

DIREITO DAS SOCIEDADES

em Revista

DOCTRINA

Os acordos parassociais: algumas reflexões sobre o seu regime jurídico

José Engrácia Antunes

Mais vale tarde do que nunca: a Lei 75/2020, o PEVE e outras novidades
(com o cair da folha)

Alexandre de Soveral Martins

Garantias ao financiamento das empresas e outros instrumentos jurídicos de combate
à iliquidex na Lei n.º 75/2020 – a *justa medida*

Catarina Serra

As deliberações dos sócios: recomendações do Guia de Boas Práticas nas PME-sociedades
por quotas

Luis María Miranda Serrano

Postal de um País (não) distante: um Guia português para empresas italianas e europeias
também? Notas (em particular) sobre a constituição de sociedades privadas, à luz
da Diretiva (UE) 2019/1151

Alessio Bartolacelli

A operação de constituição/reforço da reserva legal havendo prejuízos transitados:
brevíssimo apontamento sobre a ordem das operações a realizar

Diogo Pessoa

Luis Pedro Oliveira

O regime supletivo de funcionamento da gerência plural nas sociedades por quotas

César Pires

O sócio gestor – da responsabilização direta e da responsabilidade por influência

Renata Melo Esteves

ÍNDICE

- 5 Abreviaturas

DOUTRINA

- 13 Os acordos parassociais: algumas reflexões sobre o seu regime jurídico
José Engrácia Antunes
- 37 Mais vale tarde do que nunca: a Lei 75/2020, o PEVE e outras novidades (com o cair da folha)
Alexandre de Soveral Martins
- 57 Garantias ao financiamento das empresas e outros instrumentos jurídicos de combate à iliquidizez na Lei n.º 75/2020 – a *justa* medida
Catarina Serra
- 83 As deliberações dos sócios: recomendações do Guia de Boas Práticas nas PME-sociedades por quotas
Luis María Miranda Serrano
- 103 Postal de um País (não) distante: um Guia português para empresas italianas e europeias também? Notas (em particular) sobre a constituição de sociedades privadas, à luz da Diretiva (UE) 2019/1151
Alessio Bartolacelli
- 147 A operação de constituição/reforço da reserva legal havendo prejuízos transitados: brevíssimo apontamento sobre a ordem das operações a realizar
Diogo Pessoa
Luís Pedro Oliveira
- 179 O regime supletivo de funcionamento da gerência plural nas sociedades por quotas
César Pires
- 205 O sócio gestor – da responsabilização direta e da responsabilidade por influência
Renata Melo Esteves

ABREVIATURAS

AB	Ab Instantia – Revista do Instituto do Conhecimento AB
AAVV/VVAA	Autores Vários/Vários Autores
AAFDL	Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
ac./acs.	acórdão/acórdãos
AcUM	Actualidad Jurídica Uría Menéndez
ACE	Agrupamento(s) Complementar(es) de Empresas
AEIE	Agrupamento(s) Europeu(s) de Interesse Económico
AG	Die Aktiengesellschaft
AG	Assembleia geral
AktG	Lei alemã sobre as sociedades anónimas e em comandita por acções, de 6 de Setembro de 1965
al.	alínea
ALR	American Law Review
AnnDrComm	Annales de Droit Commercial
AnwBl	Anwaltsblatt
BankLJ	Banking Law Journal
BB	Betriebs-Berater
BBTC	Banca, Borsa e Titoli di Credito
BFD	Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
BulJS	Bulletin Joly des Sociétés
CA 2006	Companies Act, de 2006 (Inglaterra)
CadMVM	Cadernos do Mercado dos Valores Mobiliários
CadOD	Cadernos O Direito
CC	Código Civil
CCit	Código civil italiano, de 16 de Março de 1942
CCom	Código Comercial
CComf	Novo código de comércio francês (aprovado pela Ordonnance, de 18 de Setembro de 2000)

CEE	Comunidade Económica Europeia
CeImp	Contratto e Impresa
CEJ	Centro de Estudos Judiciários
CES	Cooperativismo e Economía Social
cfr.	confronte
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
cit.	citado
CJ	Colectânea de Jurisprudência
CJ-STJ	Colectânea de Jurisprudência Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça
CLR	Columbia Law Review
CP	Código Penal
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
CorLR	Cornell Law Review
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
DFiscB	Droit Fiscalité Belge
DJ	Revista Direito e Justiça
DJCL	Delaware Journal of Corporate Law
Dec.-Lei/DL	Decreto-Lei
DLJ	Duke Law Journal
DG	Diário do Governo
DGCL	Delaware General Corporation Law
DR	Diário da República
DSR	Direito das Sociedades em Revista
ed.	edição
EBOR	European Business Organization Law Review
ECFR	European Company and Financial Law Review
ECJ	European Competition Journal

EIRL	Estabelecimento(s) Individual(ais) de Responsabilidade Limitada
EUA	Estados Unidos da América
EuZW	Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
ForI	Forum Iustitiae
ForLR	Fordham Law Review
Giur.Comm.	Giurisprudenza Commerciale
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Alemanha)
GmbHG	Lei alemã sobre as sociedades de responsabilidade limitada, de 20 de Abril de 1892
GmbHR	GmbH-Rundschau
GPR	Zeitschrift für das Privatrecht der Europäischen Union
HarvLR	Harvard Law Review
id.	<i>idem</i>
IDET	Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho
InsO	Insolvenzordnung (lei alemã da insolvência)
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
JOCE	Jornal Oficial das Comunidades Europeias
JOUE	Jornal Oficial da União Europeia
L.	Lei
LGT	Lei Geral Tributária
LMK	Lindenmaier-Möhring – Kommentierte BGH-Rechtsprechung
LOFTJ	Lei de Organização e Funcionamento dos Tribunais Judiciais
LS	Le Società
LSC	Ley de sociedades de capital (espanhola)
LSGPS	Lei das Sociedades Gestoras de Participações Sociais
LSQ	Lei das Sociedades por Quotas
MBCA	Model Business Corporation Act
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (Alemanha)
NCRF	Norma contabilística e de relato financeiro
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
NYBCL	New York Business Corporation Law
n./nn.	nota/notas
n.º	número
OPA	Oferta(s) Pública(s) de Aquisição
OPV	Oferta(s) Pública(s) de Venda
p./pp.	página/páginas
p. ex.	por exemplo
PCG	Principles of Corporate Governance
PMAG	Presidente da mesa da assembleia geral

