSC em que “prevalece o carácter fragmentário”, “que prefere o tratamento casuístico ao enquadramento geral” dessas causas, em que estas se revelam “sem obediência a qualquer critério dogmático ou, sequer, sistemático”⁹, vemos que não é o caso: seja pelo reconhecimento de outras causas que não constam da lei¹⁰, seja por via do exercício da liberdade contratual das partes (sociedade e administrador), seja ainda por via da liberdade de conformação estatutária dos sócios¹¹. A faculdade de estabelecer hipóteses de caducidade diversas das previstas na lei pode mesmo ser deduzida do art. 3.º, n.º 1, al. *m*), do CRCom. Este prevê a cessação de funções dos membros dos órgãos de administração das sociedades (como facto sujeito a registo e publicação) «por *qualquer causa* que não seja o decurso do tempo». Dá-se a entender, com tal fórmula,

⁷ Oriento a explanação para o esquema tradicional da sociedade anónima e para a sociedade por quotas. Sempre que pertinente, darei conta das especialidades exigidas pelas restantes duas formas de estruturação da sociedade anónima.

⁸ Para a análise do mesmo princípio em sede de contratos com nexo de “coligação negocial”, expresso na regra de que “a invalidade ou a resolução (ou qualquer outra forma de extinção ou cessação dos efeitos contratuais) de um singular contrato deve arrastar a invalidade dos demais contratos que com aquele integram o mesmo complexo contratual”, v. a superação dogmática de FRANCISCO PEREIRA COELHO, *Contratos complexos e complexos contratuais*, Dissertação para doutoramento em Ciências Jurídico-Civilísticas, FDUC, Coimbra, 2008, pp. 246 e ss, em esp. 256-257 (“havendo uma *unitária* operação económico-jurídica, esta deve ser tratada como um único negócio jurídico, pelo que se seguirá a invalidade *total* da operação complexiva”, mediante “uma aplicação *normal* do mecanismo da invalidade negocial”).

⁹ JOÃO LABAREDA, “A cessação da relação de administração”, *Direito societário português – Algumas questões*, Quid Juris?, Lisboa, 1998, pp. 138 e 154.

¹⁰ A começar pela morte do administrador: GUSTAVO MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., p. 481.

¹¹ Vista, no conjunto das “estipulações inseridas no acto constitutivo”, como a fonte das “regras estatutárias destinadas a regular a actividade da estrutura criada e que lhe são, por isso mesmo, dirigidas – pense-se nas regras que estruturaram os órgãos sociais...” (CASSIANO SANTOS, *Estrutura associativa e participação societária capitalística. Contrato de sociedade, estrutura societária e participação do sócio nas sociedades capitalísticas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 549-550).

mula, que as que são especificamente previstas pela lei não esgotam o campo das causas de cessação da relação administrativa.

Na primeira das hipóteses elencadas, veja-se a possibilidade de a relação administrativa, enquanto relação jurídica disponível, se extinguir por acordo revogatório celebrado entre a sociedade e o administrador (desde que não nomeado judicialmente)¹², assim como a possibilidade de se fixarem, em “contrato de gerência” ou “de administração”, factos que coloquem fim a essa relação contratual¹³. A mesma possibilidade é configurável com a previsão objectiva de tais factos no pacto social (mesmo que indirectamente extraídos de outras cláusulas), especialmente as que se referem à previsão de requisitos específicos da pessoa dos administradores¹⁴: a fixação de patamares etários máximos para o exercício de fun-

¹² Aplica-se-lhe, destarte, a 2.ª parte do n.º 1 do art. 406.º do CCiv.

Na doutrina, v. RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas. Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, volume III, Almedina, Coimbra, 1991, *sub art.* 256.º, p. 82; JOÃO LABAREDA, pp. 154 e ss – com a ressalva de não ser permitido a esse acordo alcançar “efeito que a lei não consente quando a extinção do vínculo ocorre por outras causas, designadamente se tais efeitos são prejudiciais à sociedade e, por via dela, aos sócios ou credores, ou somente a alguma destas categorias”, como sejam, exemplificativamente, o “pagamento de uma indemnização superior à máxima possível em caso de destituição ou renúncia” ou a fixação de “um regime de reforma fora das condições em que a lei, em geral, o autoriza”; COUTINHO DE ABREU, *Governação das sociedades comerciais*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 151.

¹³ V. RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas. Comentário...*, volume III cit., *sub art.* 256.º, p. 82, JOÃO LABAREDA, p. 158.

¹⁴ A propósito desta particular matéria, a favor da licitude da instituição de “causas estatutárias” de caducidade(-extinção) do cargo(-título) de administrador, v. ARTURO DALMARTELLO, “Validità o invalidità...”, *loc. cit.*, p. 160 (com realce para a “avaliação soberana e insindicável” feita pelo ente dos seus interesses, “naquela esfera de autonomia (estatutária) que a lei lhe assegura”); GIORGIO BEVILACQUA, “Dimissioni della maggioranza dei consiglieri d’amministrazione e decadenza della minoranza per disposizione statutaria nelle società per azioni”, *RS*, 1958, pp. 1205-1206; FRANZO MORO VISCONTI, p. 911; GIOVANNI CASELLI, *Vicende del rapporto di amministrazione* cit., pp. 89-90; ALESSANDRA DACCÒ, pp. 242-243 (com recurso ao art. 2385, últ. §, do CCit, quando se prevê «qualquer causa» de cessação de funções dos administradores). Com reservas (v. ainda *infra*, n. 29), GIANCARLO FRÈ, “La clausola «simul stabunt, simul cadent» nella nomina degli amministratori di società per azioni”, *La società per azioni alla metà del secolo XX. Studi in memoria di Angelo Sraffa*, I, CEDAM, Padova, 1962, p. 269, exclui uma ilimitada liberdade de criação de causas subjectivas e objectivas, uma vez que, sendo objectivas, devem respeitar aos administradores singulares e não ao inteiro conselho, e, em geral, devem ser compatíveis com a disciplina societária (anónima, neste caso).

Sobre o tema, com posição favorável, v. ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, *A administração das sociedades por quotas e anónimas – Organização e estatuto dos administradores*, Livraria Petrony, Lisboa, 1990, p. 259, RAÚL VENTURA, “Nota sobre a substituição de membros de órgãos de sociedades anónimas”, *Novos estudos sobre sociedades anónimas e sociedades em nome colectivo*.

ções de administração, a perda da qualidade de sócio¹⁵, a designação para o exercício de outros cargos sociais ou de outras “funções” ou “tarefas” (públicas ou privadas; *e. g.*, deputado ou professor universitário), a aquisição da qualidade de sócio em outras sociedades concorrentes (nomeadamente, nas sociedades por quotas, se a participação for inferior ao tecto de 20% indicado no art. 254.º, n.º 3), a perda da titularidade de acções da sociedade pertencentes a certa categoria, a separação judicial de pessoas e bens ou o divórcio em relação a determinado sócio, a constituição como arguido em processo criminal ou a condenação definitiva pela prática de qualquer crime, o “regresso do ausente”-anterior administrador único e sócio fundador e “maioritário” da sociedade¹⁶, a mudança de domicílio, o sacerdócio, o divórcio (em geral), etc. A falta destes requisitos, ou a observância dessas circunstâncias, na pendência do cargo, determina a caducidade¹⁷.

A todas estas causas junta-se uma outra prevista, com carácter de obrigatoriedade, pela lei: «[o]s estatutos da sociedade devem fixar o número de faltas, seguidas ou interpoladas, sem justificação aceite pelo órgão de administração, que conduz a uma [espécie de] falta definitiva do administrador» (art. 393.º, n.º 1)¹⁸.

Tal como essas, a cláusula *sub judice* vale por si própria¹⁹ e, como característica *distintiva*, exprime, enquanto objecto interpretativo, uma natureza *intuitus personae* (ou *personarum*) no que toca ao *conselho de administração como um todo* – vale como manifestação de uma vontade dos sócios em ligar a *pluripessoalidade* (e a propiciada *colegialidade no modo de funcionamento*).

Comentário ao Código das Sociedades Comerciais, Almedina, Coimbra, 1994 (reimp. 2003), p. 164, JOÃO LABAREDA, pp. 154, 157-158, COUTINHO DE ABREU, *Governação das sociedades comerciais* cit., p. 148.

¹⁵ Cfr. os arts. 252.º, n.º 1, 390.º, n.º 3, 425.º, n.º 6.

¹⁶ V. arts. 89.º e ss do CCiv., em esp. os arts. 98.º, al. *a*), 112.º, al. *a*), e 119.º.

¹⁷ Salvo se o teor da cláusula estatutária indicar que o requisito é demandado para a assunção do cargo e não para a sua conservação: neste sentido, GIOVANNI CASELLI, *Vicende del rapporto di amministrazione* cit., p. 90.

¹⁸ Sobre este assunto, v. RICARDO COSTA, “Artigo 393.º”, *loc. cit.*, pp. 260-261.

¹⁹ Vendo-a como “causa estatutária de caducidade” ou “extinção” do título, ARTURO DAL-MARTELLO, “Validità o invalidità...”, *loc. cit.*, pp. 160-161, GIORGIO BEVILACQUA, pp. 1200, 1205, FRANCESCO FERRARA Jr./FRANCESCO CORSI, *Gli imprenditori e le società*, 11.ª ed., Giuffrè Editore, Milano, 1999, p. 571. Partindo dessa qualificação técnica, GUSTAVO MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., p. 481, adoptando a configuração “contratualista” da relação entre administrador e sociedade, entendeu que estávamos perante uma causa de extinção que operaria como uma *condição resolutiva* do contrato de administração (seguido por FRANZO MORO VISCONTI, p. 915). Admitindo só causas estatutárias referidas a administradores individuais, e não a todo o conselho, GIANCARLO FRÈ, p. 269.

mento) do órgão administrativo da sociedade à persistência de todos os seus componentes, como que sublinhando um *vínculo de solidariedade e interdependência* para todos os administradores, sob pena da dissolução do órgão e a consequente exigência da sua reconstituição. Uma vontade justificada no impedimento da eclosão de contraposições internas entre os administradores “antigos” e os administradores de “nova nomeação”, uma vontade baseada em reprimir desagregações sucessivas quando se encontram no “colégio administrativo” pessoas escolhidas para exercícios de transição, uma vontade agenciada na diminuição da possibilidade dos erros mediante a integração e o desfrute dos conhecimentos particulares de cada um. Em substância, portanto, uma disposição estatutária deste jaez manifesta a *base fiduciária* da nomeação dos administradores e a consequente afectação dessa fidúcia quando o órgão suporta mutilações subjectivas parciais²⁰: poderá dizer-se que a atribuição de fidúcia é efectiva e real enquanto os administradores singularmente perspectivados fizerem parte de um colégio (-equipa) composto(a) *daquele determinado modo*, por quanto, não obstante opções ou interesses conflituantes em concreto, *esse modo (-composição) corresponde à protecção adequada da proporção e equilíbrio dos diversos grupos de sócios (grupo da maioria ou grupos diversos que contribuem para a maioria de votos expressos nas assembleias*²¹).²²

²⁰ Para a caracterização dogmática e tipificação dos “negócios de confiança” ou “fiduciários”, v. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 544 e ss. O Autor realça os negócios ligados “a um *status* determinado, inerente ao exercício de certas profissões que envolvem conhecimentos especializados” e aqueles “através dos quais uma das partes se vincula a desenvolver uma actividade no interesse (também) da outra”.

²¹ Sobre o carácter “compósito” das maiorias necessárias para a adopção de deliberações da assembleia de sócios e a consequente composição do órgão administrativo como reflexo da congregação dos interesses distintos entre os mais fortes e os mais fracos de entre os que se coligam para eleger o conselho de administração – “tensão entre determinados sectores da maioria formada na assembleia geral” –, v. PEDRO MAIA, *Função e funcionamento do conselho de administração da sociedade anónima*, *Studia Iuridica* 62, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 197 e ss.

²² Mais em geral, a cláusula “*simul stabunt simul cadent*” nos estatutos de uma sociedade poderá representar uma faceta de (outros) acordos entre os sócios, formalizados seja directamente no pacto *social* – como as condições de aprovação da eleição dos administradores nos termos do art. 391.º, n.º 2, como as regras especiais de eleição a cargo das minorias (art. 392.º), como o número de faltas injustificadas necessárias para haver “falta definitiva” (art. 393.º, n.º 1), como a situação dos administradores quando suspensos (art. 400.º, n.º 2, 1.ª parte), etc. – e/ou, muitas vezes, indirectamente em pacto *parassocial* – tal aspiração poderá encontrar a sua base, antes ou contemporaneamente em relação à disposição estatutária, em acordo parassocial onde se reflecte o fim de proporcionar a *participação* de cada “grupo financeiro” no conselho e a distribuição de tarefas administrativas entre

Tanto assim é que o exercício de poderes dos sócios na gestão da sociedade, por força de clausulado estatutário (com fundamento legal ou não) e de actividade deliberativa, não é o princípio regra de funcionamento (ainda que mais tipologicamente caracterizador do tipo quotista na comparação com o tipo anónimo: arts. 246.º, n.º 2, e 259.º, 2.ª parte, *vs* arts. 373.º, n.os 2 e 3, 405.º, n.º 1, e 406.º)²³, pelo que tal separação de competências alvitra que os administradores, pelo menos ao início (momento da designação), devam estar em sintonia com os entendimentos da colectividade dos sócios para o governo dos negócios sociais e seja essa sintonia o factor decisivo *para serem designados e exercerem em conjunto as suas funções*.²⁴

Quem arrisca na empresa social – os sócios – deve prevalecer sobre o interesse isolado de cada um dos administradores nomeados a conservar o cargo. Estes exercem um ofício, ofício que é temporário. Ofício que tem uma função, que é a de *exprimir a vontade do órgão colegial*. É legítimo que os administradores tenham que se submeter à ponderação dos sócios sobre as *condições de exercício dessa função colectiva*, nomeadamente impondo a

elas (v., entre outros, GIUSEPPE FERRI, "In tema di clausola «simul stabunt simul cadent» e di intervento all'assemblea di seconda convocazione", *RivDCom*, 1987, II, p. 539, MASSIMO FRANZONI, *sub art.* 2386, p. 269); neste caso, a cláusula estatutária tem uma função *reguladora* de tal acordo e eventuais incumprimentos por parte de alguns sócios podem ser "sancionados" mediante a operatividade do mecanismo da cláusula *simul...*, fazendo decair o conselheiro que é "expressão" do sócio incumpridor (assim, ALBERTO BONAITI, "Simul stabunt, simul cadent": cessazione dell'intero consiglio di amministrazione", *Società*, 1993, pp. 184-185). Acerca do papel, relações e diferenças (ainda que relativizadas) da "regulamentação estatutária" (que confere à sociedade "identidade jurídica e o conteúdo das relações jurídicas fixado para os seus sócios") e da parassocialidade no âmbito das disposições organizatórias e funcionais da sociedade, v. PETER ULMER, "Verletzung schuldrechtlicher Nebenabreden als Anfechtungsgrund im GmbH-Recht?", *NJW*, 1987, pp. 1850-1851, 1854.

²³ Desenvolvidamente sobre esta realidade normativa, v. RICARDO COSTA, *Os administradores de facto...* cit., pp. 250 e ss, em esp. ns. (536) e (537).

²⁴ Argumento paralelo está na previsão supletiva da caução (ou seguro) dos administradores, que, a não ser prestado no prazo legal, acarreta a caducidade automática e imediata de funções. Com exceção das «sociedades emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado e nas sociedades que cumpram os critérios da alínea a) do n.º 2 do artigo 413.º», é a vontade deliberativa ou estatutária dos sócios que vai determinar se há ou não dispensa da caução (cfr. art. 396.º, n.º 3, 2.ª parte) – é, portanto, a confiança dos sócios na actuação dos administradores (e na sua fiabilidade patrimonial) que vai determinar se existe ou não causa de extinção do cargo. Assim, temos, por via *negativa e indirecta*, a deliberação ou os estatutos a serem fonte do elenco concreto de fundamentos de caducidade da função administrativa, o que confirma a liberdade de criação de causas extintivas (que não coloquem em causa os princípios gerais de funcionamento da sociedade). A este enquadramento foge, no que respeita à dispensa de caução, o recente n.º 5 do art. 396.º.

um ou à minoria dos administradores que se submeta ao funcionamento querido pela maioria dos administradores. Estamos perante uma cláusula que, por isso, não faz mais do que mover-se no campo dos *interesses privados dos sócios*, quando estes transladam o equilíbrio “associativo” de poderes para o âmbito orgânico-administrativo e confiam a gestão social a um grupo de pessoas seleccionado que, correspondendo a sua distribuição ao exercício do seu *poder de controlo da composição* do órgão de administração plural, consideram ser, *colegialmente (ou conjuntivamente) entendidos*, a melhor *escolha* para a prossecução do escopo social²⁵ – e aqui reside o interesse da *sociedade* ancorado na *funcionalidade interna do órgão*. Daí a subordinar e condicionar genética e funcionalmente o encargo e a atribuição de poderes do administrador individualmente considerado à *assunção e conservação do cargo pelos outros* é o passo que o estatuto reflecte.²⁶⁻²⁷

²⁵ A conexão entre a fidúcia dos sócios e a colegialidade do órgão administrativo, em detrimento de uma concepção puramente individual entre a sociedade e cada um dos administradores, foi acentuada por ARTURO DALMARTELLO, “Validità o invalidità...”, *loc. cit.*, pp. 161-162, que recusou que essa concepção fosse “princípio imperativo e cogente” que proibisse qualquer outra configuração estatutária do “mandato” administrativo. Depois dele GIORGIO BEVILACQUA, pp. 1206 e ss, que enfatizou o poder das maiorias no interior do órgão administrativo. Também neste ponto GIANCARLO FRÈ, p. 269, se distanciou, desde logo porque o “funcionamento colegial” não contagia o carácter colegial da investidura dos componentes do órgão (contrariado pelos encargos individuais legalmente impostos, em particular a prestação de caução).

²⁶ Para estes pontos, v. ARTURO DALMARTELLO, “Validità o invalidità...”, *loc. cit.*, pp. 160-161, 162 (com manifesta contrariedade à cogência do “carácter individual” da relação sociedade-administrador), 164; GUSTAVO MINERVINI, *Gli amministratori...* *cit.*, p. 481; GIORGIO BEVILACQUA, pp. 1201 e ss; FRANZO MORO VISCONTI, pp. 910, 918; MAURIZIO MARTONE, “Corte d’Appello di Milano, 27 settembre 1983 – Note sulla clausola *simul stabunt simul cadent*”, *Rass. dir. civ.*, 1985, pp. 817-818; BRUNO INZITARI, pp. 855-856; LUCIO GHIA, pp. 85-86; ALESSANDRA DACCÒ, pp. 244-245, destacando que a “equilibrada composição” e “homogeneidade” do conselho e a “representação proporcional dos vários grupos de accionistas” no seio desse conselho, enquanto interesses protegidos pela cláusula, correspondem à tutela do “interesse geral dos sócios e mesmo dos accionistas da minoria (se tiverem podido nomear conselheiros)”, ainda que em prejuízo de uma menor funcionalidade do órgão administrativo – uma explicação próxima, de acordo com a Autora, da teoria contratualista sobre o interesse social; FRANCESCO FERRARA Jr./FRANCESCO CORSI, *Gli imprenditori...* *cit.* 1999, n. (11) – p. 571 (a cláusula “pretende atribuir relevância a uma determinada composição do conselho e não se comprehende porque a sociedade não possa dar a sua fidúcia ao conselho no seu complexo, tal como é concretamente composto”); PAOLO RAINELLI, p. 712 (“na ausência de tal previsão a saída de um administrador poderia traduzir-se na nomeação mediante cooptação de um substituto importuno para os sócios de que o conselheiro substituto era expressão”); GIAN FRANCO CAMPOBASSO, *Diritto commerciale 2. Diritto delle società*, 5.^a ed., UTET, Torino, 2004, p. 377. Exibindo convergência no direito espanhol, FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, *Provisión de vacantes...* *cit.*, p. 432. Não obstante reconheça

Falta saber se esta “relevante peculiaridade da disciplina pactícia da sociedade”²⁸, enquanto manifestação da liberdade estatutária *dos sócios*, viola norma imperativa ou interesses superiores da sociedade ou dos administradores afectados.

2.2. Um dos principais argumentos adversos à validade que aqui discutimos respeita à competência exclusiva da sociedade/sócios em matéria de destituição dos gerentes e administradores; exclusividade que, para o direito português, se retira dos artigos 257.º, n.º 1, e 403.º, n.º 1, e seria violada quando estatutariamente se confere o poder a um ou alguns (mesmo que a maioria) dos conselheiros de retirar a função aos restantes através do dispositivo, tão-só, das suas renúncias – estaríamos perante uma espécie de destituição “indirecta” ou “forçada”²⁹. E, ademais do elemento *contra legem*, poderia mesmo prefigurar-se uma “fraude à lei”, ao iludir-se a aplicação daquelas normas, por se conseguir um *resultado análogo à destituição* sem as modalidades para ela previstas e se furtar aos administradores a possibilidade de reclamar a indemnização dos prejuízos causados pela falta de “*justa causa*”³⁰. Em suma, um mecanismo reprovável que reti-

que a exigência prática da cláusula é fundamentalmente garantir a unidade do conselho e a consolidação da relação de fidúcia onde existem pactos parassociais ou ainda sistemas de voto que consentiram à minoria uma representação na administração, PAOLO CECCHI, p. 290, admite que esta interpretação é apenas em parte convincente quanto à renovação parcial do conselho de administração, pois será a maioria da assembleia dos sócios a designar o novo administrador, o que “deveria ser suficiente para prevenir os temidos conflitos no interior do órgão”.

²⁷ Não será excessivo, nesta sequência, conformar validamente o estatuto com uma cláusula que preveja a extinção do cargo de todos os nomeados ou eleitos se um ou alguns deles não aceitar a nomeação ou, ainda que a aceite, não venha a constituir tempestivamente caução ou substituto: teríamos mais uma “*causa objectiva*” de caducidade do cargo para os restantes administradores, dela condecorados no momento da aceitação do cargo. Pronunciando-se em sentido contrário, v. GIANCARLO FRÈ, p. 270.

²⁸ ALBERTO BONAITI, p. 185.

²⁹ Também assim para o poder destitutivo do conselho geral e de supervisão, de acordo com o art. 430.º, n.º 1, al. a), conjugado com o art. 425.º, n.º 1, al. a).

³⁰ Eram os argumentos essenciais invocados, *in illo tempore*, pelo *caput* oposicionista à validade da cláusula “*simul stabunt simul cadent*”, GIANCARLO FRÈ, pp. 271 e ss, no âmbito dos deméritos para com o princípio de continuidade do órgão administrativo: ainda que se aceitem causas de caducidade previstas nos estatutos, para além das previstas na lei, a liberdade estatutária encontraria o seu limite quando invade o campo da destituição e à deliberação da assembleia se substitui a verificação de tal evento, atento o sistema onde se encontra a disciplina da nomeação, caducidade, destituição, cessação e substituição dos administradores. Reconhecendo que as vicissitudes de um só administrador (porventura provocadas, como no caso da renúncia) podem funcionar como uma destituição dos res-

raria do jugo volitivo dos sócios a saída dos administradores e promoveria abusos no seio do actuar administrativo. Será, por isso, nula a cláusula por desrespeito de um princípio normativo inderrogável da destituição dos administradores?³¹

A vigência de uma norma *estatutária* exprime a vontade originária dos sócios (ou da assembleia, se os estatutos vierem a ser supervenientemente modificados). Cabe sempre aos sócios – na regulação *pro futuro* da organização da vida social – estabelecer e preordenar com um acto próprio de vontade, inserido no estatuto e projectado o futuro, a cessação dos administradores que permanecem em funções quando se verifique o evento extintivo da maioria ou minoria dos administradores.³² Quando essa vontade se *executa em concreto*, não se confunde com a renúncia ou com a destituição dos administradores *atingidos* (nem sequer “*indirecta*” ou “*implícita*”)³³, até porque faltará sempre a vontade própria dos atingidos

tantes quando há um interesse efectivo da sociedade em mantê-los no cargo, v. GIUSEPPE FERRI, “In tema di clausola...”, *loc. cit.*, p. 539. A favor de uma quase ilimitada criação estatutária de condicionantes à função administrativa, desde que não torne impossível a actuação funcional dos administradores, v. ARTURO DALMARTELLO, “Validità o invalidità...”, *loc. cit.*, p. 163.

³¹ Em causa está o *controlo do exercício da autonomia privada dos sócios* em face da normatividade que confere *identidade aos tipos sociais*. O que demonstra justamente que um dos sectores normativos onde se coloca a possibilidade de serem postos em crise os esquemas coessenciais a cada um dos tipos reconhecidos pela lei (como verdadeiros *sistemas de normas* que são) é o da *programação das operações sociais e sua organização*, seja no “*interior*” da sociedade, seja no que respeita à eficácia da produção dos actos de direito comum, que as traduzem na relação com terceiros (onde se encontra o *relevo real metaindividual* do contrato de sociedade). Nesse sector encontram-se os preceitos sobre a administração das sociedades, como aqueles que vimos de referir no que tange à destituição. Exemplarmente, v. PAOLO SPADA, *La tipicità delle società*, CEDAM, Padova, 1974, pp. 216-217, 218-221 (com relação com as pp. 27-28), 229, 234.

³² V. GIORGIO BEVILACQUA, p. 1200, que aproveita para enfatizar a função do estatuto enquanto acto regulador do funcionamento da sociedade e a liberdade de decisão da assembleia.

³³ Assim compreendido por ARTURO DALMARTELLO, “Validità o invalidità...”, *loc. cit., passim*, em esp. pp. 162 e ss (ainda que com um argumento insusceptível de acolhimento: mesmo que se tratasse de destituição indirecta, tratar-se-ia de uma “*destituição consentida pelo estatuto*” e de uma “*destituição com justa causa*” em face da previsão estatutária: contra, GIANCARLO FRÈ, p. 271; a favor, GIORGIO BEVILACQUA, p. 1215, enraiado no entendimento doutrinal de que as “*justas causas*” de destituição podem ser inseridas nos estatutos sociais, MAURIZIO MARTONE, pp. 817-818); MASSIMO FRANZONI, *sub art.* 2386, p. 269. Muito antes, ALFREDO DE GREGORIO, na vigência do *Codice di Commercio*, considerava, ainda que só para cláusulas de “*demissão da maioria dos administradores*”, que “*não estávamos perante a hipótese de destituição, mas de cessação do mandato por uma determinada causa explicitamente prevista*” (*Delle società e delle associazioni commerciale*, Art. 76 a 250 Cod. Comm.,

ou a pronúncia deliberativa dos sócios³⁴, do conselho geral de supervisão³⁵ ou a decisão judicial demandadas pela destituição. Nomeadamente na circunstância da destituição, não se vê qualquer “expropriação” por via convencional da faculdade atribuída aos sócios ou ao conselho geral de supervisão: em sede de substituição, a assembleia e o conselho geral e de supervisão conservam o poder de nomear novamente os administradores pregressos (excluindo, nas circunstâncias dos arts. 75.º, n.º 2, e 450.º, n.º 4, aqueles que foram destituídos³⁶).

Claro que pode haver razões *particulares* para lançar mão dos efeitos da cláusula, benignas ou malignas no rompimento da homogeneidade e harmonia pretendidas, desde o puro dissenso à actuação meramente obstrucionista, transitando pela (mais especial) consequência de o administrador ou gerente ter exercido o seu direito de oposição de acordo com o art. 72.º, n.º 3 (e n.º 4), para salvar a sua responsabilidade perante a sociedade³⁷. O expediente adjudicado pela cláusula “*simul stabunt simul cadent*” pode mesmo ser aproveitado para eliminar eventuais conflitos surgidos entre os sócios, como na hipótese de um sócio, com representação no conselho, se opor sistematicamente às operações autorizadas ou

Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1938, p. 220). Reiterando essa inexactidão e a manutenção do poder da assembleia dos sócios para recompor o conselho: GUSTAVO MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., p. 481, GIOVANNI CASELLI, “Di alcune cause di cessazione degli amministratori di società per azioni”, *CI*, 1989, p. 988, LUCIO GHIA, p. 84, ALESSANDRA DACCÒ, pp. 243-244 e n. (37), FRANCESCO FERRARA Jr./FRANCESCO CORSI, *Gli imprenditori...* cit. 1999, pp. 570-571, FRANCO BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, Giuffrè Editore, Milano, 1985, n. (64) – p. 75, ID., *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, n. (113) – p. 96, GIAN FRANCO CAMPOBASSO, p. 377.

³⁴ Igualmente na estrutura “germânica” da anónima, nos termos do art. 430.º, n.º 1, al. b).

³⁵ Cfr., uma vez mais, o art. 430.º, n.º 1, al. a).

³⁶ V. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. II, *Das sociedades*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, pp. 651-652, onde o Autor sustenta a aplicação analógica do art. 450.º, n.º 4 (incompatibilidade por cinco anos por “abuso de informação”), às circunstâncias da destituição judicial prevista no art. 449.º, n.º 4, promovida por accionista(s), ou destituição deliberada pelos sócios ou pelo conselho geral e de supervisão, para além de defender a anulabilidade da deliberação de reeleição de administrador destituído por “violação grave dos deveres respectivos” se não mediar entretanto o prazo razoável dos cinco anos.

³⁷ Tal artigo prescreve que «[n]ão são igualmente responsáveis pelos danos resultantes de uma deliberação colegial os gerentes ou administradores que nela não tenham participado ou hajam votado vencidos, podendo neste caso fazer lavrar no prazo de cinco dias a sua declaração de voto, quer no respectivo livro de actas, quer em escrito dirigido ao órgão de fiscalização, se o houver, quer perante notário ou conservador». Em complemento, o n.º 4 determina que «[o] gerente ou administrador que não tenha exercido o direito de oposição conferido por lei, quando estava em condições de o exercer, responde solidariamente pelos actos a que poderia ter-se oposto».

impostas ao órgão administrativo pelos sócios e essa oposição se transmitir aos obstáculos colocados pelo “seu(s) administrador(es)” aos restantes membros da administração – a demissão destes, representantes dos sócios favoráveis a uma certa operação-negócio, permitirá excluir do conselho o administrador expressão do sócio dissidente.

Estas razões particulares não são em si mesmas e só por elas ilícitas ou instrumentais de finalidades ilícitas: serão *benignas* se traduzem a *falta de condições para a prossecução da actividade cooperativa do órgão administrativo* (em si e com os titulares da maior parte das participações sociais); serão *malignas* se corresponderem exclusivamente a finalidades extrassociais e/ou à pura e simples intenção de prejudicar pessoalmente algum ou alguns dos administradores e/ou à vontade arbitrária de afastar um administrador incômodo. Neste segundo panorama de existência de *exceptio doli*, já não estamos no domínio plausível do risco assumido pelo administrador quando aceitou o cargo *com a limitação estatutária prevista por efeito da cláusula “simul stabunt simul cadent”*. Creio que, para superar esse risco *intolerável e não comportado pela finalidade da cláusula*, os conselheiros que cessam o cargo (e não o virem renovado) podem invocar um *exercício abusivo* dos direitos e/ou faculdades do administrador *causante* e reclamar-lhe indemnização por danos e perdas³⁸. Todavia, a cláusula não deixa de ser

³⁸ Na doutrina francesa, PIERRE-GILLES GOURLAY, *Le conseil d'administration de la société anonyme. Organisation et fonctionnement*, Librairie Sirey, Paris, 1971, p. 38, quando enfrentou em sentido positivo a validade da disposição estatutária que extingue os poderes dos administradores se o seu número se reduzir a uma cifra determinada, admite que, se a redução do número de administradores é causada por factor que não é alheio à vontade dos administradores (como a morte ou a incapacidade superveniente, não assim a renúncia), “tudo se passa então como se o administrador interessado revogasse ele mesmo o mandato dos outros membros do conselho”; segundo o Autor, haveria lugar a abuso de direito e a indemnização de danos.

Porém, isto não se confunde com uma qualquer aplicação do regime do resarcimento de danos aos administradores destituídos sem justa causa (arts. 257.º, n.º 7, 403.º, n.º 5), tanto mais que poderemos reconhecer que a aceitação da presença no estatuto de uma cláusula “*simul stabunt simul cadent*” corresponde à renúncia legítima ao direito a ser indemnizado por falta de “*justa causa*” no abandono da administração, em face da disponibilidade do interesse do administrador injustamente afastado pela activação de uma *causa de cessação do cargo prevista no estatuto*, aceite aquando da assunção do cargo administrativo. Sobre este ponto, v. ARTURO DALMARTELLO, “*Validità e invalidità...*”, *loc. cit.*, p. 163; GIOVANNI CASELLI, *Vicende del rapporto di amministrazione* *cit.*, p. 91; LUCIO GHIA, p. 84; ALESSANDRA DACCÒ, n. (37) – p. 244; FRANCO BONELLI, *Gli amministratori...* *cit.* 2004, p. 95 e n. (113), que opta por se referir justamente a destituição “*indiretta ou implícita*” quando há, e só aqui, a utilização *instrumental* da cláusula em caso manifesto de demissões meramente formais para fazer decair um outro administrador; MASSIMO FRANZONI, *sub art.* 2386, pp. 269-270.

aplicável por isso: existe nella claramente a *vontade dos sócios* como fonte da cessação do cargo antes da vontade do administrador ou administradores *causantes* (que até podem ser sócios...) – e uma vontade que, a não ser que assim não se escolha, alude generalizadamente a todas as restantes causas de cessação do cargo, não só à “demissão” voluntária^{39,40}

Ademais, os sócios têm a liberdade, reconhecida por lei, de inserir as limitações que entendam por convenientes para o *cargo administrativo*, a começar pela duração do cargo⁴¹, transitando pelo “procedimento de tomada de deliberações do conselho”⁴², e a acabar na composição *em concreto* do subgrupo orgânico que vincula a sociedade (em caso de administração conjunta)⁴³ (entre tantas outras incluíveis no *ordenamento orgânico-convencional* por manifestação da “vontade fundacional”⁴⁴)⁴⁵. Não vemos,

³⁹ Neste sentido, ARTURO DALMARTELLO, “Validità o invalidità...”, *loc. cit.*, p. 162, apoiado, *v. g.*, por FRANZO MORO VISCONTI, p. 907, BRUNO INZITARI, pp. 851, ALBERTO BONAITI, p. 182; contra, em face da predominância da demissão voluntária como factor de operatividade da cláusula “*simul stabunt simul cadent*” com o fim de arrastar a saída dos demais administradores, GIANCARLO FRÈ, p. 271, seguido além-Itália por FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, *Provisión de vacantes...* *cit.*, p. 434.

⁴⁰ Mesmo assim: será lícito convencionar-se a “queda” de todo o conselho em face de qualquer espécie de destituição de um ou mais administradores, especialmente indicada ou sendo ela uma das causas cravadas na cláusula geral de “qualquer forma de cessação do título administrativo”, mesmo quando se registe *justa causa para a destituição*? Reajo com dificuldade a uma resposta positiva *se a justa causa consistir em comportamento doloso do administrador* (em particular na violação grave dos deveres administrativos). Veja-se que a razão da condição de permanência do órgão é a *fidúcia que os sócios depositam no funcionamento do órgão como um todo*. A *culpa mais qualificada do administrador destituído* permitirá deduzir que a confiança entre os restantes se mantém, desde que expurgado da equipa o elemento que protagonizou *comportamento que, por natureza, desrespeita essa confiança*. Se tal suceder, será excessivo reflectir a destituição operada em todos os membros do órgão, pela elementar razão que provavelmente continuarão a merecer a aceitação dos sócios; será ainda excessivo por frustrar nessas condições o interesse de manutenção da relação de administração e o interesse de funcionamento regular da administração. O desfalsoque supre-se com a substituição-regra do gestor destituído. Assim, haverá fundamento para fazer uma *restrição ao âmbito de aplicação* da cláusula e, consequentemente, fazer actuar as regras de substituição para *aquele ou aqueles administradores destituído(s), individualmente considerados*.

⁴¹ V. arts. 256.º, 2.ª parte, e 391.º, n.º 3.

⁴² V. art. 410.º.

⁴³ V. arts. 193.º, n.º 1, 261.º, n.º 1, 408.º, n.os 1 e 2.

⁴⁴ De que falava LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *La atipicidad en derecho de sociedades*, Libros Pórtico, Zaragoza, 1977, p. 250, como fonte de regras “constitucionais” de estruturação e de exercício da função empresarial das sociedades, subtraídas desse modo ao arbítrio dos intervenientes.

⁴⁵ Realçando a primordial função reguladora que os estatutos (e regulamentos internos) desempenham em relação à configuração da administração da sociedade anónima, enqua-

a propósito, como acolher uma alegada prevalência da “continuidade do órgão” (*rectius*, dos membros restantes do órgão) a que poderiam aspirar os administradores “causados”, supostamente aprisionada no esquema legal delineado no art. 393.º para a substituição “individual” dos administradores – e não daqueles relativamente aos quais não se verifica qualquer causa de extinção e consequente substituição. Pois não vejo como retirar daqui – como aferirei melhor mais à frente, quando se dissecar a aplicação desse art. 393.º ao funcionamento da cláusula “*simul stabunt simul cadent*” – uma elisão do interesse público (ou princípios de ordem pública) que essas regras alegadamente manifestariam no que respeita ao funcionamento do órgão administrativo⁴⁶. Se algum princípio geral (e inviolável) se tem que surpreender no art. 393.º, esse não mais é do que o postulado de assegurar a todo o momento a existência de um órgão *subjectivamente pleno* que administre a sociedade (= empresa e/ou património social) e responda em relação à sociedade, a terceiros e aos sócios. A cláusula “*simul stabunt simul cadent*” não entra em conflito com isso, ainda que permita, relativamente às hipóteses legais típicas, chamar apenas os sócios a reconstituir o conselho de administração e relativamente a todos os seus membros (art. 393.º, n.º 3, al. *d*)). Todavia, esta *escolha* – melhor, este efeito da escolha *estatutária* dos sócios – não vulnera minimamente qualquer princípio ou exigências que transcendam a esfera dos interesses *privados e disponíveis* dos sócios, quando configuram o funcionamento orgânico da sociedade, nem contraria “notas essenciais do tipo escolhido”⁴⁷. Conf-

drada na “relação de tensão normativa” entre o direito imperativo (crescente na sociedade anónima, por causa das necessidades funcionais de uma entidade de certa complexidade e de sócios potencialmente diferentes) e a possibilidade de adaptar a organização e funcionamento da administração a situações distintas da vida real, v. GAUDENCIO ESTEBAN VELASCO, “Configuración estatutaria del órgano de administración”, *Derecho de sociedades anónimas*, I, *La fundación*, Estudios coordinados por Alberto Alonso Ureba [*et alii*], Editorial Civitas, Madrid, 1991, 1991, pp. 348 e ss. Por cá, COUTINHO DE ABREU, *Governação das sociedades comerciais* cit., pp. 32-33, nesta confluência de regulamentação imperativa, lei dispositiva e auto-regulação na regulação das sociedades comerciais, afirma ser do âmbito da autonomia estatutária “a escolha entre sistema monístico e sistema dualístico de administração e controlo, bem como a organização e funcionamento do órgão administrativo” (italíco meu).

⁴⁶ Com interesse, v. as similares conclusões da decisão do Tribunale de Milano, de 22 de Março de 1982 (in *Foro It.*, 1982, I, p. 2636, ss, nomeadamente a p. 2641).

⁴⁷ COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II cit., pp. 74-75.

É uma fórmula reconhecida lá fora: por ex., LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, pp. 192 e 193, alude aos “traços de identidade” de cada uma das figuras sociais, que adjudicam um “valor de identificação” a cada uma delas; por seu turno, PAOLO SPADA, p. 217, opta pelos “níveis normativos relativamente aos quais se possa atribuir um valor identificador (de cada tipo)” e nos quais “se exprime o esquema causal societário”.

guração organizativa essa que será lícita uma vez que não se pisa o *esquema organizativo-funcional inderrogável* de cada um dos tipos⁴⁸ (e, na anónima, as suas espécies de configuração⁴⁹) – é a minha posição.

2.3. É por isso que esta orientação deve ser aplicada *cum grano salis* à administração da sociedade anónima monística (conselho de administração com comissão de auditoria). *Maxime*, sofrerão também as consequências da cláusula os administradores que integram a comissão de auditoria e que vêm a cláusula produzir efeitos em razão das vicissitudes dos administradores *não auditores*?

Certo que os *auditores* são membros do conselho de administração e todos eles são designados *em conjunto* e, se for o caso, numa mesma lista(-equipa) – v. arts. 423.º-B, n.º 1, 2.ª parte, e 423.º-C, n.os 1 e 2. Porém, constituem um órgão (art. 423.º-B, n.º 1, 1.ª parte), ainda que *sui generis, autónomo* sob o ponto de vista *funcional* do conselho de administração – há uma clara relação *orgânica com a sociedade* –, ainda que nele *integrado para efeitos de actuação administrativa* – há, neste hemisfério, paralelamente, uma relação *interorgânica* com o conselho de administração; em rigor, portanto, um *subórgão*⁵⁰. Distinguem-se por serem titulares de funções administrativas «não executivas» (ou seja, fora da denominada “gestão corrente”⁵¹) mas, ainda assim, concorrentes com os membros

⁴⁸ Para uma construção dogmática da tipicidade das sociedades tendo como azimute os índices *organizativos* da estrutura de cada uma delas (isto é, o “regulamento da participação no exercício da actividade social”), v. PAOLO SPADA, pp. 37 e ss (com alusão primordial a Giuseppe Ferri e Berto).

⁴⁹ Necessariamente escolhida no contrato de sociedade: v. art. 272.º, al. g).

⁵⁰ Se quisermos, um *grupo organizado de administradores* em articulação com a gestão executiva ou com a gestão delegada e delegante (ou “primária”), que terá um outro subórgão no grupo de administradores não auditores, a quem compete funções exclusivamente administrativas (executivas ou delegadas e delegantes): v. RICARDO COSTA, “Artigo 423.º-B”, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Volume VI (Artigos 373.º a 480.º), coord.: J. M. Coutinho de Abreu, IDET – *Códigos* n.º 6, Almedina, Coimbra, 2013, p. 668; com mais detalhe e diálogos doutrinais, RICARDO COSTA, *Os administradores de facto...* cit., n. (1104) – pp. 542 e ss.

⁵¹ Quando o art. 423.º-B, n.º 3, veda aos membros da comissão de auditoria «o exercício de funções executivas» referimo-nos tão-só à administração *gestionária* (gestão estrita e representação), e não à administração de *funcionamento intrassocietário e organizatória*. Portanto, estamos no âmbito de aplicação do poder-dever de «gerir as actividades da sociedade» a que alude o art. 405.º, n.º 1. Além do mais, se a semântica serve para algo, é esse poder-dever que o art. 431.º refere como competência nuclear do conselho de administração executivo na estrutura germânica da anónima. Depois, para delimitar o que é e o que não é “executivo”, julgo que o critério mais seguro será aplicar, para esse efeito, *a contrario*, o disposto pelo art. 407.º, n.º 3, para os administradores delegados e para comissão

“executivos” do conselho de administração na actividade *deliberativa* do conselho (ficando tal “executividade” como *limite à gestão em sentido estrito* e mesmo de *representação*, em cumprimento do que é decidido quanto a essa actuação)⁵². Mas a sua individualidade orgânica é desenhada em nome do exercício do seu poder essencial na veste de *não administradores*: o de «fiscalizar a administração da sociedade», nos termos do art. 423.º-F, al. a)⁵³. As restantes competências são, aliás, próprias de um catálogo de direitos e deveres pertencente a um órgão de fiscalização⁵⁴. Isto é, participam na administração mas também (ou fundamentalmente) a controlam (numa espécie de “auto-controlo”⁵⁵ confiado aos *interna corporis*

executiva (neste sentido, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “Comissão executiva, comissão de auditoria e outras comissões na administração”, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET – Colóquios n.º 3, Almedina, Coimbra, 2007, p. 260, ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades comerciais. Valores mobiliários e mercados*, 6.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 502): os administradores auditores estão inibidos da «gestão corrente» da sociedade, que executa ou desenvolve através de actos “técnico-operativos quotidianos” as opções de “alta direcção” (COUTINHO DE ABREU, *Governação das sociedades comerciais* cit., p. 40). Assinala-se ainda a reflexão de ISABEL MOUSINHO FIGUEIREDO, “O administrador delegado (A delegação de poderes de gestão no direito das sociedades)”, *O Direito*, 2005, III, pp. 568 e ss, equivalendo gestão corrente a gestão “ordinária” e “normal” em razão da “frequência temporal dos actos”, da “dimensão ou relevância do acto” (aferidas pelos montantes, pela duração do vínculo e pelo grau de risco da operação) e do “sentido da decisão”.

⁵² Para desenvolvimentos e suportes doutrinais, v. RICARDO COSTA, *Os administradores de facto...* cit., n. (1090) – pp. 529-530, ns. (1091)-(1094) – pp. 530 e ss, ID., “Artigo 423.º-B”, *loc. cit.*, pp. 677 e ss.

⁵³ Daí as exigências de *competência* adequada ao controlo substancial (legalidade e correcção) da acção e procedimentos da administração (nomeadamente no que toca à documentação e informação financeira-contabilística) e de *independência* (reforçada nas sociedades cotadas): v. arts. 414.º-A, por envio do art. 423.º-B, n.º 3, 414.º, n.º 3, por envio do art. 423.º-B, n.º 6, 423.º-B, n.os 4 e 5, e, por força deste último n.º, 414.º, n.º 5.

⁵⁴ Coteja-se o art. 423.º-F com o art. 420.º («Competências do fiscal único e do conselho fiscal»).