POC	Plano Oficial de Contabilidade
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RB	Revista da Banca
RCEJ	Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas
RCR	Revista de Concorrência e Regulação
RDC	Rivista di Diritto Civile
RDE	Revista de Direito e Economia
RDES	Revista de Direito e de Estudos Sociais
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RdS	Revista de Derecho de Sociedades
RDS	Revista de Direito das Sociedades
RC	Tribunal da Relação de Coimbra
RE	Tribunal da Relação de Évora
reimp.	reimpressão
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
RGAS	Regime Geral do Acesso e Exercício da Atividade Seguradora e Resseguradora
RGOIC	Regime Geral dos Organismos de Investimento Coletivo
RGIT	Regime Geral das Infracções Tributárias
RIDE	Revue Internationale de Droit Economique
RivDCom	Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni
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
RIDBFDUL	Revista do Instituto de Direito Brasileiro da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft

RJC	Regime Jurídico da Concorrência
RLJ	Revista de Legislação e Jurisprudência
RNPC	Registo Nacional de Pessoas Colectivas
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
ROC	Revisor Oficial de Contas
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)
SENC	Sociedade em nome coletivo
SGPS	Sociedade(s) Gestora(s) de Participações Sociais
SI	Scientia Iuridica – Revista de Direito Português e Brasileiro
SNC	Sistema de Normalização Contabilística
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
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)
TUF	Testo Unico della Finanza
UCP	Universidade Católica Portuguesa
v.	<i>vide</i>
VJud	Vida Judiciária
vol./vols.	volume/volumes
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht



DOUTRINA

RESUMO: O presente artigo tem por objeto a análise de algumas questões gerais do regime jurídico dos acordos parassociais, com particular destaque para os princípios estruturais desse regime, os seus sujeitos e os seus limites.

Palavras-chave: acordo parassocial; acionistas; administração social.

ABSTRACT: This article presents a brief analysis of the legal regime of shareholders agreements, with a particular focus on the guiding principles of such regime, the parties of such agreements and the limits of its content.

Keywords: shareholder agreement; shareholder; corporate management.

JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES

Os acordos parassociais: algumas reflexões sobre o seu regime jurídico

1. Noção geral

I. Designam-se genericamente por acordos parassociais os *contratos celebrados entre alguns ou todos os sócios de uma sociedade que, sendo autónomos e inoponíveis em face desta, têm por objeto a regulação da respetiva conduta e relações no seio social*.¹

¹ Sobre a figura dos acordos parassociais, vide, na doutrina posterior ao CSC, BAIRROS, R. Pinto, *Os Acordos Parassociais – Breve Caracterização*, in: II RDS (2010), 333-358; CÂMARA, Paulo, *Parassocialidade e Transmissão de Valores Mobiliários*, Diss., Lisboa, 1996; CÂMARA, Paulo, *Acordos Parassociais: Problemas de Interpretação e de Conversão*, in: "Estudos em Memória do Professor Doutor Paulo Sendin", 445-472, Universidade Católica, Lisboa, 2012; CORDEIRO, A. Menezes, *Acordos Parassociais*, in: 61 ROA (2001), 529-542; CUNHA, Carolina, *Acordos Parassociais e Relações dos Sócios com os Administradores*, in: III AB (2015), 45-86; D'ALMEIDA, R. Fialho, *Acerca das Restrições dos Acordos Parassociais em Matéria de Administração*, in: LXIV SI (2015), 375-398; D'ALMEIDA, R. Fialho, *Os Acordos Parassociais – Reflexão Dogmática e Jurisprudencial*, Diss., Coimbra, 2017; FRADA, M. Carneiro, *Acordos Parassociais "Omnilaterais" – Um Novo Caso de "Desconsideração" da Personalidade Jurídica?*, in: I DSR (2009), 97-135; GONÇALVES, D. Costa, *Notas Breves sobre a Socialidade e a Parassocialidade*, in: V RDS (2013), 779-799; LEAL, A. Filipa, *Algumas Notas sobre a Parassocialidade no Direito Português*, in: I RDS (2009), 135-183; MORAIS, Helena, *Acordos Parassociais: Restrições em Matéria de Administração das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2014; SANTOS, M. Leite, *Contratos Parassociais e Acordos de Voto nas Sociedades Anónimas*, Cosmos, Lisboa, 1996; SEQUEIRA, Manuel, *Acordos Parassociais e Mecanismos Indiretos de Controlo*, 789, in: X RDS (2018), 771-833; SILVA, H. Lança, *Os Acordos Parassociais no Direito Português*, Verbo Jurídico, 2000; SILVA, J. Calvão, *Acordo Parassocial Respeitante à Conduta da Administração e à Divisão de Poderes entre Órgãos Sociais*, in: "Estudos jurídicos [Pareceres]", 235-254, Almedina, Coimbra, 2001; TRIGO, M. Graça,

II. Sublinhe-se que os acordos parassociais são também amplamente conhecidos da prática e direito societário além-fronteiras, sendo reconhecidos em diversas outras ordens jurídicas estrangeiras (“shareholders’ agreements”, “Abstimmungsvereinbarungen”, “conventions entre associés”, “patti parasociali”, “pactos parasociales”).²

2. Modalidades fundamentais

I. A plasticidade, a complexidade e a relevância jurídico-societária do fenómeno da parassocialidade são de tal monta que se afigura pouco menos que inviável proceder a uma inventariação exaustiva dos seus tipos ou modalidades, ainda que meramente exemplificativa.