⁵⁵ V. CALVÃO DA SILVA, “«Corporate governance» – Responsabilidade civil de administradores não executivos, da comissão de auditoria e do conselho geral e de supervisão”, *RLJ* n.º 3940, 2006 (Ano 136.º), p. 44 (“por um lado, assente num melhor, mais transparente e mais tempestivo fluxo informativo entre administradores delegados ou comissão executiva e órgão de fiscalização gerados no interior do conselho de administração, e, por outro lado, exercido por administradores com (igual) legitimidade electiva e desejada independência (art. 423.º-B, n.os 4 e 5)”; GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização de sociedades e responsabilidade civil (após a Reforma do Código das Sociedades Comerciais)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 25, 89; PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, p. 797.

do mesmo conselho de administração⁵⁶), incluindo a actividade em que foram sujeitos administradores activos no processo de decisão⁵⁷.

Ora, se se coloca nas mãos dos administradores não auditores a cláusula *“simul stabunt simul cadent”*, aqui sim julgo que estaria encontrada uma subreptícia forma de condicionamento dos membros da comissão de auditoria, permanentemente expostos à avaliação (ou beneplácito) dos administradores fiscalizados e constantemente sujeitos à faculdade estatutária de serem “expulsos”, nomeadamente se incómodos, por vontade dos gestores “executivos” (ou “não executivos” quando houver administração delegada ou comissão executiva). Além do mais, a lei teve o particular cuidado de só permitir a destituição dos membros da comissão de auditoria «desde que ocorra justa causa» – afastando a destituição livre (art. 423.º-E, n.º 1)⁵⁸ –, o que implica particulares cautelas em habilitar os administradores não auditores a estilhaçar ambos os órgãos. Para esconjurar tal risco de deformação de uma característica essencial desta forma de estruturação da sociedade anónima, será mais seguro admitir a cessação da plenitude dos dois (sub)órgãos só quando cessem funções os administradores da comissão de auditoria e não quando cessam funções os administradores com «funções executivas», de maneira que a possibilidade de remoção jogue numa só direcção. Nesta linha, já admitiremos a compatibilidade estatutária da cláusula quando sejam os “administradores auditores” a provocar a “caducidade” do inteiro conselho: será esse um instrumento deveras eficaz e directo para obviar a situações de irregularidades graves (como as que são exemplificativamente enumeradas no n.º 1 do art. 420.º-A⁵⁹);

⁵⁶ SABINO FORTUNATO, “I controlli nella riforma della società”, *Il nuovo diritto delle società di capitali e delle società cooperative*, a cura di Matteo Rescigno/Antonella Sciarrone Alibrandi, Giuffrè Editore, Milano, 2004, p. 111 – em comentário ao órgão congénere no sistema monístico do direito italiano (“comitato per il controllo sulla gestione”: v. arts. 2409-sexiesdecies a 2409-noviesdecies do *Codice Civile*).

⁵⁷ Para um olhar crítico sobre o carácter de órgão fiscalizador da comissão de auditoria, v. EDUARDO LUCAS COELHO, “Reflexões epigramáticas sobre a nova governação das sociedades”, ROA, 2008, pp. 397 e ss, 403 e ss (“as missões assim atribuídas à comissão de auditoria continuam a situar-se no pleno domínio da administração societária numa acepção material”, pelo que se criou um sistema de governação “elementarmente desprovido de órgão de fiscalização, (...) sem que o vício pudesse ser eliminado por recurso ao princípio da liberdade contratual”).

⁵⁸ A este propósito, cfr. ainda o n.º 2 do art. 419.º, aplicável por remissão do art. 423.º-E, n.º 2.

⁵⁹ Como «graves dificuldades na prossecução do objecto da sociedade»: «(...) reiteradas faltas de pagamento a fornecedores, protestos de título de crédito, emissão de cheques sem provisão, falta de pagamento de quotizações para a segurança social ou de impostos». Esse artigo desenvolve com minúcia os passos e as consequências do incumprimento do dever

será esta uma solução que parece ajustada à particular insistência (quantitativamente parcial, ao menos) do legislador com a independência dos membros da comissão de auditoria – mas já espelhada para todos com a necessidade de “justa causa” para a sua destituição do cargo –, que poderia ser a todo o tempo comprimida pelo “poder de remoção” que os estatutos confeririam, na hipótese recusada, aos “administradores não auditores”, e ao significado de desejável estraneidade entre uns e outros administradores (e dos “auditores” em relação à própria sociedade)⁶⁰.

Não obstante, podemos, em alternativa, assumir a *dualidade orgânica* (*administração “executiva” vs administração “não executiva” e fiscalização*), promover a estabilidade de cada um dos “blocos” do conselho e activar a cláusula *de forma autónoma para cada um dos subórgãos do órgão administrativo*⁶¹

de vigilância (fiscalizadora) a cargo do presidente da comissão de auditoria (por remissão do art. 423.º-G, n.º 2), mas que, naturalmente, se estende, pelo menos enquanto dever de *comunicação ao presidente do órgão auditor*, aos restantes membros auditores. Enquanto poderes específicos legais de todos os membros – ou, dito de outra forma, deveres titulados colegialmente pela comissão de auditoria –, refiram-se ainda as als. j) e n) do art. 423.º-F.

⁶⁰ Parece ser esta a corrente mais forte em Itália, ainda que não isenta de reparos e hesitações, para o sistema organizatório monístico onde se integra o «*comitato per il controllo sulla gestione*»: v. PAOLO VALENSISE, *La riforma delle società. Commentario del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6. Società per azioni. Società in accomandita per azioni*, Tomo I – Artt. 2325-2422 cod. civ., a cura di Michele Sandulli e Vittorio Santoro, 2003, sub art. 2409-septiesdecies, pp. 737-738, ANDREA GUACCERO, *Società di capitali*, vol. 2, Artt. 2380-2448, Commentario a cura di Giuseppe Niccolini/Alberto Stagno d’Alcontres, sub arts. 2409-sexiesdecies – 2409-noviesdecies, Jovene Editore, Napoli, 2004, pp.1228-1229. Manifestamente admitindo a utilização da cláusula “*simul stabunt simul cadent*” para habilitar os proprietários das “participações de controlo” a afastar em qualquer momento os titulares do órgão de controlo (relativamente aos quais não se aprecia os “cuidados” e “observações demasiado zelosas”) através das renúncias dos outros conselheiros da administração, v. NICOLÒ ABRIANI, “*Le regole di governance delle società per azioni: introduzione alla nuova disciplina*”, *La riforma delle società di capitali. Aziendalisti e giuristi a confronto*, Atti del Convegno di Foggia, 12 e 13 giugno 2003, a cura di Niccolò Abriani e Tiziano Onesti, Giuffrè Editore, Milano, 2004, p. 30.

⁶¹ Estamos, portanto, perante um órgão fiscalizador (e subórgão do órgão administrativo) que possui funções *lato sensu* de controlo que nos outros sistemas de organização da anónima são próprias de um órgão formal e substancialmente autónomo e “alheio” (para este efeito: na sua constituição, actuação e extinção) ao de administração. Assim sendo, será especialmente interessante compreender que se espoletará, na dinâmica interna da “estrutura corporativa” em que os órgãos sociais se afiguram como entes subjectivos de imputação activa e passiva, um eventual problema de “*conflitualidade intraorgânica*” dentro do conselho de administração – nomeadamente este de composição pluripessoal e articulação complexa –, tendo por base a repartição de competências ou funções entre os subórgãos do órgão, para além da “*conflitualidade interorgânica*” entre órgão administrativo e a comissão de auditoria-órgão de fiscalização, aventada pela respectiva distribuição de poderes. Para este filão da dogmática societária, particularmente relevante na

(mesmo que a cláusula não o expresse)⁶²: se um ou mais dos administradores com «funções executivas» saem, caem todos; se um ou mais dos “auditores” saem, caem todos. Inclino-me a ser esta a interpretação que melhor se compatibiliza com a filosofia da estrutura monística, vincada pela bondade de considerar mais proficiente para a identificação e prevenção de irregularidades na administração colocar “endogenamente” o fiscalizador no seio do conselho de administração, em detrimento da “heterofiscalização” tradicional⁶³.

Alemanha (por causa de *Organstreit* entre, e em, *Vorstand* e *Aufsichtsrat*), v., entre muitos outros, PETER HOMMELHOFF, “Der aktienrechtliche Organstreit – Vorüberlegungen zu den Organkompetenzen und ihrer gerichtlichen Durchsetzbarkeit”, *ZHR*, 1979, pp. 288 e ss, com ênfase para a temática dos conflitos de competência a pp. 309 e ss; LUDWIG HÄSEMEYER, “Der interne Rechsschutz zwischen Organen, Organmitgliedern und Mitgliedern der Kapitalgesellschaft als Problem der Prozeßführungsbefugnis”, *ZHR*, 1980, pp. 265 e ss; HANS-JOACHIM MERTENS, “Organstreit in der Aktiengesellschaft?”, *ZHR*, 1990, pp. 24 e ss, em esp. a tipologia das mais importantes situações de conflito a pp. 29 e ss; REINHARD BORK, “Materiell-rechtliche und prozeßrechtliche Probleme des Organstreits zwischen Vorstand und Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft”, *ZGR*, 1989, pp. 1 e ss; MARTINA DECKERT, “Klagemöglichkeiten einzelner Aufsichtsratsmitglieder”, *AG*, 1994, pp. 457 e ss, nomeadamente as pp. 459 e ss para a demonstração legal de conflitualidades; finalmente, para uma mirada breve, KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 4.^a ed., Carl Heymanns Verlag KG, Berlin/Bonn/München, 2002, pp. 421 e ss. No direito italiano, desenvolvidamente, VINCENZO CARIELLO, “I conflitti «interorganici» e «intraorganici» nelle società per azioni (Prime considerazioni)”, *Il nuovo diritto delle società – Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, volume 2, *Assemblea – Amministrazione*, UTET/Wolters Kluwer Italia, Milano-Torino, 2006, pp. 769 e ss, em esp., para a tipologia desses conflitos, 779 e ss.

⁶² Anoto que a lei exige que se identifique (nominalmente, como é óbvio) os membros que se destinam a integrar a comissão de auditoria (art. 423.^º-C, n.^º 2).

⁶³ V. CALVÃO DA SILVA, p. 44, PAULO CÂMARA, “Os modelos de governo das sociedades anónimas”, *Reformas do Código das Sociedades*, IDET – Colóquios n.^º 3, IDET, Almedina, Coimbra, 2007, p. 215.

Em Itália, essa colocação endógena tem servido à doutrina para realçar que os auditores podem desempenhar um papel de “consulta” (*consulenza*) e de “assistência” nas decisões gestórias do conselho, reflexo do (outro) papel de vigilância sobre o arranjo organizativo, administrativo e contabilístico da sociedade: para exemplos, cfr. PAOLO VALENSISE, *La riforma delle società. Commentario del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6. Società per azioni. Società in accomandita per azioni*, Tomo I – Artt. 2325-2422 cod. civ., a cura di Michele Sandulli e Vittorio Santoro, 2003, sub art. 2409-octiesdecies, pp. 749-750, CHIARA MOSCA, “I principi di funzionamento del sistema monistico. I poteri del comitato di controllo”, *Il nuovo diritto delle società – Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, volume 2, *Assemblea – Amministrazione*, UTET/Wolters Kluwer Italia, Milano-Torino, 2006, pp. 758-759, 763.

2.4. Respeitando-se – como vimos – os mínimos cogentes e indisponíveis da lei (geral e especial do tipo social)⁶⁴, conta depois que todas essas

⁶⁴ Estes “princípios estruturais” ou “critérios de identificação” que informam a disciplina típica incorporada no modelo legal dos tipos societários – ou *subespécies* societárias – assumem um valor normativo próprio e corresponderão, na esteira de uma já antiga construção alemã, a “limites imanentes” que a consideração da “natureza” ou “essência” (*Wesen*) da instituição societária (ou das suas várias espécies) colocam à autonomia da vontade nas possibilidades de configuração (*Gestaltungsmöglichkeiten*) do conteúdo estatutário: desenvolvidamente, ARNDT TEICHMANN, *Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen*, Verlag C. H. Beck, Manchen, 1970, pp. 3 e ss, HARM PETER WESTERMANN, *Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaft*, Springer-Verlag Berlin, Heidelberg-New York, 1970, pp. 57 e ss; na sua esteira, LUIZ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, pp. 202-203, 209 e ss. As leis societárias espanholas tinham norma expressa sobre os limites à autonomia da vontade estatutária: «Na escritura poderão incluir-se, ademais [em relação às menções obrigatórias nos estatutos, previstas nas alíneas do art. 9 da LSAE e do art. 12, n.º 2, da LSRLE; v. agora os arts. 22 e 23 da LSCE], todos os acordos e condições que os sócios fundadores julguem conveniente estabelecer, sempre que não se oponham às *leis* e aos *princípios configuradores* da sociedade anónima» (arts. 10 da LSAE e 12, n.º 3, da LSRLE, agora cfr. o art. 28 da LSCE; v. ainda o art. 114, n.º 2, do RRME). Leis imperativas, como é consensual – “normas que directamente tutelem interesses individuais de sócios e terceiros; ou aquelas que se afirmem como essenciais para o funcionamento e organização da sociedade”: por todos, JOSÉ EMBID IRUJO/FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, “Libertad de configuración estatutaria en el derecho español de sociedades de capital”, *RdS*, 1996, p. 15 –, e “princípios dotados de operatividade jurídica por estarem encarnados nas normas vigentes e perceptíveis pelo intérprete que enfrenta a tarefa de aplicação do ordenamento positivo”, como “princípios implícitos na legislação positiva sobre este tipo social”, e que funcionam como uma “cláusula geral” que permita servir de defesa do sistema ao cobrir as eventuais lesões do tipo social anónimo que não se realizam simultaneamente através da violação de normas concretas: JUSTINO DUQUE DOMÍNGUEZ, “Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas”, *Derecho de sociedades anónimas*, I, *La fundación*, Estudios coordinados por Alberto Alonso Ureba [et alii], Editorial Civitas, Madrid, 1991, pp. 68-69, 95-96, 105 e ss. Em Itália, por sua vez, PAOLO SPADA, pp. 20 e ss, 231 e ss, alude à inderrogabilidade dos “critérios normativos de identificação dos tipos”, em face de ser a tipicidade das sociedades (“como cogênciam de uma tipologia das sociedades”) um princípio-guia dos possíveis conteúdos do contrato de sociedade, que vale para seleccionar os compatíveis dos incompatíveis com a identidade negocial do tipo em consideração; na lei, é o art. 2249 do CCit [*Tipi di società*] – cujo § 1.º é semelhante ao nosso art. 1.º, n.º 3 – que garante a inderrogabilidade das normas de identificação dos tipos de sociedade e que, portanto (segundo o Autor), limita o princípio da livre determinação do conteúdo do contrato.

Quanto à essência da sociedade anónima, cabe aqui remeter o leitor para o direito alemão e para a respectiva positivação nos §§ 1 (sob a epígrafe *Wesen der Aktiengesellschaft*) e, como fundamento de nulidade das deliberações dos sócios por serem incompatíveis com ela, 243 (3), 1.ª parte, da AktG, preceitos que motivaram tratamento doutrinal sucessivo no tempo: WALTER SCHMIDT/JOACHIM MEYER-LANDRUT, *Aktiengesetz. Großkommentar*, von CARL HANZ BARZ [et alii], Erster Band, §§ 1-144, 2.ª ed., Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1961,

limitações devem ser conhecidas (não devem ser ignoradas ou presume-se o seu conhecimento) e assumidas pelos administradores (que até podem ser os próprios sócios) como um *risco de instabilidade do cargo* no momento da aceitação da nomeação ou eleição: uma causa de cessação do cargo por mor da iniciativa ou vicissitude de outro ou outros dos administradores é tão-só mais uma das causas objectivas ou subjectivas previstas; se as outras não são ilícitas, também esta não será ilícita. Portanto, a aceitação do cargo de administrador transporta consigo a aceitação desta forma de caducidade. Ao administrador competirá avaliar se lhe convém aceitar a nomeação com *aquele limite* (apenas *mais um*) respeitante à *estabilidade (e duração, por inerência)* do título em razão da *integridade do colégio administrativo*, pois a sua liberdade de *aferir(-recusar) a nomeação ou eleição nunca se encontra restringida e, por esta via, nenhum interesse seu se descontina desrespeitado*.⁶⁵

Porém, um interesse digno de tutela dos administradores *não sócios* ou dos administradores *sócios mas minoritários* já merece crédito quando os sócios – ou a maioria dos sócios – alteram o contrato de sociedade e introduzem uma cláusula de “caducidade colectiva”. Com efeito, estas disposições não se hão-de implantar necessariamente no momento constitutivo da sociedade; ulteriormente fixadas, apanham de surpresa aqueles

sub § 1, pp. 9-10, Anm. 3, ADOLF BAUMBACH/ALFRED HUECK/GÖTZ HUECK, Baumbach-Hueck Aktiengesetz, unter Mitwirkung von Joachim Schulze, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1968, sub § 1, pp. 9-10, Rdn. 2, 4, FRIEDRICH KÜBLER/HEINZ-DIETER ASSMANN, Gesellschaftsrecht. Die privatrechtlichen Ordnungsstrukturen und Regelungsprobleme von Verbänden und Unternehmen, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2006, p. 156, que acentuam as “características” elencadas pelo § 1 para a definição (Begriffsbestimmung) da sociedade, importantes para se verificar, para além da personalidade jurídica própria, a responsabilidade patrimonial da sociedade pelas obrigações sociais e a divisão do capital por ações, e a consequente susceptibilidade de a sociedade ser “portadora independente de direitos e obrigações” e a “limitação do risco” dos accionistas; HARM PETER WESTERMANN, pp. 71-72, sublinhou ser a locução equivalente à “estrutura interna fundamental” da sociedade accionista e destaca o seu valor, não tanto como cláusula geral no seio da regulação de tal tipo social, mas como determinante das proposições jurídicas fundamentais que identificam os respectivos princípios característicos; nesta linha de encontrar na fórmula legal a delimitação em face dos outros tipos e, ao mesmo tempo, a fonte de outros princípios e elementos fundamentais, v. KARSTEN HEIDER, “§ 1 Wesen der Aktiengesellschaft”, Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Band 1, §§ 1-53, Hrsg.: Bruno Kropff/Johannes Semler, 2.ª ed., Verlag C. H. Beck/Verlag Franz Vahlen, München, 2000, p. 91, Rdn. 3.

⁶⁵ Ainda que em termos não integralmente coincidentes, cfr. ARTURO DALMARTELLO, “Validità o invalidità...”, *loc. cit.*, pp. 163-164; mais próximos, GIORGIO BEVILACQUA, pp. 1216 e ss, FRANZO MORO VISCONTI, p. 915, GIOVANNI CASELLI, “Di alcune cause di cessazione...”, *loc. cit.*, p. 992, LUCIO GHIA, p. 86, ALESSANDRA DACCÒ, pp. 242 e 243, GIAN DOMENICO MOSCO, *sub art.* 2386, n. (28) – p. 621, MASSIMO FRANZONI, *sub art.* 2386, p. 273.

administradores que aceitaram a nomeação ou eleição livre dessa limitação. Em coerência, o limite à nomeação ou à investidura nos poderes administrativos já não se deverá aplicar para os administradores nomeados antes da sua inclusão no estatuto social⁶⁶ – por alteração superveniente das condições estatutárias da sua aceitação do cargo, desde que surpreendentes ou atentórias de uma expectativa previamente acalentada⁶⁷. A aplicar-se, a mesma premissa confere-lhes um direito à indemnização dos danos sofridos pela frustração da confiança no cumprimento das bases de funcionamento legal-estatutário do órgão administrativo⁶⁸, desde que não sejam reconfirmados no cargo em sede de reconstituição ulterior do órgão^{69,70}.

⁶⁶ GIANCARLO FRÈ, p. 273, reparou, com acerto, que esta era uma verdadeira “limitação... do limite” construído por Dalmatello e, em seu redor, manifestou uma das maiores dúvidas acerca da legitimidade da cláusula. Na sua peugada, PAOLO CECCHI, p. 291; GIAN DOMENICO MOSCO, *sub art. 2386, n. (28) – p. 621*; FERNANDO MARTINEZ SANZ, *Provisión de vacantes...* cit., p. 433, que comporta a dúvida e aponta a maior suscetibilidade de essa hipótese “produzir problemas e abusos”.

⁶⁷ Para além, eventual e cumulativamente, do incumprimento do contrato de administração celebrado com a sociedade (hipótese gizada por PAOLO CECCHI, p. 291).

⁶⁸ Se virmos na relação sociedade-administrador uma “ligação especial” (*Sonderverbindung*) indutora de estabilização de legítimas expectativas e, com isso, um “investimento de confiança” do administrador em certo comportamento da sociedade/sócios e no crédito a um “dever de protecção” envolvido pela posição jurídica adquirida com a relação jurídica administrativa durante o tempo que dura o cargo, aproveitamos o facto de a responsabilidade pela confiança (enquanto fundamento para a imputação de um dano: em sentido parcialmente crítico mas aproveitável no direito português, v. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Almedina, Coimbra, 1987, pp. 488 e ss, nomeadamente 503 e ss, 508 e ss) assumir relevo nas “interacções humanas personalizadas”, onde se espraia a “planificação razoável dos comportamentos pelos sujeitos envolvidos, na base de expectativas informalmente engendradas no seu relacionamento”, “cujo desrespeito envolva uma sanção jurídica” (CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção*, Separata do volume XXXVIII do *Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1994, pp. 229 e ss, 249 e ss, citações das pp. 257-258, 261 e ss). Desenvolvidamente, ainda do último Autor, *Uma «terceira via» no direito da responsabilidade civil?*, Almedina, Coimbra, 1997, pp. 102 e ss; *Teoria da confiança...* cit., 583 e ss, e em esp. as pp. 552 e ss, para o papel da confiança no regime dos “negócios de confiança” ou “fiduciários”, as pp. 670-672, para o aproveitamento (“ao menos parcial”) da responsabilidade pela confiança em sede de alteração das circunstâncias (“depende elementarmente da possibilidade de imputar a outrem a criação de um *Tatbestand* de confiança e a sua defraudação”), e as pp. 739 e ss, para a dogmática das “ligações especiais” na construção da responsabilidade pela confiança; “A business judgment rule no quadro dos deveres gerais dos administradores”, *Jornadas «Sociedades abertas, valores mobiliários e intermediação financeira»*, coord.: Maria de Fátima Ribeiro, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 209, onde, a propósito do dever de lealdade dos administradores, se destaca que a relação de administração “constitui uma daquelas relações fiduciárias ou de confiança que manifestam uma textura de comportamentos exigíveis em nome da lealdade particularmente

2.5. Esta solução *restritiva* tem o mérito de prevenir abusos *da maioria dos sócios* quando promovem tal modificação: *v. g.*, é prefigurável que possa haver conluio entre os sócios maioritários e a maioria dos administradores do conselho; os sócios maioritários querem “ver-se livres” de alguns administradores; mudam os estatutos; os administradores maioritários apresentam a renúncia e os minoritários saem; os sócios maioritários conseguem reestruturar o órgão antes de esgotado o prazo normal de duração do cargo, reconfirmando a maioria dos administradores na nova eleição e colocando outros administradores em vez dos minoritários afectados pela

densa (relação *uberrimae fidei*), 211 (“o requisito da lealdade floresce no âmbito de um relacionamento específico entre sujeitos (*Sonderverbindung*)”), 213-214. A favor de uma prevalência da protecção da confiança em relação ao mecanismo legal do art. 437.º do CCiv., “com recurso aos esquemas atinentes ao risco”, v. MENEZES CORDEIRO, “Da alteração das circunstâncias”, *Estudos em memória do Professor Doutor Paulo Cunha*, FDUL, Lisboa, 1989, pp. 349-350.

⁶⁹ É a interpretação de GIUSEPPE FERRI, *Le società* cit., p. 680 (que prevê, *a contrario*, que um eventual direito indemnizatório só seja possível na hipótese de introdução sucessiva da cláusula), GIOVANNI CASELLI, “Di alcune cause di cessazione...”, *loc. cit.*, pp. 992-993, GIAN DOMENICO MOSCO, *sub art.* 2386, n. (28) – p. 621.

⁷⁰ Para a sociedade por quotas, temos ainda que verificar se a cláusula “*simul stabunt simul cadent*” briga com o regime legal dos “direitos especiais” dos quotistas na modalidade convencionada de “direito especial à gerência”. À vista desarmada poderia conjecturar-se que a cláusula seria uma manifestação tácita de consentimento de todos os sócios em ver arredado o seu direito especial, se funcionar tal cláusula – porém, o art. 24.º, n.º 5, 2.ª parte, exige que tal dispensa da necessidade de consentimento seja *expressamente conferida* no contrato de sociedade.

Mas não só. Se a lei, em geral (art. 24.º, n.º 5) e em especial (art. 257.º, n.º 3, 1.ª parte), dispõe que tal direito convencional só pode ser excluído ou condicionado com o consentimento do sócio ou sócios titulares de tal direito, poderíamos entender que a cláusula “*simul stabunt simul cadent*”, se admite a caducidade de toda a gerência por força de uma decisão individual ou de alguns dos gerentes, conflitua com a previsão que garante o assentimento do sócio titular na deliberação que suprime ou limita o direito especial (com voto favorável) ou, expressa ou tacitamente, em acto ou facto jurídico não deliberativos (analogamente assim reflectindo para o direito italiano, que não coincide por exigir, supletivamente, a unanimidade dos sócios na modificação dos *diritti particolari*, nos termos dos §§ 3.º e 4.º do art. 2468 do CCit, v. GUIDO BARTALINI, pp. 457-458). Não parece. É de sublinhar que a cláusula de “caducidade colectiva” não põe em causa tal garantia inerente à “especialidade” do direito: a) sempre que os gerentes não sejam sócios, a questão não se coloca; b) mesmo que o sejam, na medida em que tais sócios, afectados pela cessação dos outros gerentes (sócios ou não, ainda que com “direito especial”), mantêm o direito na nova composição da gerência. Claro que a caducidade do título do sócio-gerente “causante” – por renúncia, por destituição judicial com justa causa, ou por qualquer outra causa – implica a supressão (ainda que subjectivamente parcial) da cláusula para esse sócio; mas não para os restantes sócios ou sócios-gerentes “causados” que gozem dessa vantagem.

denúncia “dolosa”⁷¹. Desta forma, o propósito da maioria é, sem qualquer outra justificação plausível ou sem qualquer outra necessidade para o funcionamento regular da administração social, beneficiar os novos administradores e prejudicar os administradores *que não são sócios* ou, *sendo sócios*, são minoria e viram-se arredados do cargo pela *activação* da cláusula introduzida *a posteriori*. Portanto, deliberação abusiva-anulável nos termos do art. 58.º, n.º 1, al. b), em razão da “vantagem especial” conferida *mediamente* aos novos administradores⁷² – o que, na circunstância de não serem sócios, permite ainda ver um benefício, pelo menos de forma indirecta, do sócio ou dos sócios de maioria que têm interesse na mudança de administradores⁷³ e um prejuízo dos minoritários⁷⁴–, sendo a deliberação *ime*

⁷¹ Caso semelhante foi julgado pelo Tribunal de Milão, na sentença de 17 de Junho de 1974 (in *Giur. It.*, 1975, I, Sez. II, p. 3, ss): entendeu-se que a deliberação de introduzir no estatuto social a cláusula “*simul stabunt simul cadent*”, adoptada no interesse extrassocial do “grupo de comando” de remover o administrador delegado “incômodo” e “pouco maleável” às respectivas directivas de gestão (*primeira fase* do procedimento) e seguida (*segunda fase*) pela renúncia da maioria dos componentes do conselho de administração, enquanto deliberação ordenada a obter a caducidade de todo o conselho de administração e, por esta via, a cessação antecipada do mandato, estava viciada de “excesso de poder” da maioria (anulável por força do art. 2377 do CCit). Além disso, concluiu-se que houve uma destituição “indirecta” do administrador delegado que foi afastado com essa cessação *ante tempus* e não foi reeleito no novo conselho de administração pelo tempo mínimo previsto no acto de nomeação, pelo que se condenou a sociedade a indemnizá-lo pelos prejuízos considerados por efeito dessa destituição “sem justa causa”. Em particular, v. o ponto 11 do Sumário (pp. 5 e 6) e as pp. 13-18. Com interesse, ainda o arresto da mesma jurisdição, de 10 de Maio de 2001 (in *Giur. It.*, 2001, p. 2329, ss).

⁷² Pois beneficiam de um *proveito* – nomeação para o cargo e seu reflexo patrimonial-remuneratório – que não seria (ou não devia ser) possibilitado ou admitido se não fosse a alteração estatutária e o consequente efeito da renúncia dos administradores conluíados com a maioria dos sócios ou dos administradores-sócios maioritários.

Sobre a definição da locução «vantagens especiais» no art. 58.º, n.º 1, al. b), e respetivo fundamento, v., mesmo antes do CSC, com indicações doutrinais, FERRER CORREIA, “A representação dos menores sujeitos ao pátrio poder na assembleia geral das sociedades comerciais”, *Estudos jurídicos*, Volume II, *Direito civil e comercial. Direito criminal*, Atlântida Editora, Coimbra, 1969, p. 76 (apelando ao princípio da “igualdade de tratamento”), MARIA REGINA REDINHA, “Deliberações sociais abusivas”, *RDE*, 1984/1985, pp. 217-218, CARNEIRO DA FRADA, “Deliberações sociais inválidas no novo Código das Sociedades”, *Novas perspectivas do direito comercial*, Almedina, Coimbra, 1988, p. 322, CASSIANO SANTOS, p. 431, COUTINHO DE ABREU, “Diálogos com a jurisprudência. I – Deliberações dos sócios abusivas e contrárias aos bons costumes”, *DSR*, 2009, vol. 1, p. 41.

⁷³ V. COUTINHO DE ABREU, *Do abuso de direito. Ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*, Almedina, Coimbra, 1983 (reimp. 2006), p. 141, MARIA REGINA REDINHA, p. 217.

⁷⁴ V. VASCO LOBO XAVIER, *Invalidade e ineficácia das deliberações sociais no direito português, constituído e constituendo; confronto com o direito espanhol*, Separata do Vol. LXI do BFD, Coimbra, 1985, pp. 21-22.

diatamente “apropriada” para satisfazer esse propósito (à falta de cláusula originária), desde que se prove o prejuízo derivado dos sócios-administradores afectados ou da sociedade (se os administradores afectados não forem sócios) como dano provocado pela vantagem da nomeação possibilitada pela alteração estatutária. Podemos ver aqui mesmo uma “deliberação emulativa”, se os administradores afectados forem sócios (e vendo como possível a individualização da sociedade como destinatário do prejuízo nesta segunda espécie de deliberações abusivas)^{75.76}

⁷⁵ Por isso, em cúmulo e aproveitando a lição portuguesa de COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II cit., pp. 318 e ss, poderemos ver aqui a violação do *dever de lealdade ou de correção* da maioria dos sócios, que quis causar intencionalmente um prejuízo à minoria, na sua relação com essa *minoria* de sócios e os interesses destes conexionados com a sociedade (enquanto e na qualidade de administradores). Há dano do sócio (enquanto administrador), ainda que sem benefício objectivo-patrimonial da maioria nem, em princípio, lesão do interesse social. Se houver, nomeadamente se os ingressos dos novos administradores são manifestamente desnecessários e injustificados à luz da sua actuação anterior, se com isso se afecta a “boa gestão” da sociedade e o interesse que todos os sócios nela comungam, somente em nome de a maioria alcançar maior poder e férias em relação aos outros sócios, então teremos também violação do dever de lealdade *perante a sociedade* (enquanto não compatível com o interesse social). Isto deverá ser mais acentuado nas sociedades por quotas mais personalistas e nas sociedades anónimas “fechadas”, com fortes relações de confiança recíproca ou familiares entre os sócios, identidade total ou parcial dos sócios (todos ou alguns deles) e administradores e projecção dessa “carga pessoal” para o exterior. Se este desenho de violação de deveres dos sócios entre si e em face da sociedade está correcto, para além da acção de anulação da deliberação (onde a actuação do ou dos sócios é pressuposto), podem ser cumulados pedidos de indemnização contra os sócios (eventualmente na acção de anulação, de acordo com as regras gerais do art. 36.º do CPC para a coligação de réus por pedidos diferentes: será esta a posição de CASSIANO SANTOS, n. (727) – pp. 426-427, ancorando-se, ademais, na admissibilidade implícita de tal hipótese, que a letra do art. 61.º, n.º 1, induz: «A sentença que declarar nula ou anular uma deliberação é eficaz contra e a favor de todos os sócios e órgãos da sociedade, mesmo que não tenham sido parte ou não tenham intervindo na acção»).

⁷⁶ ARMANDO TRIUNFANTE, *A tutela das minorias nas sociedades anónimas. Direitos de minoria qualificada. Abuso de direito*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, p. 397, propõe ser uma deliberação abusiva aquela “que altera a estrutura organizativa da gerência, de uma sociedade por quotas, com o intuito de retirar todos os poderes inerentes ao exercício do cargo, a um ou a alguns dos gerentes, por mera retaliação decorrente da denúncia de irregularidades praticadas pelos sócios maioritários” – a semelhança com a deliberação de modificação estatutária é sugestiva de uma partilha de enquadramento jurídico, tanto mais que, na n. (621) – pp. 369-370, alega que é através de deliberações que “a maioria controla a gestão social e poderá incorrer em *abuso da sua composição* em detrimento dos sócios minoritários e respectivos interesses”. Todavia, o Autor refere que, tratando-se de prejudicar o gerente, nesta posição e independentemente de ser sócio, e não se prejudicando a sociedade, “talvez se revelasse mais acertada a aplicação do art. 334.º CC” (v. ns. 685 e 684). Se assim é, acrescento ao Autor, não se atacaria a deliberação pelo “abuso” previsto no art. 58.º, n.º 1,

Como anulável, este meio de impugnação da deliberação deixa fora de protecção os administradores afectados que não sejam sócios (nos termos do art. 59.º, n.º 1)⁷⁷. Porém, mesmo para os sujeitos afectados que sejam sócios (e administradores), desde que tenham votado contra ou tenham estado ausentes, mais lesivo é o prazo de caducidade imposto para a proposição da acção de anulação: 30 dias⁷⁸. Ora, se a “operação concertada” para provocar a saída se vier a revelar após esse prazo, não mais se poderá reagir, com base no abuso da deliberação. Substancialmente, contudo, parece ser de entender que a deliberação de alteração dos estatutos, quando revelada mais tarde como *meio potencialmente capaz* para afastar administradores do órgão administrativo, demonstra o intuito de retirar da administração certos administradores – contornando, aqui sim, as regras da destituição e da indemnização pela falta de justa causa – e, com isso, a nova regulação por ela estabelecida tem uma finalidade (que até pode não ser exclusiva ou única) de *prejudicar os administradores “causados”* e, por isso, revelar-se-á «ofensiva dos bons costumes»⁷⁹: será nula

al. b), mas sim pela nulidade das declarações de voto abusivas e a falta de quórum deliberativo (art. 58.º, n.º 1, al. a)).

⁷⁷ Quando muito excepcionada no caso de as sociedades por quotas não terem órgão de fiscalização e, por virtude da aplicação analógica do art. 57.º, n.º 4 (regime das deliberações nulas), se se entender que os gerentes podem arguir a anulabilidade das deliberações – porém, a doutrina nacional encontra-se dividida quanto a essa faculdade: a favor, com coloração dominante, CARLOS OLAVO, “Impugnação das deliberações sociais”, *CJ*, 1998, n. (55) – p. 27, BRITO CORREIA, *Direito comercial*, 3.º volume, *Deliberações dos sócios*, AAFDL, Lisboa, 1989, n. (60) – pp. 276-277, PINTO FURTADO, *Deliberações dos sócios*, Comentário ao Código das Sociedades Comerciais, *Artigos 53 a 63*, Almedina, Coimbra, 1993, pp. 425 e, implicitamente, 435 (depois confirmada em *Deliberações de sociedades comerciais*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 728), TAVEIRA DA FONSECA, *Deliberações sociais: suspensão e anulação*, Separata da Revista «Textos» do Centro de Estudos Judiciários, Porto, 1994, p. 55, PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais* cit., n. (875) – p. 653, COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II cit., pp. 574-575; adversamente, RICARDO COSTA, *A sociedade por quotas unipessoal no direito português. Contributo para o estudo do seu regime jurídico*, Almedina, Coimbra, 2002, n. (714) – p. 572, PEDRO MAIA, “Invalidade de deliberação social por vício de procedimento”, *ROA*, 2001, n. (73) – p. 746 e p. 747, MENEZES CORDEIRO, *SA: assembleia geral e deliberações dos sócios*, Almedina, Coimbra, 2006, n. (405) – p. 224 (pelo tom crítico aos defensores da corrente oposta).

⁷⁸ No caso de violação do dever de lealdade dos sócios maioritários, a deliberação torna-se anulável por falta do quórum deliberativo exigido para a validade da deliberação (qualificado nos termos dos arts. 265.º, n.os 1 e 2, 386.º, n.º 3; v. também o art. 194.º, n.º 1) em virtude da inutilizabilidade(-invalidade) dos votos afectados pela violação para a contagem da maioria deliberativa (art. 58.º, n.º 1, al. a)).

⁷⁹ V., sobre esta *extensão* do “conteúdo” deliberativo (*Inhalt des Beschlusses*) ofensivo dos bons costumes, COUTINHO DE ABREU, *últ. ob. cit.*, p. 528, reflectindo a generalizada doutrina e jurisprudência germânicas na densificação do § 241, n.º 4, da AktG (*durch seinen Inhalt*

por aplicação do art. 56.º, n.º 1, al. *d*), 1.ª parte, e os administradores, enquanto *terceiros interessados*, têm legitimidade para a invocar a todo o tempo (art. 286.º do CCiv.).

2.6. É de reconhecer que a amplitude da cláusula “*simul stabunt simul cadent*” se torna mais delicada quando a disposição dos estatutos releve a situação de *um só administrador*. Não me impressiona a salvaguarda do princípio *maioritário* e a necessidade de evitar a dominação da maioria pela minoria mais simples – um único dos administradores: em rigor, a protecção dessa maioria toca o funcionamento do órgão em termos da formação da sua vontade; a cláusula “*simul stabunt simul cadent*” prende-se com a *filosofia subjectiva de integração do órgão*, que espoleta a cessação derivada do título administrativo dos administradores afectados e a substituição. Todavia, em situações *qualificadas* ou *extremas*, uma só vaga pode ser decisiva na conformação das maiorias dentro do órgão administrativo – e, por essa razão, do bom funcionamento da “equipa”. O que justifica que, como evento condicionante, se adopte a extinção do cargo de um só dos administradores.⁸⁰

De todo o modo, colocar a vontade ou o evento ocorrido em relação a um qualquer administrador – que bem pode ser provocado malevolamente com o intuito de “fazer cair” o órgão – em *confronto directo e irrever-*

gegen die guten Sitten verstößt), em particular atenta à *Gläubigerschädigung* (portanto, ao “prejuízo de credores”-terceiros), mas igualmente de outros terceiros (mesmo alheios à estrutura da sociedade) afrontados com violações graves mas desprotegidos no regime legitimador da anulabilidade. Como fornecedores de jurisprudência e do estado da questão, v. WOLFGANG ZÖLLNER, “Siebenter Teil. Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen und des festgestellten Jahresabschlusses. Sonderprüfung wegen unzulässiger Unterbewertung”, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 2, §§ 241-290, von Kurt H. Biedenkopf [*et alii*], Herausgegeben von Wolfgang Zöllner, 4.ª ed., Carl Heymanns Verlag KG, Berlin-Bönn-München, 1976, sub § 241, *Rdn.* 124, pp. 733-734; THOMAS RAISER/RÜDIGER VEIL, p. 262; KARSTEN SCHMIDT, “§ 45. Rechte der Gesellschafter im allgemeinen; Gesellschafterbeschlüsse”, *Scholz Kommentar zum GmbH-Gesetz mit Anhang Konzernrecht*, II. Band, §§ 35-52, bearbeitet von Georg Bitter [*et alii*], 10.ª ed., Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2007, sub § 45, p. 2450, *Rdn.* 76 (onde se referem os casos “chicaneiros” de “abuso de poder em prejuízo de um terceiro”); WALTER BAYER, “Anhang zu § 47. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Gesellschafterbeschlüssen”, in MARCUS LUTTER/PETER HOMMELHOFF, *GmbH-Gesetz Kommentar*, 17.ª ed., Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2009, p. 1126, *Rdn.* 20; UWE HÜFFER, *Aktiengesetz*, 9.ª ed., Verlag C. H. Beck, München, 2010, sub § 241, p. 1242, *Rdn.* 24. Em geral sobre a concretização dos “bons costumes” como princípio limitador do exercício do direito de voto dos sócios, v. WOLFGANG ZÖLLNER, *Die Shranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden*, C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München-Berlin, 1963, pp. 288 e ss.

⁸⁰ V. FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, *Provisión de vacantes...* cit., p. 432, PAOLO CECCHI, p. 294.

sível com todos os outros administradores, que, sem a cláusula, continuariam em funções, parece, nessas circunstâncias concretas, aproximar o caso de uma *verdadeira destituição forçada*, activada *isoladamente e fora da vontade da assembleia*, que me inclino a recusar⁸¹. Por isso, tendo a considerar que, a admitir-se sem mais restrições a validade de uma cláusula com a saída de um administrador singular, este tenha que ser um administrador *diferenciado ou especial*: o presidente do conselho de administração, o administrador delegado para as funções comerciais (v. arts. 261.º, n.º 2, 408.º, n.º 2), o administrador nomeado pelo mínimo de 30% das participações representativas do capital social, etc. Em suma, será de admitir quando a cláusula exteriorize a *ponderação dos sócios em condicionar a funcionalidade intrínseca do órgão administrativo à manutenção daquele administrador, com aquela qualidade ou com aquela importância*. Logo, parece ser esta uma interpretação compatível com o carácter fiduciário da cláusula, respeitadora ainda da autonomia estatutária e correspondente às finalidades que lhe foram imputadas^{82,83}

2.7. A admissibilidade da disposição deve encontrar, em todo o caso, um “limite infranquiável” em relação àqueles administradores eleitos ou designados de acordo com as regras especiais de representação proporcional das minorias (art. 392.º, n.os 1 e 6). Estamos perante um *direito potestativo* (de conformação dos sócios com habilitação legal)⁸⁴ do bloco de accionistas detentores de um poder representativo entre 10 a 20% do capital

⁸¹ Em certa medida neste sentido, v. GIUSEPPE FERRI, “In tema di clausola...”, *loc. cit.*, p. 539.

⁸² Não será assim para a comissão de auditoria.

⁸³ Esta leitura *qualificada*, adequada a dar relevo apenas à cessação causante do cargo dos administradores que desenvolvem um papel especial no conselho, ou seja, administradores “específicos”, “nomeados de acordo com critérios particulares ou que cobrem determinadas tarefas”, é, por hoje, defendida por importantes protagonistas da doutrina: v., por ex., GIAN DOMENICO MOSCO, *sub art. 2386*, p. 621, e FRANCESCO FERRARA JR./FRANCESCO CORSI, *Gli imprenditori...* cit. 2006, n. (3) – p. 600.

⁸⁴ “Os direitos potestativos são poderes jurídicos de, por um acto livre de vontade, só de *per si* ou integrado por uma decisão judicial, produzir efeitos jurídicos [constitutivos, modificativos ou extintivos] que inelutavelmente se impõem à contraparte” (CARLOS MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 4.ª ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 183).

*social (ou representativo de pelo menos 10%)*⁸⁵)⁸⁶ – portanto, de minoritários fortes⁸⁷⁻⁸⁸. A sujeição que é associada aos direitos potestativos – neste caso, o exercício de tal direito e a produção das respectivas consequências jurídicas são impostas forçosamente à sociedade e aos sócios quanto à estrutura e composição do órgão, em virtude do exercício dessa faculdade estatutária de representação (os n.os 1 e 6 do art. 393.º são normas dispositivas⁸⁹) – deve excluir a possibilidade de a cláusula “*simul stabunt simul cadent*” afectar os administradores indicados pela minoria (ainda que eleitos por todos os sócios votantes no esquema previsto no n.º 1⁹⁰), sob pena de se lesar irreversivelmente o sistema *escolhido unanimemente pelos sócios no pacto* de entrega de tal indicação (seguida, é certo, numa das hipóteses, de

⁸⁵ Aqui refiro-me ao sistema arroteado pelo n.º 6. Para este, não parece que o contrato de sociedade possa subir indiscriminadamente a minoria (vencida) que é exigida, mas já será lícito elaborar uma redacção estatutária que conjugue o número de administradores a eleger e a minoria eleitora (como seja a que permite a eleição de um administrador se a minoria derrotada corresponder à moldura entre “10% e 20% do capital social”, dois administradores se a minoria derrotada for superior a “20% do capital social”, e por aí fora). Nestes sentidos, RAÚL VENTURA, “Nota sobre regras especiais de eleição de administradores de sociedades anónimas (CSC, artigo 392.º)”, *O Direito*, 1992 (reimp. 2003), pp. 184-185; no primeiro deles, ainda SOFIA RIBEIRO BRANCO, “A representação de minorias accionistas no Conselho de Administração”, *O Direito*, 2004, p. 731.

⁸⁶ Para norma com finalidade análoga no direito societário accionista de Espanha (anterior art. 137 da LSAE; art. 243 da LSCE), v., *similiter*, ÁNGEL ROJO, “Comentario a la STS de 2 de marzo de 1977”, *RDP*, 1977, p. 469, ID., “Nota a la STS de 10 de octubre de 1980”, *RDP*, 1981, p. 198, FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, *La representación proporcional de la minoría en el consejo de administración de la sociedad anónima*, Editorial Civitas, Madrid, 1992, pp. 17, 97-98, 109-110 (mas, como parece óbvio, a sujeição ou vinculação da sociedade tem como limite temporal a duração do cargo do administrador ou administradores representante(s) da minoria), JAVIER JUSTE MENCÍA, *Los derechos de minoría en la sociedad anónima*, Aranzadi Editorial, Madrid, 1995, pp. 325-326.

⁸⁷ COUTINHO DE ABREU, *Governação das sociedades comerciais* cit., p. 79.

⁸⁸ Não estamos, portanto, em face de direitos especiais pertencentes a uma categoria de acções: por todos v. RAÚL VENTURA, “Regras especiais de eleição de administradores de sociedades anónimas”, *Estudos vários sobre sociedades anónimas. Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2003, pp. 520- 521 (“os grupos minoritários formam-se *ad hoc*, ao sabor das circunstâncias de momento”: para o n.º 1), 524 (“a minoria é determinada pelo resultado da votação e é formada por tantos accionistas quantos os que votaram contra a proposta que fez vencimento”: para o n.º 6).

⁸⁹ A representação das minorias só se impõe *ex lege* às sociedades anónimas com subscrição pública ou «concessionárias do Estado ou de entidade a este equiparada por lei» (art. 392.º, n.º 8); v. COUTINHO DE ABREU, “Artigo 392.º”, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Volume VI (Artigos 373.º a 480.º), coord.: J. M. Coutinho de Abreu, IDET – Códigos n.º 6, Almedina, Coimbra, 2013, p. 253.

⁹⁰ Quanto ao sistema do n.º 6, serão os minoritários a eleger directamente um ou mais membros do conselho de administração.

opção maioritária dos sócios) ou escolha a uma minoria qualificada através somente de uma ou mais vontades dos administradores com a eventual finalidade de se desfazerem dos membros designados por accionistas minoritários ou por estes propostos⁹¹. Podemos mesmo adiantar que seria incompreensivelmente contraditório que a equipa-fidúcia salvaguardada pelos sócios na administração incluísse o administrador proposto ou eleito pelos sócios minoritários, uma vez que ele permanece imune às restantes eleições derivadas *tão-só* da iniciativa e poder maioritário dos sócios – corresponde a uma *confiança circunscrita (ainda que ratificada pela maioria dos sócios no sistema da “eleição isolada” dos n.os 1 a 5 do art. 392.º)* e essa deve estar inerte às vicissitudes dos administradores designados ou eleitos pela maioria dos sócios e sem qualquer iniciativa dos minoritários⁹². Esta solução (mais uma vez) restritiva da validade da cláusula “*simul stabunt simul cadent*” está, por fim, em linha com a *tendencial inamovibilidade* dos administradores eleitos por iniciativa dos sócios minoritários (*rectius*, «ao abrigo das regras especiais estabelecidas no art. 392.º»): o art. 403.º, n.º 2, prescreve a ineficácia da deliberação da sua destituição sem justa causa se contra ela tiverem votado accionistas que representem, pelo menos, 20% da totalidade dos votos⁹³.⁹⁴

⁹¹ Concordo com FERNANDO MARTINEZ SANZ, *Provisión de vacantes...* cit., pp. 435-436 (a quem pertence a transcrição inicial do parágrafo). Em Itália, PAOLO RAINELLI, n. (25) – p. 712, dá a entender que se pode discutir a aplicação da cláusula “*simul stabunt simul cadent*” aos administradores independentes nomeados para o conselho de administração no sistema de administração “monístico” (equivalente ao previsto no nosso art. 278.º, n.º 1, al. b)), nos termos do art. 2409-*septiesdecies* do *Codice Civile*.

⁹² Por isso, no verso da questão, há quem sustente que a eleição de administradores por minorias “pode quebrar a lógica de uma equipa”: MENEZES CORDEIRO, “Artigo 392.º”, *Código das Sociedades Comerciais anotado*, coord.: António Menezes Cordeiro, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, p. 1054, anot. 18.

⁹³ Corresponde esta norma, no entender de PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais* cit., pp. 755-756, a uma confirmação da regalia(-garantia) conferida a uma determinada minoria para eleger um administrador, uma vez que “depois não podemos permitir que a maioria corra, sem mais nem menos, isto é, sem justa causa, com esse administrador”. Com juízo depreciativo sobre a inexistência de mecanismo idêntico no direito espanhol, com a defesa mímina da solicitação de uma “justa causa” para a destituição dos administradores dos minoritários, v., com as diversas veredas doutrinais do problema, EDUARDO POLO, *Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima*, in *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dirigido por Rodrigo Uría, Aurelio Menéndez y Manuel Olivencia, tomo IV, Editorial Civitas, Madrid, 1992, pp. 225 e ss; menos convencido, mas igualmente crítico, JAVIER JUSTE MENCÍA, pp. 318-319, 321 e ss.

⁹⁴ O mesmo se defende para os administradores membros da comissão de auditoria que tenham sido eleitos ao abrigo das regras especiais de protecção das minorias. A favor da aplicação do art. 392.º, independentemente do silêncio do art. 423.º-C, PAULO CÂMARA,

2.8. Um teste final à licitude da cláusula “*simul stabunt simul cadent*” é a disposição do n.º 3 do art. 393.º, que prevê a substituição dos administradores em «falta definitiva» nas sociedades anónimas⁹⁵ e, desse modo, prevê a designação dos membros do órgão de administração que ascendem ao órgão na verificação dessa falta⁹⁶. Partindo da convicção de que é de entender como imperativa a norma no que toca aos *expedientes de substituição* – de tal sorte que a liberdade estatutária não poderá contrariar esse desenho legal quanto às *formas e à ordem hierárquica com que os modos de substituição são apontados pela lei*⁹⁷ –, logo se regista que a disposição não

p. 219, ARMANDO TRIUNFANTE, *Código das Sociedades Comerciais anotado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, sub art. 423.º-C, pp. 444-445, PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais* cit., pp. 520 e ss, Luís FILIPE DE ARAÚJO, “Comissão de auditoria: regras especiais de eleição e substituição de administradores (falta definitiva e cooptação)”, *II Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 172 e ss (estes dois últimos Autores com problematização em matéria de substituição), COUTINHO DE ABREU, “Artigo 392.º”, *loc. cit.*, pp. 249 (e n. (2)), 252-253, RICARDO COSTA, “Artigo 423.º-C”, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Volume VI (Artigos 373.º a 480.º), coord.: J. M. Coutinho de Abreu, IDET – *Códigos n.º 6*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 687-688; opostamente, pois tal eleição só deverá abranger os administradores “comuns”, MENEZES CORDEIRO, “Artigo 423.º-C”, *Código das Sociedades Comerciais anotado*, coord.: António Menezes Cordeiro, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, p. 1114, anot. 4.

⁹⁵ Para a sociedade por quotas, cfr. os arts. 252.º, n.º 2, e 253.º, n.º 1; v., desenvolvidamente, RICARDO COSTA, “Artigo 252.º”, pp. 77-78, “Artigo 253.º”, pp. 253 e ss, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Volume IV (Artigos 246.º a 270.º-G.º), coord.: J. M. Coutinho de Abreu, IDET – *Códigos n.º 6*, Almedina, Coimbra, 2013.

⁹⁶ Membros que remetem para a noção de “pluralidade sucessiva” utilizada por BRITO CORREIA, p. 6, para os órgãos societários plurais.

⁹⁷ Não assim para RÁUL VENTURA, “Nota para a substituição...”, *loc. cit.*, pp. 168-169, que, sem distinção, ressalvava a possibilidade de o contrato de sociedade modificar as regras de substituição estabelecidas no art. 393.º, aduzindo exemplos: modificar a ordem de chamada dos administradores suplentes; eliminar a cooptação e a designação pelo conselho fiscal, remetendo apenas (além dos suplentes) para nova eleição; eliminar apenas ou a cooptação ou a designação pelo conselho fiscal; estipular que a ratificação exigida pelo actual n.º 4 seja submetida apenas à primeira assembleia *anual* seguinte. Sobre isto, alerto para o facto de, na versão originária do art. 393.º, comentada pelo Professor lisboeta, o n.º 1 dizia «procede-se à sua substituição», o que daria outra margem para configurá-la como norma dispositiva. Hoje, a redacção do n.º 3 inclui a formulação «deve proceder-se à sua substituição, nos termos seguintes», em resultado da redacção introduzida pelo art. 2.º do DL n.º 76-A/2006. Temos um *signo linguístico* que denota a impossibilidade de derrogação da disciplina, em nome da *garantia de certo esquema organizativo-funcional* na matéria da substituição dos administradores (v., para a análise dos critérios interpretativos sobre a imperatividade das normas societárias, COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II cit., p. 519). Além do mais, em sede de cooptação, impõe-se aos «administradores em exercício» (cfr. al. c)), desde que constituam a maioria dos administradores designados, um poder-dever (legal e específico) de escolher os substitutos no decurso de um exercício. Isto porque –

a desrespeita, antes a ela recorre depois de activados os seus efeitos – uma vez extinto o cargo dos administradores causantes, extinto fica o cargo de todos os administradores e *todos necessitam de ser substituídos*. Como estamos ainda no *decurso do período de exercício das funções*, a substituição não pode deixar de seguir o n.º 3 do art. 393.⁹⁸ Não se trata, pois, de contrariar os comandos da norma – *antes respeitá-los, na sua ordem de desenlaces e nos seus pressupostos*^{99,100}

parece ser essa a razão capital da lei – não basta a maioria dos administradores para que se assegure a continuidade de uma gestão válida e adequada – pois para isso está no CSC o art. 410.º, n.º 4 –, mas também se exige a reintegração tempestiva do colégio, idónea a afastar o perigo de eventuais actos abusivos e inconsiderados na gestão social por parte da maioria restante.

⁹⁸ A «falta definitiva» pressuposta pelo art. 393.º era, para RAÚL VENTURA, “Nota sobre a substituição...”, *loc. cit.*, p. 162, somente a “falta individual de um ou mais administradores. A falta total e simultânea dos membros do Conselho de Administração só pode resultar do termo do tempo legal ou estatutário da duração das funções” (sublinhei). É certo que o n.º 3 refere hoje «faltando definitivamente um administrador». Mas o anterior (e correspondente) n.º 1 referia «faltando definitivamente algum administrador». Será mera alteração da letra da lei sem adicional significado. As vicissitudes de todos os administradores – um, a minoria, a maioria ou a totalidade –, se faltam no decurso do período temporal das suas funções (logo, por causa não coincidente com o esgotamento do tempo do “mandato”), originam o procedimento de substituição arquitectado pelos n.os 2 e 3 (assim como 7) do art. 393.º (v. RICARDO COSTA, “Artigo 393.º”, *loc. cit.*, pp. 258 e ss). Na omissão de pronúncia da lei, não perfilho o entendimento da doutrina aludida – nesta parte, claro, de coincidir a falta de todos os membros do conselho apenas com a extinção temporal do título –, seja para a extinção causante e reflexa decorrente da cláusula “*simul stabunt simul cadent*”, mesmo com eficácia diferida, seja para a extinção, simultânea ou diferida, do título de todos os administradores: a divisão um ou mais administradores/todos os administradores não é assumida pelo art. 393.º, n.os 2 e 3, nem podia ser, sob pena de ficarmos sem *meio de suprimento da falta definitiva de todos os administradores* para a circunstância de a *falta ocorrer no decurso do tempo de exercício das funções administrativas*. Outra questão é, no âmbito do procedimento legal próprio, excluir a aplicação de expedientes de substituição às situações de *cessação colectiva* (síncronica ou não) e, para esses casos, ficarmos com uma aplicação *meramente parcial* do art. 393.º, 3, reduzida à respectiva al. d) (e, porventura, em razão do caso concreto, dispensar a “*declaração*” do n.º 2) – v., novamente, RICARDO COSTA, *ibid.*, p. 267.

⁹⁹ Vendo o confronto da cláusula “*simul stabunt simul cadent*” com o art. 2386 do CCit («substituição dos administradores») como incidindo exclusivamente sobre os pressupostos da norma legal, portanto no sentido do texto, v. GIUSEPPE FERRI, “In tema di clausola...”, *loc. cit.*, p. 538. Em sentido divergente, uma vez que a disposição estatutária em exame significaria a derrogação imediata do sistema de recomposição do conselho através do método da cooptação e a restituição do poder de nomear os administradores à assembleia dos sócios, v. FRANZO MORO VISCONTI, p. 916, GIOVANNI CASELLI, “Di alcune cause di cessazione...”, *loc. cit.*, p. 991, LUCIO GHIA, p. 85, GIAN DOMENICO MOSCO, *sub art.* 2386, p. 620; também PAOLO CECCHI, p. 289, advoga que a cláusula “*simul stabunt simul cadent*” representa um desvio à regra que prevê que, ordinariamente, em caso de cessação de um

Acontece, porém, que, percorridas as alíneas respectivas, essa reconstituição só será possível por via de *novas eleição ou designação dos administradores* – ainda que esses actos possam reconfirmar no cargo os administradores cujo título se viu afectado por contágio da decisão abdicativa (ou qualquer outro facto extintivo) do ou dos administradores¹⁰¹.

De facto, ao aplicarmos o art. 393.º, n.º 3, vislumbramos que:

- 1) a «chamada de suplentes», mesmo que permitida estatutariamente e havido eleição de tais administradores, não (parece) dever ser convocada porque nunca há em número suficiente para recompor a totalidade do órgão (v. art. 390.º, n.º 5: a autorização estatutária para a eleição de administradores vai «até número igual a um terço do número de administradores»)¹⁰²;
- 2) a «cooptação» (critério seguinte de substituição legal, previsto na al. b) desse n.º 3) é, como já sabemos, um expediente que não é possível quando os administradores restantes «não forem em número suficiente para o conselho poder funcionar» – como é quando todos faltam;

administrador, só este seja substituído (e não todos) e derroga o mecanismo da cooptação. Recorde-se que, no direito italiano, há uma forte corrente que sustenta que a cooptação é um mecanismo que sempre será afastável pela vontade estatutária dos sócios e, por isso, responsável pela substituição caber em exclusivo aos sócios, em vez da cooptação: GUSTAVO MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., p. 38, GIOVANNI CASELLI, "Problemi in tema di nomina degli amministratori di società per azioni", *CI*, 1989, n. (29) – p. 80, GIANCARLO FRÈ/GIUSEPPE SBISÀ, *sub art.* 2386, p. 804; contra, GASPAR SPATANZA, "Consiglio di amministrazione incompleto e sostituzione degli amministratori mancanti", *RS*, 1967, p. 1269 e n. (55).
¹⁰⁰ Em sentido favorável ao carácter *sucessivo* dos três primeiros modos de substituição do art. 393.º, n.º 3, v. RAIÚL VENTURA, "Nota sobre a substituição...", *loc. cit.*, p. 165 (mas v. *infra*, n. 105), RICARDO COSTA, "Artigo 393.º", *loc. cit.*, p. 266; cfr. ainda NOGUEIRA SERENS, *Notas sobre a sociedade anónima*, 2.ª ed., *Studia Iuridica* 14, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 71, PAULO OLAVO CUNHA, "Designação de pessoas colectivas para os órgãos de sociedades anónimas e por quotas", *DSR*, 2009, vol. 1, n. (55) – p. 193 e p. 194.

¹⁰¹ Cfr. por todos GIOVANNI CASELLI, "Di alcune cause di cessazione...", *loc. cit.*, p. 988.

Este é um dado que poderá retirar grande parte da base argumentativa à utilidade da cláusula, pois, por ex., se assim o fizerem os administradores "causados", antes mais valeria permanecerem e sujeitarem-se à entrada e/ou à escolha dos administradores substitutos na "equipa". Mas essa é uma hipótese, não uma certeza. É um cenário possível, mas sempre dependente da avaliação desses administradores sobre a composição do órgão depois da saída dos administradores "causantes" – nada garante essa hipótese como regra. Bem pelo contrário: a cláusula, uma vez conhecida e pressuposto da aceitação da qualidade-função de administrador, denuncia uma vontade "provável" de não permanecer sem a integridade do órgão originário.

¹⁰² Por isso nem é preciso atestar se já houve anterior chamada de suplentes para administradores efectivos e se a lista se encontra esgotada.

3) e se a cooptação não procede pela falta de quórum constitutivo do órgão de administração com poder para cooptar, não se aplica, como é por mim sustentado, a al. c)¹⁰³: designação *subsidiária* pelo conselho fiscal ou pela comissão de auditoria «não tendo havido cooptação dentro de 60 dias a contar da falta».¹⁰⁴

Resta-nos a al. d): «eleição de novo administrador», ou seja, *in casu*, de todos os administradores – que assim será a forma de reintegrar o órgão, sem que se violem as regras legais de substituição e ainda com recurso a essas regras^{105,106}

¹⁰³ V. RICARDO COSTA, *Os administradores de facto...* cit., pp. 456 e ss, ID., “Artigo 393.º”, *loc. cit.*, pp. 270 e ss.

¹⁰⁴ Neste sentido se comprehende que a cláusula “*simul stabunt simul cadent*” fosse vista, no direito espanhol, como uma cláusula que, *indirectamente*, impede a cooptação ao eliminar um pressuposto necessário para o seu exercício (na anterior LSAE como na actual LSCE, a cooptação é expediente facultativo): cfr. ÁNGEL ROJO, “La facultad de cooptación del consejo de administración”, *RDM*, 1988, p. 396, FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, *Provisión de vacantes...* cit., p. 428. Note-se, aliás, que, se desvalorizássemos a cláusula “*simul stabunt simul cadent*” e nos entregássemos aos critérios legais de substituição, só se os suplentes chegassem é que poderíamos encontrar-nos ainda na órbita de *confiança immediata dos sócios*. De facto, quando avançássemos para a cooptação, decorreria necessariamente que os membros cooptados são reputados pela lei como *expressão da maioria dos administradores restantes* – e, a não ser que todos os administradores (ou uma submaioria dessa maioria de administradores) fossem sócios, deixariam de ser pessoas de “fidúcia” dos sócios; só o passariam a ser *mediatamente* no momento da ratificação pela assembleia de sócios.

No direito italiano, veja-se por todos a conclusão de FILIPPO CHIOMENTI, “Note minime in tema di nomina di amministratori s.p.a. per cooptazione”, *RivDCom*, 1991, p. 319: “[a cláusula “*simul stabent simul cadent*”] coloca totalmente fora de jogo a cooptação”. Sobre esta relação e a legitimação da cláusula em face da prevalência do poder de a assembleia nomear os administradores, v. ainda VINCENZO SALAFIA, p. 651.

¹⁰⁵ Para quem, como RÁUL VENTURA, “Nota sobre a substituição...”, *loc. cit.*, p. 165, entenda que é lícito recorrer à eleição – ainda que nunca sobreponível à chamada de suplentes – em pé de igualdade com a cooptação e a designação pelo conselho fiscal e pela comissão de auditoria (o Autor baseava-se no facto de a lei não fixar qualquer prazo para esta designação), nem sequer será necessário tanto para chegar a esta conclusão.

¹⁰⁶ Se decorrerem mais de 60 dias sem ter «sido possível reunir o conselho de administração, por não haver bastantes administradores efectivos» (art. 394.º, n.º 1) e não tiver ocorrido essa eleição, temos a possibilidade de vermos nomeado um administrador judicial, de acordo com o fixado pelo art. 394.º, n.º 1, 2.ª parte.

3. Efeitos da cláusula: os administradores “causados” (e, se necessário, os administradores “causantes”) poderão ser administradores de facto?

Aqui chegados, cumpre perguntar: sendo válida a cláusula “*simul stabunt simul cadent*”, em que momento se torna eficaz a cessação de todo o órgão de administração, uma vez verificado o evento previsto na cláusula? Por outras palavras, extinto o título de um ou mais administradores ou gerentes, importa acertar se o órgão cai contemporaneamente e na íntegra de forma imediata ou se os administradores “causados” – ou até mesmo os “causantes” – se mantêm em funções até à nomeação e aceitação dos novos administradores ou gerentes.

Antes de mais, direi que a caducidade do título dos administradores “causantes” será determinada pela disciplina dessas causas (legal ou, se for admitida, estatutária). Portanto, o efeito extintivo será imediato ou diferido em função dessa disciplina¹⁰⁷ – mas sempre um regime próprio, que não poderá ser afastado pela cláusula do pacto.

Já quanto à eficácia reflexa do facto extintivo “causante”, a resposta dependerá, em primeiro grau, da concreta *formulação estatutária* e da sua *opção (porventura literal) sobre a eficácia da extinção do cargo* e, se essa não for exercida, da opção que se tome no caso do *silêncio do pacto* ou da *indeterminação do sentido da cláusula*. Nestas últimas circunstâncias, podem colocar-se dois cenários: ou se determina a caducidade automática e contemporânea de todo o restante conselho de administração (ou gerência plural) ou se expressa que os administradores supérstites entram em *prorrogação de funções* até que haja novos administradores nomeados ou eleitos.

Não creio que estejamos perante caminhos *puramente alternativos*, antes *complementares*.

O primeiro deles é o que mais reifica a dimensão concreta da cláusula (na sua função e na sua finalidade mais básica), uma vez que é de reconhecer que o “immediatismo” da caducidade de todo o órgão – e a extinção da qualidade de administrador e dos seus poderes enquanto gestor de direito – realiza mais eficientemente o objectivo de manter a estreita ligação entre aquele particular conselho de administração e a assembleia que o nomeou, enquanto expressão de um certo acordo dos sócios e da aludida confiança naquela “equipa”. Ou, numa outra hipótese, torna mais eficaz a mudança integral dos administradores no caso de mudança na composição da maioria dos sócios, bem como a salvaguarda da manuten-

¹⁰⁷ Neste sentido, quando é a renúncia a causa de extinção directa de todo o órgão, ARTURO DALMARTELLO, “Postilla a Luraghi (in tema di dimissioni di amministratori di società per azioni)”, *Giur.Comm.*, 1974, p. 589.

ção da proporção da participação dos sócios (ou dos “grupos de sócios”) no conselho ou na gerência e na (eventual) distribuição das tarefas. Em suma, se a *ratio* é assegurar uma *certa* gestão fiduciariamente personificada nos membros eleitos no seu tempo, a sua modificação determina a impossibilidade da permanência em funções ainda que somente transitória¹⁰⁸.

Por outro lado, se os conselheiros “causados” permanecem em funções, isso quer dizer que os administradores “causantes” colocam nas mãos dos restantes todo o poder de gestão (e representação, se puder ser) da sociedade; poderão gerir, por um certo período de tempo, sem o controlo de uma parte do conselho. Chegaríamos, desse modo, a um resultado oposto àquele pretendido pelos administradores “causantes” e à própria filosofia da cláusula “*simul stabunt simul cadent*” – não se vê que se possa deixar de extinguir o título quando existe a quebra da fidúcia entre a sociedade e os seus administradores como um todo¹⁰⁹. Se assim é, *logo que a caducidade da causa relativa aos administradores “causados” se registe*, esse momento coincidirá com a caducidade dos administradores afectados pela cláusula – a caducidade é imediata e contemporânea; *todos deixam nesse momento de ser administradores de direito*.¹¹⁰

¹⁰⁸ Nesta perspectiva, a prorrogação de funções não reflectirá um princípio de ordem pública, exprimirá antes um interesse eminentemente privatístico e como tal derrogável (v. por todos GUSTAVO MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., pp. 483-484). Logo, a *prorogatio* coloca-se como excepção à regra, sendo esta a cessação imediata dos administradores. Neste sentido, v. MASSIMO FRANZONI, *sub art.* 2386, p. 271.

¹⁰⁹ Em parte, são argumentos avançados por MAURIZIO MARTONE, pp. 820-821, BRUNO INZITARI, p. 866, ALBERTO BONAITI, pp. 185 e 186, e GUIDO BARTALINI, p. 457.

¹¹⁰ A correlação entre a cessação de *um ou mais administradores* e a cessação de todos os administradores é justamente sugerido pela repetição do advérbio *simul*. Mas dividiu a doutrina italiana. V., sobre esta posição da “caducidade automática”, ARTURO DALMARTELLO, “*Validità o invalidità...*”, *loc. cit.*, pp. 154-155, ID., “*Postilla a Luraghi...*”, *loc. cit.*, p. 589 (a cláusula supera o princípio da suspensão do efeito das demissões da maioria), GIUSEPPE FERRI, *Le società* cit., p. 680, BRUNO INZITARI, pp. 865-866, ALBERTO BONAITI, p. 186, MASSIMO FRANZONI, *sub art.* 2386, pp. 271-272.

Todavia, se o texto estatutário não fosse unívoco, a favor da caducidade de todo o conselho só quando este viesse a ser reconstituído, v. FRANZO MORO VISCONTI, pp. 912 e ss, para quem é disciplina “normal”, no caso de cessação do cargo dos administradores, a prorrogação temporal do “mandato administrativo”, prevista na lei para as causas *típicas* de cessação (renúncia e esgotamento do prazo, previstas no art. 2385 do CCit, em oposição às restantes causas, “mais graves” e fundantes de “cessação imediata”), pelo que defendia que, uma vez terminadas as funções de um ou mais administradores, se determina a “antecipação” da caducidade do tempo de duração no cargo dos outros, fazendo assim aplicável a disciplina do 2.º § desse preceito (em que o efeito da caducidade temporal do título administrativo só tem efeito «no momento em que o conselho de administração for reconstituído»). Nesta linha de pensamento, também MAURIZIO MARTONE, pp. 821-822,

Isso não significa que, tal como acontece a propósito dos *administradores que vêm o seu cargo extinto pelo decurso do tempo*, se tenha que paralisar a actividade e a funcionalidade (ainda que limitada) do órgão. Nesta etapa, já se erguem os interesses da sociedade em ser assegurada, ainda que transitoriamente, a continuidade das funções administrativas *até ser reposta a confiança perdida* numa outra configuração pessoal do órgão administrativo.

No caso da sociedade por quotas, a lei resolve o problema: “faltando definitivamente” *todos os gerentes* (mesmo que seja só um) – resultado último da produção de efeitos da cláusula “*simul stabunt simul cadent*” –, todos os sócios (ou o sócio único) assumem os poderes de administração até que sejam designados os novos gerentes (art. 253.º, n.º 1). São, portanto, os sócios (ou o sócio único) que passam a administradores – *de facto*, se exercerem poderes e funções de administração (*legitimados por força da lei, objecto de interpretação objectivo-actualista*)¹¹¹, e *temporários* –, ainda que possam ter assumido anteriormente a qualidade de gerentes, que agora caduca, seja originariamente, seja reflexamente.

No caso da sociedade anónima, não temos norma equivalente que nos valha. Mais uma vez estamos perante uma *condição temporária* mas que acautela uma perturbação não desejável da organização corporativa, sem que se deixe de fazer o pertinente controlo dos administradores *que já*

apoiou a “eficácia retardada”, em nome da continuidade dos órgãos necessários ao funcionamento social e da tutela da confiança dos terceiros na imutada composição do conselho, e GIAN FRANCO CAMPOBASSO, n. (2) – p. 377, admitiu ser preferível a aquisição de eficácia com a nomeação dos novos administradores. Mais radical se afirmou GIOVANNI CASELLI, “Di alcune cause...”, *loc. cit.*, pp. 991-992 (incorporado por LUCIO GHIA, p. 85), que, inspirado pela consideração de a continuidade do órgão administrativo exprimir um princípio ditado pela tutela de um interesse superior, declinou que fosse consentido à autonomia privada criar outras causas de cessação imediata de todo o órgão administrativo, para além das inspiradas por uma condição de necessidade, como a morte ou a verificação de uma verdadeira e própria incapacidade. Residualmente, PAOLO CECCHI, pp. 295-296, confiava ao intérprete a tarefa de individualizar a vontade dos sócios; neste sentido, não seria possível prescindir do conteúdo concreto da cláusula.

O § 4.º do art. 2386 do *Codice Civile* veio privilegiar o que os sócios venham a estabelecer em sede de redacção da cláusula, considerando substancialmente legítimas uma ou outra solução. Porém, no silêncio estatutário, estabelece salomonicamente que a convocação da assembleia para nomeação do novo conselho seja feita com urgência «pelos administradores que permanecem em funções» (os “causados”) – o que equivale à tese da “eficácia diferida” e o regime da *prorogatio*. Se os estatutos optarem pela tese contrária, então manda aplicar o § 5.º: a convocação da assembleia compete ao *collegio sindicale*, que pode realizar actos de «administração ordinária» no período transitório.

¹¹¹ V. RICARDO COSTA, *Os administradores de facto...* cit., pp. 477-478, 484-485, 487 e ss, 643 e ss, ID., “Artigo 253.º”, *loc. cit.*, pp. 85 e ss.

não são de direito mas actuam como se ainda fossem. Deste modo, a semelhança com a caducidade simultânea de todos os administradores por efeito do prazo (sejam eles os originariamente nomeados ou eleitos, sejam eles os administradores substitutos de acordo com os critérios do art. 393.º, n.º 3) é manifesta e aconselha a uma *aplicação analógica* do art. 391.º, n.º 4, ao órgão administrativo tocado pelos efeitos da cláusula “*simul stabunt simul cadent*”: «os administradores mantêm-se em funções até nova designação»^{112-113.114}

¹¹² E, assim, à possibilidade de convocar o art. 394.º, n.º 1, 2.ª parte, respeitante ao requerimento da nomeação judicial de administrador, passados que sejam 180 dias sobre o momento da eficácia extintiva da cláusula “*simul stabunt simul cadent*”.

¹¹³ De facto, a caducidade contemporânea de todos os administradores é comum às duas espécies de caducidade, a prevista na lei para o esgotamento do tempo de exercício das funções administrativas e a prevista nos estatutos para a extinção reflexa das funções administrativas por mor da extinção do título de um ou mais administradores. Aliás, mesmo que a caducidade temporal-fisiológica não se confunda com a caducidade não fisiológica (v. RICARDO COSTA, “Artigo 393.º”, *loc. cit.*, pp. 259-260), o certo é que o regime de nomeação, caducidade temporal e substituição dos administradores impõe, no direito societário da anónima, um princípio imperativo, traduzível na interligação sistemática dos arts. 391.º, n.os 3 e 4 – que estabelecem um termo único de caducidade temporal não superior a quatro anos e a extinção do título administrativo pelo preenchimento desse «prazo certo» –, 393.º, n.º 5, e 425.º, n.º 3, 1.ª parte – que impõem que as substituições administrativas durem até ao fim do período para o qual os administradores substituídos forem eleitos –, de caducidade *sincrónica* de todos os administradores no fim do período previsto para o cargo administrativo: (i) pelo decurso do tempo, caduca o cargo no termo do prazo certo, legal ou estatutário, para todos os administradores; (ii) tal caducidade aplica-se tanto aos administradores originários, cuja extinção do título é afectada tão-só pela causa “natural” de cessação do “mandato”, como aos sucessivos administradores substitutos dos que saem no decurso do exercício, pois estes vêm durar as suas funções até ao fim desse período.

Estamos perante uma verdadeira regra *geral*, insusceptível de afastamento por intermédio de previsão estatutária com esquemas de caducidade “escalonada” ou “diferenciada” (como hoje é admitido no art. 2386, § 3.º, do CCit): uma regra, portanto, a que se têm que submeter os eventos de carácter *excepcional* que, mesmo impedindo que os administradores cumpram até ao fim a função, não podem deixar de remeter para a duração temporal máxima do cargo dos substitutos, coincidente com o *lapso de tempo em falta no que respeita aos administradores originários (pois os administradores a que se refere o n.º 5 do art. 393.º não são os administradores substitutos, ainda que por eleição, e depois substituídos mas sempre os administradores «eleitos» ao início).* Desta forma, reparo que seja viável enxergar uma valoração legislativa “*simul stabunt simul cadent*” na duração do cargo administrativo e na respectiva cessação contemporânea de todos os administradores, independentemente do momento da sua designação – este é um tema assaz discutido na doutrina italiana: no sentido do exposto, v., em esp., GIANNI MIGNONE, “Principio» di scadenza contemporanea degli amministratori e sua derogabilità statutaria”, *Giur. It.*, 1989, I, Sez. II, pp. 372 e ss, ALDO SCHERMI, “Nomina degli amministratori di società per azioni. Principio legislativo

Do regime legal que incide sobre a nomeação e substituição dos administradores não retiramos qualquer óbice a esta solução de continuidade no desenvolvimento da função administrativa. É, por natureza, uma continuidade *limitada e funcionalmente balizada pelas circunstâncias*. Os administradores caducados devem manter-se *temporariamente* em funções para, *pelo menos*, promover a realização da assembleia de sócios com o fim de nomear ou eleger os novos administradores¹¹⁵ e, *para além da reconstituição do órgão, se necessário, gerir e actuar em nome da sociedade*. Para isso, não é líquido que os administradores “causantes” tenham que se manter em funções (naturalmente, se puderem – excluem-se, por ex., a morte ou a incapacidade jurídica superveniente – ou a sociedade/sócios tolerarem – não será, em princípio, o caso da destituição, em particular a fundada em “justa causa”). Em rigor, só o deverão fazer se a sua participação for indispensável para a constituição da maioria deliberativa do órgão – pois o legislador não requer a presença de todos os administradores, mas tão-só a maioria, para que o órgão possa validamente deliberar (art. 410.º, n.º 4)¹¹⁶ – ou para o preenchimento das regras (legal supletiva ou estatutária) de vinculação da sociedade (arts. 261.º, n.º 1, e 408.º, n.º 1). Ou seja, se estivermos a falar da activação da cláusula por administradores ou por um número de administradores que sejam dispensáveis para qualquer daquelas duas realidades – nomeadamente, se corresponderem à minoria do órgão plural –, a prorrogação verifica-se somente para os administradores “causados”, que são a maioria dos membros do órgão e/ou são a

simul stabunt simul cadent. Derogabilità. Potere dell’assemblea straordinaria”, *Giust. civ.*, 1994, I, pp. 1353 e ss, FABIANA MASSA FELSANI, “Scadenza contemporanea e scadenza scaglionata del consiglio di amministrazione”, *RivDCom*, 1995, pp. 542 e ss; criticamente, em nome da excepcionalidade da caducidade sincrónica para as hipóteses “não fisiológicas” de cessação, PIER GIUSTO JAEGER, “Nomina degli amministratori: norme inderogabili, regole «generali» e autonomia delle società”, *Giur.Comm.*, 1986, II, pp. 880 e ss –, que, no que toca ao fenómeno da prorrogação sucessiva de funções caducadas para todos os administradores, aproveita ao desenho jurídico dos efeitos da cláusula “*simul stabunt simul stabunt*”.

¹¹⁴ Na prática esta solução coincide com a prevista para as sociedades por quotas, *sempre que o ou os gerentes sejam sócios ou, pelo menos, quando o gerente ou alguns dos gerentes sejam sócios*: continuam a ser anteriores gerentes, ainda que chamados pela lei na qualidade de sócios a manterem-se em funções até nova designação.

¹¹⁵ Quando o art. 253.º, n.º 1, atribui aos “sócios-eventuais administradores de facto” os «poderes de gerência», nestes está incluído o poder disjuntivo de convocar a assembleia dos sócios (n.º 3 do art. 248.º).

¹¹⁶ Ao invés das regras disciplinadoras da substituição dos administradores caducados no exercício, é precisamente nesta regra de funcionamento maioritário do conselho “incompleto” que GASPAR SPATAZZA, p. 1268, vê assegurada a continuidade da gestão; no primeiro sentido, v. por todos GIUSEPPE MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., p. 484, FRANCESCO FERRARA Jr./FRANCESCO CORSI, *Gli imprenditori...* cit. 2006, p. 600.

parcela subjectiva do órgão de que depende o relacionamento eficaz com terceiros. E, seja para estes, seja para os “causantes” (se necessário), julgo que esse diferimento se ajusta ao respeito pelo dever de os administradores actuarem cuidadosamente no interesse da sociedade (art. 64.º, n.º 1, al. a)), sem uma descontinuidade no funcionamento do órgão que possa causar danos à sociedade e os possa considerar responsáveis pela respectiva indemnização. Assim, enquanto durar esta desejável *prorogatio* dos administradores com título extinto mas ainda em funções num determinado arco de tempo – a que podemos chamar o “colégio real”¹¹⁷ –, podemos ter *administração de facto por parte de quem actua e enquanto actua*¹¹⁸.

¹¹⁷ Ou seja, os membros do conselho efectivamente em exercício de funções, que se opõem ao “colégio legal” (os membros designados ou eleitos pelo acto constitutivo ou pela assembleia no número preestabelecido nos estatutos): v. GUSTAVO MINERVINI, “Morte di un amministratore e poteri dell’amministratore superstite”, *Riv. dir. civ.*, 1955, p. 787, ID., *Gli amministratori...* cit., pp. 389-390, EMILIO VALSECCHI, “Successive cooptazioni di amministratori”, *RivDCom*, 1961, II, p. 428, GASPARÉ SPATAZZA, n. (52) – p. 1266.

¹¹⁸ Esta opção sairá reforçada se a estipulação for clara (ou dela resultar tal sentido interpretativo) quanto à prorrogação de funções dos administradores supérstites ou, até, de todos os administradores (ou seja, a manutenção de funções de *todo o conselho*). Mesmo que a cláusula estatutária implique a cessação automática de todo o conselho e não preveja o prolongamento de funções – opinião largamente preferida ou admitida como possível em Itália: GUSTAVO MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., p. 480, ARTURO DALMARTELLO, “Validità o invalidità...”, *loc. cit.*, pp. 155-156, FRANZO MORO VISCONTI, p. 914, MAURIZIO MARTONE, p. 819, BRUNO INZITARI, p. 988, ALBERTO BONAITI, pp. 185-186 –, não vejo que seja de excluir esse poder dos administradores: na verdade, a cláusula tomou posição sobre o momento da eficácia extintiva, mas não arreda a prorrogação do exercício administrativo. Se, em contraponto, a redacção estatutária ditar a “manutenção de funções”, a administração de direito conserva-se até ao momento indicado no texto do pacto social.

Nos demais casos, a administração de facto segue (analogicamente) o enquadramento do administrador de facto *ope legis* por força do exercício de funções após o decurso do prazo de designação (art. 391.º, 4): sobre este tema, v. RICARDO COSTA, *Os administradores de facto...*, cit., pp. 328 e ss, em esp. 385 e ss, 643 e ss, ID., “Artigo 391.º”, *loc. cit.*, págs. 226 e ss.

RESUMO: O governo da actividade creditícia-financeira constitui, à luz da teoria económica e do direito administrativo, uma actividade perigosa. Apresentam-se neste artigo as implicações jus-civilistas desta concepção, com relevância na tutela dos credores de instituições financeiras em crise ou insolventes.

Palavras-chave: Administração bancária; Responsabilidade civil; Actividade perigosa; Inversão do ónus da prova.

ABSTRACT: The governance of the credit activity in financial services can be considered, in light of both the economic theory and administrative law, a dangerous activity. This article presents this conception's civil law implications, with relevance in protecting creditors of the financial institutions in crisis or already insolvent.

Keywords: Bank management; Civil liability; Dangerous activity; Reversal of the burden of proof.

JORGE A. NUNES LOPES*

Responsabilidade civil dos administradores de instituições financeiras em crise ou insolventes (a aplicabilidade dos artigos 493.º n.º 2 do CC, 365.º do CCom e 78.º n.º 1 do CSC)

§1.º INTRODUÇÃO

1. Causas de cessação de pagamentos em instituições financeiras e o art. 78.º n.º 1 do CSC

Um retrato às causas da cessação de pagamentos nas instituições creditícias e financeiras¹ apresenta, habitualmente e com mais ou menos

* Advogado, Mestre em Direito

¹ Passaremos a utilizar, em geral, a expressão instituição ou empresa financeira, como significante bastante para os efeitos aqui discutidos, ainda que falha de rigor a vários níveis (cf. art.s 2.º e 4.º do RGICSF). Poderíamos usar a expressão de talhe legal instituições de crédito – contudo, parece-nos mais denotativo usarmos aquelas, pois, a matriz de ambas é comum e reside na sua dotação de um capital de confiança organizatória e de policiamento (pelo BdP, pela CMVM), que induz o público a entregar-lhes direitos de 'propriedade' sobre dinheiro e valores mobiliários, em troca de direitos de crédito. Além disso, para efeito de regime legal de insolvência e liquidação, o regime é o mesmo, trate-se de um banco, de uma agência de câmbios, ou de uma sociedade financeira de corretagem (assim, art. 4.º, n.º 2, do Decreto-Lei n.º 199/2006). Contudo, teremos em mente, sobretudo, as

ingredientes, o seguinte: «*acciones delictivas (fraude, abuso de confianza, falsificación de balances) de los propietarios o gerentes [...] junto a la incapacidad general de sus directivos*»². Com mais detalhe, tem-se salientado: **a**) a falta de «*realidad en las aportaciones de los socios al capital social*» – isto é, simulação de realização do capital social; **b**) concentração de créditos a favor de sociedade do mesmo grupo; **c**) captação do passivo – leia-se, depósitos – por meios «*anormales*», tais como, taxas de juros superiores à concorrência; «brindes»; **d**) concessão de crédito a administradores e sua ocultação; **e**) obstrução (dilações, informações ‘redondas’, vagas) à autoridade de inspecção³.

Num relatório de síntese à análise de 35 falências de bancos, nos EUA, entre Junho de 2009 e Junho de 2011, o departamento inspectivo do FED (Office of Inspector General), registando que o seu fundo de garantia de depósitos havia perdido, «*approximately \$ 4.8. billion*»⁴, aponta as seguintes causas: **a**) «*Poor Strategic Decision-making*», concretizadas em realização de operações com risco excessivo; **b**) Falta de capital e fundos próprios adequados à concessão (por isso, excessiva) de crédito; **c**) Deficiência de controlo interno; **d**) Remuneração dos administradores incentivadora à tomada de risco excessivo⁵.

empresas creditícias, os bancos e as que não o sendo, actuam como tal, por isso também são designadas como o *shadow banking*: o «sistema bancário paralelo [que] desempenha funções importantes no sistema financeiro [...] oferecendo aos investidores alternativas para os depósitos bancários. Pode também representar uma ameaça para a estabilidade financeira a longo prazo», pois, digamos nós, sendo bancos de facto, não são regulados como tal, ou até, de forma alguma, como é o caso dos *hedge funds*. Cf. *Livro Verde – Sistema Bancário Paralelo*, da Comissão Europeia, Bruxelas, 19.3.2012, COM (2012) 102 final – p. 2, disponível com estas referências no *site* da Comissão. Em geral, cf. «*As instituições de crédito: conceito e tipologia legal, classificação e actividades legalmente permitidas*», FERNANDO CONCEIÇÃO NUNES, *Revista da Banca*, 15 (1993), pp. 71-112 – que no essencial se mantém actualizado. Para uma noção ampla, cf. CARLOS COSTA PINA, *Instituições e Mercados Financeiros*, ed. Almedina, Coimbra, 2005.

² EKKEHARD BAUER, «*Las crisis bancarias en la Republica Federal Alemana*», in *Aspectos Jurídicos de las Crisis Bancarias*, Org. Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1988, pp. 47-54, p. 49.

³ JEAN LE BRUN, «*El Marco Jurídico Anterior a las Crisis Bancarias*», *Aspectos Jurídicos de las Crisis Bancarias*, Org. Centro de Estudios Judiciales, Madrid, 1988, pp. 39-46, p. 24.

⁴ FEDERAL RESERVE SYSTEM – BOARD OF GOVERNORS OF THE FEDERAL RESERVE SYSTEM – *Summary Analysis of Failed Bank Reviews* – Office of Inspector General, September 2011 (disponível em http://www.federalreserve.gov/oig/files/ Cross_Cutting_Final_Report_ 9.30.11.pdf/ data da consulta Dezembro 2012).

⁵ O relatório aponta também: a ausência de supervisão, o seu atraso, a sua falta de treino, sugerindo, nomeadamente, «*training programs with case studies from the recent failures*», p. 12.

Normalmente e tendo em mente a casuística nacional, ocorre violação às regras do regime legal das instituições de crédito e instituições financeiras (doravante, RGICSF)⁶, pelos administradores, 'concedendo crédito a si próprios', isto é, mascarando crimes de abuso de confiança com a simulação de mútuos... Assim, o património social revela-se insuficiente para pagar aos credores, quer a tempo – isto é, com a liquidez devida à exigibilidade dos depósitos – quer no termo da liquidação do activo. Quando a dimensão da empresa foi deixada crescer até se dizer que a sua crise será sistémica, pagam os contribuintes o que a massa em liquidação, deduzidos os custos de resolução e de liquidação, não permita reembolsar. Então, seja o Estado, o Banco de Portugal (BdP), o Fundo de Garantia de Depósitos ou os próprios particulares, serão credores sem a totalidade do respectivo crédito. Ora, a primeira regra geral protectora dos credores perante a insuficiência do património social causada por actuação ilícita da administração parece consistir no disposto pelo art. 78.º n.º 1 do CSC

Partindo desta norma⁷, verificaremos que, afinal, talvez ela não seja a primeira nem a mais importante na tutela dos credores, vítimas dos actos ilícitos de administradores menos ou mais 'afoitos' e confiantes na costumada tradicional impunidade judicial.

§ 2.º

A ACTIVIDADE BANCÁRIA COMO ESPECIALMENTE PERIGOSA: NA DOUTRINA ECONÓMICA E NO DIREITO ADMINISTRATIVO (DO RGICSF)

2. A exclusão da liberdade geral de acesso à actividade financeira (característica marcante das actividades perigosas)

As actividades em causa são de acesso proibido e a prática não autorizada da função creditícia constitui crime⁸. Para a exercer é necessária uma prévia autorização administrativa, envolvente de múltiplos juízos de dis-

⁶ Aprovado pelo Dec.-Lei n.º 298/92, de 31 de Dezembro e sucessivas alterações, a última das quais, nesta data, pelo Dec.-Lei n.º 18/2013, de 16 de Fevereiro.