II. De acordo com aquela que é ainda hoje a classificação mais difundida na doutrina, é costume distinguir-se entre *acordos de relação, de atribuição e de organização*³: os “acordos de relação”, que se distinguem pela neutralidade em relação à sociedade, caracterizam-se por restringir os seus efeitos à regulação direta das relações internas e recíprocas entre os sócios, sem qualquer mediação ou interferência significativa, ainda que

Os Acordos Parassociais sobre o Exercício do Direito de Voto, UCP, Lisboa, 1998; TRIGO, M. Graça, *Acordos Parassociais: Síntese das Questões Jurídicas mais Relevantes*, in: AAVV, “Problemas do Direito das Sociedades”, 169-184, Almedina, Coimbra, 2008; VENTURA, Raúl, *Acordos de Voto – Algumas Questões Depois do Código das Sociedades Comerciais*, in: “Estudos Vários sobre Sociedades Anónimas”, 9-101, Almedina, Coimbra, 1992. Na jurisprudência, entre outros, os Acórdãos do STJ de 11-III-1999 (GARCIA MARQUES), in: 485 BMJ (1999), 432-445, e de 16-III-1999 (FRANCISCO LOURENÇO), in: VII CJ/STJ (1999), I, 160-163.

² No direito estrangeiro, entre muitos, vide FLORÉS, D. Velardocchio, *Les Accords Extra-Statutaires entre Associés*, Presses Universitaires, Aix-en-Marseille, 1993; NOACK, Ulrich, *Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften*, Mohr, Tübingen, 1994; RYAN, Chris/THOMAS, Katherine, *The Law and Practice of Shareholders’ Agreements*, 2nd edition, Lexis Nexis/Butterworths, London, 2007; TORINO, Raffaele, *I Contratti Parasociali*, Giuffrè, Milano, 2000.

³ Esta classificação tripartida pertence a Giorgio Oppo, *I Contratti Parasociali*, 6 a 12, Giuffrè, Milano, 1942, sendo ainda hoje, decorrido mais de meio século, a mais divulgada entre os tratadistas: veja-se assim, entre nós, VENTURA, Raúl, *Acordos de Voto – Algumas Questões Depois do Código das Sociedades Comerciais*, 23 e segs., in: “Estudos Vários sobre Sociedades Anónimas”, 9-101, Almedina, Coimbra, 1992; noutrora quadrantes, não se afastando sensivelmente desta tipologia clássica, vide PAZ-ARES, Cándido, *El Enforcement de los Pactos Parasociales*, 20, in: 5 ActUM (2003), 19-43; NOACK, Ulrich, *Gesellschaftervereinbarungen bei Kapitalgesellschaften*, 102 e segs., Mohr, Tübingen, 1994.

meramente mediata, na vida social⁴; os “acordos de atribuição”, que já produzem algumas repercussões na vida social, caracterizam-se por serem destinados a obter para a sociedade determinadas vantagens a cargo dos sócios⁵; finalmente, os “acordos de organização”, porventura os mais relevantes e frequentes na prática societária, caracterizam-se por incidir diretamente sobre a vida e o funcionamento da sociedade, indo destinados a disciplinar as relações entre os sócios e o exercício dos direitos sociais de que estes são titulares no que respeita à organização, ao governo e ao funcionamento sociais – razão pela qual é usual também afirmar-se terem por objeto a “organização do controlo societário”.⁶

III. O espectro dos acordos parassociais, todavia, é extremamente vasto e heterogéneo, podendo ser alinhado de acordo com várias outras classificações. Assim, de acordo com o critério dos seus sujeitos, os acordos podem ser *bilaterais, plurilaterais ou omnilaterais*, consoante são celebrados entre dois, vários ou mesmos todos os sócios da sociedade (sendo discutida a inclusão de terceiros e da própria sociedade); de acordo com o critério temporal do momento da sua celebração, os acordos podem ser *anteriores, contemporâneos ou posteriores* à constituição da sociedade (em articulação ou não com a aprovação ou alteração dos estatutos sociais); de acordo com o critério do seu objeto, eles podem dizer respeito à coordenação de direitos e obrigações sociais na sua qualidade de *acionista*, v.g., direito de voto (“sindicatos de voto”), direitos de transmissão de participações sociais (“convenções de bloqueio”) ou direitos de informação (“convenções de consulta recíproca”), de *administrador*, v.g., direito à remuneração, obrigação de não concorrência, de *credor*, v.g., direitos a dividendos deliberados, ou até noutra qualidade (direitos extrassociais, ou associais); de acordo com o critério do seu fim prosseguido, eles podem corresponder a “*sindicatos de maioria*” ou “*sindicatos de*

⁴ Entre as cláusulas mais frequentes deste tipo de acordos contam-se as que estabelecem direitos de aquisição preferente das participações sociais, obrigações de “lock up” (pacto de não venda), obrigações de não incrementar as participações sociais acima de determinado montante (pacto de não agressão), direitos de compra e obrigações de venda das participações em certas circunstâncias, regras de estabilização e distribuição de dividendos, etc.

⁵ Exemplos paradigmáticos são os acordos que incluem cláusulas estabelecendo a primazia do interesse social sobre os interesses individuais dos acionistas outorgantes do acordo parassocial, obrigações de não concorrência com a sociedade, de preferência da sociedade na alienação das participações dos outorgantes, de realização de suprimentos ou contribuições financeiras suplementares, etc.

⁶ PAZ-ARES, Cândido, *El Enforcement de los Pactos Paraciales*, 20, in: 5 ActUM (2003), 19-43.

defesa”, consoante visam a estabilização do controlo societário mediante a organização de “núcleos duros” de acionistas ou, inversamente, a formação de minorias de bloqueio em matérias estruturais da vida social; de acordo com o critério da sua autonomia ou acessoriadade relativamente a outros acordos, eles podem ser celebrados de modo independente relativamente a quaisquer outras relações jurídicas existentes entre os sócios outorgantes do acordo (*acordos parassociais singulares*) ou antes em conexão ou mesmo dependência de uma relação jurídica preeexistente entre aqueles, a qual pode ter a sua origem ou não num outro negócio, v.g., contrato-promessa de constituição de sociedade, contratos de compra e venda, penhor ou usufruto de participações sociais (*acordos parassociais coligados*); e assim por diante.⁷

IV. Esta plasticidade parassocial é ainda testemunhada pela *diversidade infindável de cláusulas concretas* que a “praxis” negocial conhece. Entre elas, e a título meramente exemplificativo, podem mencionar-se as cláusulas sobre as orientações estratégicas da sociedade, sobre a composição e o funcionamento dos órgãos de administração, sobre o exercício das competências da assembleia geral em determinadas matérias fundamentais (v.g., eleição e destituição dos membros dos órgãos sociais, política de dividendos, fusões e cisões), sobre os direitos de preferência e de opção na compra e/ou venda de ações dos outorgantes do acordo, ou ainda sobre vinculações e garantias acessórias destinadas a assegurar a consistência e exequibilidade jurídica do próprio acordo (v.g., cláusulas proibitivas da transmissão das participações sociais para terceiros, cláusulas penais sancionatórias, cláusulas compromis-sórias, cláusulas de “buy” ou “sale options”, cláusulas “tag along” e “drag along”, mecanismos de regulação de situações de conflito ou “deadlock”).⁸

⁷ Naturalmente, trata-se de meras classificações abstratas, sendo possível e até frequente que estas tipologias se cruzem e misturem na prática. Para estas e outras tipologias doutrinais, vejam-se ainda D’ALMEIDA, R. Fialho, *Os Acordos Parassociais – Reflexão Dogmática e Jurisprudencial*, 134 e segs., Diss., Coimbra, 2017; SANTOS, M. Leite, *Contratos Parassociais e Acordos de Voto nas Sociedades Anónimas*, 14 e segs., Cosmos, Lisboa, 1996; TRIGO, M. Graça, *Os Acordos Parassociais sobre o Exercício do Direito de Voto*, 23 e segs., UCP, Lisboa, 1998.

⁸ Para estes e outros exemplos, CUNHA, Carolina, *Artigo 17.º (Acordos Parassociais)*, in: “CSC em Comentário”, vol. I, 286-318, Almedina, Coimbra, 2010; D’ALMEIDA, R. Fialho, *Os Acordos Parassociais – Reflexão Dogmática e Jurisprudencial*, 140 e segs., Diss., Coimbra, 2017; LEAL, A. Filipa, *Algumas Notas sobre a Parassocialidade no Direito Português*, 141 e seg., in: I RDS (2009), 135-183;

3. Regime jurídico

I. A regulação jurídica dos acordos parassociais releva, em primeira linha, da *autonomia privada das partes*: como contratos que são, o princípio geral nesta matéria – consagrado em pleno pórtico do edifício normativo em sede contratual (art. 405/1 do CCivil) – é o de que as partes são livres na sua decisão de celebrar ou não um acordo parassocial (liberdade de celebração: “*Abschlußfreiheit*”) e de fixar os respetivos termos ou conteúdo (liberdade de estatuição: “*Inhaltsfreiheit*”).⁹

II. Este princípio geral de liberdade contratual, todavia, não é absoluto ou irrestrito. Com efeito, a celebração e o conteúdo dos acordos parassociais estão subordinados à observância de determinadas normas legais existentes na matéria: entre elas, destaca-se indubitavelmente o art. 17 do CSC, preceito que, “*grosso modo*”, ao mesmo tempo que consagrou definitivamente a admissibilidade geral deste tipo de acordos no direito português (art. 17/1 do CSC)¹⁰, veio fixar determinados limites à respetiva validade e eficácia, em particular no que concerne aos acordos relativos ao direito de voto (art. 17/2 e 17/3 do CSC). Para além desta norma jussocialista, devem ainda ter-se em conta outras normas esparsas e especiais, previstas na legislação societária (v.g., art. 83/1 do CSC) ou outros diplomas legais (arts. 19 e 245-A/g do CVM, art. 111 do RGIC, art. 55/1 do RGAS, art. 71-Z do RGOIC).¹¹

III. Este regime legal constitui consabidamente um *regime parcial e fragmentário*, já que não contém uma disciplina jurídica global e sistemática do fenómeno da parassocialidade¹². Sem prejuízo da breve descrição que dele mais adiante será feita, importa, desde já, chamar a atenção para

⁹ Sobre o papel da autonomia privada como fonte primacial da regulação dos contratos comerciais, vide ANTUNES, J. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, 54 e segs., 7^a reim., Almedina, Coimbra, 2020.

¹⁰ Antes da aprovação do CSC, constituía questão muito controversa na doutrina e jurisprudência portuguesas a validade dos acordos parassociais: contra tal validade, pronunciaram-se, entre outros, FERREIRA, M. Cavaleiro, *Acerca do Problema do Sindicato de Voto nas Sociedades Anónimas*, in: IX SI (1960), 493-509; MAGALHÃES, J. Barbosa, *Indivisibilidade e Nulidade Total de um Negócio Jurídico de “Sindicato de Voto”*, Lisboa, 1956; OLAVO, Fernando, *Sociedades Anónimas – Sindicatos de Voto*, in: 88 RevOD (1956), 187-198.

¹¹ Sobre algumas destas normas especiais, vide CORREIA, J. Magalhães, *Breves Notas sobre o Regime dos Acordos Parassociais nas Sociedades Cotadas*, in: 15 CadMVM (2002), 91-95.

¹² Por isso, é comum a afirmação de que se, por um lado, o art. 17 do CSC vem dar solução expressa a algumas questões, certo é, por outro, que deixou em aberto muitas outras e veio até criar algumas novas (cf. SANTOS, M. Leite, *Contratos Parassociais e Acordos de Voto nas*

aqueles que são tradicionalmente apontados como os dois *princípios cardinais da parassocialidade*: o princípio da autonomia e o princípio da eficácia relativa dos acordos parassociais.