⁷ Cujo teor diz: «Os gerentes ou administradores respondem para com os credores da sociedade quando, pela inobservância culposa das disposições legais ou contratuais destinadas à protecção destes, o património social se torne insuficiente para a satisfação dos respectivos créditos.»

⁸ Art. 200.º do RGICSF.

cricionariedade técnica – dentro de cláusulas estabelecedoras de patamares de exigências económico-financeiras, por um lado, e por outro, de idoneidade profissional e pessoal dos administradores e até dos accionistas⁹.

Este constitui o regime típico que a ordem jurídica estabelece para o exercício de actividades perigosas: são autorizáveis apenas mediante prévia licença, cumpridas normas de segurança pré-fixadas em ordem a evitar danos que de outro modo seriam excessivos, comparativamente à generalidade das actividades sociais e económicas. Tal regime mostra-se característico de outras actividades consideradas perigosas: a utilização de radioactividade, de explosivos e armas de fogo, a condução de veículos (carros, barcos, aeronaves), a utilização de certas drogas.

Por outro lado, além do regime de acesso condicionado, a liberdade de gestão é aqui restringida, como em nenhuma outra actividade económica sucede. Ou seja, os deveres gerais de cuidado, lealdade, diligência, de gestor criterioso e ordenado mostram-se concretizados em regras tipificadoras da sua densidade – e de uma forma móvel, isto é, adequadas à conjuntura económico-financeira, de modo a expressarem a todo o tempo um resultado de «gestão sã e prudente».

O regime que antecede fundamenta-se no facto de a actividade em causa constituir fonte de risco acrescido ou especial:

«Nas actividades de risco especial ou qualificado, e por isso sujeitas a autorização prévia, não existe um direito fundamental de iniciativa económica no sentido geral. O direito de liberdade económica só existe com o limite à priori da imunidade e autonomia dos outros cidadãos: as actividades acompanhadas de risco significativo para outrem não constituem objecto de um pretenso direito fundamental de pôr em risco os outros»¹⁰.

Neste sentido, a doutrina administrativa considera que a supervisão constitui efectiva polícia financeira sobre uma actividade perigosa, criadora de riscos especialmente elevados¹¹.

⁹ Regras de arts. 16.º e ss., 30.º e ss. do RGICSF. FERNANDA MAÇÃS salienta a forte e correcta discricionariedade que a lei atribuiu ao BdP na apreciação destes requisitos – «Regime jurídico da autorização das instituições de crédito em Portugal», in *Estudos em Homenagem ao Banco de Portugal*, ed. BdP, Lisboa, 2008, pp. 183-214, pp. 201 ss.

¹⁰ JOSÉ ANTÓNIO VELOSO, «Prevenção do risco para a gestão de bancos e fiscalização da idoneidade de accionistas qualificados», *Revista da Banca*, n.º 54 (2002), pp. 45-106, p. 68-69.

¹¹ Assim, MARCELLO CAETANO, *Manual de Direito Administrativo*, vol. II, Almedina, 1983, pp. 1194-1195. Idem, SÉRVULO CORREIA, *Noções de Direito Administrativo*, ed. Danúbio, 1982, pp. 246 ss.

3. A natureza intrínseca do negócio (emprestar o que não se tem + depender da irracionalidade de «comportamentos de manada» via a regra *Fair Value/market value* = à listagem/soma dos riscos incontroláveis)

A razão da perigosidade e risco estruturais da actividade creditícia encontra-se na circunstância de, ao contrário do que o direito autoriza em geral, aqui pode-se obter lucro emprestando e «vendendo o produto» que, rigorosamente, não se dispõe no património (através do sistema autorizado, de reservas bancárias)¹². Recordemos que o negócio do crédito iniciou-se no ourives-depositário:

«Os mercadores tinham o hábito de confiar aos ourives as quantidades que possuíam em excesso; em contrapartida os ourives davam-lhes recibos de depósitos que – embora absolutamente particulares – em breve se viram a circular como meio de pagamento [...] E em breve, praticamente seguros de não terem de reembolsar tudo ao mesmo tempo, os ourives começaram a emprestar mais do que os depósitos que haviam firmado»¹³.

A institucionalização (legalização) do invento designou-se por moeda fiduciária: um «título de crédito» que serve à transferência e domínio do património¹⁴. Mas, a generalização desta técnica, sem a simultânea prevenção dos perigos que ela comporta – pois, autoriza que os meios de pagamento sejam muito superiores, até desmedidamente superiores ao volume de reserva-ouro na base da sua emissão¹⁵ – originou as primeiras crises bancárias¹⁶.

¹² Por isso, uma corrente económica – Escola Austríaca – acusa-o de ser fraudulento. Cf. THORSTEN POLLET, «Sobre a natureza fraudulenta do sistema bancário de reservas fraccionárias», (2011) *in, site do Instituto Ludwig Von Mises Brasil* (em 29.11.2012).

¹³ PIERRE VILAR, *O Ouro e a Moeda na História*, Publicações Europa-América, 1990, p. 217. Sobre o tema cf. JEAN RIVOIRE, *História da Moeda*, ed. Teorema, 1991, p. 49 e ss.

¹⁴ Sobre a essência da moeda, como «relação social de crédito», cf. J. SANTOS QUELHAS, *Sobre as Crises Financeiras, o Risco Sistémico e a Incerteza Sistemática*, ed. Almedina, Coimbra, 2012, p. 328 ss.

¹⁵ Sobre o tema, da pequena banca tradicional ao banco de investimentos e universal, na perspectiva histórica europeia, genericamente, DAVIDE S. LANDES, *A Riqueza e a Pobreza das Nações*, ed. Gradiva, Lisboa, 6.ª ed., 2002, p. 286 ss. Para uma visão geral sobre a importância central do sistema financeiro no desenvolvimento, cf. PETER JOSEPH DRAKE, *Money, Finance and Development*, ed. M. Robertson, Oxford, 1980.

¹⁶ A França teve a estrondosa falência do «Banco real», criado em 1716, pelo compatriota de A. Smith, John Law, o qual, tendo obtido a confiança do rei para emitir moeda (tendo como primeiro cliente, o próprio Estado... através de empréstimos) e depois a confiança pública acaba, porém, por levar à ruína numerosas famílias, em operações de bolsa e emis-

Acresce que, ao receberem depósitos e ao emprestarem, os bancos criam moeda – e ao criarem esta, aumentam o nível de investimento, o qual por sua vez aumenta o rendimento nacional e este aumenta o aforro, logo o volume de depósitos inicial resulta aumentado¹⁷. Schumpeter bem o registou: «O banqueiro não é primariamente tanto um intermediário da mercadoria «poder de compra» mas um produtor dessa mercadoria»¹⁸.

Vale isto para salientarmos a raiz da periculosidade do crédito/depósito, e a concomitante exigência regulatória, estruturante do sistema financeiro: desde logo, o modo como o Estado determina a taxa das reservas, relativamente aos depósitos, capital e fundos próprios que o banco deve

são de notas completamente descontroladas e especulativas. Cf. JEAN RIVOIRE, ob. cit., p. 59 e ss.; também GALBRAITH, *O Dinheiro, donde veio, para onde foi*, Publicações Europa-América, Lisboa, 1987, p. 33 e ss. John Law foi autorizado, em França, a criar um banco e, pela primeira vez, a emitir moeda-papel, contra a respectiva reserva-ouro. Porém, «as regras de prudência e boa gestão, em especial no que respeita à formulação de uma adequada relação entre o montante global da emissão e o correspondente encaixe em metais preciosos, foram largamente ultrapassadas, acabando a experiência por se saldar num estrondoso fracasso. As notas tornaram-se inconvertíveis, perdendo todo o seu valor, levando milhares de pessoas à ruína. Esta não foi, infelizmente, a única experiência deste tipo, mas sim sem dúvida uma das mais marcantes. A sua memória perduraria em França, levando a que durante muito tempo a moeda-papel fosse olhada com desconfiança, condicionando assim negativamente o desenvolvimento do próprio sistema bancário francês», Luís MÁXIMO DOS SANTOS, «Bancos», in *Polis-Encyclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, ed. Verbo, Lisboa, S. Paulo, s/d, p. 522.

¹⁷ Sendo certo que se trata de um efeito induzido pelo conjunto dos bancos: «O sistema bancário, como um todo, pode fazer o que cada pequeno banco não pode fazer individualmente: ele pode expandir os seus empréstimos e investimentos num múltiplo elevado das novas reservas de caixa, mesmo que cada um dos pequenos bancos empreste sempre apenas uma parte dos seus depósitos.» Assim, PAUL SAMUELSON, *Economia*, F.C. Gulbenkian, 5.ª ed., Lisboa, 1981, p. 308.

¹⁸ SCHUMPETER, *A Teoria do Desenvolvimento Económico*, ed. Nova Cultural, São Paulo, 1988, p. 53. O funcionamento do conjunto dos bancos aumenta, de per si, o volume global da massa monetária em circulação, uma vez que constitui um pressuposto empírico fundamental de cada banqueiro a desnecessidade de manter em caixa 100% da totalidade dos depósitos. O efeito da criação de moeda bancária, também dita escritural, decorre, assim, da circunstância de os pagamentos entre os agentes ocorrerem dentro do conjunto dos bancos, portanto, sem saída de moeda-papel, e a moeda acaba por ser usada como mera unidade de conta. Noutra perspectiva, trata-se do chamado processo de expansão múltipla dos depósitos bancários, ou multiplicador automático, que ocorre: «Quando o banco central abre um crédito a um banco comercial, este, a partir daquele novo recurso, concede um crédito a um seu cliente, guardando em caixa apenas uma reserva necessária para fazer face aos eventuais levantamentos em moeda fiduciária que possam ser feitos. Este cliente fica pois com uma conta de depósitos naquele banco ou outro. Esta nova conta de depósitos constitui um recurso adicional para o banco comercial, a partir do qual abre um novo crédito a outro cliente depois de ter guardado uma reserva» – ALFREDO DE SOUSA, *Análise Económica*, ed. Universidade Nova de Lisboa, Faculdade de Economia, Lisboa, 1987, p. 376.

possuir, como limite do montante de crédito a conceder¹⁹. A taxa de cobertura de depósitos que o banco seja obrigado a manter determina, desde logo, a dimensão da liquidez, isto é, do cumprimento, sem mora, da juridicamente chamada 'garantia patrimonial'.

Por outro lado, se o multiplicador de crédito funciona no sentido positivo – isto é, aumenta a oferta monetária creditícia, ocorrendo o aumento de depósitos no conjunto bancário – verificando-se a retirada de depósitos e respectivo entesouramento ou transferência para outra zona bancária regional não integrada na de origem, ocorre o efeito oposto, também ampliado: numa primeira fase, um típico *credit crunch*, ou seja a capacidade de fornecer crédito fica reduzida no inverso do multiplicador, agora negativo, face ao entesouramento ou fuga de capitais. E – numa fase subsequente – não existindo um banco central que funcione como *last lender resort*, não só os bancos perdem capacidade de facultar novos créditos, como perdem capacidade de restituir os depósitos: típica situação das corridas ou pânicos bancários e «efeito de contágio»²⁰.

Portanto, o risco ou o perigo de a cessação de pagamentos de uma instituição creditícia afectar e poder até eliminar a capacidade financeira global do sistema, determina o interesse público na imposição de regras legais da gestão – «sá e prudente» – e no direito público, de coercitivamente, controlar e impedir comportamentos de autofagia, de «pânico bancário» e «corrida aos levantamentos», que de outro modo sucederiam como resultantes da soma das decisões racionais de cada credor, ao exigir o seu depósito²¹.

Este feixe de razões determina a proibição da prevalência do interesse do credor: impedir o efeito multiplicador negativo (dos levantamentos), gerir o risco sistémico, quer o induzido directamente pelas relações creditícias, quer o provocado por fenómenos de *herd behaviour*, derivados da assimetria da informação²².

¹⁹ PAUL A. SAMUELSON/WILLIAM D. NORDHAUS – *Economia*, 18.ª edição, tradução e revisão técnica de Elsa Fontainha e Jorge Pires Gomes, Lisboa, 2005, p. 519 – designam o multiplicador da oferta de moeda como o rácio entre os novos depósitos à ordem e o aumento das reservas.

²⁰ Sobre o conceito de risco sistémico e o efeito de contágio, no sistema financeiro – e evidenciando o carácter sistémico das crises financeiras, cf. SANTOS QUELHAS, *Sobre as Crises Financeiras...*, designadamente, todo o capítulo 3.º, pp. 355-494.

²¹ Cf. os vários 'canais' da propagação destes riscos, J. SANTOS QUELHAS, *Sobre as Crises Financeiras...*, pp. 355-494.

²² Os depositantes não podem saber quais os bancos sadios... tal como os accionistas que, em bolsa, procedem à venda maciça de acções, provocando a diminuição do seu valor, e o «efeito contágio» a todo o sistema e aos seus 'produtos', via a regra do *fair value/market*

Reside aqui uma justificação material das regras do RGICSF, relativas à exclusão total dos poderes de iniciativa judicial dos credores perante a iminência e/ou a cessação de pagamentos das instituições de crédito. Um requerimento judicial, pedindo a «revitalização», ou a declaração de insolvência, constituiria uma «falsa profecia auto-realizadora» e determinante do risco de quebra de todo o sistema creditício.

4. A fase actual [como o art. 4.º n.º 1 al. e) do RGICSF 'alterou' o art. 101.º da CRP], a soma dos riscos

Acresce que, a partir do momento em que o modelo do negócio bancário passou a incluir, além da intermediação financeira clássica, também a procura de ganhos através do chamado *trading* (compra e venda de todo o género de activos financeiros), o objecto da gestão bancária ampliou-se significativamente: os valores depositados passaram a deixar de estar apenas 'consignados' àquela função radical que justificava a externalidade positiva em se depositar no banco, isto é, o investimento na economia real. Ou seja, o alargamento do objecto social dos bancos 'aditou' aos fins referidos no art. 101.º da Constituição²³, o desenvolvimento do lucro dos próprios intermediários financeiros e accionistas²⁴.

A administração bancária tornou-se bastante mais complexa – e perigosa – a partir da fase em que a banca passou ao figurino de banca universal, ou do «supermarket banking model». Pois, com o alargamento à actividade dita de *trading*, passou a incorrer em dois grupos de género e grau de risco²⁵: riscos da sua actividade creditícia e riscos da sua actividade especuladora. Como todos os produtos financeiros «dependem dos preços formados nos mercados e estão sujeitos a elevada volatilidade. Por isso, o nível de risco desta linha de negócios dos bancos é mais elevado

value... Daí falar-se de 'astrologia' (ou, risco sistémico e natureza sistemática das crises financeiras). Idem, pp. 495 e ss.

²³ Onde se diz que o sistema financeiro deve estruturar-se para captar a poupança e a sua aplicação no desenvolvimento económico e social.

²⁴ De resto, a partir da livre circulação de capitais, a norma tornou-se, também por isso mesmo, praticamente vazia de densidade: a poupança nacional não está vinculada ao país, nem sequer à UE. Portanto, parece-nos que, afirmar a norma do art. 101.º da CRP como «uma das ideias vertebradoras da constituição económica da CRP» (GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, 4.ª ed., vol. I, p. 1080) é referenciar-se apenas uma sombra.

²⁵ Idem, p. 9.

do que o de outras linhas»²⁶. O que explica uma impressionante cartilha de riscos²⁷.

Deste modo, o aforro – e a sua protecção constitucional (art. 101.º da CRP) – ficou dependente do comportamento de casino dos mercados: **a)** o valor dos activos financeiros tornou-se directamente dependente das cotações diárias, através da regra contabilística do *fair value accounting*, o que, na crise em curso propiciou a iminência de cessação de pagamentos e imediata necessidade de empréstimos do Estado/BCE²⁸; **b)** A formação das cotações, nos mercados, pertence à esfera dos «*animal spirits*» – mostrava-o, já em 1936, Keynes²⁹ – comparando por que razões os investidores, da bolsa, na realidade, agem como jogadores de casino³⁰; **c)** Os actores/investidores agem, nos mercados, em *herd behaviour* – em comportamento mimético, ‘em manada’, eliminando o paradigma da racionalidade decisória³¹.

²⁶ Sobre o modelo básico da gestão bancária, cf. MANUEL CORREIA DE PINHO, «Riscos na actividade bancária – risco de mercado», in *Revista da Banca*, n.º 37, Janeiro/Março 1996, pp. 5 e ss., p. 6.

²⁷ Numa síntese habitualmente indicativa dos riscos de funções creditícias do banco, costumam indicar-se os seguintes: **a)** Risco de crédito (*credit risk*); **b)** Risco de liquidação (*settlement risk*); **c)** Risco de liquidez de mercado (*market liquidity risk*); **d)** Risco de mercado (*market risk*); **e)** Risco sistémico (*systemic risk*) (sobre o significado de cada um destes riscos cf. «Relatório Anual 2008», Banco Central Eurosystema, 2009, p. 308. O BCE, nas suas publicações costuma identificar aqueles riscos). A estes acrescem os riscos derivados de as mesmas instituições serem, também, operadores nos mercados de «produtos financeiros» sujeitos aos mesmos riscos comuns. Aqui, costumam indicar-se os seguintes: **a)** Risco de carteira; **b)** Risco de eficiência operacional; **c)** Risco de estratégia de mercado; **d)** Risco de regulamentação; **e)** Risco tecnológico; **f)** Risco de filiais; **g)** Risco de países; **h)** Risco de derivados financeiros; **i)** Risco de globalização. Sobre o seu sentido, veja-se ANÍBAL CAMPOS CAIADO/JORGE CAIADO, *Gestão de Instituições Financeiras*, ed. Sílabo, Lisboa, 2006, pp. 193-195.

²⁸ Cf. CALVÃO DA SILVA, «Fair Value ou valor do mercado: multiplicador da primeira crise financeira global», in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 141.º, Maio-Junho 2012, n.º 3974, pp. 266-281, p. 278 – acentuando o carácter pró-cíclico daquele regra.

²⁹ J.M. KEYNES, *Teoria Geral do Emprego, do Juro e da Moeda*, trad. Manuel Resende, introdução P. Krugman, ed. Relógios D’Água, Lisboa, 2010: «O investimento baseado nas previsões autênticas a longo prazo é hoje tão difícil que raramente é praticável [...] Há um gozo especial em ganhar dinheiro rapidamente e os lucros remotos são descontados pelo homem médio a taxas actuariais muito elevadas» (p. 165).

³⁰ «Quando o desenvolvimento do capital dum país passa a ser um subproduto das actividades de um casino, a obra sairá provavelmente torta» – idem, p. 167.

³¹ Sobre o tema, com largos desenvolvimentos, cf. SANTOS QUELHAS, *Sobre as Crises Financeiras...*, pp. 90 e ss.

Estas características determinam no sistema financeiro uma periculosidade intrínseca – Santos Quelhas designa-a como residente na sua incerteza sistémica e sistemática: como a incerteza que «repercute-se-ia pelo sistema ou, com mais rigor, pertenceria ao próprio sistema»³² – pois, a sua fiabilidade, perante uma anomalia, mostra-se incontrolável.

5. Danos das crises e insolvências bancárias – constância histórica e dimensão

Uma forma de considerarmos uma actividade como perigosa consiste em verificarmos a historicidade da sua ocorrência danosa. Ora, neste plano, a maior crise do século XX ficou conhecida como a Grande Depressão, e na sua base esteve a falência do sistema financeiro³³. E, olhando a actual crise, o volume de recursos financeiros deslocados, na UE, do investimento público para socorro as instituições creditícias, representava, no final de 2012, cerca de 4,5 biliões de euros em auxílio estatal, equivalente a 37% do PIB da UE³⁴.

Os danos derivados da cessação de pagamentos podem repartir-se em danos directos – desde logo, os dos credores/depositantes que não recebem e em tempo o seu depósito, e danos perspectivados macroeconomicamente³⁵. Nenhuma outra actividade económica produz a dimensão destes prejuízos.

³² Idem, p. 65.

³³ «Em fim de 1933, quase metade de todos os bancos da nação tinha desaparecido» (KENNETH GALBRAITH, *O Dinheiro, donde veio, para onde foi*, Publicações Europa-América, Lisboa, 1987, p. 183). A crise propagou-se à Europa e é actualmente incontroverso que a perda da confiança na moeda, na sua circulação e no sistema que a administra conduziu ao desemprego maciço, à redução dos salários e à hiperinflação – o que ergueu Hitler ao poder e produziu as ditaduras europeias (idem, ibidem). Sobre o tema, cf. ABEL MATEUS, *A Grande Crise Financeira do Início do Século XXI*, bnomics, Deplano Network SA, Lisboa, 2009, p. 79 e ss.

³⁴ A Comissão Europeia refere o seguinte: «A fim de manter serviços financeiros essenciais para os cidadãos e as empresas, os governos viram-se obrigados a injetar fundos públicos em bancos e a prestar garantias numa escala sem precedentes: entre outubro de 2008 e outubro de 2011, a Comissão aprovou 4,5 biliões de euros (o que equivale a 37% do PIB da União Europeia) em medidas de auxílio estatal a instituições financeiras.» (Relatório Geral sobre a Actividade da União Europeia – 2012, Comissão Europeia, Direcção-Geral da Comunicação, Publicações, Bruxelas, 2013 – disponível em http://europa.eu/generalreport/pdf/rg2012_pt.pdf).

³⁵ Para uma visão global das crises e das teorias que as explica com base no endividamento e fragilidade financeira, do financiamento [financiamento fechado (*hedge*)], isto é, sustentado no rendimento efectivo; financiamento especulativo (sustentado apenas pelo 'adiar' da dívida: só pode pagar os juros) e o financiamento 'Ponzi' ou em pirâmide (o

6. A matriz regulatória da actividade: prevenção do perigo

Adam Smith invocava a centralidade da confiança, como *ratio* da circulação do papel-moeda³⁶. Por isso, formulava a necessária intervenção regulatória do Estado – para salvaguardar a sociedade da defeituosa interpretação, pelo banqueiro, do interesse próprio e da sua «liberdade natural»³⁷. Assim, «pôr em perigo a segurança de toda a sociedade»³⁸, constitui a razão regulatória e imperativa do sistema financeiro.

Nesta ordem de razões, o *Relatório Liikanen* (Outubro 2012)³⁹ apresenta uma análise ao modelo de estruturação financeira e aos perigos que não acautelou. Numa longa verificação dos múltiplos factores da crise bancária, o Relatório apresenta conclusões e sugestões das quais destacamos: a separação da actividade creditícia, da actividade de *trading* (isto é, retorno a um modelo bancário da lei *Glass-Steagal*)⁴⁰; mecanismos de sancionamento eficiente da «*corporate governance*» financeira⁴¹ e a instituição de

devedor não consegue pagar sequer os juros), cf. SANTOS QUELHAS, *Sobre as Crises Financeiras...*, pp. 17-60. Toda a restante parte do capítulo 1 desta obra apresenta, criticamente, as demais teorias explicativas das crises financeiras. A hipótese explicativa de HYMAN MINSKY (cf. a colectânea de vários estudos deste Autor em *Can "it" Happen Again? Essays on Instability and Finance*, ed. M.E. Sharpe, Inc., Nova Iorque, 1984) é a invocada por MENEZES CORDEIRO, na 4.ª edição do *Manual de Direito Bancário*, Almedina, 2012, p. 135 ss.

³⁶ «Quando o povo de um país tem tal confiança na fortuna, probidade e prudência de um determinado banqueiro, que chega a acreditar que ele estará sempre pronto a pagar, à vista, as notas promissórias por ele emitidas e que seja provável apresentarem-lhe em qualquer momento, essas notas passam a ter a mesma aceitação que as moedas de ouro ou prata, dada a confiança do público na obtenção destas moedas em troca delas em qualquer momento» – ADAM SMITH, *Inquérito Sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações*, tradução e notas de Teodora Cardoso e Luís Cristóvão de Aguiar, vol. I, 5.ª ed., ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2006, pp. 520 e 535.

³⁷ «Não há dúvida de que regulamentações deste género podem, em alguns aspectos, ser consideradas como uma violação da liberdade natural. Mas as leis de todos os governos impedem, ou deviam impedir, todo o exercício de liberdades naturais por parte de um pequeno número de indivíduos desde que se mostre susceptível de pôr em perigo a segurança de toda a sociedade; [...] A obrigação de construir paredes refractárias para impedir a propagação dos fogos constitui uma violação da liberdade natural, exactamente do mesmo género que as regulamentações do comércio bancário que aqui são propostas». Idem, pp. 570-571.

³⁸ Idem, *ibidem*.

³⁹ ERKKI LIIKANEN (Chaired by) – *High-level Expert Group on reforming the structure of the UE banking sector* – Final Report, Brussels, 2 October 2012 (disponível em http://ec.europa.eu/internal_market/bank/docs/high-level_expert_group/liikanenreport/ data da consulta Dezembro 2012).

⁴⁰ Idem, p. iii.

⁴¹ Idem, pp. 106-107.

medidas de contraciclo de risco sistémico, como por exemplo, a eliminação da regra *Value at Risk e Market Make*.

O apelo à imputação das responsabilidades civil, criminal e contra-ordenacional dos administradores mostra-se declarado, de ambos os lados do Atlântico, perante as consequências globais de actos ilícitos sucessivos, iniciados no ludíbrio de investidores, através da titularização das hipóteses *subprime*, na sua aquisição e revenda, dominadas pela expectativa de lucro pessoal, na indexação de salários a resultados anuais e cotações⁴².

Neste contexto, mantém-se mais do que actual o que, já no último quartel do século XIX, um dos maiores cultores do Direito (Jhering) afirmava: «A maior fraude, contanto que se saiba astuciosamente evitar o Código Penal, fica de todo a salvo e sem castigo»⁴³.

⁴² A Presidência do Conselho da União Europeia, na sua reunião de 15/16 de Outubro de 2008 referenciava a «*responsabilização dos dirigentes e dos accionistas*» e, «*exalta com veemência à responsabilização de todos os agentes do sistema financeiro nomeadamente no sector bancário*», nomeadamente, no sentido de que as remunerações não «*conduzam à assunção de riscos excessivos nem a uma focalização extrema nos objectivos de curto prazo*» (Conselho Europeu de Bruxelas, 15 a 16 de Outubro de 2008 – Conclusões da Presidência, pp. 2 e 4 / disponível no site do Conselho, «Doc. 14239/08.») As autoridades de supervisão do Reino Unido (na sequência da análise à insolvência do Royal Bank of Scotland) puseram à discussão pública (em Julho 2012), um projecto legislativo conducente a um reforço da responsabilização civil, criminal dos administradores bancários. Os dois principais documentos: «*A new approach to financial regulation: securing stability, protecting consumers*» (Janeiro, 2012) e, da mesma Autoridade (HM Treasury), «*Sanctions for the directors of failed banks*» (Julho 2012) – ambos disponíveis na Web.

⁴³ Palavras de RUDOLF VON JHERING, *A Luta pelo Direito*, organização, introdução e notas de FERNANDO LISO SOARES (Filho), ed. Cosmos, Lisboa, 1992, p. 78. Páginas atrás o A. escreverá: «*Creio que pode estabelecer-se, em tese geral, que constitui característica de uma época enfraquecida o «simpatizar» com os devedores – e a isso chama, ela própria, humanitarismo*» (idem, p. 73). A obra original foi apresentada, por JHERING, em 1872, inicialmente, em conferência à «sociedade jurídica de Viena», para se opor «à abstracção dogmática em que o conceptualismo se fundava» – refere-o o organizador da publicação (p. XII. A p. XIX, indica-se o tradutor, João Evangelista de Vasconcelos Coelho, e a 3.^a edição, em Portugal, de 1909, como a fonte da obra ora em referência). O papel da obra de JHERING na construção da responsabilidade civil delitual na Alemanha – e assim, indirectamente, no modelo português – é reconhecido como central. Cf. MENEZES CORDEIRO, *Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*, Lex, Lisboa, 1997, p. 436.

7. Especificidades da cessação de pagamentos, resolução e insolvência de instituições financeiras

7.1. Risco e intervenção autoritária na administração

Na linha de prevenção dos perigos que a história tem demonstrando⁴⁴, o RGICSF estabelece a principal regulamentação do acesso e exercício das actividades financeiras, da crise da instituição e da sua exclusão da actividade expressando o controlo público, coactivo e imediato (isto é, sem prévia intervenção judicial), sobre as respectivas empresas.

Comecemos por salientar que o RGICSF não contém uma definição de insolvência, como a do art. 3.º do CIRE – nem esta se aplica às instituições financeiras, como regra geral, nem quanto à verificação e declaração daquele estado⁴⁵ – ainda que o regime da verificação do passivo e da reabilitação do activo, regulado no CIRE, seja aqui aplicável⁴⁶.

⁴⁴ Data de 1894 (Decreto Real de 12 de Julho) a primeira lei, entre nós, sobre esta matéria. Ineficaz, pois não estabeleceu sanções e criou uma autoridade pública de inspecção sem efectivo poder inspectivo. Após sucessivas falências bancárias, em 1925 foi emitida nova lei, de idênticas finalidades – acrescentando sanções pecuniárias e o poder administrativo de ‘cassar’ licença de autorização. Cf. NUNO VALÉRIO (cord.) *História do Sistema Bancário Português*, vol. I, ed. BdP, Lisboa, 2006, pp. 231 ss., pp. 244 ss.

⁴⁵ Assim, por força, da exclusão do art. 2.º n.º 2 do CIRE. Mas aplica-se, p. ex. aos fundos fechados, de investimento imobiliário – regime legal, no Dec.-Lei n.º 60/2002, combinado com art. 303.º n.º 1 al. c) do Cód.MVM: a revogação (pela CMVM), da sua licença de funcionamento determina a sua liquidação imediata; se a relação de iliquidez entre activo e passivo ocorrer nos termos do disposto no art. 3.º do CIRE, há-de aplicar-se-lhe integralmente o regime do CIRE, como única forma de resolver o litígio entre credores concorrentes (neste sentido, cf. a sentença de declaração da insolvência no 4.º Juízo do Tribunal do Comércio de Lisboa, Processo 445/10.8TYLSB – *Fundo de Investimento Imobiliário Fechado Correia & Viegas*).

⁴⁶ Por remissão do Decreto-Lei n.º 199/2006, de 25 de Outubro, o qual, tendo revogado o Decreto-Lei n.º 30.689, de 27 de Agosto de 1940, que excluía dos tribunais aquelas duas vertentes da liquidação, criou um sistema ‘híbrido’ de liquidação (administrativa, seguida de judicial). Sobre aquele regime e a sua conformação com a Constituição, cf. GOMES CANOTILHO/PAULO CANELAS DE CASTRO, «Constitucionalidade do sistema de liquidação coactiva administrativa de estabelecimentos bancários previstos e regulados no Decreto-Lei n.º 30.689, de 27 de Agosto de 1940» in *Revista da Banca*, n.º 23 (1992), pp. 57-58. Sobre alguma da múltipla jurisprudência relativa ao tema, cf. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Bancário*, 4.ª ed., Almedina, 2012, p. 957. Não consideramos como intelectualmente verdadeira a doutrina que, proveniente de ARMINDO SARAIVA MATIAS, levou o legislador à revogação do regime de liquidação extrajudicial, previsto no Dec.-Lei n.º 30.689, de 27.08.1940. Refere o A., que a jurisprudência do Tribunal Constitucional sobre aquele regime – acto administrativo revogatório da licença de autorização, com simultânea nomeação de liquidatário, com poderes de verificação de passivo e de liquidação atribuídos a uma comissão

O regime do CIRE impõe ao insolvente o dever de apresentar o seu estado, aos seus credores, perante o tribunal (art. 18.º), com as consequências 'fatais' de, pela omissão dessa apresentação, em prazo, presumir-se culpa grave na causação daquele estado e ser qualificada a insolvência como culposa, dolo ou culpa grave⁴⁷: determina a condenação dos administradores, designadamente, no resarcimento aos credores «dos créditos não satisfeitos» pela massa patrimonial da empresa insolvente⁴⁸. O RGICSF apresenta um normativo com idêntica *ratio legis*:

«Quando uma instituição de crédito se encontre, por qualquer razão, em situação de desequilíbrio financeiro ou em risco de o ficar, o órgão de administração ou de fiscalização deve comunicar imediatamente o facto ao Banco de Portugal» (art. 116.º-F, n.º 1).

constituída por, um presidente nomeado pelo Governo, um membro eleito pelos credores, outro, eleito pelos accionistas – terá sido contrariada pelo mesmo Tribunal. Inicialmente, seria «quase unânime» aquela jurisprudência do TC (assim «Saneamento e liquidação de instituições de crédito», in *Revista da Ordem dos Advogados*, ano 61, I, pp. 279-348, p. 305). Mas, diz o A., o TC teria alterado a sua jurisprudência, por causa e após «importante parecer subscrito por Gomes Canotilho e Canelas de Castro («A insolvência no Direito Bancário», in *Direito e Justiça*, vol. XIX, 2005, T. II, 291-302, p. 295) – onde conclui, lamentando, que aquele Dec.-Lei 30.689 «tem, assim conseguido sobreviver». Ora, estas imputações não correspondem à verdade. Desde o primeiro acórdão do TC sobre a temática [Ac. TC, n.º 376/91 (Bravo Serra, DR, II, 78, 2.4.1992)], até aos mais recentes – p. ex. Ac. n.º 271/03, de 27.02.2003 (Paulo Mota Pinto) – o TC não mudou de orientação no sentido de afirmar, como *ratio decidendi*, que eram conformes à Constituição: a) A atribuição à Administração Pública dos poderes de revogar a licença de autorização, dissolver a sociedade e nomear imediato legal representante/liquidatário; b) Os poderes da Comissão Liquidatária, de reconhecimento do seu passivo – créditos/reclamações – desde que não entendidos como uma decisão jurisdicional excludente do direito de acesso ao tribunal comum; c) Os poderes da Comissão Liquidatária relativos à administração, valorização do activo, liquidação e pagamento aos credores. Note-se que o regime inicial do Dec.-Lei 199/2006 foi (parcialmente) corrigido (pelo Dec.-Lei n.º 31-A/2012) de uma gravíssima deficiência, consistente em não ter previsto quem representava a instituição liquidanda, entre a decisão (dissolutória) de revogação da sua autorização e o trânsito em julgado da decisão judicial que nomeia o liquidatário (cf. art. 8.º n.º 2 e art. 9.º n.º 2 do diploma).

⁴⁷ Assim, art. 186.º, n.ºs 1 e 3 do CIRE.

⁴⁸ A redacção do art. 189.º n.ºs 1 e 2 e a sua al. e), conforme às alterações introduzidas pela Lei n.º 16/2012, de 21 de Abril, diz o seguinte: «1- A sentença qualifica a insolvência como culposa ou como fortuita. 2- Na sentença que qualifique a insolvência como culposa, o juiz deve: [...] e) Condenar as pessoas afetadas a indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente no montante dos créditos não satisfeitos, até às forças dos respectivos patrimónios, sendo solidária tal responsabilidade entre todos os afetados».

Uma vez que se trata de uma cláusula geral, susceptível de plurímos juízos concretizadores, estabelece-se sob o mesmo art. 116.º-F (no seu n.º 2) um elenco de factos – «situações», diz a lei – que devem ser comunicados ao BdP «ainda que se considere que tal [ocorrência] possa não ter impacto no equilíbrio financeiro da instituição»⁴⁹. Desde que tais factos revelem falta de cumprimento das regras de gestão – nomeadamente as tipificadas em critérios financeiros objectivos e determinados⁵⁰ –, o BdP pode impor um prazo para que os administradores tomem «as providências necessárias para restabelecer ou reforçar o equilíbrio financeiro ou corrigir os métodos de gestão», ou até, «para se [absterem] de realizar [...] operação» que no entender do BdP seja «susceptível de implicar a violação ou agravamento da violação de regras prudenciais ou infringir as regras de uma gestão sã e prudente», conforme n.ºs 1 e 2 de art. 118.º do RGICSF autorizam⁵¹. Encontramo-nos, nesta fase, ainda, no domínio de uma intervenção pública persuasiva mas coactiva, destinada a impedir que a empresa entre no vórtice e risco da iminência de cessação de pagamentos.

7.2. Medidas de resolução e liquidação da instituição

A fase que deveremos considerar já como equivalente ao quadro económico-financeiro e factual do art. 18.º do CIRE – dever de apresentação à insolvência e da legitimidade para qualquer credor requerer a sua declaração judicial – pressupõe que, com ou sem os factos-indícios do art. 116.º-F

⁴⁹ Tais situações são as detalhadamente elencadas nas alíneas a) a j) do n.º 2 do art. 116.º-F.

⁵⁰ Cujos valores são concretizados pelo BdP, através do seu poder de emitir regulamentos – os Avisos – nos termos de art. 17.º da sua Lei Orgânica, e arts. 92.º n.º 1 al. a), 93.º e 99.º do RGICSF.

⁵¹ As medidas correctivas que o BdP «pode determinar, entre outras [são] as seguintes: a) Exigir que as instituições de crédito detenham fundos próprios superiores ao nível mínimo estabelecido; b) Exigir o reforço das disposições, processos, mecanismos e estratégias criados para efeitos do governo da sociedade, controlo interno e auto-avaliação de riscos; c) Exigir que as instituições de crédito apliquem uma política específica de constituição de provisões ou de tratamento de ativos em termos de requisitos de fundos próprios; d) Restringir ou limitar as atividades, operações ou redes de balcões das instituições de crédito; e e) Exigir a redução do risco inerente às atividades, produtos e sistemas das instituições de crédito; f) Exigir que as instituições de crédito limitem a remuneração variável em termos de percentagem dos lucros líquidos, quando essa remuneração g) Exigir que as instituições de crédito utilizem os lucros líquidos para reforçar a base de fundos próprios não seja consentânea com a manutenção de uma base sólida de fundos próprios» [als. a) a g) do n.º 2 do art. 116.º-C].

(mas normalmente ocorrerão estes), o BdP, à luz da sua obrigação⁵² intervenga para assegurar a continuidade da prestação dos serviços essenciais à economia, «acautelar o risco sistémico», os «interesses dos contribuintes e do erário público e da salvaguarda da confiança dos depositantes» (art. 145.º-A, do RGICSF). O que deve ocorrer nalguma das seguintes situações quanto à empresa:

a) «Prejuízos ou fundadas razões para considerar que a curto prazo possa vir a ter prejuízos susceptíveis de consumir o respectivo capital social»; b) «Os activos se tornem inferiores ou haja fundadas razões para se considerar que a curto prazo se tornem inferiores às respectivas obrigações»; c) «Estiver impossibilitada de cumprir as suas obrigações, ou haja fundadas razões para considerar que a curto prazo o possa ficar» [art. 145.º-C, n.º 2, als. a), b) e c) do RGICSF].

Obtido um juízo técnico-objectivo e de oportunidade, concludente da verificação de alguma daquelas situações, o BdP pode decidir, então, pela alienação total ou parcial da actividade, isto é, os «activos e passivos, elementos extrapatrimoniais e activos sob gestão»⁵³, e/ou a transferência «total ou parcial da actividade a um ou mais bancos de transição», ou a «instituição do mesmo grupo», com o objectivo de «permitir a sua posterior alienação a outra instituição autorizada a desenvolver a actividade em causa»⁵⁴.

Por outro lado, considera-se que ocorre cessação de pagamentos quando a instituição:

«[p]or razões directamente relacionadas com a sua situação financeira, não tiver efectuado o devido reembolso nas condições legais e contratuais aplicáveis e o Banco de Portugal tiver verificado, no prazo máximo de cinco dias úteis após tomar conhecimento [...] que a instituição não mostra ter possibilidade de restituir os depósitos nesse momento nem tem perspectivas de via a fazê-lo nos dias mais próximos»⁵⁵.

Em suma, ocorrendo as circunstâncias que indiciem a cessação de pagamentos, ou seu risco iminente, o BdP está autorizado a impor medidas e operações que, visando sanear o sistema financeiro, poderão conduzir à

⁵² Nos termos do art. 116.º do RGICSF trata-se de um dever e não de uma faculdade. Para além disso, os arts. 116.º-A e 116.º-B também lhe impõem deveres intervencionistas.

⁵³ Arts. 145.º-C, n.º 1 al. a) e 145.º-F do RGICSF.

⁵⁴ Arts. 145.º-C, n.º 1 al. b) e 145.º-G n.os 1 e 2 do RGICSF.

⁵⁵ Art. 167.º n.º 5 al. a) do RGICSF.

recuperação da empresa, ou em todo o caso, à minimização dos prejuízos da sua efectiva insolvência. Por outro lado, quer logo no momento da crise, quer no resultado daquelas medidas e operações, o BdP pode determinar a liquidação da instituição – revogando-lhe a autorização do exercício da actividade e remeter os actos de verificação do passivo, valorização, realização e pagamento aos credores, ou a pré-liquidatários por si nomeados, ou ao Tribunal de Comércio⁵⁶.

Para além disto, a entrada em liquidação pode ocorrer sem que haja prévia cessação de pagamentos, ou até, sem ocorrer facto revelador de desequilíbrio financeiro concreto⁵⁷ autorizativo de um daqueles procedimentos recuperatórios: a cessação de pagamentos pode ocorrer, pois, forçadamente, da dissolução e liquidação, legalmente consequente à revogação da autorização do funcionamento da instituição – verificados os respectivos pressupostos, os quais não têm a ver, necessariamente, pelo menos alguns, com uma situação de iminência de insolvência⁵⁸.

7.3. O monopólio da via administrativa e prevenção do perigo da falsa profecia que se realiza a si mesma

O BdP surge como a única entidade dotada da capacidade jurídica para apreciar os factos e concluir por qual a medida mais adequada: uma medida preventiva, de resolução, ou para declarar a entrada em liquidação. As razões deste monopólio de iniciativa – recuperatória e liquidatária – radicam na prevenção do risco sistémico (efeito pânico bancário, corrida aos depósitos) na periculosidade intrínseca e sistemática do sistema financeiro face a eventos incontroláveis, como seria a notícia de que determinado credor havia requerido a insolvência de um banco⁵⁹.

É neste sentido que o art. 153.º-A do RGICSF exclui as instituições financeiras dos procedimentos colectivos de protecção aos credores – e no mesmo sentido, o seu art. 147.º determina a suspensão («pelo prazo máximo de um ano») de todas as execuções, incluindo as fiscais⁶⁰. Na

⁵⁶ Art. 145.º-M e arts. 7.º, 8.º e ss. do Dec.-Lei 199/2006.

⁵⁷ . Ocorrendo um generalizado desequilíbrio do sistema financeiro... intervém o erário público: Lei n.º 63-A/2008, de 24 de Novembro (recapitalização dos bancos).

⁵⁸ Cf. art. 22.º, n.º 1, als. a) a g) e n.º 3, do RGICSF.

⁵⁹ Sobre as razões materiais e processuais exigentes de um regime específico da insolvência das instituições financeiras, nomeadamente, celeridade, eficácia, contactos transfronteiriços e outras, cf. Eva HÜPKES, *Insolvency – why a special regime for banks?* – in, site do BIS.

⁶⁰ O art. 5.º do Decreto-Lei 199/2006 estabelece que: «1 – As instituições de crédito dissolvem-se apenas por força da revogação da respectiva autorização, nos termos do artigo 22.º do

mesma ordem de razões, após estar revogada a autorização do funcionamento da instituição, a legitimidade processual activa para requerer a liquidação (judicial) cabe em exclusivo ao BdP⁶¹. Visa-se impedir que a iniciativa do interesse individual de um credor determine a profecia auto-realizadora da efectiva insolvência.

§3.º

A ACTIVIDADE FINANCEIRA E O SEU GOVERNO À LUZ DE ART.º 493.º N.º 2 DO CC, ART. 365.º DO CCom E ART. 78.º N.º 1 DO CSC

8. A dogmática da responsabilidade civil como um 'quadro móvel' de justa repartição de riscos e danos

Transpondo a problemática do dano por actividade perigosa para o terreno do direito civil, devemos começar por ter presente que a 'instalação' do modelo operatório do resarcimento de danos injustos foi e tem sido expressão de lutas sociais, para não dizermos «luta de classes», dos seus equilíbrios positivados legislativamente. Da *lex Aquilia de danno*, originada pela luta social da plebe romana, na afirmação jurídico-política da sua própria concepção de dano injustamente causado (*dannum iniuria datum*⁶²), ao «estado da arte» da responsabilidade civil nos direitos oci-

RGICSF, ou por deliberação dos sócios. 2 – Com a dissolução, as instituições de crédito entram em liquidação, sem prejuízo do estabelecido na parte final do n.º 3 do artigo 22.º do RGICSF. 3 – Na decisão de revogação da autorização, é indicada a hora da prática do acto, considerando-se, em caso de omissão, que o mesmo ocorreu às 12 horas, valendo essa hora, para todos os efeitos legais, como o momento da instauração do processo de liquidação». Interrompem-se, também, os prazos de prescrição ou de caducidade oponíveis pela instituição.

⁶¹ O art. 8.º n.º 2 do Dec.-Lei 199/2006 estabelece: «A decisão de revogação da autorização pelo Banco de Portugal produz os efeitos de declaração de insolvência.» O seu n.º 3 estabelece que cabe «em exclusivo ao Banco de Portugal requerer no tribunal competente a liquidação da instituição, no prazo de 10 dias após a revogação [...].» Esta regra parece-nos constituir um erro do legislador: que acontece se o Banco de Portugal deixar passar o prazo de «10 dias úteis após a revogação da autorização» que o preceito do art. 8.º n.º 2 do Dec.-Lei 199/2006 lhe confere «em exclusivo», para «requerer no tribunal competente a liquidação de instituição de crédito»? E se a requerer no tribunal material ou territorialmente incompetente? Verificarse-á que, por um lado, face ao art. 22.º n.º 3 do RGICSF, a instituição está dissolvida e em liquidação, pois, «a revogação da autorização implica dissolução e liquidação da instituição», como ali se diz e repete no art. 5.º do Dec.-Lei 199/2006, mas por outro lado, carece de quem a represente!