IV. Desde logo, o princípio da *autonomia*: tornou-se usual caracterizar o acordo parassocial como uma figura autónoma ou independente em face do contrato de sociedade¹³. Esta autonomia entre social e parassocial pode ser surpreendida numa série de planos: assim, quanto à sua *celebração*, ao passo que os acordos parassociais não estão sujeitos, em princípio, a forma especial (art. 219 do CCivil), os contratos constitutivos das sociedades exigem a observância de requisitos particulares de forma e publicidade (arts. 5 e 7 do CSC, art. 3/a do CRC); quanto à sua *alteração*, ao passo que os acordos parassociais apenas podem ser modificados, em princípio, pela unanimidade dos sócios outorgantes (art. 406/1 do CCivil), os contratos sociais, também em regra, podem ser modificados por vontade da maioria dos sócios (art. 85/1 do CSC); quanto à sua *validade*, ao passo que os acordos parassociais estão sujeitos às regras gerais da invalidade dos negócios jurídicos (arts. 285 e segs. do CCivil), os contratos sociais estão sujeitos a regras específicas de invalidade (arts. 41 e segs. do CSC); e quanto à sua *eficácia*, ao passo que os acordos parassociais apenas vinculam os sócios que os outorgaram, sendo a sua eficácia meramente relativa (art. 406/2 do CCivil), os contratos sociais possuem uma eficácia absoluta ou “*erga omnes*”, sendo oponíveis a todos os sócios, outorgantes ou não, atuais ou futuros, bem assim como à própria sociedade ou a terceiros.

Sublinhe-se, todavia, que esta autonomia ou separação entre “social” e “parassocial” constitui um *princípio meramente tendencial*, aparecendo frequentemente as duas realidades amalgamadas ou entretecidas: assim, se o “social” pode ter um significado “parassocial” – pense-se nas chamadas “cláusulas estatutárias parassociais”, que retratam o caso de certas cláusulas previstas nos estatutos sociais que revestem a natureza de verdadei-

Sociedades Anónimas, 175, Cosmos, Lisboa, 1996; TRIGO, M. Graça, *Os Acordos Parassociais sobre o Exercício do Direito de Voto*, 137, UCP, Lisboa, 1998).

¹³ Sobre tal princípio, entre muitos, vide LEAL, A. Filipa, *Algumas Notas sobre a Parassocialidade no Direito Português*, 145 e segs., in: I RDS (2009), 135-183; TRIGO, M. Graça, *Os Acordos Parassociais sobre o Exercício do Direito de Voto*, 151 e segs., UCP, Lisboa, 1998; noutras latitudes, TORINO, Raffaele, *I Contratti Parasociali*, 12 e segs., Giuffrè, Milano, 2000. Assim também na jurisprudência portuguesa: nesse sentido, o Acórdão da Relação de Guimarães de 13-XI-2002 (M. ROSA TCHING), onde expressamente se refere que “os acordos parassociais caracterizam-se pela sua autonomia e independência” (in: XXVII CJ (2002), V, 268-272).

ras cláusulas parassociais¹⁴ –, o “parassocial” pode também ter projeções diretas no plano do “social” – como sucede, designadamente, no caso dos acordos parassociais omnilaterais¹⁵, dos acordos parassociais que antecipam a celebração do próprio contrato social (v.g., em simultâneo com um contrato-promessa de sociedade)¹⁶, ou dos acordos parassociais que preparam ou regulam a alteração dos estatutos sociais.¹⁷

V. O outro princípio fundamental na matéria é o da *eficácia relativa* dos acordos parassociais: ao passo que o contrato social é a “magna carta” ou “lei fundamental” da sociedade, vinculando “erga omnes” todos os sócios e a própria sociedade, os contratos parassociais representam uma espécie de “lei privada” das relações jurídicas dos sócios que neles intervieram, criadora de meros direitos e obrigações “inter partes” que, por via de regra, não interferem, regulam ou são oponíveis diretamente à sociedade, aos demais sócios ou a terceiros (cf. art. 406/2 do CCivil e art. 17/1 do CSC)¹⁸. Exemplificando. Um sócio outorgante de um acordo parassocial de voto exerce o seu direito de voto em assembleia geral em termos divergentes daqueles a que se obrigou no âmbito desse acordo (este cominava uma obrigação dos sócios pactuantes votarem sempre numa determinada lista para os órgãos de administração social, e o referido sócio, aquando da deliberação de eleição, vota noutra lista); ou um sócio outorgante de um acordo parassocial de bloqueio aliena as suas ações a um terceiro (este estabelecia a obrigação de os sócios outorgantes não alienarem as suas

¹⁴ A possibilidade de conversão ou qualificação como acordos parassociais de certas cláusulas estatutárias é hoje admitida por uma parte da doutrina nacional e estrangeira: sobre a questão, vide, entre nós, LEAL, A. Filipa, *Algumas Notas sobre a Parassocialidade no Direito Português*, 150 e segs., in: I RDS (2009), 135-183; noutras latitudes, RESCIO, Giuseppe, *La Distinzione del Sociale dal Parasociale (Sulle c.d. Clausole Statutarie Parasociale)*, in: 37 “Rivista delle Società” (1991), 596-655.

¹⁵ Sobre esta figura, vide *infra* 4.

¹⁶ SANTOS, M. Leite, *Contratos Parassociais e Acordos de Voto nas Sociedades Anónimas*, 11 e segs., Cosmos, Lisboa, 1996; também TORINO, Raffaele, *I Contratti Parasociali*, 36, Giuffrè, Milano, 2000.

¹⁷ VENTURA, Raúl, *Acordos de Voto – Algumas Questões Depois do Código das Sociedades Comerciais*, 26 e seg., in: “Estudos Vários sobre Sociedades Anónimas”, 9-101, Almedina, Coimbra, 1992.