⁶² Aquilia foi o tribuno da plebe que, cerca do ano 286 a.C., através do respectivo plebiscito, obteve força de lei aos parágrafos estruturantes da obrigação de indemnizar por facto

dentais modernos, medeiam, não tanto o peso de vinte e quatro séculos de uma suposta linear evolução jurídico-dogmática, mas antes e sobretudo as distâncias e proximidades daqueles outros factores e momentos históricos impulsionadores do devir-direito, na protecção à vítima do dano considerado injusto.

No tocante à responsabilidade civil das pessoas colectivas e à atribuição de personalidade jurídica às sociedades, os Autores dão conta das dificuldades da sua inicial afirmação⁶³ – as quais, em rigor, não foram mais do que a protecção dos interesses instalados, perante exigências ético-sociais de partilha das consequências e benefícios do risco causado, digamos assim, pelas externalidades negativas da inovação. Personalidade jurídica que, apesar de consagrada, deve ser desconsiderada, justamente, em homenagem a uma ideia matricial de responsabilização⁶⁴ – o que, por igual consideração responsabilizante, leva ainda à atribuição do ‘chapéu’ de administrador a quem, de facto, não o tinha, ou não o possuía validamente⁶⁵.

ilícito danoso – os quais, a partir da sua sintética referência à causação ilícita da morte de escravo ou quadrúpede (1.º parágrafo da lei), e dos danos genericamente causados a alguém em bens patrimoniais (2.º parágrafo), permitiram à *iurisprudentia*, especialmente à pretoriana (primeiro, pelas *actiones in factum*, depois pelas *actiones utiles ad exemplum legis Aquiliae*), um crescente alargamento do círculo casuístico da sua abrangência indemnizatória. Neste sentido cf. GARCIA GARRIDO, *Diccionario de Jurisprudencia Romana*, ed. Dykinson, Madrid, 2000, p. 216; MAX KASER, *Direito Privado Romano*, tradução de Samuel Rodrigues e Ferdinand Hämmerle, ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 1999, p. 287; MENEZES CORDEIRO, *Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*, ed. Lex, Lisboa, 1997, p. 404 e ss.

⁶³ MENEZES CORDEIRO refere três fases históricas da questão: *Direito das Sociedades*, 3.ª ed., Almedina, 2011, pp. 396 e ss. Sobre o sentido e os limites da personalidade jurídica, capacidade jurídica das sociedades comerciais, e a sua directa conexão com a protecção de terceiros pela responsabilidade civil e pela desconsideração da personalidade, cf. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, II, Almedina, 4.ª ed., 2013, p. 160 e ss.

⁶⁴ Assim, COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial, Volume II (Das Sociedades)*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2013, p. 176 ss.

⁶⁵ Referimo-nos à responsabilização do chamado administrador de facto. Cf. RICARDO COSTA, «Responsabilidade civil societária dos administradores de facto», in Temas Societários, *IDET, Colóquios*, n.º 2, 2006, pp. 23-43, p. 39 (afastando a ‘fíccção da designação’). Cf. a noção de administrador de facto, avançada para efeito de responsabilização, por COUTINHO DE ABREU, *Da Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, *IDET/Cadernos*/n.º 5, 2007, p. 99 ss. Mais expressivamente: «*Esta perspectiva funcional*», como a que «*atende às funções efectivamente exercidas, não à qualificação de formal [...] será suficiente para concluir que os art.s 72.º ss. são directamente aplicáveis (também) aos administradores de facto*» – COUTINHO DE ABREU/MARIA ELISABETE RAMOS, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Coord. J.COUTINHO DE ABREU), ed. Almedina, Coimbra, 2010, p. 845.

Portanto, cabe lembrar que a responsabilidade civil dos administradores é, «antes de mais, um tema da responsabilidade civil. Reduzi-lo a uma questão comercialística vai, depois, deixar parcos instrumentos aquando da sua aplicação»⁶⁶. Ou seja, sendo certo que os normativos incidentes na responsabilidade dos administradores de instituições financeiras estão sedeados primeiramente no RGICSF e cruzam sectores diversos da ordem jurídica, não podemos, contudo, sob o efeito eventualmente ‘poluidor’ destes preceitos, esquecer a matriz valorativa-discursiva da responsabilidade civil, quando se averigua a imputação pessoal de danos ilícitos causados aos credores sociais.

9. Actividades de risco acrescido e o art. 493.º n.º 2 do CC

O que antecede enquadraria-se também no facto de a actividade financeira se ter tornado crescentemente perigosa, causadora de danos incommensuráveis e sujeita a variáveis irrationais e incontroláveis, como é o caso do chamado «comportamento dos mercados», como acima salientamos.

Ora, mostram-se também relativamente incontroláveis certas actividades que o CC tipifica, no âmbito de arts. 493.º e 499.º ao 510.º, ao atribuir aos seus agentes a responsabilidade pelos danos ocorridos na respectiva ‘condução’ (veículos automóveis, dependentes-comitidos, animais, energia eléctrica). A sua existência não pode ser excluída, mas a sua utilização deve considerar-se no domínio jurídico típico das actividades perigosas e relativamente menos controláveis do que as comuns actividades – por isso, elas são restringidas e reguladas em vários planos da ordem jurídica. Daí, também, a razão de o sistema da responsabilidade civil colocar a protecção dos danos que tais actividades causem – cumpridas ou não as regras preventivas do perigo da sua ocorrência – noutro âmbito dogmático que não o próprio à tutela do dano da actividade comum abrangida na esfera do art. 483.º n.º 1 do CC.

Nas técnicas de repartir os custos sociais dos danos causados pela tomada de risco em actividades perigosas, o sistema do CC apresenta aquelas que a doutrina e a jurisprudência do *continental law* melhor têm criado: a protecção do lesado, através da responsabilidade objectiva (a res-

⁶⁶ MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, I, 3.ª ed., Almedina, 2011, p. 969 – onde também chama a atenção para o facto de que os Autores dos trabalhos preparatórios do diploma de 1969 [o Dec.-Lei n.º 49381 – antecessor material directo do actual regime] não foram sensíveis a este [àquele] problema. Idem, ibidem.

ponsabilidade pelo risco, alheia à noção de *faute* ou *delikt* pessoal⁶⁷) e o ónus de, perante a violação de deveres relativamente caracterizados, ser o lesante a demonstrar que o resultado danoso não ocorreu por falta sua. Neste domínio, cabem, desde logo, todas as situações que a parte final do art. 487.º n.º 1 do CC excepciona – «salvo havendo presunção legal de culpa».

Outra das técnicas utilizadas na lei consiste em estabelecer cláusulas gerais, conceitos indeterminados⁶⁸, com a finalidade de manter vivo, adequado à evolução social e tecnológica, o sistema de valores do Código⁶⁹. Justamente, uma das cláusulas gerais do CC, nesta matéria, é a seguinte:

«Quem causar danos a outrem no exercício de uma actividade, perigosa por sua própria natureza ou pela natureza dos meios utilizados, é obrigado a repará-los, excepto se mostrar que empregou todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir.» (art. 493.º n.º 2).

Ao propor o texto desta norma, Vaz Serra salientava que a causa da inversão dos ónus não consistia na coisa ou actividade em si mesma, mas «no risco que a ausência de vigilância a respeito delas faz correr terceiros»⁷⁰. E refere que, nestes casos, os deveres inerentes à normal diligência seriam insuficientes, pois, «onde a periculosidade está insita na acção, há o dever de proceder tendo em conta o perigo [...] O sujeito, pois, deve adoptar, mesmo que com sacrifício, todas as medidas aptas a evitar o dano»⁷¹.

Os critérios determinativos das medidas aptas a evitar o dano de coisas ou actividades perigosas «di-lo-ão as particulares normas técnicas ou legislativas inerentes às actividades, ou as regras da experiência comum»⁷².

⁶⁷ Note-se contudo que a questão da culpa (do lesante e a do lesado) não é completamente desconsiderada: cf. MÁRIO J. DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 9.ª ed., Almedina, 2001, p. 562 – sobre arts. 508.º e 510.º, 500.º n.º 3, 501.º, 507.º n.º 2, 570.º, 499.º e 496.º n.º 3 do Código Civil.

⁶⁸ Cf. KARL ENGISH, *Introdução ao Pensamento Jurídico* (trad. Baptista Machado), 8.ª ed., Gulbenkian, Lisboa, 2001: por eles cabe ao jurista a função do legislador, a efectuar, no lugar deste, «*júzos de valor e decisões de vontade*» (p. 275).

⁶⁹ Sobre a sua importância, refere MENEZES CORDEIRO: «Particularmente notável foi uma consagração intensa de conceitos indeterminados, que têm permitido – e permitirão – a descoberta de novas e mais adequadas soluções civis». Assim, em *A Modernização do Direito Civil*, ed. Almedina, 2004, p. 45.

⁷⁰ VAZ SERRA, «Responsabilidade pelos danos causados por coisas ou actividades», *BMJ* n.º 85, 1959, pp. 361-380, p. 372.

⁷¹ Idem, p. 376.

⁷² Idem, *ibidem*.

O que, de imediato, quanto às empresas financeiras, nos remete para as regras do RGICSF, ordenadoras de concretos deveres da sua administração.

Por outro lado, aquela cláusula geral do n.º 2 do art. 493.º do CC não se limita a uma singela inversão de um dos vários ónus que o regime comum da responsabilidade aquiliana atribui ao lesado⁷³. A lei exige mais do que isso, ao impor, ao lesante, o ónus de demonstrar que a ocorrência dos danos aconteceu, apesar de ele ter empregado «todas as providências exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir»⁷⁴.

Assim, apontado acima o carácter intrínseco e matricialmente perigoso da actividade creditícia-financeira, e analisado o fundamento teleológico do sistema da responsabilidade civil, parece-nos que a imputação de danos aos respectivos administradores, derivados por violação de normas reguladoras da actividade, pode enquadrar-se no âmbito geral do n.º 2 do art. 493.º do CC.

10. A administração de instituições financeiras: o art. 493.º n.º 2 do CC e a presunção legal de quebra culposa, do art. 365.º do CCom

Os riscos que a actividade bancária pode criar são, de si mesmos, muito graves, mas ainda assim são permitidos, por autorização legal, como contrapartida das vantagens económicas e sociais que largamente os compensam⁷⁵. Reside aqui a *ratio legis* e aplicabilidade ao caso daquele preceito do CC.

⁷³ ADELAIDE MENESES LEITÃO sublinha – no seguimento, parece-nos, de PESSOA JORGE – três sistemas de delimitação do dano indemnizável: o domínio da ilicitude, o da culpa, e o da causalidade. Assim, em *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, Almedina, 2009, p. 19 e, desenvolvidamente, pp. 640 e ss.

⁷⁴ Por isso que, onde o STJ viu o aparecimento de um cão na auto-estrada, causador de um acidente, como hipotética violação, pela concessionária, Brisa, de um dever de vigilância sobre o animal, não provada pelo lesado, SINDE MONTEIRO viu antes o dever de vigilância da Brisa sobre uma coisa/actividade perigosa – a auto-estrada, como um todo organizado e funcional, uma actividade perigosa. Portanto, onerando a entidade detentora – como lhe deveria ter sido exigido – com a demonstração de que o animal apareceu na auto-estrada e causou danos, apesar de ela ter empregado todas as providências exigidas. Assim, SINDE MONTEIRO, «Anotação», ao acórdão do STJ, de 12.11.1996 (Cardona Ferreira), in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.ºs 3.887 ao 3.900, pp. 48 e ss. – paradigmático ao tema da responsabilidade civil, por violação de normas de protecção, e inversão de ónus da prova, ilicitude, culpa e causalidade.

⁷⁵ Neste sentido: «Os riscos de nível superior, que constituem fundamento geral de responsabilidade civil quando se concretizam num dano indemnizável (e, excepcionalmente, também de responsabilidade penal, no âmbito de tipos de perigo ou de tentativa e consumação de crimes de dano),

Assim, na linha do que antecede, comprehende-se a coerência do legislador oitocentista – perfeitamente conhecedor dos perigos e consequências da cessação de pagamentos dos bancos e dos corretores (as principais entidades financeiras então existentes⁷⁶) – em, perante a ausência de uma norma redutora da assimetria informativa, para não dizermos, da desigualdade de armas processuais, como a do actual art. 493.º n.º 2 do CC, ter imposto, num caso, a presunção de «quebra culposa», contrariável pelo administrador bancário, e noutro, presunção de falência fraudulenta, inilidível⁷⁷.

Referimo-nos ao art. 365.º do CCom. O preceito, inserido no título IX, «Das operações de banco», estabelece o seguinte: «O banqueiro que cessa pagamentos presume-se em quebra culposa».

A expressão banqueiro não se refere apenas aos administradores dos bancos: o art. 11.º n.º 1 do RGICSF enuncia que só as entidades «habilitadas como instituições de crédito ou como sociedades financeiras poderão incluir na sua firma ou denominação, ou usar no exercício da sua actividade expressões que sugiram actividade própria das instituições de crédito ou das sociedades financeiras, designadamente «banco», «banqueiro» [...].».

não cabem na liberdade geral. Dos riscos que excedem o risco geral da vida, e que portanto são em princípio ilícitos, alguns são qualificados por características e circunstâncias que justificam que seja permitido a certos agentes criá-los, por razões de utilidade pública (tornando-os assim para esses agentes, e nos contextos considerados, lícitos), sujeitando-os em contrapartida a vigilância activa e permanente por autoridades especializadas, com os instrumentos administrativos próprios destas.» [JOÉ ANTÓNIO VELOSO, «Prevenção de risco para a gestão de bancos e fiscalização da idoneidade de accionistas qualificados», *Revista da Banca*, n.º 54 (2002), pp. 45-106, p. 68-69].

⁷⁶ Sobre as crises e falências bancárias, em Portugal, desde 1846 em diante, cf. NUNO VALÉRIO (e outros, cords.) *História do Sistema Bancário Português*, ed. Banco de Portugal/Eurosistema, Lisboa, s/d, pp. 75, 137 ss.; Idem RUI RAMOS, *História de Portugal – A Segunda Fundação* (Dir. José MATOSO), 6.º vol., ed. revista e ampliada, Editorial Estampa, Lisboa, 2011, p. 114 e ss.

⁷⁷ O Código Comercial manteve em vigor (desde 1888, recorde-se), até 1991, um preceito (foi expressamente revogado, pelo art. 24.º do Dec.-Lei n.º 142-A/91, de 10 de Abril, que aprovou o Código de Mercado de Valores Mobiliários), no seu art. 79.º, que estabelecia o seguinte: «A insolvência dos corretores presumir-se-á sempre fraudulenta». Ora, a justiça material (ou ‘financeira’) da norma derivava, singelamente, da ideia básica em todas as actividades perigosas autorizadas mas regulamentadas com vista à evitação do resultado danoso: o corretor, «que pratica só, correcta e cuidadosamente, a sua profissão, não deve falir [...] É, na verdade, em regra, a falta de cumprimento das normas legais ou jurídicas que acarreta a falência» – dizia-o já, em 1906, RUY ENNES ULRICH – *Da Bolsa e suas Operações*, 2.ª edição, revista e anotada, por Maria Eugénia Mata, David Justino e José Carlos Rodrigues da Costa, ed. Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, p. 193.

A «quebra» corresponde, em rigor, não a um juízo final de avaliação deficitária da relação entre activo e passivo, mas – tal como o conceito geral de insolvência adoptado pelo CIRE – à circunstância de, independentemente daquela relação (activo/passivo), o banco se encontrar impossibilitado de cumprir as suas obrigações vencidas ou exigíveis. Diremos: a instituição deixou – ou está em perigo iminente – de perder liquidez, fundos próprios, capacidade creditícia para pagar ‘à vista’ os contratos/depósitos que lhe são exigíveis.

Assim, o momento da «quebra», desde logo para efeito da presunção do art. 365.º do CCom só pode, mas deve dar-se como verificado com o acto administrativo, autoritário, determinativo de uma medida de resolução, ou de liquidação, nos termos supra enunciados.

Como referido, o acto administrativo revogatório da licença de autorização constitui a única forma de declaração de insolvência destas instituições⁷⁸. Logo, a sua proferição estabelece, *ipso jure*, os efeitos próprios da sentença declarativa prevista no art. 36.º do CIRE – portanto, também nas consequências tipificadas genericamente nas diversas alíneas do n.º 2 do art. 186.º do CIRE, relativas à presunção *juris et jure* de insolvência culposa, cujo alcance prático, e na sequencia da fase judicial da liquidação, não dependerá de um juízo exigível ao tribunal. Pois, aquela técnica legislativa, ao estabelecer a presunção, antecipa e prescinde, pelo menos parcialmente, do juízo judicativo que o tribunal venha a fazer quanto a outras dimensões das consequências legais da insolvência, logo qualificada culposa.

Em bom rigor, a presunção de insolvência culposa que recai assim sobre os administradores constitui um juízo-estatuição valorativo de um nexo entre os resultados ocorridos – a cessação de pagamentos ou o seu iminente risco exigente da intervenção recuperatória do BdP – e a sua actuação, qualificada, assim liminarmente, como culposa, onerando-os com a demonstração de factos conducentes a um juízo causal-valorativo diferente do sentenciado pela lei, se quiserem afastar a sua responsabilidade, perante os credores, pela insuficiência do património societário.

Quatro razões materiais justificam a presunção: a) A discricionariedade de gestão bancária é limitada nesta actividade económica como em nenhuma outra, por regras legais imperativas, fortemente objectivadas e tal regulação apresenta-se destinada a evitar a ocorrência dos danos da cessação de pagamentos; b) A assimetria de informação entre o administrador e o credor-depositante mostra-se muitíssimo superior à da generali-

⁷⁸ Assim, art. 8.º n.º 2, do DL 199/2006, combinado com regra da exclusão da legitimidade dos credores para peticionarem a insolvência e a aplicação do CIRE.

dade das empresas (fala-se em, p. ex., «balanços opacos», «operações fora do balanço», «imparidades por crédito vencido», etc.), de tal modo que seria absolutamente desproporcionado onerar o lesado com o encargo de demonstrar todos os elementos da responsabilidade delitual; **c)** Além disso, as regras da experiência evidenciam que, habitualmente, a cessação de pagamentos da instituição ocorre por violação de normas protectoras dos depositantes; **d)** É próprio ao sistema geral de repartição de benefícios-custos, dos danos em actividades perigosas, eliminar a exigência probatória, ao lesado, da imputabilidade subjectiva (ilicitude-culpa), ou senão, inverter os ónus típicos do art. 487.º n.º 1, primeira parte, do CC, como acima mostramos, a propósito do enquadramento do art. 493.º n.º 2 do CC.

11. O art. 78.º n.º 1 do CSC: eficácia externa do crédito sobre a sociedade

A propósito da responsabilidade de terceiros no não cumprimento das obrigações, Vaz Serra sustentava a regra da sua negação excepto, para além do abuso de direito e da gestão imprópria de negócios⁷⁹, «onde entre esse terceiro e o credor exista uma relação que o justifique»⁸⁰ – de outro modo, como regra geral, «dar-se-iam consequências muito amplas [...] Ela enfraqueceria gravemente a vida económica [...] Representaria um embargo considerável para a actividade individual»⁸¹ – pela restrição à liberdade de contratar. Neste sentido propunha a inclusão no Código Civil das seguintes disposições:

«1. O terceiro, por facto de quem os direitos de crédito não são satisfeitos, não incorre em responsabilidade para com os respectivos credores, salvo abuso do direito [...].

2. O disposto no parágrafo antecedente prejudica o direito que eventualmente tenha o credor contra o terceiro, resultante das regras do enriquecimento sem causa, da gestão imprópria de negócios, de negócio existente entre eles ou de outra fonte»⁸².

⁷⁹ ADRIANO P.S. VAZ SERRA, «Responsabilidade de terceiros no não cumprimento das obrigações», *BMJ* n.º 85 – Abril-1959, pp. 345-360, p. 348-349.

⁸⁰ Idem, p. 350.

⁸¹ Idem, p. 352-353.

⁸² Idem, pp. 355 e 360.

Apesar de não positivada assim, esta doutrina civilista afirma-se na nossa ordem jurídica – desde logo, pelos termos e cláusula geral de abuso do direito – sustentando Antunes Varela não bastar neste campo o conhecimento do direito de crédito do terceiro, mas ser necessário que, ao contratar, ofendendo-o, este exercício exceda manifestamente os limites impostos pela boa-fé, conforme a regra do art. 334.º do CC⁸³. Mais adiante, exemplificando situações tipificadas na lei como tutela de terceiros ou efeito quanto a terceiro da relação creditícia, o A. indica, designadamente, os meios de conservação da garantia patrimonial: a declaração de nulidade, a sub-rogação do credor ao devedor, e «até a ação de impugnação pauliana [...] que permitem ao credor agir contra terceiros na defesa da tutela ou cobertura do principal do seu crédito»⁸⁴.

Nesta ordem de valores, em homenagem à eficácia do direito (relativo) de crédito, a lei considera que ocorrendo insuficiência da garantia patrimonial do devedor (todos os seus bens, como o art. 601.º do CC expressa), contratos de boa-fé e validamente celebrados por este, atributivos de direitos patrimoniais, podem perder a consistência material económica do seu objecto: referimos o instituto da impugnação pauliana, no tocante aos negócios de boa-fé, mas gratuitos, celebrados pelo devedor (arts. 610.º e ss. do CC).

Assim, vislumbra-se um traço de identidade matricial, não só da letra entre a estatuição deste último preceito e o do art. 78.º n.º 1 do CSC: «Os gerentes e administradores respondem para com os credores quando [...] o património social se torne insuficiente...».

Com efeito, o direito, regra geral, não restringe a liberdade nem indica como cada um administra o seu património – mas intervém, cerceando essa liberdade fundamental, quando se trata de defender certos terceiros – já o vimos no caso da impugnação pauliana por doação de boa-fé, mas podem acrescentar-se outras figuras como, p. ex., as regras que permitem aos herdeiros anular e reduzir doações que causem ofensa à sua quota legitimária na herança.

Nas sociedades, como pessoas colectivas agregadoras de finalidades comuns dos sócios, é afirmável idêntico princípio de liberdade de gestão patrimonial. Mas o seu preço, somado às regras da personalidade jurídica da sociedade e separação de patrimónios, leva a um alargamento da regra geral do efeito obrigacional, entre a sociedade e seu administrador que haja violado, gravosamente quanto ao património social, algum dever das suas funções. Ou seja, a dinâmica interpretativa-aplicativa do equilí-

⁸³ ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, Vol. I, 10.ª ed., Almedina, 2000, p. 178.

⁸⁴ Idem, p. 182.

brio dos interesses-valores em causa no art. 78.º n.º 1 do CSC não deverá sediar-se, em primeira linha, no domínio da responsabilidade aquiliana.

Neste sentido, o paradigma interpretativo do art. 78.º n.º 1 do CSC não pode deduzir-se a partir da simplória dicotomia responsabilidade delitual, do art. 483.º n.º 1 do CC, e responsabilidade obrigacional, de arts. 798.º-799.º, do mesmo CC, de modo a qualificar-se aquela norma societária como consagradora de uma sub-espécie de responsabilidade, do sistema de requisitos e ónus próprios ao art. 483.º n.º 1 do CC – com as respectivas implicações práticas.

Com efeito, o art. 78.º n.º 1 do CSC pertence ao domínio da responsabilidade civil apenas no sentido em que o campo desta se situa no âmbito material de uma «unitária intenção normativo-jurídica e de justiça»⁸⁵, cujo desenvolvimento, a partir da culpa, subjectiva, evoluiu para a responsabilidade pelo risco, entre uma dogmática da conservação e a dogmática do progresso, ajustadoras da repartição (e socialização) dos riscos⁸⁶, num quadro de metodológica realização do direito que deva ver-se como um sistema móvel, e não a partir de um sistema axiomático-dedutivo de conceitos⁸⁷.

O que antecede obtém especial relevo com a análise da actividade financeira, na perspectiva do seu *quid* específico de perigosidade, impositivo de múltiplas disposições regulatórias, designadamente, a excepcionabilidade do regime de recuperação e de insolvência⁸⁸.

12. A imputação de danos aos administradores por violação de regras de gestão (o art. 186.º do CIRE, primeira densificação das normas de protecção referidas no art. 78.º n.º 1 do CSC)

A imputação de danos à esfera patrimonial do administrador responsável pela sua causação representa uma excepção à regra geral, segundo

⁸⁵ ANTÓNIO CASTANHEIRA NEVES, «Nótula a propósito do estudo *Sobre a Responsabilidade Civil* de Guilherme Moreira», in, *DIGESTA*, vol. I, p. 476.

⁸⁶ Idem, p. 477.

⁸⁷ Idem, p. 478. Sobre esta dinâmica, cf. J. SINDE MONTEIRO, «Estudos sobre a Responsabilidade Civil – Introdução», *separata da Revista de Direito e Economia* (anos 1978 a 1981), Coimbra, 1983, pp. 7-48. Sobre esta metodologia e a sua necessidade implicada pela justa aplicação do direito, cf. CLAUS-WILHELM CANARIS, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito* (introdução e tradução de A. MENEZES CORDEIRO), 3.ª ed., Gulbenkian, Lisboa, 2002, p. 109, em especial pp. 66 e ss.

⁸⁸ Saliente-se que também as empresas de seguros vêm aquelas situações reguladas sob regime específico, o que, também, não é por acaso ou mera 'vontade' do legislador.

a qual, pelas consequências dos seus actos, lícitos ou ilícitos responde a sociedade (art. 6.º n.º 5 do CSC e art. 165.º do CC), mesmo que se verifique, por parte daquele, «uma aparência social, susceptível de fazer crer ao lesado que o acto em causa, formalmente compreendido no quadro da sua competência, se destina a prosseguir interesses da pessoa colectiva, mas não visando senão exclusivos interesses pessoais»⁸⁹.

Contudo, este princípio geral sofre um ‘aditamento’: a lei prevê (arts. 78.º n.º 1 e 79.º do CSC) situações em que os actos dos administradores podem, também, repercutir-se na sua esfera jurídica pessoal.

O momento paradigmático do apelo à imputação de danos aos administradores ocorre nas situações de insolvência da empresa. Note-se que, neste domínio, o regime geral da responsabilidade civil apenas ‘sofre’ os benefícios tipificadores da ilicitude e da inversão do ónus da prova naque-
las situações que o legislador tipifica, segundo regras da experiência e valorações da tutela de interesses relevantes. Por isso as indica, desonerando o lesado das dificuldades de alegação e prova. O que se comprehende, pois o nó górdio da responsabilidade civil dos administradores radica no grau de assimetria de informação entre aqueles e os titulares dos interesses administrados.

Se virmos a empresa como a organização e a gestão de factores produtivos com vista à criação de riqueza⁹⁰, aceitaremos que os administradores gerem as múltiplas relações (contratuais e legais) conectadas à sociedade: trabalhadores, clientes, Estado (impostos, ambiente, segurança social, segurança do consumidor) e sócios. A esta luz, os administradores não gerem apenas nem sobretudo o capital social – isto é, as entradas dos sócios. O verdadeiro capital da sociedade mostra-se constituído por todo aquele conjunto de ‘activos’ – incluindo-se pois, a própria capacidade de ter e obter crédito.

Por conseguinte, parece suficientemente claro que o elenco de normas do CSC (e fora deste) convergentes no teor normativo densificado nos n.os 2 e 3 do art. 186.º do CIRE – indicadoras e qualificativas de insolvência culposa, com efeitos tipificados no seu art. 189.º n.º 2 – constitui uma pri-

⁸⁹ J. SINDE MONTEIRO/ALMENO DE SÁ, «A responsabilidade da pessoa colectiva pelos actos dos seus representantes», in, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 140, n.º 3966 (Janeiro-Fevereiro 2011), pp. 188-204, anotação ao acórdão do STJ, de 25 de Junho de 1998 Idem, p. 180 ss.). Temos em vista, p. exemplo, o que ocorre por vezes nas instituições financeiras: o gerente, o ‘caixa’, o administrador de agência clandestina, recebe depósitos, induz o cliente em entregar valores como se fosse para crédito seu sobre a instituição, mas não procedendo assim usa-o em proveito pessoal...

⁹⁰ Não necessariamente lucrativa, «organização de capital e trabalho destinado ao exercício de qualquer actividade económica» (art. 5.º do CIRE).

meira camada das normas destinadas à protecção dos credores, pressupostas pela cláusula geral do art. 78.º n.º 1 do CSC. Se a própria lei estabelece ali uma presunção culposa de insuficiência patrimonial, parece razoável ver-se nas regras societárias, proibentes daqueles comportamentos, normas de protecção dos credores, subsumíveis, portanto, pelo círculo⁹¹ do art. 78.º n.º 1 do CSC.

13. O art. 78.º n.º 1 do CSC e o ónus da prova de actuação culposa

Nas causas de cessação de pagamentos de instituições financeiras, ocorre frequentemente a violação das regras de art. 85.º do RGICSF, que proíbem e limitam a concessão de crédito. Ora, ainda que possam estar em causa normas que protegem também o interesse público na estabilidade do sistema financeiro, parece claro que as normas relativas à conservação do capital, reservas legais, consistência e âmbito mínimo de fundos próprios, rácios de solvabilidade e liquidez, dever de informação contabilístico e à autoridade de supervisão⁹² protegem, também, o crédito dos depositantes: é a sua liquidez e a tutela que estão em causa.

A lei exclui a aplicação do regime do art. 35.º, do CSC, às instituições financeiras (art. 96.º n.º 5, do RGICSF), mas em contrapartida, determina-lhes o dever fundamental de «aplicar os fundos de que dispõem de modo a assegurar a todo o tempo níveis de liquidez e solvabilidade» (art. 94.º do RGICSF).

É certo que a generalidade das normas legais impositivas de comportamentos económicos, financeiros e regras internas de gestão derivam da tutela do interesse público, na estabilidade financeira. Porém, esta resulta, também, da soma da tutela dos interesses dos depositantes: a considera-

⁹¹ Conclusão a que conduz a doutrina sustentada por SINDE MONTEIRO: «A protecção individual tem de ser intencionada e não só objectivamente actuada, embora não tenha de constituir ao fim principal da norma; basta que, ao lado de outro fim primário, ela vise também a protecção dos indivíduos» (*Responsabilidade por Conselhos, Recomendações ou Informações*, Almedina, Coimbra, 1989, p. 249).

⁹² Cf. arts. 94.º ao 100.º do RGICSF e respectivos Avisos. Sobre o âmbito de as normas de protecção do art. 78.º n.º 1 do CSC, se estender, pelo menos, às regras relativas à tutela garantidora do capital social, à delimitação da capacidade jurídica das sociedades e ao dever de apresentação à insolvência, cf. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, IDET/Cadernos/n.º 5, 2007, pp. 71-72. Também do mesmo A. e MARIA ELISABETE RAMOS, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* Vol. I (Coord. COUTINHO DE ABREU), Almedina, 2010, pp. 894-895.

ção específica desta constitui o outro pilar da supervisão⁹³. Ora, esta matéria surge expressa naquelas regras do RGICSF que se mostram violadas quando ocorre cessação de pagamentos ou necessidade de uma medida de resolução salvadora da empresa, decretada pelo BdP.

Como salienta Coutinho de Abreu, a tipificação legal de deveres específicos dos administradores constitui critério impositivo de actos de gestão, por conseguinte, directrizes concretizadoras dos deveres gerais estabelecidos pelo art. 64.º do CSC, de cuidado, lealdade, procedimento criterioso e ordenado⁹⁴, e excludentes da *business judgment rule*⁹⁵. No mesmo sentido, Menezes Cordeiro refere que a sua aplicação ao direito do n.º 1 do

⁹³ Neste sentido: «[d]uas grandes classes de interesses primários são actualmente objecto da protecção jurídico-positiva: o interesse público da estabilidade do mercado bancário, prevenido pela supervisão prudencial em sentido restrito, e o interesse privado do equilíbrio de posições contratuais, visados pela supervisão atinente às regras de conduta» – JOSÉ SIMÕES PATRÍCIO, «Aspectos jurídicos da supervisão bancária», in *Scientia Iuridica*, T. XLVIII, 1999, n.ºs 277/278, pp. 151-181, 179.

⁹⁴ Sobre o tema, em geral, COUTINHO DE ABREU, *Governação das Sociedades Comerciais*, 2.ª edição, Almedina, 2010, pp. 39 ss. No sentido de que o administrador ocupa, face à sociedade, «uma relação jurídica complexa», conformada basicamente, não pela disciplina dos contratos, mas pela lei, que fixa os poderes e deveres dos administradores – do mesmo A., *Curso de Direito Comercial, Volume II (Das Sociedades)*, 4.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2013, p. 581. Sobre a relação jurídica de administrador, MENEZES CORDEIRO refere, além da superação das teorias do mandato e contratualistas, o correcto enquadramento, não tanto uma efectiva relação jurídica mas antes uma «situação jurídica de administração ou, simplesmente, administração», definida pelo seu conteúdo, o qual «deriva da lei, dos estatutos e de deliberações sociais, podendo ainda ser conformado por contrato ou por decisões judiciais». O administrador ocupa «a situação jurídica de administração», que não pode deixar de ser absoluta no sentido de não implicar uma relação jurídica [...] tem os poderes de representar e de gerir que são, tecnicamente, posições potestativas e como tal absolutas: não corporizam binómios de direitos-deveres» (Da *Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*, ed. Lex, Lisboa, 1997, p. 396).

Mas, no seu *Direito das Sociedades*, I, 3.ª ed., Almedina, 2011, refere a propósito de deveres de lealdade: «A relação de administração é, antes de mais, uma prestação de serviços pautada pelas regras do direito das obrigações» (p. 875).

⁹⁵ Conclui COUTINHO DE ABREU: «[A] business judgment rule não é aplicável quando as decisões contrariem o dever de lealdade ou deveres específicos legais, estatutários ou contratuais dos administradores: aqui não há discricionariedade, as decisões são vinculadas, os administradores têm de actuar no interesse da sociedade e cumprir os deveres específicos» – *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades...*, p. 38. Adiante, sublinha, a propósito do n.º 2 do art. 72.º do CSC, que a *business judgment rule* é inaplicável à violação dos deveres de lealdade, de tomar decisões «procedimentalmente razoáveis» – «mas a norma é ainda inaplicável a casos em que sejam preteridos deveres específicos» (p. 46), o que sucederá, regra geral, no campo do art. 78.º n.º 1 do CSC, razões pelas quais, também aí se pode excluir aquela apreciação da «decisão empresarial» (assim, p. 47, nota 93).

art. 78.º do CSC, como o n.º 5 declara, «seria a mais completa selva» e inconstitucional⁹⁶.

Portanto, inapelavelmente, a violação daquelas regras do RGICSF constitui acção ilícita e culposa dos administradores que concederam o crédito, ou convenientemente, 'olharam para o lado', omitindo o cumprimento do seu dever de vigilância – devendo assim, por isso, responder solidariamente⁹⁷, no âmbito do art. 78.º n.º 1 do CSC.

Com efeito, a densificação do círculo das normas de protecção, como critério de imputação de danos, com inversão do ónus da prova de culpa, tem sido afirmado na doutrina (ao contrário de leituras lineares da 2.ª parte do art. 483.º n.º 1 e do art. 487.º do CC). Tem-se procurado a densificação do círculo das normas de protecção, como critério de imputação de danos, nos termos da ilicitude suposta pela 2.ª parte do art. 483.º n.º 1 do CC, com especial relevância de, neste âmbito, em vários casos, nos encontrarmos perante uma inversão à regra do ónus da prova de factos consubstanciadores de um juízo de culpa (inversão autorizada pela parte final do n.º 1 do art. 487.º).

Sinde Monteiro salienta como a jurisprudência alemã tem construído a figura da relação obrigacional sem deveres primários de prestação, por apelo: à interpretação do contrato (lacunas a preencher na vontade das partes); ditames da boa-fé que se sobrepõem à própria vontade das partes; e ao abuso do direito⁹⁸. Na identificação das disposições legais de protecção e deveres no tráfico, o A. considera que existindo regras e padrões administrativos estas devem considerar-se como os mínimos deveres de cuidado – as circunstâncias podem exigir mais⁹⁹.

De forma que, e designadamente tratando-se de uma actividade perigosa, a violação de uma norma de prevenção abstracta de danos deve fazer

⁹⁶ MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades I...*, p. 996.

⁹⁷ Sobre este dever de vigilância – como integrante do dever primeiro de administrar – cf. J. COUTINHO DE ABREU, que, em *Responsabilidade Civil dos Administradores...*, integra nos deveres de cuidado, como o primeiro deles, «o dever de controlo ou vigilância organizativo-funcional» e explicita-o: «é obrigação dos administradores prestarem atenção à evolução económico-financeira da sociedade e ao desempenho de quem a gere (administradores e outros sujeitos, designadamente, trabalhadores de direcção)» (pp. 18-19). Idem, RICARDO COSTA/GABRIELA DIAS, referem, como uma das principais manifestações do dever de cuidado os deveres de «controlar, ou vigiar a organização e a condução da actividade da sociedade [...] e o dever de se informar» – in *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (Coord. J. COUTINHO DE ABREU), vol. I, Almedina, 2010, p. 732.

⁹⁸ J. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por Conselhos...*, pp. 508, 521 e ss.

⁹⁹ Idem, pp. 237, 240, 249 e ss.

presumir a culpa do infractor¹⁰⁰ – como a jurisprudência do STJ tem afirmado, a propósito de acidentes rodoviários¹⁰¹.

Idêntica perspectiva é sustentada por Adelaide Meneses Leitão, ao evidenciar que as normas de protecção interpenetram interesses públicos e privados, complementares¹⁰² – salientando afirmar-se, na doutrina alemã, frequentemente, que «a violação de uma norma de protecção objectiva conduz à inversão do ónus da prova»¹⁰³. Quanto ao direito português, considera que «atendendo a que o critério legal de cuidado é fixado pela norma de protecção, o lesado ao provar a ilicitude do acto está simultaneamente a provar a culpa»¹⁰⁴ – o que é compatível com o disposto no artigo 487.º n.º 2, ao admitir que seja «outro critério legal» a aferir a culpa¹⁰⁵.

A problemática em causa apresenta múltiplas aplicações, visto que o RGICSF estabelece concretos deveres de gestão – sendo um dos seus vectores constituído pela protecção dos depositantes¹⁰⁶. Assim, estas disposições de protecção ganham total relevo no contexto da insuficiência do património societário, que o art. 78.º n.º 1 do CSC pressupõe como condição de exigência da responsabilização dos administradores.

Mas sendo assim, e uma vez que a insuficiência patrimonial das instituições financeiras, aqui relevante, é antecedida pela cessação de pagamentos – isto é, a quebra do cumprimento pontual dos créditos/depósitos – então, face à presunção legal de insolvência culposa, do art. 365.º do CCom, esta problemática concorre na tutela não só do direito do art. 78.º n.º 1, mas também na tutela do art. 79.º do CSC, e mesmo em geral, já quanto à própria instituição, nos seus direitos contra os administradores.

De resto, perante o ónus probatório imposto aos administradores, pelo disposto no art. 493.º n.º 2 do CC cabe-lhes a demonstração, para afas-

¹⁰⁰ Idem, pp. 264-265. Como o A. mostra suceder no direito alemão, francês, austríaco, e na maioria dos Estados norte-americanos (idem, *ibidem*).

¹⁰¹ Idem, p. 267.

¹⁰² ADELAIDE MENESES LEITÃO, *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, Almedina, 2009, pp. 19-20, 43 e ss.

¹⁰³ Idem, p. 163.

¹⁰⁴ Idem, pp. 734-736.

¹⁰⁵ Idem p. 735. O que a A. mantém, num texto a propósito dos administradores de sociedades – ADELAIDE MENESES LEITÃO, invocando Sinde Monteiro, defende a aplicação do «*modelo de responsabilidade obrigacional à culpa na violação de normas de protecção por se registar uma flagrante analogia material, cabendo, por conseguinte, ao lesante a prova da ausência da culpa*» – ADELAIDE MENESES LEITÃO, «Responsabilidade dos Administradores para com a sociedade e os credores por violação de normas de protecção», in *Revista de Direito das Sociedades*, ano 1 (2009), n.º 3, pp. 647-679, p. 669.

¹⁰⁶ Aliás, protecção dos depositantes que é expressamente referida em, *v.g.*, art. 22.º n.º 1 al. h), art. 139.º e art. 145.º do RGICSF.

tarem a responsabilidade, de que os danos aos depositantes, ou outros credores, ocorreram contra e apesar de terem empregado «todas as provisões exigidas pelas circunstâncias com o fim de os prevenir» – o que, de todo, não pode suceder quando violaram regras legais, como, *v.g.*, o art. 85.º do RGICSF (proibição de crédito a administradores).

14. Balanço

A ordem jurídica apela e estrutura-se como uma «incompletude do conhecimento científico», acrescida da sua «abertura como modificabilidade» de si própria¹⁰⁷ – o que é particularmente relevante no domínio aqui tratado, pois, a acentuação da perigosidade da actividade financeira acabou por remeter o seu governo para o círculo das actividades perigosas, do art. 493.º n.º 2 do CC.

Considerando a regra geral do art. 78.º n.º 1 do CSC, sediamos o preceito na esfera relativa à tutela da eficácia externa do direito de crédito, operacional quando se verifique «inobservância culposa» das normas destinadas a conservar a sua garantia. Mais especificadamente, pelos danos derivados de insuficiência patrimonial da instituição, a respectiva cessação de pagamento faz incorrer os administradores na presunção de quebra culposa, por força do art. 365.º do CCom – e respectivas consequências legais, tabeladas logo nos arts. 186.º e 189.º n.º 2, do CIRE, designadamente, a obrigação, solidária, de pagamento dos créditos não satisfeitos [al. e) deste preceito]. Pelo que, assim, neste contexto, o direito de art. 78.º n.º 1 do CSC mostra-se convergente, senão até residual, na tutela do credor depositante – o que não representa afectação negativa do respectivo direito¹⁰⁸.

Enfim, no termo deste percurso, parece-nos autorizado concluir que a riqueza da nossa ordem jurídica mostra-se inversamente proporcional à capacidade jus-aplicativa dos seus «operadores judiciários», pouco atentos a que a impunidade constitui «um multiplicador de confiança na reitera-

¹⁰⁷ CLAUS-WILHELM CANARIS, *Pensamento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito* (introdução e tradução de A. Menezes Cordeiro), 3.ª ed., Gulbenkian, Lisboa, 2002, p. 109.

¹⁰⁸ Assim e, sobre a concorrência e o concurso de fundamentos de uma única pretensão indemnizatória, cf. SINDE MONTEIRO, «Anotação», ao acórdão do STJ, de 12.11.1996 (Cardona Ferreira), in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, n.ºs 3.887 ao 3.900, p. 96.

ção do dano ilícito lucrativo...»¹⁰⁹, com exceções, transformando a eficácia do direito numa irracionalidade dependente dos astros¹¹⁰.

¹⁰⁹ A frase completa, pertence a GEORGE A. AKERLOF E ROBERT J. SHILLER, *Espírito Animal*, que tem o subtítulo, «*De que forma a psicologia humana lidera a economia e a sua importância para o Capitalismo*», ed. SmartBook, Lisboa, 2010, p. 43 (tradução do original, *Animal Spirits*, 2009). Os AA. referem-se à impunidade da corrupção e da má-fé, a propósito da crise financeira de 2007, salientando que, «*se toda a gente faz o mesmo*», então, «*abrir mão de princípios em tempos destes é algo perfeitamente racional [...] Tal processo pode fazer parte de um multiplicador de confiança, uma vez que a corrupção dá origem a mais corrupção*» (idem, ibidem). A expressão «animal spirits» tem a autoria de KEYNES e ocupa um lugar central na formulação do seu pensamento.

¹¹⁰ Temos em vista o ac. do STJ, de 12.01.2012 (Álvaro Rodrigues) – disponível via *internet*: A decisão condena (um milhão de euros e juros) o ex-administrador que, através de operações financeiras e da sua ocultação contabilística (operações cambiais, perdas em contratos *forwards*, de 60 milhões de euros), provocou a insolvência da empresa e aquele dano ao credor, autor da acção. A decisão, acertada, mostra-se de fundamentação pouco sustentada: a) Afirma que o credor deveria ter alegado e provado desconhecer a insuficiência patrimonial da sociedade devedora – apesar de as contas desta estarem falsificadas (pp. 25-26); b) Mantém-se completamente alheia à dinâmica inversora dos ónus de prova quando ocorre violação p. ex., do dever de verdade na contabilidade e prestação de contas; c) A única razão sustentadora da condenação foi o entendimento de que as operações com divisas ultrapassavam o objecto estatutário da empresa. O que parece muito arriscado de dar como única causa à ilicitude do administrador, pois, tratando-se, como era o caso, de uma empresa integrada numa multinacional, importando e exportando bens e serviços, a celebração de contratos *forward* cabe no seu objecto social! E não é fácil fazer um juízo de valor afirmativo de que tais actos foram ‘especulação’, visto que, por natureza, *forwards* e *swaps* visam especular sobre o futuro, prevenindo uma determinada aposta de acontecimento cambial. A nosso ver, onde residia a efectiva inobservância das disposições protectoras do credor – do art. 78.º n.º 1 do CSC – seria, desde logo, no âmbito da falsificação da contabilidade, relatório e contas da empresa. Porém nesta matéria, a simplista, mas errada, associação automática da responsabilidade delitual/ónus da prova da culpa a cargo do lesado, conduziria (como sucedera nas instâncias) à absolvição do réu. Por isso, o STJ, intuindo a injustiça deste resultado, usou um atalho ‘frágil’, senão até errado.

RESUMO: O art. 481.º, nº 2, do CSC, ao limitar o âmbito espacial do regime de coligação societária a situações puramente internas, suscita problemas de discriminação de grupos de sociedades cujo estatuto pessoal é regulado por outros ordenamentos jurídicos da União. Em sentido oposto, a aplicação excepcional do regime a situações plurilocais poderá gerar entraves à liberdade de estabelecimento. A solução para o problema poderá passar por, tendencialmente, tornar o acesso ao regime dependente de um ato de vontade do grupo, independentemente do seu caráter multiterritorial.

Palavras-chave: Arbitragem Regulatória, liberdade de estabelecimento, mobilidade societária, coligação societária, regulação do estatuto pessoal, normas espacialmente autolimitadas.

ABSTRACT: Article 481(2) of the Portuguese Companies Code, while restricting the territorial scope of the groups regime to purely internal situations, may discriminate corporate groups whose personal status is regulated by other jurisdictions of the Union. On the other hand, the exceptional applicability of the groups regime to multi-located groups may cause a restriction to the freedom of establishment. We sustain that, in general, a solution to the problem identified may be found by determining the applicability of the groups regime to be dependent upon the express will of the group, regardless its multi-territorial character.

Keywords: Regulatory competition, freedom of establishment, corporate mobility, corporate groups, governing law of companies, legal rules with limited territorial scope

PAULO PICHEL*

O âmbito espacial do regime de coligação societária à luz do Direito da União Europeia

Introdução

O presente artigo tem como objeto o âmbito espacial do regime de coligação societária previsto no Código das Sociedades Comerciais ("CSC"). Em especial, procuramos compreender a articulação e a compatibilidade daquele regime com o Direito da União Europeia ("DUE"). Tentamos demonstrar que, em certos domínios, a limitação espacial do regime de coligação societária gera discriminações das sociedades sediadas noutras Estados-membros ou das sociedades sediadas em Portugal. Naquelas situações, a solução passará pela desaplicação das normas nacionais contrárias ao Tratado Sobre o Funcionamento da União Europeia ("TFUE"). Já nestas, uma vez que o DUE não proíbe as situações de *discriminação às avessas*, uma das soluções possíveis para os grupos nacionais descontente-

* Mestre em Direito.
Advogado Estagiário

tes com a regulamentação interna passará pela plurilocalização das suas estruturas, escudando-se na liberdade de estabelecimento para promover a evicção do regime interno.

A compatibilização do regime de coligação societária com o DUE passa, em nosso entender, pela indiferenciação das situações puramente internas face às situações transfronteiriças. No entanto, os elementos desfavoráveis do regime de coligação societária, quando aplicados a situações internacionais, são suscetíveis de gerar entraves à mobilidade societária. Com efeito, lá onde certas vantagens não possam ser desagregadas de certas desvantagens, a sua aplicação em bloco deverá decorrer, tendencialmente, de um ato de vontade do grupo.

Na medida em que o regime de coligação está dependente da prévia aplicação do art. 3.º CSC, as problemáticas decorrentes do seu potencial obstrutivo à mobilidade societária refletir-se-ão no específico domínio da regulação das coligações societárias.

O artigo está organizado em 3 partes. Na primeira parte, procuramos demonstrar que os habituais elementos de conexão determinantes da lei reguladora do estatuto pessoal da sociedade comercial autónoma, pelo seu caráter territorial, têm grande dificuldade de coabitação com estruturas multipolares e multiterritoriais. Neste sentido, uma alternativa possível poderá ser a da abertura à liberdade de escolha da lei reguladora do estatuto pessoal das sociedades comerciais e, em especial, das coligações societárias. A conclusão pela viabilidade de um modelo de arbitragem regulatória neste domínio é, em nosso entender, particularmente útil para a análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia (“TJUE”) no âmbito do direito societário (Parte 2). Na verdade, a mobilidade das empresas é vista como um fator determinante na construção do mercado único pelo que uma perspetiva económica e jurídica que promova aquela mobilidade terá natural acolhimento da jurisprudência do TJUE. Um modelo de concorrência entre ordenamentos jurídicos – alicerçado na necessidade de reconhecimento mútuo – é particularmente apto a responder àquele desafio.

Concluímos que a jurisprudência do TJUE criou espaços significativos para a concorrência entre ordenamentos jurídicos no domínio da lei reguladora do estatuto pessoal das sociedades comerciais. A análise da compatibilidade do regime de coligação societária com o DUE (Parte 3) deverá ter em consideração aquela orientação jurisprudencial. Perante uma situação de concorrência entre ordenamentos jurídicos no espaço da União, o legislador deverá tornar o regime de coligação societária mais eficiente e alargar a sua oferta regulatória neste domínio de modo a atrair o maior número de empresas.

1. Determinação da lei aplicável a uma estrutura multipolar transnacional (análise funcional)

1.1. Lei reguladora do estatuto da sociedade comercial: teoria da sede e teoria da incorporação

O estatuto pessoal de uma sociedade comercial é composto pelo conjunto de regras fundamentais que regulam a sociedade comercial desde o seu nascimento até à sua extinção. Nele incluem-se questões relativas à capacidade, constituição, funcionamento e competência dos seus órgãos, modos de aquisição e perda da qualidade de associado e os correspondentes direitos e deveres, a responsabilidade perante terceiros bem como a dos respetivos órgãos e membros, a transformação, dissolução e extinção da sociedade.

A lei reguladora do estatuto pessoal de uma sociedade comercial deve acautelar diversos interesses: (i) unidade e estabilidade do estatuto pessoal da pessoa coletiva, (ii) interesse da pessoa coletiva e (iii) segurança no tráfico jurídico.

A discussão centra-se em saber qual o *elemento de conexão* que melhor satisfaz aqueles interesses. Atualmente, defrontam-se duas teorias: a *teoria da incorporação* e a *teoria da sede*.

À luz da teoria da incorporação, a lei reguladora do estatuto pessoal das sociedades é determinada de acordo com o local onde aquela se constitui (que corresponderá à sede estatutária ou ao local do registo). A designação do local de constituição não implica um contacto efetivo com o ordenamento jurídico em causa, prevalecendo a autonomia das partes na escolha de lei aplicável. Já a teoria da sede determina que a lei reguladora do estatuto pessoal da sociedade corresponda ao local onde se encontra a sede da administração, ou seja, ao local onde se reúnem os administradores e onde as assembleias de membros são realizadas, podendo, adicionalmente, considerar-se o local onde os órgãos de fiscalização ou de controlo se encontram.¹ Com efeito, a teoria da sede *qualifica* a teoria da incorporação no sentido de exigir uma conexão mais estreita entre a lei reguladora do estatuto pessoal e o local onde se encontra o *centro nevrálgico* da sociedade. Como explica LIMA PINHEIRO, a teoria da sede “ganharia sentido útil quando, anormalmente, se regista uma divergência entre a sede estatutária e a sede da administração”². Para BAPTISTA MACHADO, o fundamento

¹ Cf, Luís DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional Privado Direito de Conflitos Parte Especial*, Vol. II, 3.^a ed., Almedina, 2009, p. 116.

² Cit, Luís DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, p. 115.

da teoria da sede reside em não se poder transpor para o domínio da lei reguladora do estatuto das pessoas coletivas os fundamentos da liberdade de escolha das partes no âmbito da lei reguladora das obrigações uma vez que, naquele domínio, têm grande relevância os interesses de terceiros e o interesse geral da comunidade que, segundo o Autor, não são devidamente acautelados pela teoria da incorporação na medida em que esta admite a intervenção no comércio jurídico de uma sociedade cujo estatuto pessoal é regulado por uma jurisdição totalmente estranha à sua atividade.³

Será, no entanto, duvidoso que a teoria da sede alcance aqueles objetivos de proteção de terceiros, gerando, em contrapartida, problemas significativos.

Um dos principais argumentos da teoria da sede parece ser o do *paraíso legal*. Defende-se que caso se permita que os sócios escolham a lei reguladora do estatuto pessoal da sociedade que melhor lhes aprouver, escolherão a lei que maior desproteção confere aos credores sociais.

Em primeiro lugar, parece-nos que este argumento padece de uma certa dramatização, pois, dificilmente os legisladores nacionais aprovarão regras que esmaguem totalmente os interesses dos credores sociais.⁴

³ Cf. JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Lições de Direito Internacional Privado*, 3.^a ed., 1982, pp. 345 e 346. O Autor afirma que “no DIP importa resolver o concurso entre as “leis interessadas” – importa, isto é, optar por uma das várias leis em contacto com a situação quando seja esse o caso. Põe-se então o problema da escolha da conexão preferível, a qual deverá variar conforme a matéria jurídica em causa. De novo há que atender, para efeitos desta escolha, à natural expectativa das partes e de terceiros e, consequentemente, à estabilidade e uniformidade de regulamentação das situações jurídicas, bem como, em alguma medida, ao interesse geral da colectividade. Há de optar-se pela conexão que melhor sirva estes interesses, e essa deve ser, em geral, a conexão mais significativa ou mais eficaz [...] no domínio das situações absolutas do estatuto pessoal e do estatuto real tem grande relevo, ao lado do interesse das partes, o interesse de terceiros e o interesse geral da comunidade jurídica [...] no domínio das situações jurídicas pessoais e reais deverá preferir-se uma conexão directamente ligada às pessoas ou às coisas com vista a uma melhor tutela não só do interesse das partes mas também dos interesses de terceiros e dos interesses gerais da comunidade jurídica em que pessoa ou a coisa mais enraizadamente se integram” – *Lições...*, p. 50. Conclui, assim, que “não parece, pois, que se deva transpor para o domínio da determinação da lei pessoal das pessoas colectivas o critério da autonomia da vontade, válido em matéria de obrigações procedentes de negócio jurídico, antes se deve exigir sempre uma conexão espacial entre a pessoa colectiva e o Estado cuja lei define o estatuto pessoal” – *Lições...*, p. 346.

⁴ Por exemplo, não vemos que um credor social de uma sociedade cujo estatuto é regulado pela lei do Reino Unido esteja globalmente menos protegido do que o credor de uma sociedade regulada pela lei portuguesa. Admitimos, no entanto, a existência de tal risco em Estados muito pequenos onde o reduzido número de empresas a operar no seu território poder levar à desconsideração do interesse dos credores sociais. Cf. WOLFGANG SCHÖN, «Playing Different Games? Regulatory Competition in Tax and Company Law», *Common Market Law Review*, 42, 331-365, p. 343.

Em segundo lugar importa delimitar o universo de credores potencialmente afetados. Assim, certamente que os credores *fortes* serão capazes de acautelar devidamente os seus créditos, pelo que o problema da *desproteção* somente poderá surgir em relação aos credores *fracos* que não possam beneficiar do efeito *boleia* dos credores fortes. Nestes casos, o problema pode ser resolvido não só através de mecanismos de evicção da lei estrangeira próprios do Direito Internacional Privado (proibição da fraude à lei ou preservação da ordem pública internacional do Estado) como através de regras de conflito específicas que visem acautelar certos interesses merecedores de tutela, “mediante uma ponderação dos valores em presença”.⁵

Em terceiro lugar, se a teoria da incorporação pode colocar problemas de tutela de credores, a teoria da sede não os resolve: “com efeito, sempre que a pessoa colectiva intervém em mercados internacionais ou atua fora do Estado da sede da administração a aplicação do Direito deste Estado não apresenta nenhuma vantagem relativamente à teoria da constituição no que toca aos interesses de terceiros e do comércio jurídico em geral. Os terceiros que entram em contacto com a pessoa colectiva fora do país da sede da administração têm de indagar do lugar da sede da administração, consultar o registo aí organizado e averiguar o conteúdo do Direito aí vigente”.⁶

Finalmente, a teoria da incorporação apresenta vantagens relevantes. Desde logo, facilita a atividade de sociedades com conexão com várias jurisdições, evitando o impacto profundamente negativo de o estatuto pessoal da sociedade se alterar cada vez que esta atravessa a fronteira.⁷ Para além disso, sai reforçada a certeza no tráfico jurídico na medida em que se verifica grande estabilidade na lei aplicável à sociedade, sendo esta facilmente determinável.⁸

1.2. A dificuldade de escolha de um elemento de conexão territorial face a uma realidade multiterritorial

Independentemente da opção pela teoria da sede ou pela teoria da incorporação, a determinação da lei reguladora do estatuto pessoal da

⁵ Cit, Luís DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, p. 125.

⁶ Cit, Luís DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, p. 123.

⁷ Não será por acaso que o aparecimento da teoria da incorporação surge no Séc. XVIII associada ao comércio transfronteiriço levado a cabo pelos operadores económicos ingleses tendo em vista facilitar a atividade económica no estrangeiro. Cf, ANTÓNIO FRADA DE SOUSA, *A europeização do Direito Internacional Privado – os novos rumos na regulamentação das situações privadas transnacionais na UE*, Tese de Doutoramento, 2012, p. 122.

⁸ Cf, Luís DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, p. 122.

sociedade faz-se por referência a um elemento de conexão territorial. Assim, a primeira dificuldade que se encontra quando nos debruçamos sobre a problemática da lei aplicável à empresa *policorporativa* prende-se com o facto de, tipicamente, os elementos de conexão a um ordenamento jurídico partirem de uma perspetiva da sociedade comercial *autónoma* que opera num só território. Acontece que o contexto *multiterritorial* de uma coligação societária, na qual cada uma das células preserva a sua autonomia jurídica, gera perturbações nas tradicionais regras de conflito, em especial, na teoria da sede.⁹

Perante este problema, antecipam-se várias soluções. Desde logo, poder-se-á abdicar da pretensão de regular especialmente a empresa *policorporativa*, aplicando-se a cada uma das suas células as regras reguladoras das sociedades comerciais, sem mais.¹⁰ Nestes casos, será indiferente a natureza jurídica dos sócios, respondendo estes nos termos gerais.

Uma outra solução consistirá em aplicar o critério da *sede* tendo por referência uma das células do grupo (*célula-referência*, que poderá ser a sociedade-mãe ou a sociedade-filha) ou exigir a coincidência no mesmo território das sedes das células componentes da coligação (regime-regra português). Em todo o caso, parece-nos que estas soluções pecam, num plano conceitual, por se abstraírem do *grupo*¹¹ como uma *unidade*.

Assim, em termos genéricos, e partindo do pressuposto de que a empresa *policorporativa* necessita de uma regulação especial, parece-nos que será de se procurar uma solução que designe a lei aplicável ao *grupo* enquanto estrutura integrada. Neste sentido, poder-se-á conceber uma legislação que defina critérios capazes de identificar o *cérebro do grupo*.¹²

⁹ Cf, ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades Estrutura e Organização Jurídica das Empresas Plurissocietárias*, 2.^a ed., Almedina, 2002, p. 248 e seguintes.

¹⁰ Este é, p. ex., o sistema do Reino Unido onde não existe um corpo de normas específico para regular os grupos de sociedades. Note-se, no entanto, que, em determinados domínios, como a prestação de contas ou a regulamentação das transações entre os administradores ou gerentes e a sociedade aquela realidade é considerada pelo legislador. Cf, PAUL DAVIES e SARAH WORTHINGTON, *Gower & Davies Principles of Modern Company Law*, 9.^a ed., Sweet & Maxwell, 2012, p. 248.

¹¹ Socorremo-nos da definição de grupo ENGRÁCIA ANTUNES como correspondendo a “*todo o conjunto mais ou menos vasto de sociedades comerciais que, conservando embora as respectivas personalidades jurídicas próprias e distintas, se encontram subordinadas a uma direção económica unitária e comum*” – *Os Grupos...*, p. 52.

¹² Este critério é utilizado no âmbito da insolvência transfronteiriça onde se apela ao conceito de *centro de interesses principais*, definido no considerando 13 do Regulamento 1346/2000 do Conselho de 29 de Maio de 2000, como o *local onde o devedor exerce habitualmente a administração dos seus interesses, pelo que é determinável por terceiro*, presumindo-se que o mesmo se encontra no local da sede estatutária (art. 3.^º,1).

No entanto, aqueles sempre terão de ser dotados de uma certa *elasticidade* geradora de insegurança jurídica. Para além disso, haverá situações em que o *cérebro do grupo* não se circunscreve a um só ordenamento jurídico.¹³

Finalmente, sempre restará a possibilidade de o legislador permitir que seja o *grupo* a determinar a lei reguladora do seu estatuto pessoal. Esta solução apresenta, quanto nós, 3 vantagens: (i) reforça a autonomia das partes; (ii) garante a certeza e segurança jurídicas e (iii) evita problemas de mobilidade societária. A questão que se há de colocar é a de saber até que ponto a liberdade de escolha promove a desproteção de classes de indivíduos que gravitam na esfera do *grupo* (como acionistas, credores, membros dos órgãos executivos). No fundo, reproduzem-se, aqui, os eventuais inconvenientes da teoria da incorporação.¹⁴

Chegamos, assim, ao ponto de partida da problemática sobre a qual nos propomos refletir: em que medida é que a liberdade de escolha de lei aplicável promove soluções jurídicas mais *eficientes*.¹⁵

1.3. Arbitragem regulatória, lei aplicável e mobilidade societária

Numa perspetiva funcional, as normas reguladoras das sociedades comerciais exercem uma função (i) organizativa e de (ii) controlo dos conflitos de interesses. As normas que controlam os conflitos de interesse visam dar resposta àquilo a que a doutrina económica refere como o *problema de agência*. Trata-se do problema resultante do facto de a riqueza obtida por um indivíduo (o principal) estar dependente de ações levadas a cabo por outrem (o agente). Com efeito, a dificuldade está em motivar

¹³ Como explica ENGRÁCIA ANTUNES “o próprio critério do controlo [...] acaba por se revelar também algo insatisfatório: dada a enorme complexidade da estrutura organizativa e a constante mutabilidade dos laços de controlo intersocietário que cimentem a unidade dos grupos transnacionais, a verdade é que a sua rígida aplicação às sociedades integradas no respectivo perímetro poderia certamente arrastar consigo uma significativa insegurança jurídica, susceptível de comprometer a estabilidade do próprio vínculo da nacionalidade, acabando por implicar necessariamente, numa férrea lógica de regressus ad infinitum, uma desmontagem ascendente da inteira cadeia de controlo societário até aos próprios indivíduos singulares que detêm o capital ou as rédeas do comando da sociedade de topo” – *Os Grupos...*, p. 249.

¹⁴ “É evidente que o critério da sede estatutária abana por ser passível dos inconvenientes próprios dos critérios que, tal como o da incorporação, veiculam o primado da vontade das partes” – ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos...*, p. 249, nota 499.

¹⁵ Neste estudo o termo *eficiente* é utilizado no sentido de *maximização da produção de riqueza*.

o agente a atuar não só no seu interesse mas, também, no interesse do principal.¹⁶

A discussão centra-se em saber em que medida a liberdade de escolha de lei aplicável beneficia ou prejudica a tutela dos diferentes interesses que gravitam na esfera da sociedade comercial. É neste contexto que surge o conceito de *arbitragem regulatória*.

1.3.1. *O modelo de Charles Tiebout*

Em 1956, CHARLES TIEBOUT¹⁷ publicou um artigo onde procurou dar resposta a um problema colocado por MUSGRAVE e SAMUELSON. Segundo estes, não seria possível determinar o nível de despesa em bens públicos efetuada pelos Estados através de uma *solução de mercado* (ou seja, de ajustamento da oferta à procura), o que levaria a que a quantidade de riqueza alocada à produção de bens públicos fosse necessariamente ineficiente.

Em resposta ao problema colocado por MUSGRAVE e SAMUELSON, CHARLES TIEBOUT propôs um modelo de *arbitragem regulatória* que admite a possibilidade de existência de um *mercado de bens públicos*. Segundo este, o nível ótimo de bens públicos fornecidos alcança-se caso se garanta a mobilidade dos contribuintes que optarão pela jurisdição que melhor satisfaça as suas necessidades. Assim, a lei é elaborada para os contribuintes com a mesma lógica que os produtos são elaborados para os consumidores. O governo central é visto como um cartel na medida em que reduz a concorrência.¹⁸

Importa compreender que o modelo procura dar uma solução conceitual, alicerçando-se numa série de premissas¹⁹ cuja verificação será alta-

¹⁶ Cf, REINIER KRAAKMAN *et al.*, *The anatomy of corporate law: a comparative and functional approach*, 2.^a ed., Oxford University Press, 2009, p. 35 e 36. Os Autores referem que no âmbito das sociedades comerciais, surgem tipicamente 3 espécies de problemas de agência: (i) conflitos entre sócios e os titulares dos órgãos de gestão/administração; (ii) conflitos entre sócios maioritários e sócios minoritários; (iii) conflitos entre a sociedade e credores sociais.

¹⁷ CHARLES TIEBOUT, «A pure Theory of Local Expenditures», *The Journal of Political Economy*, 1956, 64(5), 416-424.

¹⁸ Cf, WILLIAM BRATTON e JOSEPH McCAGHERY, «The New Economics of Jurisdictional Competition: Devolutionary Federalism in a Second-Best World», *Georgetown Law Journal*, 1997(86), 201-278, p. 204.

¹⁹ É necessário que exista um número elevado de comunidades que reflitam a totalidade dos bens públicos, não haja custos de transação, exista informação perfeita sobre os bens públicos oferecidos por cada jurisdição, cada jurisdição tenha uma dimensão ótima definida de acordo com o número de residentes em relação aos quais o conjunto de serviços possa ser produzido com o menor custo médio, as comunidades com dimensão inferior à

mente improvável. O que é relevante é que, conceitualmente, nada impede que uma parte significativa da alocação dos bens públicos seja um reflexo das preferências da população à semelhança do que ocorre no mercado de bens privado.

1.3.2. Arbitragem regulatória no domínio das sociedades

Partindo do modelo de TIEBOUT, é possível conceber a lei como um *produto* do mercado oferecido pelas diferentes jurisdições. Nesta perspectiva, os Estados competem entre si no sentido de oferecer a lei que melhor corresponda às necessidades dos indivíduos que procuram atrair que, por sua vez, se submetem ao ordenamento jurídico que melhor corresponde às suas necessidades (*arbitragem regulatória*).

No contexto das normas reguladoras das sociedades comerciais, os Estados têm interesse em que as empresas se submetam à lei por si criada, não só pela receita diretamente gerada (p. ex., através do pagamento de taxas) mas, também, pela receita indireta decorrente do aumento da procura de serviços locais (p. ex., advogados ou contabilistas). A possibilidade de escolha da lei aplicável não só aumenta o número de sistemas regulatórios disponíveis como induz os ordenamentos jurídicos a criar sistemas capazes de atrair os agentes económicos.²⁰ Assim, num modelo de *arbitragem regulatória*, pelo menos em parte, o processo legislativo é conduzido pelas preferências das empresas que são submetidas à regulamentação em causa.²¹

O que se questiona é, portanto, se permitir e induzir a competição entre ordenamentos jurídicos é benéfico. Classicamente, encontram-se posições antagónicas: (i) a posição dos *optimistas*,²² que consideram que

óptima procurem atrair novos residentes e não existam externalidades ou monopólios. Cf, WILLIAM BRATTON e JOSEPH McCAGHRY, «The New Economics...», p. 207.

²⁰ Cf, REINIER KRAAKMAN *et al.*, *The anatomy...*, p. 26.

²¹ Cf, JOHN ARMOUR, «Who Should Make Corporate Law? EC Legislation Versus Regulatory Competition», Institute for Law and Finance Working Paper Series n.º 41, disponível em http://www.ilf-frankfurt.de/uploads/media/ILF_WP_041.pdf a 3 de Fevereiro de 2014, p. 9 e LUCIAN BECHUCK, «Federalism and the Corporation: the desirable limits on State competition in Corporate Law», *Harvard Law Review*, 1992, 105(7), 1435-1510, p. 1443.

²² Encabeçada por RALPH WINTER que defendeu que o risco de captura pelos administradores dos interesses dos sócios não se verifica porque, caso a escolha da lei aplicável desfavorecesse os sócios tal refletir-se-ia no valor das participações sociais. Assim, as diferentes consequências originadas pela perda de valor das participações sociais sempre iria compelir os administradores a atuar de acordo com os interesses dos sócios – «State Law, Shareholder protection, and the theory of the corporation» *The Journal of Legal Studies*, 1977(6), 251-292.

a competição entre ordenamentos jurídicos estimula a criação de normas reguladoras geradoras de maior eficiência e (ii) a posição dos *pessimistas*,²³ que consideram que a competição entre ordenamentos jurídicos promove a prevalência dos interesses de uma classe de indivíduos em detrimento das restantes.

Na verdade, a discussão não se pode centrar numa perspetiva binária – *race to the bottom/race to the top* –, sendo necessária uma análise mais profunda que atenda às *características das normas em causa*.

Segundo WILLIAM BRATTON e JOSEPH McCAGHERY, as vantagens da *arbitragem regulatória* serão mais prováveis quando estivermos perante regulamentação (i) suficientemente desagregada; (ii) que não implique conexões com outras jurisdições ou com consumidores finais (externalidades); (iii) em que todos os indivíduos afetados tenham elevada mobilidade e (iv) estejam perfeitamente informados; e (v) que seja influenciada pela pressão competitiva induzida pelos diferentes agentes. Importa compreender que não têm que estar verificadas todas estas condições. O que se pretende demonstrar é que, quanto mais próxima daquelas características estiver uma dada norma, mais fortes serão os argumentos favoráveis à arbitragem regulatória.²⁴

O que daqui parece resultar é que as normas reguladoras do estatuto das sociedades comerciais, pelas suas características e pelo próprio contexto da sua existência,²⁵ poderão ser especialmente aptas à obtenção de resultados eficientes através de mecanismos de concorrência entre ordenamentos jurídicos.²⁶

²³ WILLIAM CARY foi o responsável pela introdução do tema da *arbitragem regulatória* no debate moderno – «Federalism and Corporate Law: Reflections Upon Delaware», *The Yale Law Journal*, 1974, 83(4), 663-705. Defendia que um sistema de *arbitragem regulatória* contribuía para a deterioração dos standards de proteção implicando um *nivelamento por baixo* das normas reguladoras das sociedades comerciais (*race to the bottom*). Vd., sobre o tema, ROBERTA ROMANO, «The State Competition Debate in Corporate Law» em *Foundations of Corporate Law*, Coord. Roberta Romano, Oxford University Press, 1993, p. 88.

²⁴ Cf, WILLIAM BRATTON e JOSEPH McCAGHERY, «The New Economics...», p. 262 e 263.

²⁵ Pense-se, tão-só, no facto de se tratar de uma área do direito muito permeável à inovação, vocacionado para o exercício da atividade económica e para a obtenção do lucro e profundamente influenciada pelos fenómenos de globalização.

²⁶ «Os casos mais claros de arbitragem regulatória decorrem das situações em que as normas de conflitos permitem aos agentes escolher o ordenamento jurídico ao qual querem submeter uma empresa, uma transação ou outra relação jurídica. Se a escolha produz rendimentos àquele ordenamento sob a forma de impostos, taxas, custos de transação, ou despesas relacionadas com a aplicação da lei, então o ordenamento jurídico tem um incentivo para moldar a sua lei de acordo com as preferências dos agentes económicos. O Direito das Empresas é o caso clássico» Cit, WILLIAM BRATTON e JOSEPH McCAGHERY, «The New Economics...», p. 266 (tn).

O que está subjacente a esta abordagem é a rejeição de um *linearismo evolutivo* orquestrado a partir do topo que, de modo organizado, concebe e impõe determinadas soluções jurídicas. Rejeita-se a ideia de que a solução para os problemas das relações jurídicas plurilocalizadas exige, necessariamente, instrumentos jurídicos uniformes elaborados a um nível supraestatal. Não só tal uniformização pode levar a situações de absoluta paralisação decorrentes da falta de consenso político, como atrofia, por um lado, a diversidade legislativa e, por outro lado, a capacidade de rápida resposta legislativa dos Estados a novos fenómenos económicos.

Do que aqui ficou escrito parece poder concluir-se que o universo das normas reguladoras do estatuto das sociedades comerciais, ao abrir a porta à competição entre ordenamentos jurídicos, pode gerar a produção de legislação mais eficiente. Em contrapartida, quando se verificarem *fallhas de mercado*, estará justificada uma intervenção legislativa que reequilibre a posição negocial dos diferentes sujeitos envolvidos.

2. Lei reguladora das sociedades comerciais no contexto do direito da união europeia

2.1. Liberdade de circulação, proibição de discriminação e proibição de entraves à mobilidade

O objetivo de criação do *mercado* único repele práticas dos Estados-membros que criem *barreiras à entrada*. Se tal é evidente no âmbito da *liberdade de circulação de mercadorias* ou da *liberdade de prestação de serviços*, tal evidência não é menor no plano dos sistemas conflituais dos Estados-membros. Basta pensar na dificuldade que uma sociedade teria em operar nos diferentes Estados-membros se, em cada um deles, lhe fossem exigidas diferentes condições para o efetivo reconhecimento do *estatuto* de sociedade comercial.

Os sistemas conflituais dos Estados-membros não estão, hoje, imunes ao escrutínio do TJUE, devendo passar pelo *crivo* da "fórmula" *Gebhard* (Processo C-55/94), nos termos da qual as "*medidas nacionais susceptíveis de afectar ou tornar menos atraente o exercício das liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado devem preencher quatro condições: aplicarem-se de modo não discriminatório, justifiquem-se por razões imperativas de interesse geral, serem adequadas para garantir a realização do objectivo que prosseguem e não ultrapassarem o que é necessário para atingir esse objectivo.*"²⁷

²⁷ Cf, CHRISTIAAN TIMMERMANS, «Impact of EU Law on International Company Law», European Review of Private Law, 2010 (3), 549-567, p. 563.

Lá onde a fórmula *Gebhard* impede medidas nacionais *discriminatórias*, ficam sob pressão as normas que estabelecem regimes privilegiados para as situações puramente internas em comparação com as situações pluri-localizadas. Neste contexto, são especialmente relevantes as normas espacialmente autolimitadas.²⁸ Já quando a fórmula *Gebhard* limita medidas nacionais que criam entraves à liberdade de circulação, as normas reguladoras do estatuto das sociedades comerciais que de algum modo impeçam ou limitem a sua *imigração* ou *emigração* ficam sujeitas à pressão conformadora do DUE. Caso se verifique a existência de uma restrição ou entrave, haverá que indagar se o mesmo é justificado²⁹ e proporcional à luz do DUE. Importa, pois, analisar com maior detalhe a evolução jurisprudência do TJUE em matéria de mobilidade societária no espaço da União.

2.1.1. *Primeiro momento: as normas de conflitos imunes ao escrutínio do TJUE – Daily Mail (Processo 81/87)*

Os factos do Ac. *Daily Mail* configuraram uma situação que, hoje, reconduziríamos à problemática da *tributação à saída*. Estava em causa uma sociedade submetida à lei do Reino Unido que pretendia alterar a sua residência fiscal para a Holanda tendo em vista evitar o pagamento de mais-valias sobre a venda de ativos a que iria proceder, em momento posterior.

²⁸ Nas palavras de ANTÓNIO FRADA DE SOUSA, as normas espacialmente autolimitadas “só querem aplicar-se a determinadas situações que se encontram ligadas ao ordenamento jurídico a que essas normas pertencem através de uma conexão espacial de certo tipo [...] isto é, mesmo quando o ordenamento jurídico a que pertencem seja considerado competente pelas regras de conflitos e essas normas materiais sejam, à partida, aplicáveis por se integrarem no âmbito de competência desse ordenamento, elas não serão aplicadas, em concreto, em virtude de terem definido para si um campo de aplicação mais restrito” – Apontamentos das Aulas de Relações Privadas Internacionais, Policopiado, 2010/2011, p. 85.

²⁹ Justificação essa que é escrutinada pelo TJUE. P. ex., não basta aos Estados escudarem-se na *ordem pública internacional*. Como explica RUI MOURA RAMOS, “o Tribunal de Justiça tem tomado posições que produzem um impacto certo no regime de algumas figuras e institutos do arsenal da nossa disciplina, como sejam a ordem pública internacional, a fraude à lei e as normas de aplicação necessária e imediata. Não se trata porém de se limitar a utilizar estas noções, mas de lhes dar um conteúdo próprio que claramente resulta da necessidade de compatibilizar a sua actuação com o jogo dos princípio essenciais e das liberdades fundamentais do sistema comunitário [...] o direito comunitário, ao assumir competência nesta área do jurídico, se não dispensou de reflectir, na modelação dos mecanismos de que aquele se serve, as exigências e os princípios aos quais obedece à sua construção como sistema jurídico autónomo” – «O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e a Teoria Geral do Direito Internacional Privado Desenvolvimentos Recentes» em Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço, Vol. I, Almedina, 2002, 431-467, p. 466 e 467.

De acordo com a lei do Reino Unido, a transferência da residência estava dependente da autorização da administração fiscal britânica. Conforme chama a atenção ANTÓNIO FRADA DE SOUSA,³⁰ o caso em análise não levantava qualquer questão de *Direito de Conflitos* uma vez que tanto o Direito Societário do Reino Unido como o da Holanda admitiam e reconheciam a transferência da sede sem que se pusesse em causa a personalidade jurídica da sociedade. Embora o problema se centrasse na compatibilidade da norma interna que exigia a autorização da administração fiscal com a liberdade de estabelecimento, a verdade é que o TJUE configurou a situação como um problema de normas de conflitos: uma vez que as sociedades comerciais eram criaturas dos Estados-membros, estes tinham o poder de estabelecer quais as circunstâncias que determinam a sua morte. Por maioria de razão, o TJUE concluiu que caberia aos Estados-membros determinar em que condições a sociedade por si criada podia viver para lá das suas fronteiras.

Deste modo, o Tribunal evitou pronunciar-se sobre a *questão de fundo* de natureza fiscal, resolvendo o problema através da *questão prévia* das regras de conflitos.

Assim, o TJUE estabeleceu uma espécie de imunidade dos Estados-membros quanto à questão dos elementos de conexão por si determinados para submeter a regulação de uma sociedade comercial à sua lei.

2.1.2. Segundo momento: abertura a um modelo de arbitragem regulatória – *Centros, Überseering, Inspire Art e Sevic Systems*

A posição do TJUE relativa à *imunidade* dos sistemas conflituais face às liberdades fundamentais vem a ser radicalmente alterada no Ac. *Centros*. Tratou-se de um caso em que um casal dinamarquês quis constituir uma sociedade sem ter que respeitar as regras do capital mínimo exigido pela Dinamarca. Neste sentido, o casal resolveu constituir uma *Private Limited Company* em Inglaterra, local onde não se verificava a exigência de um capital mínimo, tendo, de imediato, estabelecido a mesma, através de uma sucursal, na Dinamarca. As autoridades dinamarquesas impediram o registo da sucursal da sociedade por considerarem que estava em causa uma situação de fraude à lei. A constituição da sociedade em Inglaterra não tinha qualquer substância económica, sendo toda a sua atividade desenvolvida na Dinamarca.

³⁰ Cf, ANTÓNIO FRADA DE SOUSA, *A europeização...*, p. 354.

Surpreendentemente, o TJUE considerou que estava em causa uma situação transfronteiriça e que a conduta das autoridades dinamarquesas constituía um entrave injustificado à liberdade de estabelecimento.³¹

A doutrina *Centros* foi, posteriormente, reiterada em *Überseering* (Processo C-208/00)³² e *Inspire Art* (Processo C-167/01)³³ o que conduziu à cristalização de uma visão da liberdade de estabelecimento com grande amplitude, pelo menos no contexto da *emigração* societária.³⁴

2.1.3. Terceiro momento – *Cartesio, National Grid, VALE*

Após *Inspire Art*, pareciam alinhar-se três teorias: (i) a que considerava que a teoria da sede real não seria compatível com as normas do TFUE; (ii) a que considerava a jurisprudência do TJUE totalmente irrelevante relativamente aos regimes conflituais internos reguladores das sociedades e (iii)

³¹ Pode ler-se no ponto 27 do Ac. *Centros* que “*o facto de um nacional de um Estado-Membro, que pretenda criar uma sociedade, optar por constituir-lá num Estado-Membro cujas regras de direito das sociedades lhe parecem menos rigorosas e criar sucursais nouros Estados-Membros não pode constituir, em si, um uso abusivo do direito de estabelecimento. Com efeito, o direito de constituir uma sociedade em conformidade com a legislação de um Estado-Membro e de criar sucursais nouros Estados-Membros é inherente ao exercício, num mercado único, da liberdade de estabelecimento garantida pelo Tratado*” (sublinhado nosso).

³² No primeiro caso, estava em causa o reconhecimento de capacidade judiciária, na Alemanha, de uma sociedade constituída na Holanda. Uma vez que a norma de conflitos alemã indicava como aplicável a lei do local da sede efetiva, seria designada a lei germânica. Consequentemente, à luz daquela lei, a sociedade não se encontrava validamente constituída. O TJUE considerou que o não reconhecimento de capacidade judiciária à sociedade punha em causa a liberdade de estabelecimento.

³³ O TJUE considerou que a imposição feita pela Holanda às sociedades estrangeiras de inserir no registo comercial a inscrição da expressão sociedade formalmente estrangeira e a sua indicação na vida comercial da sociedade, bem como a criação de um regime especial de responsabilização dos órgãos de gestão das sociedades que não cumprissem os requisitos do capital social mínimo exigido na Holanda, tinha “por efeito entravar o exercício, por essas sociedades, da liberdade de estabelecimento reconhecida pelo Tratado” (pt. 101).

³⁴ Merece ainda referência o caso *Sevic* (Processo C-411/03), no qual uma sociedade luxemburguesa queria fundir-se com uma sociedade alemã. Do ponto de vista dogmático, o direito alemão reconduzia a figura da fusão à teoria da *dissolução com sucessão universal*. Logicamente, se a sociedade luxemburguesa se extinguia, não poderia beneficiar da Liberdade de Estabelecimento. Como é evidente, tal como chamou a atenção o Advogado-Geral TIZZANO (pt. 25 das Conclusões), as autoridades alemãs estavam a abordar a situação de modo invertido: ou seja, era a consequência da fusão (extinção da sociedade) que estava a impedir a sua liberdade de estabelecimento em momento prévio. O que verdadeiramente estava em causa era uma *autolimitação espacial* do regime de fusões alemão a situações puramente internas. O Tribunal considerou que o facto de a lei alemã impedir fusões transfronteiriças constituía uma restrição injustificada à liberdade de estabelecimento.

a que entendia que a jurisprudência do TJUE, embora não eliminasse a teoria da sede real, reduzia o seu campo de aplicação ao obrigar o Estado de acolhimento a reconhecer uma sociedade constituída à luz da teoria da incorporação.³⁵ De facto, importa dar nota de que a tríade *Centros, Überseering, Inspire Art* surge no contexto de entraves à imigração societária. Parecia estar a criar-se um regime distinto consoante estivéssemos perante *emigrações* ou *imigrações* societárias.³⁶

Aquele paradoxo terminou em *Cartesio* (Processo C-210/06).³⁷ Estava em causa uma sociedade análoga a uma sociedade em comandita no direito português, constituída na Hungria e submetida à sua lei, que pretendia transferir a sua sede efetiva para Itália continuando, no entanto, submetida ao direito húngaro.

Nas suas Conclusões, o Advogado-Geral POARES MADURO defendeu que a norma interna húngara que impedia a emigração da *Cartesio* violava o TFUE³⁸. No entanto, o TJUE contrariou em parte este entendimento. Para o TJUE, a *Cartesio* não podia prevalecer-se da liberdade de estabelecimento para continuar sujeita ao direito húngaro, embora a sua sede efetiva se localizasse em Itália se o direito húngaro nisso não conviesse (pt. 110 do Ac. *Cartesio*). Daqui resultou que o único limite que o Estado-membro pode impor, imune ao escrutínio do TJUE, é o de não admitir a *exportação* do seu regime regulador do estatuto pessoal das sociedades.

Em *National Grid* (Processo C-371/10) estava em causa uma situação idêntica à do Ac. *Daily Mail*: uma sociedade de direito holandês quis trans-

³⁵ Cf. MARIA ÂNGELA COELHO BENTO SOARES, «A Liberdade de Estabelecimento das Sociedades na União Europeia», *Temas de Integração*, 2003, 15 e 16, 283-321, p. 300.

³⁶ Daí a justeza da crítica de MARIA ÂNGELA COELHO BENTO SOARES de que *“esta atitude do Tribunal – continuando a dar o seu beneplácito àquilo a que alguém chama de princípio do território de origem – deixa a sociedade, em nosso entender, demasiado dependente do seu Estado de origem. Este poderá, na verdade, mantê-la “prisioneira”, ao criar obstáculos inultrapassáveis à transferência da sede para fora das suas fronteiras. Ora, tal consequência, ainda que não se considere diretamente rejeitada pelo teor das disposições comunitárias sobre liberdade de estabelecimento, não está certamente, em sintonia com os pressupostos que estão na base da consagração daquele normativo”* – «A Liberdade...», p. 314.

³⁷ *“O caso Cartesio deu ao Tribunal a possibilidade de revisitar, vinte anos depois, o acórdão Daily Mail e pôr um fim à situação em que cada Estado-membro tinha a liberdade de impedir as sociedades de “sair” “matando-as na fronteira”, mas não tinha qualquer possibilidade de criar algum obstáculo às sociedades de outros Estados Membros que entrassem no seu território”* (tn). Cit, ANTÓNIO FRADA DE SOUSA, *Company's...*, p. 32.

³⁸ Para o Advogado-Geral não fazia sentido que os Estados gozassem de uma total liberdade para determinar a “vida e morte” das sociedades constituídas em conformidade com o seu direito interno: *“de outro modo, os Estados-Membros teriam carte blanche para aplicar uma “sentença de morte” a uma sociedade constituída em conformidade com a sua legislação apenas por ter decidido exercer a liberdade de estabelecimento”* (pt. 31 das Conclusões em *Cartesio*).

ferir a sua sede para o Reino Unido tendo em vista evitar o pagamento de mais-valias resultantes de operações cambiais. Nos termos da legislação holandesa, numa situação de transferência internacional da sede, o Estado holandês tem direito a tributar as mais-valias latentes de imediato. Ao contrário do que aconteceu em *Daily Mail*, o Tribunal veio clarificar que, uma vez que a continuidade jurídica da sociedade National Grid não era posta causa, a National Grid estava salvaguardada pela liberdade de estabelecimento (pt. 33). Assim, o TJUE abandonou a opção tomada em *Daily Mail* no sentido de resolver os problemas de *tributação à saída* através de uma leitura enviesada das regras de conflitos relativas à regulação do estatuto pessoal das sociedades.

Finalmente, em VALE (Processo C-378/10), estava em causa a transformação transfronteiriça de uma sociedade de direito italiano em sociedade de direito húngaro. A VALE pretendia transferir a sua sede social para a Hungria, prosseguindo aí a sua atividade e cessando a atividade em Itália. No entanto, o direito interno húngaro não permitia a continuidade da VALE no seu Estado, tendo sido recusada a inscrição no registo da menção de *"antecessora jurídica da VALE italiana"* ao contrário do que sucederia caso estivesse em causa a transformação de uma sociedade húngara. Estava-se, pois, perante um regime somente aplicável a situações puramente internas (às semelhança do ocorrido em *Sevic*). O TJUE considerou que *"no contexto de uma transformação transfronteiriça de uma sociedade [...] o Estado-Membro de acolhimento tem o direito de determinar o direito interno pertinente quanto a tal operação e de aplicar as disposições do seu direito nacional relativas às transformações internas que regulam a constituição e o funcionamento de uma sociedade, como as exigências quanto à preparação de uma balanço e de um inventário de ativos. Todavia, os princípios da equivalência e da efetividade opõem-se, respetivamente, a que o Estado-Membro de acolhimento recuse, para as transformações transfronteiriças, a menção da sociedade que solicitou a transformação como "antecessora jurídica" se tal menção da sociedade antecessora no registo comercial estiver prevista para as transformações internas e recuse ter deviamente em conta os documentos emitidos pelas autoridades do Estado-Membro de origem aquando do procedimento de registo da sociedade"* (pt. 62).³⁹

O TJUE veio, assim, esclarecer que as condições estabelecidas para uma dada operação pelo Estado-membro de destino, ainda que por si legiti-

³⁹ O que aqui sucedeu é que a sociedade italiana queria ficar submetida ao direito húngaro. O que é diferente de uma sociedade italiana, enquanto tal, querer operar na Hungria vendo o seu estatuto pessoal regulado pela lei italiana. Neste caso, se a lei italiana o permitisse, à partida, a Hungria teria que admitir que a sociedade operasse no seu território de acordo com as normas italianas.

mamente reguladas, estão sujeitas ao escrutínio do TJUE não podendo ser discriminatórias nem estabelecer entraves injustificados.⁴⁰

2.2. Arbitragem regulatória no domínio do estatuto pessoal das sociedades no âmbito da União Europeia e a proibição do abuso enquanto princípio geral do DUE

2.2.1. Limites à liberdade de escolha de lei aplicável

A liberdade de estabelecimento conforme entendida na jurisprudência *Centros* abriu a porta a um modelo de *arbitragem regulatória* no domínio das *start-up* onde os requisitos de capital mínimo poderiam dificultar a constituição de uma sociedade comercial. O TJUE foi bastante liberal no modo como abordou tanto a questão do *abuso* como a questão da *justificação* dos obstáculos à liberdade de estabelecimento. Efetivamente, se é possível constituir uma sociedade num Estado-membro, sem qualquer substância económica e, em seguida, estabelecer uma sucursal noutro Estado-membro onde a sociedade desenvolve toda a sua atividade, o que materialmente se estabelece é um regime de livre escolha de lei aplicável neste domínio.