¹⁸ Sobre este princípio, vide, na doutrina, CORDEIRO, A. Menezes, *Acordos Parassociais*, 539, in: 61 ROA (2001), 529-542; TRIGO, M. Graça, *Os Acordos Parassociais sobre o Exercício do Direito de Voto*, 148 e segs., UCP, Lisboa, 1998; VENTURA, Raúl, *Acordos de Voto – Algumas Questões Depois do Código das Sociedades Comerciais*, 35 e segs., in: “Estudos Vários sobre Sociedades Anónimas”, 9-101, Almedina, Coimbra, 1992; na jurisprudência, o Acórdão do STJ de 11-III-1999 (GARCIA MARQUES), in: 485 BMJ (1999), 432-443.

ações sem consentimento dos restantes, e o citado sócio vende as suas ações a terceiro em contravenção da referida obrigação). Ora bem: o que a lei pretende dizer – ao afirmar que tais acordos “têm efeitos entre os intervenientes, mas com base neles não podem ser impugnados atos da sociedade ou dos sócios para com a sociedade” (art. 17/1, “in fine”, do CSC) – é que os demais sócios não poderão invocar o acordo parassocial, nem para impugnar a deliberação social de eleição dos administradores, nem para anular o negócio de compra e venda das ações, apenas lhes sendo lícito responsabilizar o sócio por incumprimento contratual ou aplicar-lhe as sanções previstas no próprio acordo parassocial.

De novo, importa salientar que não se trata de um princípio sem *exceções*. Assim, tal como os estatutos sociais preveem amiúde cláusulas cujo conteúdo não diz respeito à sociedade mas unicamente aos sócios delas destinatários, dispondo assim de uma eficácia meramente relativa (no sentido de ser circunscrita a tais sócios), também nada impede, em via de princípio, que os acordos parassociais consagrem determinados direitos a favor da própria sociedade ou de outros terceiros (arts. 443 e segs. do CCivil), conferindo-lhe uma eficácia, senão absoluta, pelo menos mais alargada.¹⁹

4. Sujeitos

I. No que toca aos respetivos sujeitos, o art. 17/1 do CSC refere-se aos acordos parassociais como sendo “celebrados entre *todos ou entre alguns sócios*, pelos quais estes, nessa qualidade, se obrigam a uma conduta não proibida por lei (...)²⁰”

II. O âmbito subjetivo do preceito abrange assim aqueles acordos que sejam concluídos entre dois sócios (acordos *bilaterais*), mais de dois sócios (acordos *plurilaterais*) ou a totalidade dos sócios (acordos *omnilaterais*) de uma sociedade.

Sublinhe-se que a composição subjetiva dos acordos parassociais não é indiferente para efeitos do regime jurídico aplicável: referência autónoma

¹⁹ CÂMARA, Paulo, *Parassocialidade e Transmissão de Valores Mobiliários*, 416 e segs., Diss., Lisboa, 1996; LEAL, A. Filipa, *Algumas Notas sobre a Parassocialidade no Direito Português*, 175 e segs., in: I RDS (2009), 135-183. Considerando também que a previsão de cláusulas penais pode conferir uma “eficácia absoluta” a tais acordos, cf. CORDEIRO, A. Menezes, *Acordos Parassociais*, 540, in: 61 ROA (2001), 529-542.

²⁰ Itálicos nossos.

merecem aqui os chamados *acordos parassociais omnilaterais*, celebrados entre todos os sócios da sociedade²¹. Como já dissemos atrás, o regime jurídico dos acordos parassociais releva, em primeira linha, da autonomia privada das partes, sem prejuízo dos limites estabelecidos pelas normas societárias previstas na lei (mormente, o art. 17 do CSC) e nos estatutos sociais. Como também veremos adiante, as limitações previstas no citado art. 17 têm sobretudo em vista tutelar os interesses dos demais sócios não outorgantes do acordo, os interesses dos terceiros que com a sociedade venham a contactar, e o próprio interesse social enquanto interesse comum de todos os sócios. Ora, como é observado por alguns autores, nos acordos omnilaterais, em que todos os sócios outorgantes representam simultaneamente todos os sócios da sociedade, não existem outros interesses em jogo que não os das próprias partes contratantes: “*ex definitione*”, não subsistem interesses de outros sócios (v.g., individuais, minoritários) como também não é viável divisar um interesse social diverso ou independente dos próprios interesses daquelas partes. Se assim é, ausentes que estão aqui os interesses que explicam e dão razão de ser aos limites consagrados no art. 17 do CSC, recobra plena força o mandamento geral da autonomia privada (“*lex privata vel lex contractus*”), justificando-se a prevalência das vinculações parassociais sobre as próprias normas jussocietárias, com base numa “redução teleológica” daquele preceito²²

²¹ Sobre a figura, sustentando a necessidade de soluções particulares para este tipo de acordos, vide, entre outros, CUNHA, Carolina, *Artigo 17.º (Acordos Parassociais)*, 290, in: “CSC em Comentário”, vol. I, 286-318, Almedina, Coimbra, 2010; D’ALMEIDA, R. Fialho, *Os Acordos Parassociais – Reflexão Dogmática e Jurisprudencial*, 317 e segs., Diss., Coimbra, 2017; FRADA, M. Carneiro, *Acordos Parassociais “Omnilaterais” – Um Novo Caso de “Desconsideração” da Personalidade Jurídica?*, in: I DSR (2009), 97-135; TRIGO, M. Graça, *Acordos Parassociais – Síntese das Questões Mais Relevantes*, 178, in: AAVV, “Problemas do Direito das Sociedades”, 169-184, Almedina, Coimbra, 2002.