A questão que imediatamente se coloca é a de saber se será possível transpor, sem mais, para outros domínios do direito societário, a jurisprudência *Centros*, aceitando a existência de um *mercado de leis* reguladoras do estatuto pessoal das sociedades. Julgamos que a resposta será negativa.

Desde logo, a jurisprudência *Cartesio* retira do âmbito da liberdade de estabelecimento um conjunto de situações de transferência de sede. Para além disso, tem-se verificado a criação, ainda que tímida, de instrumentos de harmonização legislativa⁴¹ como a Diretiva 2005/56/CE (relativa a

⁴⁰ Cf. STEPHAN RAMMELOO, «Case C-378/10 VALE Építési Jft., Judgment of 12 July 2012, no yet reported Freedom of establishment: cross-border transfer of company "seat" - The last piece of the puzzle?», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 4(19), 563-589, p. 566. Neste sentido, o Ac. VALE parece dar resposta afirmativa ao problema de saber se o Estado de origem é obrigado a permitir que a sua sociedade se submeta a outro ordenamento jurídico. Se assim não se entendesse, surgiriam, certamente, dificuldades à mobilidade transfronteiriça e, em especial, à possibilidade de escolha da lei reguladora do estatuto da sociedade. Vd., neste sentido, PAUL DAVIES e SARAH WORTHINGTON, *Principles of...*, p. 132.

⁴¹ Relembre-se que, à luz de um modelo de *arbitragem regulatória*, o Estado Central (numa perspetiva federalista) é visto como um *cartel*. Para além disso, inúmeros problemas podem ser colocados aos mecanismos de harmonização *top-down*: (i) em vez de uma lei produzida por um legislador passamos a ter uma lei produzida por 28 legisladores ou por

fusões transfronteiriças)⁴² e a *Societas Europae*⁴³ (Regulamento 2157/2001). Um outro aspeto relevante prende-se com a possibilidade de *justificação* de entraves que o Estado-membro pode opor à livre escolha de lei aplicável. Ou seja, nas situações em que se verifiquem *fallhas de mercado* – por p. ex., assimetrias de informação ou desigualdades de poder negocial – os Estados-membros podem restabelecer o equilíbrio da relação jurídica: “na medida em que esses problemas existam, podem ser otimizados [...] pela lei nacional do Estado-membro capaz de satisfazer o critério Gebhard: isto é, ser adequada e proporcional e alcançar o objetivo de otimizar a falha de mercado em questão” (tn).⁴⁴

No entanto, para se ter um quadro do estado atual do DUE na matéria da transferência de sede, é necessário trilhar os caminhos da jurisprudência do TJUE relativa às práticas abusivas.

2.2.2. *O princípio geral de proibição do abuso*

Será hoje consensual que vigora no DUE um princípio geral de proibição do abuso. A questão que se coloca é a de saber se, no domínio societário, o Ac. *Centros* esvaziou a noção de abuso no âmbito das alterações transfronteiriças de sede ou, pelo contrário, tal princípio tem plena aplicação.⁴⁵ A questão do *abuso* terá sido levantada pela primeira vez no Ac.

um *monopólio coletivo*; (ii) corre-se um risco elevado de regulamentação excessiva; (iii) a harmonização destrói as vantagens da diversidade legislativa; (iv) o nível de imutabilidade da legislação poderá ser superior não se adaptando às novas realidade económicas com a celeridade desejável; (v) os custos de produção legislativa a nível central são mais elevados. Cf, LUCA ENRIQUES, *Company Law Harmonization Reconsidered: What role for the EC?*, ECGI - Law Working Paper No. 53/2005, disponível em http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=850005 a 5 de Fevereiro de 2014, p. 21.

⁴² A Diretiva poderá ser interessante na medida em que afasta os entraves à saída. No entanto, a lei reguladora do estatuto pessoal da sociedade é determinada pelo Estado-membro a que a sociedade resultante da fusão se sujeita (art. 4.º, 1 al. b)). Consequentemente, nos Estados-membros onde se adote a teoria da sede real, será necessária a transferência da “administração central”. Cf, PAUL DAVIES e SARAH WORTHINGTON, *Principles of...*, p. 155.

⁴³ Tem como grande vantagem a possibilidade de ser constituída num Estado-membro distinto daqueles onde se encontram as sociedades fundadoras (art. 7.º). Uma vez mais tem a desvantagem de exigir que o registo se verifique no mesmo Estado onde está localizada a administração central.

⁴⁴ Cit, JOHN ARMOUR, «Who Should...», p. 34.

⁴⁵ É certo que o próprio acórdão refere que os Estados podem combater práticas abusivas. No entanto, no caso em concreto, o TJUE acabou por considerar que a criação de socie-

Van Binsbergen (Processo 33/74) relativo à liberdade de prestação de serviços (art. 56.º TFUE). No entanto, durante um longo período, o significado das referências ao abuso não era claro e a terminologia utilizada era inconsistente.⁴⁶ É em *Emsland-Stärke* (Processo C-94/05) – caso em que um operador económico exportava fécula de batata, tendo em vista obter uma compensação (*restituições à exportação*) sendo que, posteriormente, aquela produção era reintroduzida no mercado europeu – que o conceito de abuso começa a ganhar contornos mais definidos. O Tribunal considerou que estava em causa uma prática abusiva afirmando que “*a conclusão de que se trata de uma prática abusiva necessita, por um lado, de um conjunto de circunstâncias objectivas das quais resulte que, apesar do respeito formal das condições previstas na legislação comunitária, o objectivo pretendido por essa legislação não foi alcançado. Por outro lado, requer um elemento subjectivo que consiste na vontade de obter um benefício que resulta da legislação comunitária, criando artificialmente as condições exigidas para a sua obtenção. A existência deste elemento subjectivo pode ser demonstrada, designadamente, pela prova de colusão entre o exportador comunitário, beneficiário das restituições, e o importador da mercadoria no país terceiro*

Assim, cristalizaram-se os elementos estruturais do abuso: por um lado, exige-se a verificação de um *elemento objetivo* que implica a obtenção de uma vantagem e, por outro lado, a verificação de um *elemento subjetivo* que implica a intenção de obtenção de uma vantagem.⁴⁷

Esta noção de abuso é transportada para o domínio da fiscalidade (Ac. *Halifax*, Processo C-255/02), onde conhece notáveis desenvolvimentos.⁴⁸ A jurisprudência do TJUE veio estabelecer um duplo *standard* de exigência dependendo da circunstância de estarmos perante um domínio harmonizado ou um domínio não harmonizado. Nos domínios harmonizados estaremos perante uma situação de abuso quando não exista uma *razão comercial válida* que justifique uma dada operação. Já nos domínios não

dade caixa de correio para afastar as regras do capital mínimo era inerente à liberdade de estabelecimento (pts. 24 e 25).

⁴⁶ RITA LA FERIA, «Introducing the Principle of Prohibition of Abuse of Law» em *Prohibition of Abuse of Law A General Principle of EU Law?*, Hart Publishing, 2011, xv-xxv, p. xv.

⁴⁷ Note-se que o elemento subjetivo há de ser determinado com base em elementos objetivos. Neste sentido, POIARES MADURO nas Conclusões do caso *Halifax* esclareceu que “*a natureza artificial de certos acontecimentos ou operações deve logicamente ser determinada com base no conjunto de circunstâncias objectivas verificadas em cada caso particular*” (pt. 76).

⁴⁸ JOÃO FÉLIX NOGUEIRA, «Abuso em Fiscalidade Directa A emergência de um novo operador jurisprudencial comunitário», Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, 2009 (6), 233-299, 254.

harmonizados, o patamar de exigência é inferior, impondo-se, somente, que uma dada operação não constitua um *expediente puramente artificial*.⁴⁹

2.2.3. Transposição para o domínio societário da noção de abuso

Alguma doutrina propôs a possibilidade de transposição para o domínio societário da noção de *expediente puramente artificial* constante do Ac. *Cadbury* (Processo C-196/04). O primeiro passo neste sentido terá sido dado pelo Advogado-Geral POIRES MADURO nas suas Conclusões em *Cartesio*^{50/51}. Em sentido oposto, WOLF GEORG-RINGE afirmou que “é difícil imaginar que o tribunal alguma vez encontre uma situação relativa a normas reguladoras das sociedades considerada puramente artificial”⁵² (tn).

Quanto a nós, parece-nos possível fazer coexistir a jurisprudência *Centros* com a jurisprudência *Cadbury* no contexto de um modelo de *arbitragem regulatória*. É preciso perceber em que medida estão satisfeitos os requisitos para que a concorrência entre ordenamentos gere um resultado eficiente.

⁴⁹ BEN TERRA e PETER WATTEL, *European Tax Law*, Abridged Student Edition, 6.^a Ed., Wolters Kluwer, 2012, p. 360. Há, ainda, que notar que, no domínio harmonizado, se verifica “uma coincidência entre a “norma” comunitária e a norma que o sujeito pretende elidir a aplicação”. Já em matéria não harmonizada, a norma da União surge como fundamento de desaplicação da norma interna que o sujeito passivo pretende afastar. Ou seja, a liberdade fundamental é “utilizada como ponto de apoio normativo para a elisão da norma interna e, eventualmente, a norma interna de outro Estado-Membro que passaria a regular o enquadramento tributário das operações do contribuinte”. Cit, JOÃO FÉLIX NOGUEIRA, «Abuso em...», p. 281.

⁵⁰ “Apesar do que sugerem as decisões dos acórdãos *Inspire Art* e *Centros*, nem sempre pode ser possível invocar com êxito o direito de estabelecimento para estabelecer nominalmente uma sociedade noutro Estado-Membro com o único propósito de eludir o direito das sociedades nacionais. No seu recente acórdão *Cadbury Schweppes e Cadbury* [...] [o TJUE] sublinhou que os Estados-membros podem tomar medidas destinadas a prevenir “expedientes puramente artificiais, desprovidos de realidade económica” e que têm como objectivo fugir à alcada da legislação nacional. Em particular, o direito de estabelecimento não impede os Estados-membros de se precaverem contra as sociedades designadas de “caixa de correio” ou de “fachada”. Em meu entender, estas declarações representam uma qualificação significativa dos acórdãos *Centros* e *Inspire Arts*, assim como o corroborar de jurisprudência assente relativa ao princípio da proibição do abuso do direito comunitário, embora o Tribunal de Justiça continue a utilizar o conceito de abuso de forma bastante comedida – e com razão” (pt. 29)

⁵¹ Vd., no mesmo sentido pronunciaram-se VANESSA EDWARDS e PAUL FARMER, «The Concept of Abuse in the Freedom of Establishment of Companies: a Case of Double Standards?» em *Prohibition of Abuse of Law A General Principle of EU Law?*, Hart Publishing, 2011, 207-227, p. 226

⁵² Cf, WOLF GEORG-RINGE «Sparking Regulatory Competition in European Company Law: The impact of the *Centros* Line of Case Law and its Concept of “Abuse of Law”» em *Prohibition of Abuse of Law A General Principle of EU Law?*, Hart Publishing, 2011, 107-125, 113

Daí que não seja despicienda a norma subjacente ao abuso. Há que verificar se os requisitos como a autonomia, a interferência com outros ordenamentos ou a existência de externalidades se encontram cumpridos. Assim, o patamar de exigência do conceito de *abuso* será distinto consoante esteja em causa uma matéria relativa ao capital mínimo ou à capacidade judiciária, ou uma questão relativa à responsabilidade perante credores sociais. Aquele primeiro grupo de normas refere-se a matérias suficientemente desagregadas, cuja alteração não produz impactos significativos noutras áreas, ao passo que este último coloca maiores dificuldades.

Assim, o teste da existência de um entrave justificado e proporcional é um teste de *geometria variável* em duas dimensões: relativamente à análise da prática abusiva e relativamente à norma sujeita à *pressão abusiva*. Assim, é possível fazer coexistir a jurisprudência *Centros* com a jurisprudência *Cadbury* desde que se circunscreva o âmbito da primeira a um conjunto de situações dotadas de características particularmente aptas para a competição entre ordenamentos jurídicos.

2.3. Conclusão

Da jurisprudência do TJUE analisada, parece desenhar-se o seguinte quadro: (i) os Estados-membros são, em regra, obrigados a reconhecer sociedades que operem no seu território à luz das regras de outro Estado-membro, não se admitindo normas discriminatórias ou que constituam entraves injustificados⁵³; (ii) sempre que uma sociedade queira transferir a sua sede para outro Estado-membro, o Estado de origem não pode impedi-la; (iii) os Estados-membros têm total liberdade para determinar o âmbito territorial das suas normas reguladoras do estatuto pessoal das sociedades, podendo impedir que uma sociedade opere segundo a sua lei noutro Estado-membro.

Consequentemente, naquele quadro, mostram-se reunidas condições que promovem a competição entre os ordenamentos dos Estados-membros no domínio das normas reguladoras do estatuto pessoal das sociedades. No entanto, os eventuais efeitos negativos dali resultantes podem ser combatidos por medidas restritivas dos Estados que respeitem a fórmula *Gebhard*.

⁵³ Poderão admitir-se determinados requisitos formais como registos relativos aos bens da sociedade. Por outro lado, também se poderão verificar exigências materiais no âmbito da salvaguarda de interesses de credores, trabalhadores ou autoridades fiscais. Cf, p. ex., STEPHAN RAMMELOO, «Case C-378/10 VALE...», p. 579 e 580.

3. Análise do âmbito espacial do regime de coligação societária português à luz do DUE

3.1. Breve exposição do regime de coligação societária

Como explica ENGRÁCIA ANTUNES, “o sentido fundamental das normas sobre sociedades coligadas é o de proteger as sociedades filhas (participadas, dependentes ou agrupadas), bem como os respectivos sócios e credores sociais, em face dos perigos originados pela criação ou manutenção de uma situação de coligação intersocietária”.⁵⁴ Convém, no entanto, compreender que o regime de coligação societária conhece limites de vária ordem: (i) pessoais, (ii) espaciais e (iii) materiais.⁵⁵ No contexto deste artigo, interessa-nos, essencialmente, a análise do âmbito espacial do regime, importando, para tal, dar nota das suas principais características.

Destaque-se que a *noção* de grupo do CSC é mais restrita do que a noção de grupo *de facto*, não só por se verificarem limitações de natureza pessoal⁵⁶, mas também porque o regime material só atribui relevância a determinadas relações intersocietárias (art. 482.º CSC).⁵⁷ Com efeito, no âmbito das coligações societárias, há que distinguir as *relações de participação e domínio* das *relações de grupo*. Aquele primeiro tipo de relações estabelece essencialmente deveres de comunicação entre sociedades relacionadas com a aquisição de participações sociais, deveres de publicação e limitações à aquisição de participações cruzadas (arts. 483.º a 487.º CSC). De destacar, ainda, a possibilidade de aquisição tendente ao domínio total nas situações de *domínio qualificado* (art. 490.º CSC).

Quanto às relações de *grupo* – cuja origem pode ser contratual (contrato de *grupo paritário* e *contrato de subordinação*) ou resultante da titularidade da totalidade das participações sociais de uma sociedade⁵⁸ – é relevante sublinhar a possibilidade da sociedade-mãe dar instruções vin-

⁵⁴ Cit, ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos...*, p. 107.

⁵⁵ Cf, arts. 481.º, 1; 481.º, 2 e Capítulos II e III CSC.

⁵⁶ O regime só se aplica a relações estabelecidas entre sociedades por quotas, anónimas e em comandita por ações (art. 481.º CSC). Com efeito, o legislador abre a porta a inúmeras possibilidades de *fuga* ao regime de coligação societária. Cf, ENGRÁCIA ANTUNES, «O âmbito de aplicação do sistema das sociedades coligadas» em *Estudos em Homenagem à Professora Doutora Isabel de Magalhães Collaço*, Vol. II, Almedina, 2002, 95-116, p. 100 e 101.

⁵⁷ Daí que a doutrina distinga os *grupos de direito* e os *grupos de facto*. Nestes, o poder de direção exercido pela sociedade-mãe na sociedade-filha não faz emergir um regime jurídico especial. Cf, ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos...*, p. 73.

⁵⁸ Note-se que uma vez estabelecida a relação de grupo por domínio total, a lei admite uma desida da percentagem de participações sociais não inferior a 90 % do capital da sociedade dependente (art. 489.º, 4 al. c) CSC).

culativas (mesmo desfavoráveis) à sociedade-filha (art. 503.º CSC) sendo que, em contrapartida, são estabelecidos mecanismos especiais de tutela da sociedade-filha (art. 502.º CSC), dos seus sócios (arts. 490.º e 499.º CSC), e dos credores sociais (art. 501.º CSC).

Conforme veremos, o regime de coligação societária fica grandemente esvaziado no âmbito de situações transfronteiriças, gerando *discriminações* quando o regime de coligação não se aplica por se estar perante uma situação transfronteiriça e eventuais *entraves* à mobilidade societária onde o regime de coligação se aplica independentemente do caráter transfronteiriço.

3.2. Regime aplicável às coligações societárias transfronteiriças

3.2.1. A limitação espacial do regime de coligação societária

(A) O art. 481.º, 2 CSC enquanto norma espacial autolimitada

Nos termos do art. 481.º, 2 CSC o regime de coligação societária “*aplica-se apenas a sociedades com sede em Portugal*”. Não se trata de uma norma de conflitos mas antes de uma *norma material espacialmente autolimitada*.⁵⁹ Ou seja, só atua após a prévia intervenção das normas de conflitos que hão de designar competente a lei portuguesa. Assim, o regime-regra parece estar pensado no sentido de exigir a coincidência das sedes das sociedades componentes da coligação no território português, somente se aplicando a situações puramente internas.⁶⁰⁻⁶¹

⁵⁹ Cf, ENGRÁCIA ANTUNES, «O âmbito espacial..., p. 106; RUI DIAS, *Responsabilidade por exercício de Influência sobre a Administração de sociedades anónimas Uma análise de Direito Material e Direito de Conflitos*, Almedina, 2007, p. 245 e LUIS DE LIMA PINHEIRO, *Direito Internacional...*, p. 180.

⁶⁰ Contra, CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA, considerando que apenas releva a sede (efetiva ou estatutária) da sociedade-filha – «A situação dos accionistas perante dívidas da sociedade anónima no direito português» *Direito das Sociedades em Revista*, 2010 (4), 11-74, p. 43.

⁶¹ Questão que neste contexto se pode colocar é a de saber se o conceito de sede previsto no art. 482.º CSC é o mesmo conceito de sede previsto no art. 3.º CSC. Tal pode ser relevante na medida em que, se estiver em causa a sede estatutária e não a sede efetiva, os problemas relativos a entraves à liberdade de estabelecimento seriam eliminados. Cremos, no entanto, que nada indica tal orientação pelo que haverá uma coincidência entre o conceito de sede estabelecido nos arts. 3.º CSC e 482.º CSC.

(B) *Exceções ao regime-regra*

(i) *Art. 481.º, 2 al. a) CSC*

Na alínea a) do n.º 1 do art. 482.º CSC prevê-se a aplicabilidade transfronteiriça da proibição de aquisição de participações da sociedade dominante pela sociedade dominada sediada em Portugal nos termos do art. 487.º CSC. De referir que aquele regime foi tacitamente revogado no que toca às sociedades anónimas pelos arts. 325.º-A e 325.º-B CSC. Nestes casos, o legislador equiparou a aquisição de ações da sociedade dependente na sociedade dominante à aquisição de ações próprias e desconsiderou o local da sede da sociedade dependente.

Questiona-se em que medida o art. 487.º CSC, aplicável às sociedades por quotas, pode constituir um entrave à liberdade de estabelecimento. Suponhamos que, num determinado Estado-membro, é possível que uma sociedade por quotas B detenha até 5% das quotas da sociedade-mãe A que detém 51% do seu capital social. Caso a sociedade B pretendesse estabelecer-se em Portugal – ficando o seu estatuto pessoal a ser regulado pela lei portuguesa em virtude da aplicação do art. 3.º CSC – verificar-se-ia uma nulidade superveniente. Há, portanto, um entrave cuja justificação se poderá admitir, mas que poderá não cumprir o princípio da proporcionalidade (em especial, a dimensão da *adequação*).⁶²

(ii) *Art. 481.º, 2 al. b) CSC*

O art. 481.º, 2 al. b) CSC estabelece deveres de publicação e declaração de participações detidas noutras sociedades quando superiores a 10%. Na realidade, parece-nos que este regime já decorreria da aplicação das normais regras de conflito. Não se está a regular o estatuto pessoal de uma sociedade estrangeira, está-se a estabelecer-lhe obrigações em virtude do facto de ser sócia de uma sociedade cuja regulação do estatuto pessoal é operada pela lei portuguesa.

Quanto à compatibilidade destas obrigações com o DUE, sem prejuízo de poderem constituir um entrave, a verdade é que a questão da trans-

⁶² O mesmo não sucederá no caso das sociedades anónimas uma vez que as limitações da aquisição de participações sociais da sociedade-filha na sociedade-mãe somente se verificam quando existe uma relação de domínio onde faz sentido equiparar o regime de participações cruzadas ao regime de aquisição de ações próprias pois, aí, existe uma identidade de perigos para a integridade do capital social e para o desequilíbrio de poderes entre administração e sócios (Cf. MARIA VICTÓRIA ROCHA, *Aquisição de Acções Próprias no Código das Sociedades Comerciais*, Almedina, 1994, p. 336). Para além disso, neste caso, o limite percentual rígido decorre do art. 20.º da Diretiva 77/91/CEE.

parência na vida das sociedades é uma matéria particularmente cara ao legislador europeu – pense-se nas Diretivas 78/660/CE, 83/349/CEE ou 2001/34/CE, – pelo que seria contraditório que as exigências de transparência ferissem as liberdades de circulação. Acrescente-se, ainda, que numa perspetiva de mercado concorrencial, o acesso à informação dos agentes é um fator determinante para o seu correto funcionamento.

(iii) *Art. 481.º, 2 al. c) CSC*

O art. 481.º, 2 al. c) CSC vem determinar a aplicabilidade do regime do sócio controlador (art. 83.º CSC) e do regime da responsabilidade do sócio único (art. 84.º CSC) às sociedades totalmente dominantes cujo estatuto pessoal não é regido pela lei portuguesa. Uma vez mais, não vemos que o regime estabeleça qualquer diferença face ao regime-regra do art. 3.º CSC. O que se regula é a responsabilidade do sócio de uma sociedade cujo estatuto pessoal é regulado pela lei portuguesa, pelo que é indiferente a nacionalidade do sócio.⁶³

Relativamente à responsabilidade do sócio controlador, é evidente que, na medida em que se estatui um regime mais oneroso para aquele sócio, gera-se um entrave potencial. No entanto, tal entrave parece ser justificado e proporcional atendendo às situações verdadeiramente patológicas que procura combater e ao facto de o regime probatório ser especialmente difícil pois, não só é necessária a demonstração da responsabilidade do gerente ou administrador como é preciso provar a *culpa in eligendo* ou a *culpa in instruendo* do sócio.

No mesmo sentido, julgamos que o art. 84.º CSC é compatível com liberdade de estabelecimento na medida em que se justifica que, perante uma situação de insuficiência patrimonial da sociedade relativamente à qual se demonstre que não foram respeitadas as regras relativas à autonomia patrimonial, o sócio único responda pelas dívidas daquela. Pois, não é aceitável que um sócio se escude na autonomia patrimonial que

⁶³ Cf, ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos...*, p. 858 e 859. Contra esta posição pronuncia-se RUI DIAS por considerar que o art. 481.º, al. c) CSC vem permitir responsabilizar o sócio controlador em situações de influência dominante indireta. Para além disso, entende o Autor que, na ótica da sociedade dominante estrangeira, o que está em causa é a sua responsabilidade perante terceiros pelo que o *conceito-quadro* do art. 83.º se reconduziria a uma questão reguladora do estatuto pessoal da sociedade dominante (que caberia, em princípio à lei estrangeira) levando à evicção do art. 83.º CSC – *Responsabilidade por exercício...*, p. 250 e seguintes.

ele próprio violou, promovendo uma confusão de esferas jurídicas, e que contribui para a situação de insuficiência patrimonial.⁶⁴

(iv) *Art. 481.º, 2 al. d) CSC*

A al. d) do art. 481.º, 2 CSC foi aditada pelo Decreto-Lei 76-A/2006 de 29 de março e estabelece que o Título VI se aplica apenas a sociedades com sede em Portugal salvo quanto à *"constituição de uma sociedade anónima, nos termos dos n.os 1 e 2 do artigo 488.º, por sociedades cuja sede não se situa em Portugal."*

A questão que se coloca é a de saber se o legislador pretendeu aplicar o regime de coligação societária às situações transfronteiriças em que se verifica o domínio total inicial⁶⁵ ou se somente se pretendeu clarificar que as sociedades estrangeiras podem constituir uma sociedade anónima em Portugal.⁶⁶

Cremos que a segunda orientação merece preferência. Em primeiro lugar, a remissão contida na al. d) afasta a aplicabilidade do art. 488.º, 3 CSC. Ora, não faria sentido que o legislador quisesse submeter os grupos transfronteiriços formados por domínio total inicial ao regime dos arts. 501.º a 504.º CSC e excluísse a aplicação do previsto no art. 489.º, 4, 5 e 6 CSC. Mas o que certamente não compreendemos é por que razão

⁶⁴ O mesmo não se dirá do art. 270.º-F, n.º 4 CSC que dificilmente respeitará o princípio da proporcionalidade se interpretado literalmente.

⁶⁵ Neste sentido JOÃO LABAREDA e CARVALHO FERNANDES, «A situação...», p. 34 e seguintes. Os Autores sustentam a sua posição, em grande medida, na inadmissibilidade de um tratamento desfavorável dos grupos nacionais face aos grupos transfronteiriços. Embora não acompanhamos os argumentos apresentados, destaque-se o pioneirismo na compreensão de que é a exigência de coincidência territorial das sedes componentes do grupo o fator determinante na introdução de discriminações no regime. Com efeito, na medida em que tal exigência cesse, cessarão certos tratamentos discriminatórios. Também ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA defende a aplicabilidade transfronteiriça do regime de coligação às situações de domínio total inicial – Anotação ao Código das Sociedades Comerciais em Código das Sociedades Comerciais Anotado, Org. António Menezes Cordeiro, 2.ª Edição, Almedina, 2011, 1209-1323, p. 1247.

⁶⁶ Perfilhando esta orientação, RUI DIAS escreve que *"ao que parece, na base da alteração [introdução da al. d)] terá estado a intenção de eliminar uma dificuldade interpretativa que se terá feito sentir em cartórios notariais e conservatórios do registo comercial, no sentido da possibilidade ou não de uma sociedade de estatuto pessoal estrangeiro se valer do regime do art. 488.º, n.º 1, e assim constituir, ab initio unilateralmente uma filial portuguesa, sem intervenção de quaisquer outros sócios. Com a nova alínea d) pretender-se-ia tão-só, esclarecer afirmativamente o intérprete acerca dessa possibilidade, não estando subjacente uma tomada de posição acerca da aplicabilidade ou não do direito dos grupos português a sociedades de estatuto pessoal estrangeiro"* – Responsabilidade por exercício..., p. 262.

o legislador haveria de alterar radicalmente o âmbito espacial do regime de grupos de uma forma tão pouco clara e somente dirigida às situações de constituição por domínio total inicial. Se de facto se pretendesse a aplicação transfronteiriça do regime de coligação, o que havia a fazer era eliminar o art. 481.º, 2 CSC. Acresce, ainda, que dificilmente estaria na mente do legislador a criação de um regime distinto consoante estivessem em causa situações de domínio total inicial e situações de domínio total superveniente.⁶⁷

(C) Implicações do conceito de coligação enquanto conceito global de referência

Um recorte do âmbito espacial do regime de coligação societária impõe uma referência ao âmbito espacial das normas fora do Título VI CSC que integram, na sua previsão, uma menção a um qualquer tipo de coligação societária. Refira-se, a título de exemplo, os arts. 6.º, 3 (prestações de garantia a dívidas de sociedades do grupo), 397.º, 3 (proibição de negócios de administradores com sociedades em relação de domínio ou de grupo) ou o art. 414.º-A, 1, al. c) (incompatibilidade do cargo de fiscal com o cargo de administrador no âmbito de uma relação de grupo ou de domínio) CSC.

Na esteira do defendido por OSÓRIO DE CASTRO e DIOGO LORENA DE BRITO⁶⁸, concordamos estar perante normas *pressupponentes* no sentido em que estão em causa normas que recuperam uma referência contida na hipótese de outra norma (tratando-a como puro dado de facto) para produzir efeitos jurídicos próprios seus, subordinados a distintos problemas e interesses.

Quer dizer, fora do Título VI, as referências a relações de coligação hão de ser aplicáveis lá onde, por virtude do art. 3.º CSC, for competente

⁶⁷ Pese embora se possa conceber que, no caso de domínio total inicial, haveria uma manifestação de vontade dirigida à submissão da regulação do estatuto pessoal à lei portuguesa (à semelhança do que ocorre na teoria da incorporação). No sentido de que não há que diferenciar as situações de domínio total inicial e superveniente CARVALHO FERNANDES e JOÃO LABAREDA defendem que “*por um lado, a regra geral neste domínio é a da unidade de tratamento da situação de domínio integral como se vê no art. 491.º. Por outro lado, será ainda por essa via que se evita um intolerável regime de desfavor que redundaria, por comparação com sociedades estrangeiras, para sociedades portuguesas supervenientemente constituídas na qualidade de sócia única de outras*”, daí que concluem pela revogação tácita do art. 489.º, 4 al. a) CSC – «A situação..., p. 34.

⁶⁸ CARLOS OSÓRIO DE CASTRO e DIOGO LORENA DE BRITO, «A concessão de crédito por uma SGPS às sociedades estrangeiras por ela dominadas (ou às sociedades nacionais indirectamente dominadas através de uma sociedade estrangeira) e o artigo 481.º, n.º 2 do C.S.C.», *O Direito*, 2004 (136), 131-155, p. 148 e 149.

a lei portuguesa, a menos que a lei disponha em contrário⁶⁹. Em nosso entender, esta orientação elimina os problemas de tratamento discriminatório.⁷⁰ Em todo o caso, não se exclui a possibilidade de surgirem dificuldades próprias do elemento de conexão sustentado na sede real.

(D) *Discriminação das sociedades-mãe sediadas noutro Estado-membro decorrente da autolimitação espacial*

A autolimitação espacial do regime de coligação societária gera situações de discriminação das sociedades-mãe sediadas noutro Estado-membro onde o regime interno for mais favorável. Identificamos, neste contexto, especiais problemas tanto nas situações de domínio qualificado (art. 490.º CSC) como nas sociedades em relação de grupo (art. 503.º CSC).

O art. 490.º CSC, em traços gerais, permite a uma sociedade que detenha pelo menos 90% das participações sociais de outra, a aquisição potestativa das participações sociais dos sócios livres mediante a prestação de uma determinada contrapartida. Na mesma medida, atribui aos sócios livres a possibilidade de alienação potestativa das suas participações sociais à sociedade dominante.

O facto da aquisição tendente ao domínio total não poder ser levada a cabo por uma sociedade-mãe sediada noutro Estado-membro é, quanto a nós, discriminatório. Antevê-se que a justificação de tal discriminação passe pelos fundamentos deste instituto. Com efeito, o art. 490.º CSC promove a transição de um domínio qualificado para uma situação de domínio total o que tutela o interesse geral na medida em que passa a aplicar-se o regime protetor das sociedades dominadas e dos seus credores sociais (arts. 501.º

⁶⁹ Julgamos ser o que ocorre no art. 104.º, 2 CSC no caso de fusões transfronteiriças no espaço da União. Com efeito, o art. 117.º-F CSC somente remete para os arts. 102.º e 103.º CSC no que respeita à aprovação da fusão em Assembleia Geral, excluindo o art. 104.º CSC estando, portanto, em linha com o estatuído na Diretiva 2005/56/CE de 26 de outubro.

⁷⁰ P. ex., não se compreenderia que a prestação de uma garantia ao credor de uma sociedade-filha sediada em Espanha estivesse dependente da demonstração de justificado interesse quando tal demonstração é desnecessária num contexto puramente interno (art. 6.º, 3 CSC). Em sentido divergente, CATARINA TAVARES LOUREIRO e JOANA TORRES EREIO consideram que o regime previsto na parte final daquele artigo somente se há de aplicar a situações puramente internas de modo a tutelar os “*acionistas minoritários, credores e demais stakeholders*” – «A relação de domínio ou de grupo como pressuposto de facto para a aplicação das normas do Código das Sociedades Comerciais - o âmbito espacial em particular», *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, 2011(30), 46-61, p. 57. Parece-nos, contudo, que o argumento da dificuldade de cobrança não é capaz de cumprir o requisito da adequação.

e 502.º CSC).⁷¹ Ora, nas situações de domínio total transfronteiriço tal regime não se aplica pelo que falece, pelo menos em parte, aquele interesse geral. Julgamos, no entanto, que tal argumento não é capaz de justificar o efeito desprotetor da sociedade dominante (na medida em que as minorias poderão ter um efeito de bloqueio da sua condução) e até dos sócios livres que queiram, legitimamente, alienar por um valor justo um conjunto de participações mortas que detêm na sociedade-filha.⁷²

O problema que neste domínio se levanta apresenta, aliás, contornos de maior complexidade. Efetivamente, as normas jurídicas formam um sistema que se pretende coerente, pelo que, naturalmente, existe entre elas uma relação de complementaridade. Por conseguinte, a aplicação parcial de um dado instituto gera distorções que o legislador, comprehensivelmente, procura repelir. No entanto, há que ser cauteloso no argumento. É que, com relativa facilidade, somos levados a concluir que a submissão *parcial* a um dado ordenamento jurídico nunca se pode admitir. Gera-se, portanto, um risco de blindagem do acesso aos ordenamentos jurídicos hostil à mobilidade societária. Assim, será, uma vez mais, com recurso ao princípio da proporcionalidade que a questão se decidirá.

Já no que respeita às relações de grupo, parece-nos de destacar a possibilidade da sociedade-mãe dar instruções vinculantes à sociedade-filha (art. 503.º CSC).

Quando a relação de grupo resulta de uma relação contratual, não vemos qualquer justificação para que uma sociedade sediada num Estado-membro não possa ser parte nesse *contrato de organização* atenta a possibilidade de acesso *em bloco* ao regime de grupo que, pelo seu caráter dispositivo, não gera, à partida, problemas de entraves à liberdade de estabelecimento.⁷³ Neste sentido, a limitação espacial do regime é discriminatória.

A questão assumirá outros contornos nas situações de grupos formados por domínio total. É que o regime assenta no binómio *poder de direção da sociedade-mãe* (503.º CSC)/*responsabilidade solidária atípica* (art. 501.º CSC).⁷⁴ Com efeito, a possibilidade de dar instruções desvantajosas à sociedade-filha sem se acautelar os interesses dos credores⁷⁵, distorce o sistema para lá do que seria razoável.

⁷¹ Cf, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Anotação...*, p. 1254.

⁷² Cf, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Anotação...*, p. 1254.

⁷³ De notar, aliás, que o art. 503.º CSC não só estabelece um poder de direção da sociedade-mãe como protege o órgão de administração da sociedade-filha, o que reforça a bondade da aplicabilidade transfronteiriça do regime.

⁷⁴ Cf, ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos...*, p. 896.

⁷⁵ Note-se, p. ex., que o art. 84.º CSC não acautela as situações de dívidas contraídas anteriores à verificação do domínio total, ao contrário do que estabelece o art. 501.º, 1 CSC.

Sucede, porém, que uma solução que passasse pela aplicação do binómio *poder de direção/responsabilidade solidária* às situações transfronteiriças, pese embora resolvesse o problema da discriminação, geraria, em nosso entender, um entrave à liberdade de estabelecimento por ser uma solução excessivamente onerosa para a sociedade-mãe. De facto, o art. 501.º CSC estabelece um regime de responsabilidade solidária ilimitada, independentemente da natureza, fonte, origem, momento da constituição da obrigação ou das razões do incumprimento.⁷⁶ Trata-se de uma responsabilidade especialmente onerosa que não pode ser afastada em nenhuma circunstância: “*a sociedade-mãe responde por todo o passivo social das filiais independentemente de este ter resultado ou não do exercício concreto do seu poder de controlo intersocietário: aquela responsabilidade respeita a todas as obrigações sociais, sendo, no dizer de vários autores, independente da respetiva fonte (Rechtsgrund) ou conteúdo (Inhalt)*”⁷⁷

Mesmo que se aceite a justificação de que uma situação de domínio total carece de um regime especial de responsabilização da sociedade totalmente dominante e ainda que o regime estabelecido no art. 501.º CSC fosse considerado adequado, julgamos que falharia o teste da *necessidade*. Neste sentido, uma opção legislativa que somente estabelecesse uma presunção de culpa da sociedade-mãe no âmbito da responsabilidade civil seria, quanto a nós, capaz de introduzir uma solução equilibrada entre os interesses dos credores e os interesses das sociedades totalmente dominantes⁷⁸. De notar, aliás, que tal opção foi adotada na Proposta da 9.ª Diretiva relativa aos grupos de sociedades, onde se dispunha que a responsabilidade seria afastada caso a sociedade-mãe demonstrasse que o incumprimento não se deveu a qualquer comportamento (ativo ou omissivo) da sua parte.⁷⁹ Em todo o caso, subsistiria o problema da sociedade-mãe sediada noutra Estado-membro que preferisse abdicar do poder de direção e, em contrapartida, não responder pelas dívidas da sociedade-filha.

⁷⁶ Cf. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos...*, p. 802 e seguintes.

⁷⁷ Cit. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 31 de maio de 2005, proferido no processo n.º 05A1413.

⁷⁸ Para uma análise aprofundada das vantagens de um sistema de inversão do ónus da prova vd. ENGRÁCIA ANTUNES, *Liability of Corporate Groups Autonomy and Control in Parent-Subsidiary Relationships in US, German and EU Law An International and Comparative Perspective*, Kluwer Law and Taxation Publishers, 1994, p. 401 e seguintes.

⁷⁹ Também no domínio do direito da concorrência, o TJUE tem admitido a inversão do ónus da prova nas situações de responsabilidade contra-ordenacional por violação das regras da concorrência. Vd. Casos *Akzo Nobel* (Processo C-555/07 P), e *General Química* (Processo C-90/09P).

Assim, a compatibilização do poder de direção da sociedade totalmente dominante associado à responsabilidade solidária atípica com o DUE passará, em nosso entender, por permitir a sua aplicabilidade transfronteiriça (inibindo tratamentos discriminatórios). Tendo em vista a eliminação de potenciais entraves, a aplicabilidade do regime deveria estar dependente de um ato de vontade do grupo (sujeito a registo). Em todo o caso, o regime de responsabilidade previsto no art. 501.º CSC deveria admitir a possibilidade de afastamento da responsabilidade da sociedade-mãe.

(E) *O problema da interposição de uma sociedade no meio da cadeia*

Uma questão que se poderá colocar é a de saber se, perante situações de titularidade indireta, o regime de coligação se aplica nas situações em que, no meio da cadeia de coligação, uma sociedade se encontra sediada noutra país, ainda que as sociedades colocadas nos polos da relação se encontrem sediadas em Portugal⁸⁰. A generalidade da doutrina considera que sim⁸¹ por razões (i) *históricas*, uma vez que no âmbito do direito comparado onde o nosso regime teve origem, tal solução é consensual; (ii) de *ordem sistemática*, pois, no âmbito da aplicação de disposições do CVM e do RGICSF, é irrelevante o lugar da sede; (iii) relativas à *teleologia* do regime, uma vez que o regime pretende abranger os protagonistas reais das coligações societárias e (iv) de garantia da *efetividade do regime*, uma vez que se assim não se entender está aberta a porta à fraude.

Da nossa parte, ainda que fortes, tais argumentos não nos convencem inteiramente. Quanto ao argumento *histórico*, se é verdade que os regimes que deram origem ao regime português não distinguem as situações transfronteiriças no âmbito das participações indiretas, é igualmente verdade que também não o fazem nas restantes situações. Igualmente, os lugares paralelos no nosso direito perdem força na medida em que, naquelas situações, o legislador estabeleceu expressamente que a natureza transfronteiriça não obstava à aplicação do regime. Quanto à razão teleológica, se não se discute que o legislador quer abranger os protagonistas reais, também nos parece que o *fim* da norma é responsabilizar quem pode dar instruções vinculantes. Ora, no tipo de situações em análise dificilmente a

⁸⁰ P. ex., A sediada em Portugal, detém 100% das participações de B sediada em Espanha que detém 100% das participações de C sediada em Portugal.

⁸¹ Cf., ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos...*, p.896 e CATARINA TAVARES LOUREIRO e JOANA TORRES EREIO, «A Relação de Domínio...», p.50.

sociedade-filha portuguesa está vinculada à instrução dada pela sociedade-mãe sediada noutro Estado-membro.

Finalmente, a questão da *fraude* deverá, em nosso entender, ser tratada autonomamente. Ou seja, se efetivamente se verificarem situações em que a utilização de sociedades interpostas constitui um *expediente puramente artificial*, então poder-se-á aplicar o regime. Mas tais situações patológicas e extremas não podem condicionar toda a interpretação do regime. Para além disso, se o problema é o da *fraude* a mesma facilmente se alcança através da colocação de um dos polos da coligação num país terceiro.

Finalmente, criar uma distinção entre (i) as situações em que o elemento transfronteiriço ocorre nos polos da cadeia de coligação e as (ii) situações em que tal ocorre em fases intermédias, promove a adoção das primeiras estruturas em detrimento das segundas. Ora, o organograma do grupo deve ser definido em razão de critérios económicos, pelo que a função *conformadora* do direito neste domínio é potencialmente geradora de ineficiências.

Consideramos, portanto, que o regime-regra de coligação societária somente se poderá aplicar a situações *puramente internas*, independentemente do nível da cadeia de coligação societária em que se encontra a sociedade colocada em situação transfronteiriça. Excepcionalmente, quando estiverem em causa *expedientes puramente artificiais* poder-se-á admitir a aplicação daquele regime.

3.3. Justificação do âmbito espacial do regime à luz da liberdade de estabelecimento. Proposta de compatibilização

Uma vez recortado o âmbito de aplicação espacial do regime de coligação societária, ressalta a ideia de que o tratamento dos grupos formados por domínio total transfronteiriços é genericamente mais favorável do que o dos grupos análogos puramente internos (em especial, devido ao facto de, naqueles, a sociedade-mãe não responder ilimitadamente pelas dívidas da sociedade-filha). A generalidade da doutrina aponta para a possibilidade de o regime ser violador do princípio da igualdade (art. 13.º CRP)⁸². No entanto, consideramos, com RUI DIAS⁸³, que a distinção não é arbitrária e, nessa medida, não é inconstitucional.⁸⁴

⁸² Vd., por todos, ENGRÁCIA ANTUNES, «O âmbito de aplicação», p.116.

⁸³ Cf, RUI DIAS, *Responsabilidade por exercício...*, p. 274 e seguintes.

⁸⁴ Como explicam JORGE MIRANDA e RUI MEDEIROS, "o princípio da proibição de arbítrio não só constitui um princípio de limite ao exercício da função legislativa como representa, em rigor, o único corolário do princípio da igualdade passível de imediato controlo ou sindicabilidade jurisdic-

Desde logo, o regime pode ser explicado numa ótica de favorecimento do investimento estrangeiro em Portugal (limitando, deste modo, o risco das empresas estrangeiras que aqui investem). Numa outra perspetiva, as sociedades-mãe portuguesas que detenham a totalidade das participações sociais de sociedades que operem no estrangeiro não respondem solidariamente pelas dívidas destas. Neste sentido, a sociedade-mãe portuguesa que opera no exterior *através* de uma sociedade-filha estará, no mínimo, na mesma situação competitiva das suas congêneres autóctones.⁸⁵

Por outra banda, a extensão espacial do regime de coligação poderia gerar entraves injustificados à liberdade de estabelecimento e, nesse sentido, violar o DUE.

Subsistem, no entanto, 2 problemas: em primeiro lugar, os grupos portugueses têm uma situação globalmente mais desfavorável do que os grupos transnacionais;⁸⁶ em segundo lugar, verificam-se situações de discriminação incompatíveis com o TFUE.

A compatibilização do regime de coligação com o DUE deverá passar por atribuir às sociedades-mãe, no âmbito das coligações transfronteiriças, as mesmas vantagens das sociedades-mãe em coligações análogas de caráter puramente interno. Nos domínios onde não é possível desagregar as vantagens das desvantagens (p. ex., *poder de direção/responsabilidade solidária*) a solução passará por tornar a aplicação em bloco do regime

cional" – *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Wolters Kluwer Coimbra Editora, 2010, p. 226.

⁸⁵ P. ex., se A sediada em Portugal detém 100% de B sediada em Espanha. Por seu lado, C sediada em Espanha detém 100% de D sediada em Espanha, A e C terão um regime de responsabilidade pelas dívidas das sociedades-filhas idêntico. Caso o regime de coligação se aplicasse desde que uma das sociedades do grupo estivesse sediada em Portugal, A responderia ilimitadamente pelas dívidas de B, enquanto que C não.

⁸⁶ Poderá perguntar-se se, nestas situações o DUE pode intervir. Referimo-nos à denominada *discriminação às avessas* que "ocorre quando o Direito da União impõe a um Estado Membro que reconheça direitos a nacionais de outro Estado que não reconhece aos seus próprios nacionais". Cit. MIGUEL POIARES MADURO, «The scope of European remedies: the case of purely internal situations and reverse discrimination» em The future of remedies in Europe, Hart Publishers, 2000, p. 118. A resposta será negativa não só porque, tecnicamente, a discriminação não resulta da direta aplicação de normas da União, mas, também, porque a jurisprudência constante do TJUE nega a aplicabilidade das normas do TFUE a situações puramente internas (Vd. Acs. Wallon (Processo C-212/06) e McCarthy (Processo C-434/09)). Refira-se, que o TJUE teve já oportunidade de se pronunciar concretamente sobre esta consequência do regime de coligação societário português no Acórdão *Impacto Azul* afirmando claramente que "o artigo 49.º TFUE deve ser interpretado no sentido de que não se opõe a uma regulamentação nacional, como a que está em causa no processo principal, que exclui a aplicação do princípio da responsabilidade solidária das sociedades-mãe para com os credores das suas filiais a sociedades-mãe com sede no território de outro Estado-Membro" (Processo C-186/12).

dependente de um ato de vontade do grupo (evitando-se, deste modo, potenciais entraves).

Tendo em vista evitar situações de *discriminação às avessas*, dever-se-á equiparar o regime aplicável às coligações puramente internas ao regime aplicável às situações transfronteiriças. Na medida em que tal não se verifique, os grupos portugueses poderão fazer uso da liberdade de estabelecimento para, legitimamente, ficarem submetidos a um regime jurídico mais favorável.

Com efeito, a solução que propomos não só permite aumentar a compatibilidade do regime de coligação societária com as liberdades de circulação, como aumenta a oferta regulatória do Estado português.

4. Conclusão

I. Os tradicionais elementos de conexão para determinação da lei reguladora do estatuto pessoal de uma sociedade comercial – teoria da sede e teoria da incorporação –, pelo seu caráter territorial, demonstram debilidades no contexto da empresa policorporativa multiterritorial.

II. As normas reguladoras do estatuto das sociedades comerciais apresentam características que as tornam particularmente aptas a responder positivamente a um modelo de *arbitragem regulatória*.

III. O DUE, por via das liberdades de circulação, tem vindo a assumir um impacto crescente nas regras dos Estados-membros reguladoras do estatuto pessoal das sociedades comerciais. A abordagem do TJUE passa por aferir da compatibilidade das regras internas com exercício das liberdades de circulação, rejeitando as normas que apresentam um caráter discriminatório ou que criam obstáculos injustificados ou desproporcionais ao livre exercício daquelas.

IV. A teoria da sede é, pela sua natureza, hostil à mobilidade societária. Com efeito, pese embora o TJUE nunca coloque em causa a legitimidade dos Estados recorrerem àquele elemento de conexão, a verdade é que este convive com dificuldade com as liberdades de circulação fundamentais, o que pode levar à desaplicação de normas internas reguladoras do estatuto das sociedades contrárias àquelas liberdades.

V. Através do recurso às liberdades fundamentais, poderá afirmar-se que, no domínio das leis reguladoras do estatuto das sociedades, o TJUE abriu a porta à *arbitragem regulatória* entre os diversos Estados. Somente a possibilidade de um Estado-membro impedir que uma sociedade atue à luz do seu direito interno noutro território parece estar imune ao escrutínio do TJUE.

VI. Os efeitos negativos de um modelo de *arbitragem regulatória* podem ser atenuados através de medidas restritivas dos Estados que respeitem a fórmula *Gebhard*, através de mecanismos de harmonização europeus ou, a final, pela intervenção do princípio da proibição do abuso.

VII. O regime de coligação societária vê o seu âmbito de aplicação espacial tolhido perante situações transfronteiriças, gerando *discriminações* e eventuais *entraves* à mobilidade societária.

VIII. Na medida em que uma norma reguladora do regime de coligação societária negue uma certa vantagem a uma sociedade nacional de outro Estado-membro, poder-se-á abrir a porta ao seu afastamento em virtude da aplicabilidade direta vertical das normas do TFUE.

IX. As normas internas reguladoras do regime de coligação societária desvantajosas só poderão ser aplicadas a situações transfronteiriças na medida em que sejam *justificadas e proporcionais*.

X. Os grupos portugueses que procurem evitar a aplicação de normas reguladoras da coligação societária cujo âmbito de aplicação é puramente interno, poderão fazer uso da liberdade de estabelecimento tendo em vista a evicção daquelas. Somente as situações que configurem *expedientes puramente artificiais* poderão ser combatidas à luz do princípio geral de proibição do abuso.

XI. No âmbito das relações de grupo por domínio total com caráter transfronteiriço, o poder de direção da sociedade-mãe agregado à responsabilidade solidária daquela, deverá ter caráter dispositivo de modo a evitar discriminações ou entraves.

XII. Tendo em vista evitar situações de *discriminação às avessas*, o legislador nacional deverá procurar equiparar o regime de coligação interno ao regime aplicável às situações transfronteiriças.

XIII. A conformação do regime interno de coligação societária às exigências do DUE associada ao aumento da oferta regulatória do Estado português permite aumentar a sua competitividade e, à luz de um paradigma de *arbitragem regulatória*, tornar aquele regime mais eficiente.

Porto, 5 de Fevereiro de 2014



JURISPRUDÊNCIA

Acórdão do Tribunal de Justiça (Décima Secção)

6 de fevereiro de 2014 *

«Reenvio prejudicial – Direito das sociedades – Diretiva 78/660/CEE – Publicidade das contas anuais consolidadas de certas formas de sociedades – Aplicação das regras da publicidade dessas contas às sociedades abrangidas pelo direito de um Estado-Membro e pertencentes a um grupo cuja sociedade-mãe está abrangida pelo direito de outro Estado-Membro»

No processo C-528/12,

que tem por objeto um pedido de decisão prejudicial apresentado, nos termos do artigo 267.º TFUE, pelo Landgericht Bonn (Alemanha), por decisão de 12 de novembro de 2012, que deu entrada no Tribunal de Justiça em 21 de novembro de 2012, no processo

Mömax Logistik GmbH

contra

Bundesamt für Justiz,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Décima Secção),

composto por:

E. Juhász (relator), presidente de secção, A. Rosas e C. Vajda, juízes, advogado-geral: P. Mengozzi, secretário: K. Malacek, administrador, vistos os autos e após a audiência de 14 de novembro de 2013, vistas as observações apresentadas:

- em representação da Mömax Logistik GmbH, por H. Meichelbeck e W. Krauß, Rechtsanwälte,
- em representação do Bundesamt für Justiz, por H.-J. Friehe, na qualidade de agente,
- em representação do Governo alemão, por T. Henze e J. Kemper, na qualidade de agentes,
- em representação da Comissão Europeia, por G. Braun e K.-P. Wojcik, na qualidade de agentes,

* Língua do processo: alemão.

vista a decisão tomada, ouvido o advogado-geral, de julgar a causa sem apresentação de conclusões,

profere o presente

ACÓRDÃO

1. O pedido de decisão prejudicial tem por objeto a interpretação dos artigos 49.º TFUE e 57.º da Quarta Diretiva 78/660/CEE do Conselho, de 25 de julho de 1978, baseada no artigo 54.º, n.º 3, alínea g), do Tratado e relativa às contas anuais de certas formas de sociedades (JO L 222, p. 11; EE 17 F1 p. 55), conforme alterada pela Diretiva 2006/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de junho de 2006 (JO L 224, p. 1, a seguir «Diretiva 78/660»).
2. Este pedido foi apresentado no âmbito de um litígio que opõe a Mömax Logistik GmbH (a seguir «Mömax Logistik») ao Bundesamt für Justiz (Serviço Federal da Justiça) a respeito da obrigação de publicação das contas anuais com referência à data de 31 de março de 2009 no boletim eletrónico de anúncios legais obrigatórios alemão.

Quadro jurídico

Direito da União

3. O artigo 47.º, n.º 1, da Diretiva 78/660 enuncia:

«As contas anuais regularmente aprovadas e o relatório de gestão, assim como o relatório elaborado pela pessoa encarregada do controlo das contas, devem ser objeto de publicidade efetuada de acordo com as modalidades previstas pela legislação de cada Estado-Membro em conformidade com o artigo 3.º da [Primeira Diretiva 68/151/CEE do Conselho, de 9 de março de 1968, tendente a coordenar as garantias que, para proteção dos interesses dos sócios e de terceiros, são exigidas nos Estados-Membros às sociedades, na aceção do segundo parágrafo do artigo 58.º do Tratado, a fim de tornar equivalentes essas garantias em toda a Comunidade (JO L 65, p. 8; EE 17 F1 p. 3)].

[...»

4. O artigo 50.º-B desta diretiva dispõe:

«Os Estados-Membros devem assegurar que os membros dos órgãos de administração, de direção e de fiscalização tenham coletivamente

a obrigação de assegurar a elaboração e publicação das contas anuais, do relatório anual e, quando elaborada separadamente, da declaração sobre a governação da sociedade exigida pelo artigo 46.º-A de acordo com os requisitos constantes da presente diretiva e, se for caso disso, com as normas internacionais de contabilidade adotadas nos termos do Regulamento (CE) n.º 1606/2002 [do Parlamento Europeu e do Conselho, de 19 de julho de 2002, relativo à aplicação das normas internacionais de contabilidade (JO L 243, p. 1)]. Estes órgãos agem no âmbito das competências que lhes são conferidas pela lei nacional.»

5. O artigo 57.º da referida diretiva tem a seguinte redação:

«Sem prejuízo [da Diretiva 68/151] e [da Segunda Diretiva 77/91/CEE do Conselho, de 13 de dezembro de 1976, tendente a coordenar as garantias que, para proteção dos interesses dos sócios e de terceiros, são exigidas nos Estados-Membros às sociedades, na aceção do segundo parágrafo do artigo 58.º do Tratado, no que respeita à constituição da sociedade anónima, bem como à conservação e às modificações do seu capital social, a fim de tornar equivalentes essas garantias em toda a Comunidade (JO 1977, L 26, p. 1; EE 17 F1 p. 44)], os Estados-Membros podem não aplicar às sociedades sujeitas ao seu direito nacional, que sejam empresas filiais na aceção da [Sétima Diretiva 83/349/CEE do Conselho, de 13 de junho de 1983, baseada no n.º 3, alínea g), do artigo 54.º do Tratado e relativa às contas consolidadas (JO L 193, p. 1; EE 17 F1 p. 119)], as disposições da presente diretiva relativas ao conteúdo, à fiscalização bem como à publicidade das contas anuais, se estiverem preenchidas as condições seguintes:

- a) A empresa-mãe esteja sujeita ao direito de um Estado-Membro;
- b) Todos os acionistas ou sócios da empresa filial se tenham declarado de acordo com a dispensa atrás referida; esta declaração é requerida para cada exercício;
- c) A empresa-mãe se tenha declarado garante dos compromissos contraídos pela empresa filial;
- d) As declarações referidas nas alíneas b) e c) sejam objeto de uma publicidade por parte da empresa filial segundo os modos previstos pela legislação do Estado-Membro, de acordo com o artigo 3.º da Diretiva [68/151];
- e) A empresa filial seja incluída nas contas consolidadas elaboradas pela empresa-mãe de acordo com a Diretiva [83/349];
- f) A dispensa acima referida seja mencionada no anexo das contas consolidadas pela empresa-mãe;

g) As contas consolidadas referidas na alínea e), o relatório consolidado de gestão e o relatório da pessoa encarregada da fiscalização destas contas sejam objeto de publicidade por parte da empresa filial segundo os modos previstos pela legislação do Estado-Membro, de acordo com o artigo 3.º da Diretiva [68/151].»

Direito alemão

6. O § 264, n.º 3, do Código Comercial (Handelsgesetzbuch, a seguir «HGB»), na sua versão aplicável ao litígio no processo principal, tem a seguinte redação:

«Uma sociedade de capitais, que seja empresa filial de uma empresa-mãe obrigada a elaborar as contas do grupo nos termos do § 290 [do HGB], pode não aplicar as disposições deste subcapítulo e do terceiro e quarto subcapítulos deste capítulo, se:

1. todos os sócios da empresa filial tiverem deliberado a favor da dispensa para o exercício em causa e a deliberação tiver sido publicada nos termos do § 325;
2. a empresa-mãe estiver obrigada a assumir as perdas nos termos do § 302 da lei sobre as sociedades anónimas ou essa obrigação tiver sido voluntariamente aceite e a declaração tiver sido publicada nos termos do § 325;
3. a empresa filial tiver sido incluída nas contas do grupo, segundo as disposições do presente capítulo; e
4. a dispensa da empresa filial
 - a) for referida em anexo às contas do grupo elaboradas pela empresa-mãe e publicadas nos termos do § 325, através de apresentação ao gestor do boletim eletrónico de anúncios legais obrigatórios, e
 - b) tiver sido também publicada no boletim eletrónico em que são publicados os anúncios legais obrigatórios da empresa filial, acompanhada da referência a esta disposição e da indicação da empresa-mãe.»

7. O § 290, n.º 1, do HGB tem a seguinte redação:

«Os representantes legais de uma sociedade de capitais (empresa-mãe) com sede no território nacional, sempre que esta exerça, direta ou indiretamente, influência dominante sobre outra empresa (filial), devem, durante os primeiros cinco meses do exercício do grupo, elaborar as

contas do mesmo e o relatório de gestão consolidado, relativamente ao último exercício do referido grupo. Se a empresa-mãe for uma sociedade de capitais na aceção do § 325, n.º 4, primeira frase, então as contas do grupo e o relatório de gestão consolidado devem ser elaborados durante os primeiros quatro meses do exercício do grupo, relativamente ao último exercício do mesmo.»

8. O § 302, n.º 1, da Lei das sociedades anónimas (Aktiengesetz), de 6 de setembro de 1965 (BGB1. 1965 I, p. 1089), conforme alterada pelo artigo 3.º da Lei de 20 de dezembro de 2012 (BGBI. 2012 I, p. 2751), tem a seguinte redação:

«Quando exista um acordo de controlo ou de cessão dos lucros, a outra parte contratante deve compensar a totalidade das perdas anuais verificadas durante a vigência do acordo, a menos que essas perdas sejam compensadas pelos outros lucros não distribuídos que lhe tenham sido imputados durante a vigência do acordo.»

Litígio no processo principal e questão prejudicial

9. A sociedade Lutz Service GmbH (a seguir «Lutz Service») é a sociedade-mãe da Mömax Logistik, que presta serviços de logística ao grupo Lutz, cuja atividade principal é a compra e venda de móveis.
10. Por ofício de 26 de agosto de 2010, recebido em 1 de setembro de 2010, o Bundesamt für Justiz fixou à Mömax Logistik um prazo de seis semanas para apresentar junto do editor do boletim eletrónico de anúncios legais obrigatórios alemão, para efeitos de publicação do mesmo boletim, os documentos contabilísticos exigidos pelo § 325 do HGB, com referência à data de 31 de março de 2009. A Mömax Logistik interpôs recurso administrativo desta decisão para o Bundesamt für Justiz por ofício de 6 de outubro de 2010. No seu recurso, invocou a dispensa prevista no § 264, n.º 3, do HGB, invocando o facto de estar incluída nas contas consolidadas da Lutz Service, cuja sede se situa em Wels (Áustria).
11. A Lutz Service aprovou as contas consolidadas do exercício de 1 de abril de 2008 a 31 de março de 2009, nas quais se incluem também as contas anuais da Mömax Logistik. Essas contas consolidadas da Lutz Service foram publicadas no boletim eletrónico de anúncios legais obrigatórios alemão. A referida dispensa da Mömax Logistik é indi-

cada no anexo das ditas contas consolidadas. Além do mais, a Lutz Service obrigou-se ainda voluntariamente, perante a Mömax Logistik, a assumir as perdas desta, nos termos do § 302 da Lei das sociedades anónimas, de 6 de setembro de 1965. Esta declaração foi publicada. Por outro lado, nos termos do § 264, n.º 3, do HGB, foi mencionada no referido boletim a dispensa de que a Mömax Logistik beneficia, prevista nesta disposição, e ainda que a sua sociedade-mãe era a Lutz Service. Esta menção tem apostado uma nota dando conta da publicação das contas consolidadas da Lutz Service. A sócia da Mömax Logistik deliberou favoravelmente a invocação da dispensa prevista no § 264, n.º 3, do HGB, relativamente ao exercício de 1 de abril de 2008 a 31 de março de 2009. Esta deliberação foi publicada.

12. Por decisão de 13 de dezembro de 2010, o Bundesamt für Justiz negou provimento ao recurso administrativo da Mömax Logistik e aplicou-lhe uma coima no montante de 2 500 euros, com o fundamento de que, uma vez que a sua sociedade-mãe não tinha a sua sede na Alemanha, a Mömax Logistik não está dispensada da obrigação de publicar as suas contas, segundo as disposições combinadas dos §§ 264, n.º 3, e 290 do HGB.
13. Por requerimento de 27 de dezembro de 2010, a Mömax Logistik interpois novo recurso administrativo dessa decisão para o Bundesamt für Justiz. Em apoio deste recurso, alegou que a transposição do artigo 57.º da Diretiva 78/660, pelas disposições combinadas dos §§ 264, n.º 3, e 290 do HGB, é contrária ao direito da União e, em particular, à liberdade de estabelecimento.
14. O Bundesamt für Justiz negou provimento ao recurso. Considerou, designadamente, que a desigualdade de tratamento entre uma filial cuja sociedade-mãe tem sede na Alemanha e uma filial cuja sociedade-mãe tem sede noutra Estado-Membro se justificaria por razões imperativas de interesse geral.
15. À luz destas considerações, o Landgericht Bonn decidiu suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça a seguinte questão prejudicial:

«Um regime nacional que só admite não aplicar as disposições do artigo 57.º [...] da Diretiva [78/660], relativas ao conteúdo, à fiscalização e à publicidade das contas anuais, às sociedades sujeitas ao direito nacional do Estado-Membro em causa se a empresa-mãe estiver sujeita

ao direito do mesmo Estado-Membro e as contas [consolidadas] tiverem sido elaboradas de acordo com o seu direito [...] é compatível com a liberdade de estabelecimento (artigo 49.º TFUE)?»

Quanto à questão prejudicial

Quanto à admissibilidade

16. O Bundesamt für Justiz e o Governo alemão consideram que a questão é hipotética e, como tal, inadmissível. A este respeito, alegam que os pressupostos de aplicação do § 264, n.º 3, do HGB não se verificam no processo principal, na medida em que a Mömax Logistik não apresentou nos prazos legais a declaração de assunção das perdas por parte da sociedade-mãe para o exercício em causa a fim de poder beneficiar da dispensa prevista nessa disposição.
17. A esse respeito, importa recordar que, segundo jurisprudência constante, o processo instituído pelo artigo 267.º TFUE constitui um instrumento de cooperação entre o Tribunal de Justiça e os órgãos judiciais nacionais, graças ao qual o primeiro fornece aos segundos os elementos de interpretação do direito da União que lhes são necessários para a solução dos litígios que são chamados a decidir (v., designadamente, acórdãos de 19 de dezembro de 2013, *Fish Legal e Shirley*, C-279/12, ainda não publicado na Coletânea, n.º 29).
18. As questões relativas à interpretação do direito da União submetidas pelo juiz nacional no quadro regulamentar e factual que este define sob a sua responsabilidade, e cuja exatidão não compete ao Tribunal de Justiça verificar, gozam de uma presunção de pertinência. A recusa de decisão, por parte do Tribunal de Justiça, quanto a uma questão prejudicial submetida por um órgão jurisdicional nacional só é possível quando é manifesto que a interpretação do direito da União solicitada não tem qualquer relação com a realidade ou com o objeto do litígio no processo principal, quando o problema é hipotético ou ainda quando o Tribunal não dispõe dos elementos de facto e de direito necessários para responder utilmente às questões que lhe são colocadas (v., designadamente, acórdão *Fish Legal e Shirley*, já referido, n.º 30).
19. No caso em apreço, como resulta do n.º 12 do presente acórdão, o órgão jurisdicional de reenvio indicou que foi o facto de a socie-

dade-mãe da Mömax Logistik não ter a sua sede em território alemão que levou o Bundesamt für Justiz a negar provimento ao recurso da Mömax Logistik em que invocava a dispensa da obrigação de publicar as suas contas anuais prevista pelo direito nacional. O referido órgão jurisdicional indicou igualmente que, se as disposições do direito nacional em causa no processo principal forem contrárias ao direito da União, a coima aplicada à Mömax Logistik deve ser anulada.

20. Nestas condições, o pedido de decisão prejudicial é admissível.

Quanto ao mérito

21. Resulta do artigo 50.º-B da Diretiva 78/660 que os membros dos órgãos de administração, de direção e de fiscalização da sociedade devem assegurar a elaboração e publicação das contas anuais, do relatório anual, da declaração sobre a governação da sociedade de acordo com os requisitos desta diretiva e, se for caso disso, com as normas internacionais de contabilidade adotadas nos termos do Regulamento n.º 1606/2002.
22. O artigo 47.º da referida diretiva dispõe que «[a]s contas anuais regularmente aprovadas e o relatório de gestão, assim como o relatório elaborado pela pessoa encarregada do controlo das contas, devem ser objeto de publicidade efetuada de acordo com as modalidades previstas pela legislação de cada Estado-Membro em conformidade com o artigo 3.º da Diretiva [68/151]». Esta última diretiva foi revogada e substituída pela Diretiva 2009/101/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de setembro de 2009, tendente a coordenar as garantias que, para proteção dos interesses dos sócios e de terceiros, são exigidas nos Estados-Membros às sociedades, na aceção do segundo parágrafo do artigo 48.º do Tratado, a fim de tornar equivalentes essas garantias em toda a Comunidade (JO L 258, p. 11).
23. Em conformidade com o artigo 57.º da Diretiva 78/660, os Estados-Membros podem não aplicar às sociedades sujeitas ao seu direito nacional, que sejam empresas filiais na aceção da Diretiva 83/349, as disposições da Diretiva 78/660 relativas ao conteúdo, à fiscalização bem como à publicidade das contas anuais, se estiverem preenchidas as condições enumeradas nesse artigo 57.º, alíneas a) a g). No referido artigo 57.º, alínea a), figura a condição segundo a qual a empresa-mãe deve estar sujeita ao direito de um Estado-Membro.

24. É pacífico que a República Federal da Alemanha exerceu a faculdade prevista no artigo 57.º desta diretiva. Todavia, resulta da redação dos §§ 264, n.º 3, e 290, n.º 1, do HGB que a dispensa está reservada apenas ao grupo de empresas em que não só a empresa filial mas também a empresa-mãe têm sede em território alemão.
25. Ora, ao aplicar os termos «direito de um Estado-Membro», o artigo 57.º, alínea a), da Diretiva 78/660 indica inequivocamente que, para efeitos de aplicação da dispensa prevista neste artigo, a empresa-mãe pode estar sujeita ao direito de qualquer Estado-Membro da União Europeia e não somente ao da empresa filial que pretenda beneficiar desta dispensa.
26. Esta interpretação dos ditos termos é confirmada pelo facto de, contrariamente a esta menção em relação à empresa-mãe, a frase introdutória do artigo 57.º da Diretiva 78/660 referir que os Estados-Membros podem dispensar as empresas filiais sujeitas «ao seu direito nacional».
27. Por outro lado, quando um Estado-Membro opte por esta dispensa, não pode introduzir, nas respetivas condições de aplicação, uma diferença de tratamento entre as empresas-mãe com sede nesse Estado e as empresas-mãe com sede noutro Estado-Membro.
28. Consequentemente, as disposições nacionais em causa no processo principal que limitam o benefício da dispensa de publicação das contas anuais apenas às empresas filiais cuja empresa-mãe esteja estabelecida no Estado-Membro em que elas estão estabelecidas são contrárias ao teor do artigo 57.º, alínea a), da Diretiva 78/660.
29. Tendo em conta o exposto, não é necessário apreciar se as disposições nacionais combinadas em causa no processo principal são contrárias à liberdade de estabelecimento prevista no artigo 49.º TFUE (v., neste sentido, acórdão de 13 de julho de 2000, Centrosteel, C-456/98, Colet., p. I-6007, n.º 18).
30. Nestas condições, importa responder à questão que o artigo 57.º da Diretiva 78/660 deve ser interpretado no sentido de que se opõe à legislação de um Estado-Membro que só dispensa uma empresa filial sujeita ao direito desse Estado das disposições desta diretiva relativas ao conteúdo, à fiscalização assim como à publicidade das contas anuais se a empresa-mãe estiver igualmente sujeita ao direito do referido Estado.

Quanto às despesas

31. Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional de reenvio, compete a este decidir quanto às despesas. As despesas efetuadas pelas outras partes para a apresentação de observações ao Tribunal de Justiça não são reembolsáveis.

Pelos fundamentos expostos, o Tribunal de Justiça (Décima Secção) declara:

O artigo 57.º da Quarta Diretiva 78/660/CEE do Conselho, de 25 de julho de 1978, baseada no artigo 54.º, n.º 3, alínea g), do Tratado e relativa às contas anuais de certas formas de sociedades, conforme alterada pela Diretiva 2006/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de junho de 2006, deve ser interpretado no sentido de que se opõe à legislação de um Estado-Membro que só dispensa uma empresa filial sujeita ao direito desse Estado das disposições da referida diretiva relativas ao conteúdo, à fiscalização assim como à publicidade das contas anuais se a empresa-mãe estiver igualmente sujeita ao direito do referido Estado.

RESUMO: Neste texto comenta-se o acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia de 6.2.2014 (C-528/12) que considerou uma disposição do direito alemão (§246 (3) HGB) incompatível com a 4.ª Diretiva de Direito das Sociedades (hoje, a Diretiva 2013/34/UE).

Palavras-chave: liberdade de estabelecimento, demonstrações financeiras consolidadas, grupos de sociedades

ABSTRACT: This is a short comment on a decision by the Court of Justice of the European Union (6.2.2014, C-528/12) asserting an incompatibility of German law (in § 246 (3) HGB) with the 4th Directive of Company Law (today substituted by Directive 2013/34/UE).

Keywords: freedom of establishment, consolidated financial statements, groups of companies

RUI PEREIRA DIAS*

O acórdão *Mömax* do Tribunal de Justiça da União Europeia (6.2.2014, C-528/12) – breves notas

1. Damos notícia de um muito recente acórdão do Tribunal de Justiça, de 6 de fevereiro de 2014¹, em que se aprecia a compatibilidade de uma disposição do direito alemão relativa à prestação de contas por sociedades, o § 264 (3) HGB², com o artigo 57.º da 4.ª Diretiva, na versão vigente à data dos factos, hoje substituída pela Diretiva 2013/34/UE, do Parlamento Europeu e do Conselho³.

Os termos em que a questão se colocou não exigiram do TJUE uma apreciação da legislação nacional à luz do direito europeu primário, designadamente da *liberdade de estabelecimento*. De todo o modo, é esta liberdade fundamental que está subjacente à regra inserida na Diretiva, cuja (irregular) transposição esteve em apreciação pelo Tribunal.

À análise e compreensão do acórdão aproveita, após o seu resumo e enquadramento em face da lei alemã (2.), uma breve referência aos

* Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

¹ Ainda não publicado na respetiva Colectânea, mas disponível em: <http://curia.europa.eu>.

² I.e., o *Handelsgesetzbuch*, onde se encontram as disposições relativas à prestação de contas. O teor completo do parágrafo citado, traduzido para português, é transcrito no n.º 6 do acórdão.

³ De 26 de junho de 2013, relativa às demonstrações financeiras anuais, às demonstrações financeiras consolidadas e aos relatórios conexos de certas formas de empresas, que altera a Diretiva 2006/43/CE do Parlamento Europeu e do Conselho e revoga as Diretivas 78/660/CEE e 83/349/CEE do Conselho.

objetivos subjacentes à consolidação de contas (3.), centrais na criação do regime em análise, para *a final* se confirmar o inequívoco acerto do acórdão proferido, dando conta de modificações entretanto operadas na legislação alemã (4.).

2. A Mömax Logistik GmbH (Mömax) é uma sociedade por quotas de direito alemão, *filial* (para os efeitos de prestação de contas aqui em causa) da *Lutz Service GmbH* (Lutz), sociedade por quotas sediada na Áustria. A Lutz elaborou e fez publicar as demonstrações financeiras consolidadas, nas quais incluiu as contas anuais da Mömax. Esta, arrogando-se o disposto no § 246 (3) HGB, na qualidade de empresa filial de uma empresa-mãe obrigada a elaborar contas consolidadas, não procedeu à publicação das suas contas anuais, mas sim limitou as suas divulgações à publicação dos elementos que fundamentam a sua dispensa; outrossim, a Lutz procedeu a todas as divulgações que dão pleno efeito a essa dispensa, nos termos do HGB (cfr. o n.º 11 do acórdão).

Apenas um ponto não estava literalmente de acordo com a lei alemã: é que a dispensa se aplicava a filiais de empresas-mãe obrigadas a consolidar *nos termos do § 290 HGB*⁴, que, na sua letra, impõe essa obrigação a empresas-mãe *com sede no território nacional* (alemão) – aliás, em quase coincidência com a linguagem usada pela lei portuguesa no artigo 6.º do DL n.º 158/2009, que aprova o SNC (“Qualquer empresa mãe sujeita ao direito nacional é obrigada a elaborar demonstrações financeiras consolidadas (...)”), e em ambos os casos em conformidade com as Diretivas europeias (artigo 1.º, n.º 1, da 7.ª Diretiva: «Os Estados-membros impõem a qualquer empresa sujeita ao seu direito nacional (...); hoje, o artigo 22.º da Diretiva 2013/34/UE: “Os Estados-Membros devem exigir de qualquer empresa regida pelo seu direito nacional (...”).

A questão que opôs a Mömax às autoridades alemãs foi o entendimento destas de que, não sendo a Lutz uma sociedade com sede no território alemão, não seria a última uma empresa-mãe sujeita *aos termos do § 290 HGB*, pelo que a dispensa do § 246 (3) HGB não se poderia aplicar e haveria que sancionar a Mömax pelo incumprimento das divulgações exigíveis. A Mömax considerou este arrazoamento baseado numa transposição da Diretiva para o direito alemão contrária, em particular, à liberdade de estabelecimento. As autoridades alemãs, contudo, foram do parecer de que uma diferença de tratamento entre filiais de empresas-mãe sediadas na Alemanha, por um lado, e empresas-mãe sediadas noutras

⁴ V. a transcrição completa do § 290 (1) HGB, traduzida para português, no n.º 7 do acórdão.

Estados-membros, é justificável por razões imperativas de interesse geral⁵, no que se descortina uma referência a casos como *Gebhard*⁶ e sua progénie, sobretudo a que a partir de *Centros*⁷ trouxe tais noções para o domínio do direito das sociedades.

3. Não restaram dúvidas (v. n.º 24 do acórdão) de que o legislador alemão pretendeu fazer uso da dispensa que a Diretiva autoriza no artigo 57.º da 4.ª Diretiva, correspondente ao artigo 37.º da Diretiva 2013/34/UE – que hoje lhe chama *isenção para as empresas filiais* e elenca, com outras alterações terminológicas não relevantes para o caso, as condições dessa isenção. Por detrás dela está, parece evidente, a *realidade de grupo* que se divisa em face do preenchimento de todas estas condições: nessa eventualidade, há suficientes garantias, ao nível *societário-interno* (“Todos os acionistas ou sócios da empresa filial declararam, em relação a cada período em que seja aplicada a dispensa, estar de acordo com a dispensa dessa obrigação”), ao nível *patrimonial* (“A empresa-mãe declarou-se garante dos compromissos contraídos pela empresa filial”) e ao nível *informativo* (a empresa filial está incluída nas contas consolidadas da empresa mãe; aplicam-se as obrigações de “publicidade”, nos termos do artigo 2.º da Diretiva 2009/101/CE, sem que porém deixe de existir uma obrigatoriedade de elaboração das próprias contas anuais “individuais” da sociedade filial⁸), para que os Estados-Membros possam considerar supérfluas as normais exigências de conteúdo, revisão e publicação de contas.

O que é que a *consolidação das contas* traz de particular para que, salvaguardadas as demais exigências, possam diminuir-se os requisitos de divulgação impostos à sociedade filial que se inclui no perímetro da consolidação? Basta lembrarmos que esta é o conjunto de operações contabilísticas que visa proceder à agregação das contas individuais do conjunto das empresas pertencentes a um *grupo*, mediante o adicionamento dos saldos das contas constantes em cada rubrica do balanço e da demonstração de resultados, bem como a eliminação dos valores correspondentes às operações realizadas entre as sociedades inseridas no perímetro⁹. Em poucas palavras, trata-se de um conjunto de operações que visa sobretudo

⁵ N.º 14 do acórdão.

⁶ C-55/94, 30.11.1995.

⁷ C-212/97, 9.3.1999.

⁸ V., por referência à lei alemã, em anotação ao § 246 HGB, HANNO MERKT, in BAUMBACH / HORT, *Handelsgesetzbuch*, 34. Aufl., 2014, Rn. 27.

⁹ Assim JOSÉ A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades – estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2002, p. 194; “A consolidação das contas”, in RCEJ, n.º 19, 2011, pp. 186 ss..

analisar e apresentar um *grupo* de empresas *como se* de uma só empresa se tratasse¹⁰. É, nessa medida, essencial apreender os vários aspectos da realidade económica de um grupo, de maneira a com isso poder descrever *verdadeira e fielmente* essa realidade económica – porque esta, não obstante compreender ou desdobrar-se em *várias entidades*, é essencialmente *unitária*.¹¹ Deste modo se cumpre o objectivo fundamental de fornecer a todos os interessados¹² – sejam os diversos *stakeholders*, seja, para certos efeitos, o próprio Estado ou *v.g.* autoridades de supervisão – uma imagem global do património e das finanças do grupo^{13 14}. Todas estas normas

¹⁰ CLAUS LUTTERMANN, [BERNHARD GROSSFELD (Begr.)], *Bilanzrecht – die Rechnungslegung in Jahresabschluss und Konzernabschluss nach Handelsrecht und Steuerrecht, Europarecht und IAS/IFRS*, 4. Aufl., C. F. Müller, Heidelberg, 2005, p. 326; BERNHARD GROSSFELD, *International Financial Reporting Standards: European Corporate Governance*, in "O Direito do Balanço e as Normas Internacionais de Relato Financeiro", Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 16.

¹¹ FRANCISCO QUERENDEZ AUMENDI, *La Consolidación Contable*, Instituto de Planificación Contable / Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1988, pp. 148-149, chama a atenção para o significado comum de "consolidação", no sentido de "dar firmeza e solidez", para ilustrar o objectivo da consolidação: proporcionar uma informação mais *firme* e mais *sólida* do que a que resultaria da apreciação *individual* das contas de uma *pluralidade* de empresas quando, na realidade económico-contabilística, esta constitua verdadeiramente uma *unidad*.

¹² Para uma análise e enumeração exaustiva de todos os "potenciais receptores da informação societária", v. CHARLOTTE VILLIERS, *Corporate Reporting and Company Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2006, pp. 86 ss.

¹³ Curiosamente, a técnica da consolidação parece ter surgido nos Estados Unidos da América por iniciativa voluntária de algumas empresas que, nos finais do século XIX, começaram a divulgar este tipo de informação; apenas nos anos 1930 surgiram as primeiras normas que a regularam. Veja-se PILAR BLASCO BURRIEL, *El Análisis de las Cuentas Anuales Consolidadas. Una Aproximación Conceptual y Empírica*, AECA, Madrid, 1997, pp. 31 ss.

Para uma análise dogmática mais detalhada dos fundamentos últimos da consolidação, confrontando as duas concepções básicas que se debateram na doutrina estadunidense (*parent company extension concept* vs. *entity concept*), veja-se a obra de referência de VICENTE CONDOR LÓPEZ, *Las Cuentas Anuales Consolidadas*, Zaragoza, 1993, pp. 20 ss.; do mesmo Autor, *Cuentas Consolidadas – Aspectos Fundamentales en su Elaboración*, Instituto de Contabilidad y Auditoria de Cuentas / Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1888, pp. 45 ss.. V. ainda JEAN RAFFEGERE, PIERRE DUFILS, *Les Comptes Consolidés*, Presses Universitaires de France, 1984, pp. 101 ss.; FRANÇOIS PASQUALINI, *Le Principe de l'Image Fidèle en Droit Comptable*, Litec, Paris, 1992, pp. 197 ss.

¹⁴ Na realidade, a noção de *conjunto de empresas* ou de *grupo* é fundamental no âmbito da consolidação de contas. *I.e.*, estamos perante *uma* das *várias* noções de *grupo* que a lei portuguesa – tal como a lei de muitos outros países – apresenta, delimitadas consoante a *teleologia* das normas jurídicas a que respeitam: a noção de *grupo* não é a mesma, por exemplo, para o direito das sociedades, o direito dos valores mobiliários, o direito do trabalho, o direito da concorrência, o direito fiscal e... o direito contabilístico. No plano do direito espanhol, pode ver-se constatação semelhante e respectivos dados normativos em SIXTO

são, assim, orientadas à pretendida aproximação do chamado *perímetro técnico de consolidação*¹⁵ à *efetiva realidade económica unitária* que o grupo representa, enquanto *conjunto de empresas*, e que a consolidação de contas visa revelar.

4. Pois bem: quando dentro de um mesmo perímetro existe já uma entidade (a empresa-mãe) que procede ao tratamento contabilístico unitário do grupo, acrescendo a sua responsabilização patrimonial e a concordância dos seus demais (eventuais) sócios, parece razoável admitir aos Estados-Membros a criação de um regime como o previsto no artigo 57.º da 4.ª Diretiva. A Alemanha exerceu essa faculdade: mas a partir do momento em que o fez, não podia introduzir injustificadas discriminações no tratamento de filiais “nacionais” de empresas-mãe “estrangeiras”, por referência às filiais “nacionais” de empresas-mãe “nacionais”. E se esse tratamento seria incompatível com a *liberdade de estabelecimento* do direito da União Europeia, nem é, em rigor, necessária a convocação das regras primárias que regem essa liberdade fundamental: sendo inequívoco, do texto da própria Diretiva, que a dispensa se há de aplicar sempre que “*a empresa-mãe esteja sujeita ao direito de um Estado-membro*”¹⁶, o que está tecnicamente em causa é uma desconformidade entre o texto legal alemão e a norma da Diretiva¹⁷.

Sublinhe-se, por fim, que bem antes do proferimento deste acórdão a legislação alemã foi alterada para acomodar-se ao direito da União Europeia. Através da abreviadamente chamada *MicroBilG 2013*¹⁸, que veio sobretudo simplificar o relato financeiro de “pequenas” sociedades por ações, tornou-se o § 264 (3) HGB congruente com o direito europeu derivado, por isso que onde se lia:

ÁLVAREZ MELCÓN, *Consolidación de Estados Financieros*, 2.ª ed., McGraw-Hill, Madrid et al., 1999, p. 2.

¹⁵ A expressão é usada por VICENTE CONDOR LÓPEZ, *Las Cuentas Anuales Consolidadas*, cit., p. 37. V. tb. ANA MARIA RODRIGUES, *O Goodwill nas Contas Consolidadas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p.106.

¹⁶ Art. 57.º da 4.ª Diretiva. No art. 37.º da Diretiva 2013/34/UE, lê-se: “A empresa-mãe rege-se pelo direito de um Estado-Membro”.

¹⁷ V. n.º 29 do acórdão.

¹⁸ *Gesetz zur Umsetzung der Richtlinie 2012/6/EU des Europäischen Parlaments und des Rates vom 14. März 2012 zur Änderung der Richtlinie 78/660/EWG des Rates über den Jahresabschluss von Gesellschaften bestimmter Rechtsformen hinsichtlich Kleinstbetrieben (Kleinstkapitalgesellschaften-Bilanzrechtsänderungsgesetz – MicroBilG)*, lei que transpõe para a ordem jurídica interna alemã a Diretiva 2012/6/UE.

Para a aplicação no tempo das alterações aos § 264 (3) e § 290 HGB, cfr. o Art. 70, n.º 2, da Lei de Introdução ao HGB (*Einführungsgesetz zum Handelsgesetzbuch – EGHGB*).

"Uma sociedade de capitais, que seja empresa filial de uma empresa-mãe obrigada a elaborar as contas do grupo nos termos do § 290 [do HGB]"¹⁹,

lê-se hoje uma prescrição que se aplica a:

uma sociedade de capitais, que seja incluída [como empresa filial] nas contas consolidadas de uma empresa-mãe com sede num Estado-membro da União Europeia ou num outro Estado contratante do Acordo sobre o Espaço Económico Europeu.²⁰

¹⁹ V. o n.º 6 do acórdão.

²⁰ Tradução nossa.

Textos para publicação

A Revista aceita a apresentação de textos inéditos para publicação, sujeita a parecer favorável da Comissão de Redação e à disponibilidade de espaço.

Cada texto não deverá exceder 75.000 carateres (contando espaços e incluindo notas de rodapé) e deverá observar as seguintes regras gráficas:

- Nomes de autores referidos em texto: em carateres normais
- Nomes de autores referidos em notas: em maiúsculas pequenas
- Títulos de livros (monografias e obras coletivas): em itálico
- Títulos de textos inseridos em revistas e em obras coletivas: entre aspas, em carateres normais
- Nomes das revistas: em itálico
- Sinal de aspas primacialmente usado: « » (as chamadas aspas francesas ou baixas)
- Ausência de espaço entre uma palavra e um sinal de pontuação
- Uso das abreviaturas adotadas pela Revista (v. lista inserida nas primeiras páginas)
- Os textos deverão ser enviados por correio eletrónico para *dsr@almedina.net* ou por via postal para:

DSR – Direito das Sociedades em Revista
Secretariado da Redação
Edições Almedina, SA
Rui Dias
Rua Fernandes Tomás, n.ºs 76-80
3000-167 Coimbra



DIREITO DAS SOCIEDADES EM REVISTA

DIRETOR: PEDRO PAIS DE VASCONCELOS
JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU
RUI PINTO DUARTE

CUPÃO DE ASSINATURA

2 NÚMEROS AVULSO €40

**ASSINATURA (2 NÚMEROS/ANO) €35 (DESCONTO DE 12,5%)
COM IVA E DESPESAS DE ENVIO INCLUÍDOS**

DESEJO ADQUIRIR A ASSINATURA DA REVISTA
DIREITO DAS SOCIEDADES EM REVISTA (2 NÚMEROS) DO ANO

2	0		
---	---	--	--

ASSINATURA DATA - -

ESTE CUPÃO DEVERÁ SER ENVIADO PARA
ASSINATURA DA REVISTA DIREITO DAS SOCIEDADES EM REVISTA – JOAQUIM MACHADO, S.A.,
R. Fernandes Tomás, n.º 76, 78, 80, 3000-167 Coimbra, ou via e-mail para assinaturas@almedina.net

PARA ESCLARECIMENTOS ADICIONAIS

AUTORIZAÇÃO DE DÉBITO DIRETO (ADC)

ENTIDADE 1 0 6 4 4 4 NÚMERO DE AUTORIZAÇÃO

Na rede Multibanco poderá definir: A Data de expiração da autorização | O montante máximo de débito autorizado

AUTORIZAÇÃO DE DÉBITO EM CONTA PARA DÉBITOS DIRETOS

EMAIL

Por débito na nossa/minha conta abaixo indicada queiram proceder ao pagamento das importâncias que lhes forem apresentadas pela empresa EDIÇÕES ALMEDINA SA

CONTRIBUINTE FISCAL

ASSINATURA(S) CONFORME BANCO

BENS / SERVIÇOS

VALOR

REGULARIDADE⁽¹⁾

INICIA A

TER

NA A

MÊS

ANO

(i) REGULARIDADE: MENSAL, TRIMESTRAL, SEMESTRAL, ANUAL

PROCEDIMENTOS

- Preencher completamente e assinar Autorização de Débito, de acordo com a ficha de assinatura de Banco. No caso de ser empresa carimbar ADC com carimbo da empresa.

• Remeter a ADC para:

• Remeter à ADC para:
EDIÇÕES ALMEDINA SA, Rua Fernandes Tomás, n.ºs 76, 78, 80,
3000-167 Coimbra, ou via email para sdd@almedina.net

3000-107) Comunica, ou via e-mail para sdu@alm Medina.net.

- Qualquer alteração que pretenda efectuar a esta autorização basta-
rá contactar as EDIÇÕES ALMEDINA SA por qualquer forma escrita
- Também poderá fazer alterações através do Sistema Multibanco,
conforme se apresenta seguidamente, ou no sistema de home
banking, caso tenha essa opção. Também neste caso agradece-
mos informação escrita sobre as alterações efectuadas.

mais informação escrita sobre as alterações efectuadas.

• Esta autorização destina-se a permitir o pagamento de bens/ser-
viços adquiridos à nossa empresa e só poderá ser utilizada para
outros efeitos mediante autorização expressa do(s) próprio(s)

- Dos pagamentos que vierem a ser efectuados por esta forma serão emitidos os recibos correspondentes.

INFORMAÇÕES

Através do Sistema Multibanco, relativamente a esta autorização de Débito em Conta, poderá, entre outras, efetuar as seguintes operações:

- Visualizar a Autorização Débito em Conta concedida;
 - Actualizar os Dados Desta Autorização de Débito em Conta;
 - Cancelar esta Autorização Débito em Conta;

Em cumprimento do aviso 10/2005 do Banco de Portugal, informa-se que é dever do devedor, conferir, através de procedimentos electrónicos, nomeadamente no multibanco, os elementos que compõem as autorizações de débito em conta concedidas.

PARA ESCLARECIMENTOS ADICIONAIS

PARA ESCLARECIMENTOS ADICIONAIS
Telefone: 230 851 003 Fax: 230 851 001 Email: sdd@almedina.net