²² Interroga-se M. Carneiro da FRADA: “Se os sócios podem unanimemente decidir sobre a sorte da sociedade – inclusivamente dissolvê-la –, será legítimo impor-lhes regras de que todos, de comum vontade, decidiram abdicar? Em nome de que interesse ou razão? Não deverá admitir-se que, se os sócios unanimemente se vincularam por um acordo parassocial a determinados comportamentos sociais ou a certas formas de organização de uma dada sociedade, o teor de tal compromisso deverá poder prevalecer sobre as regras jussocietárias? Assumindo, nesse sentido, o acordo parassocial omnilateral efeitos de natureza corporativa e carácter análogo a um pacto social, ainda que dele não faça formalmente parte? (*Acordos Parassociais “Omnilaterais”*, op. cit.). E respondendo a esta mesma interrogação: “A consequência é esta: se todos os sócios resolveram disciplinar de certa forma os seus interesses, criando uma certa sociedade e estabelecendo convencionalmente para ela determinadas regras, então a sua regulamentação de interesses, porque omnilateral, consente, em princípio, o afastamento de regras jussocietárias” (op. e loc. cit.).

ou numa “desconsideração” da personalidade jurídica societária²³: tal significa dizer, “*inter alia*”, que os direitos e deveres consagrados no acordo parassocial devem gozar de uma eficácia plena entre as próprias partes contratantes, não sendo lícito a nenhuma delas pretender eximir-se ao respetivo cumprimento com fundamento numa eventual violação das regras ou limitações jussocietárias previstas no art. 17 do CSC.²⁴

III. Outra questão relevante tem que ver com a delimitação do *perímetro subjetivo* dos acordos parassociais. Atenta a letra do art. 17/1 do CSC (que se refere apenas aos “sócios”), pergunta-se: o conceito de acordo parassocial está exclusivamente circunscrito aos acordos celebrados entre sócios ou serão igualmente admissíveis e relevantes os acordos celebrados entre os sócios e a própria sociedade, os membros de órgãos de administração ou até terceiros estranhos à sociedade?²⁵

A generalidade da doutrina portuguesa inclina-se para uma *conceção ampla do acordo parassocial*, considerando que serão também de qualificar como acordos parassociais, enquanto tais sujeitos direta ou analógicamente ao regime do art. 17 do CSC, aqueles acordos em que sejam intervenientes a *sociedade, membros de órgãos sociais ou até terceiros*²⁶. Com

²³ TRIGO, M. Graça, *Acordos Parassociais – Síntese das Questões Mais Relevantes*, 178, in: AAVV, “Problemas do Direito das Sociedades”, 169-184, Almedina, Coimbra, 2002. Embora concordando com o sentido da conclusão dos Autores referidos, julgamos não ser necessário recorrer, para a fundamentar, ao famigerado, estafado e equivocado argumento da “desconsideração” da personalidade jurídica.

²⁴ Este tipo de acordos é assim ilustrativo do fenómeno, há pouco referido, das crescentes interrelações entre o social e o parassocial (cf. *supra* 3): como é salientado por Paulo CÂMARA, as fronteiras entre estes dois planos é tanto mais ténue quanto maior for a representatividade do acordo parassocial, ou seja, quanto maior for a percentagem do capital social detida pelos sócios outorgantes (*Parassocialidade e Transmissão de Valores Mobiliários*, 455, Diss., Lisboa, 1996).

²⁵ Sobre tal questão, distinguindo entre teses maximalistas, intermédias e minimalistas, vide desenvolvidamente CÂMARA, Paulo, *Parassocialidade e Transmissão de Valores Mobiliários*, 168 e seg., Diss., Lisboa, 1996; D’ALMEIDA, R. Fialho, *Os Acordos Parassociais – Reflexão Dogmática e Jurisprudencial*, 179 e seg., Diss., Coimbra, 2017.

²⁶ Neste sentido geral, embora com “nuances” (mormente, quando à sua natureza típica ou atípica e quanto à aplicação direta ou analógica do regime legal), vide ABREU, J. Coutinho, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, 156, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2021; ASCENSÃO, J. Oliveira, *Direito Comercial*, vol. IV (“Sociedades Comerciais”), 294, AAFDL, Lisboa, 2000; BAIRROS, R. Pinto, *Os Acordos Parassociais – Breve Caracterização*, 346 e seg., in: II RDS (2010), 333-358; CÂMARA, Paulo, *Parassocialidade e Transmissão de Valores Mobiliários*, 178, Diss., Lisboa, 1996; CÂMARA, Paulo, *Acordos Parassociais: Estrutura e Delimitação*, 815 e seg., in: “Estudos em Memória do Prof. Doutor Saldanha Sanches”, vol. II, 783-817, Coimbra Editora, Coimbra, 2011; CORDEIRO, A. Menezes, *Art. 17 (Acordos Parassociais)*, 126, in:

efeito, na “praxis” económica e societária sempre foram comuns os acordos parassociais que, sendo fonte de direitos e obrigações entre os sócios outorgantes, são também produtores de efeitos jurídicos perante outros atores societários (sociedade, administradores, credores sociais, outros terceiros). São assim exemplos deste tipo de acordos parassociais aqueles que sejam celebrados entre um (ou mais) sócio(s) e *a própria sociedade* (v.g., os sócios vinculam-se para com esta a determinada prestação, v.g., saneamento financeiro, relações comerciais preferenciais)²⁷, um ou mais membros de *órgãos sociais* (v.g., os sócios obrigam-se a garantir uma determinada remuneração a um administrador em contrapartida da sua

“Código das Sociedades Comerciais Anotado”, 126, 2^a edição, Almedina, Coimbra, 2011; CORREIA, L. Brito, *Os Administradores de Sociedades Anónimas*, 569, Almedina, Coimbra, 1988; CUNHA, Carolina, *Artigo 17.º (Acordos Parassociais)*, 289, in: “CSC em Comentário”, vol. I, 286-318, Almedina, Coimbra, 2010; D’ALMEIDA, R. Fialho, *Os Acordos Parassociais – Reflexão Dogmática e Jurisprudencial*, 180 e segs., Diss., Coimbra, 2017; LEAL, A. Filipa, *Algumas Notas sobre a Parassocialidade no Direito Português*, 148 e segs., in: I RDS (2009), 135-183; LEITÃO, A. Menezes, *Acordos Parassociais e “Corporate Governance”*, 576, in: “Estudos em Homenagem a Miguel Galvão Teles”, vol. II, 577-589, Almedina, Coimbra, 2012; MORAIS, Helena, *Acordos Parassociais: Restrições em Matéria de Administração das Sociedades*, 16, Almedina, Coimbra, 2014; SANTOS, M. Leite, *Contratos Parassociais e Acordos de Voto nas Sociedades Anónimas*, 7, Cosmos, Lisboa, 1996; SILVA, H. Lança, *Os Acordos Parassociais no Direito Português*, Verbo Jurídico, 2000; TRIGO, M. Graça, *Os Acordos Parassociais sobre o Exercício do Direito de Voto*, 147, UCP, Lisboa, 1998; TRIGO, M. Graça, *Acordos Parassociais: Síntese das Questões Jurídicas mais Relevantes*, 174, in: AAVV, “Problemas do Direito das Sociedades”, 169-184, Almedina, Coimbra, 2008; VENTURA, Raúl, *Acordos de Voto – Algumas Questões Depois do Código das Sociedades Comerciais*, 13, in: “Estudos Vários sobre Sociedades Anónimas”, 9-101, Almedina, Coimbra, 1992. Num sentido oposto, sustentando que os acordos parassociais devem ser necessariamente concluídos apenas entre acionistas, vide ALMEIDA, A. Pereira, *Sociedades Comerciais, Valores Mobiliários e Instrumentos Financeiros*, 350, 7^a edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2013; COELHO, E. Lucas, *Direito de Voto dos Accionistas nas Assembleias Gerais das Sociedades Anónimas*, 85, Rei dos Livros, Lisboa, 1987; CUNHA, P. Olavo, *Direito das Sociedades Comerciais*, 186, 7^a edição, Almedina, Coimbra, 2019; aparentemente, GONÇALVES, D. Costa, *Notas Breves sobre a Socialidade e a Parassocialidade*, in: V RDS (2013), 779-799.

²⁷ Exemplo de D’ALMEIDA, R. Fialho, *Os Acordos Parassociais – Reflexão Dogmática e Jurisprudencial*, 181, Diss., Coimbra, 2017, referindo-se ao Acórdão da Relação de Lisboa de 13 de dezembro de 2007 (Rui Vouga), relativo a acordo parassocial através do qual um dos sócios se comprometia perante a sociedade a encerrar o seu estabelecimento de venda de automóveis “para não afetar o volume de vendas da nova sociedade”, assim como a dar-lhe “assessoria comercial, administrativa e técnica” (in: www.dgsi.pt). Dados os princípios da autonomia e eficácia relativa destes acordos (cf. *supra* 3), a intervenção da sociedade apenas se afigura admissível, em princípio, no caso de negócios unilaterais, produtores de direitos (mas não obrigações) em favor da sociedade.

permanência no cargo por um certo período de tempo)²⁸ ou até *terceiros estranhos* à sociedade (v.g., os sócios obrigam-se a votar favoravelmente um aumento de capital, comprometendo-se um banco não sócio a financiar desde logo a sociedade)²⁹. Ora, sendo chamado a regulamentar esta “*praxis*”, não se descortina que o legislador português tenha querido excluir a validade destes acordos “atípicos”: o art. 17 do CSC ocupou-se apenas, pois, de uma fração do universo da parassocialidade, o que não significa que tenha excluído os demais acordos aos quais é também aplicável, ao menos analogicamente, a disciplina legal³⁰. Naturalmente, a qualidade de sócio haverá de verificar-se, no mínimo, em relação a uma das partes intervenientes no negócio, apresentando-se esta assim como “condição necessária mas também suficiente” da parassocialidade (Paulo CÂMARA).³¹

IV. Finalmente, atenta a letra do art. 17/1 do CSC (que se refere aos sócios que intervenham “nessa qualidade”), questão que se pode ainda colocar é a de saber se apenas serão de considerar acordos parassociais aqueles cujos sócios outorgantes celebram na sua qualidade de sócio ou, ao invés, se serão também admissíveis e válidos aqueles cujos sócios outorgantes concluíram simultaneamente numa outra qualidade societária (“*maxime*”, administrador) ou até numa qualidade não societária (v.g., credor da sociedade)?

Também aqui a generalidade da doutrina portuguesa se inclina para considerar que os acordos parassociais, pressupondo embora a qualidade de sócio, de modo algum precludem a possibilidade de estes se vincularem noutras qualidades, ao abrigo do princípio geral da liberdade contratual³²: ou seja, para

²⁸ Exemplo de CUNHA, Carolina, *Artigo 17.º (Acordos Parassociais)*, 289 (nota 6), in: “CSC em Comentário”, vol. I, 286-318, Almedina, Coimbra, 2010.

²⁹ Exemplo de ABREU, J. Coutinho, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, 156, 7.ª edição, Almedina, Coimbra, 2021.

³⁰ Trata-se de um daqueles casos em que o tipo legal é mais circunscrito do que o tipo social subjacente (VASCONCELOS, P. Pais, *Contratos Atípicos*, 59, Almedina, Coimbra, 1995). Neste sentido, entre outros, LEAL, A. Filipa, *Algumas Notas sobre a Parassocialidade no Direito Português*, 149, in: I RDS (2009), 135-183; TRIGO, M. Graça, *Os Acordos Parassociais sobre o Exercício do Direito de Voto*, 147, UCP, Lisboa, 1998; VENTURA, Raúl, *Acordos de Voto – Algumas Questões Depois do Código das Sociedades Comerciais*, 13, in: “Estudos Vários sobre Sociedades Anónimas”, 9-101, Almedina, Coimbra, 1992.

³¹ *Acordos Parassociais: Estrutura e Delimitação*, 815 e seg., in: “Estudos em Memória do Prof. Doutor Saldanha Sanches”, vol. II, 783-817, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

³² Nesse sentido geral, vide CÂMARA, Paulo, *Acordos Parassociais: Estrutura e Delimitação*, 786 e segs., in: “Estudos em Memória do Prof. Doutor Saldanha Sanches”, vol. II, 783-817, Coimbra Editora, Coimbra, 2011; D’ALMEIDA, R. Fialho, *Os Acordos Parassociais – Reflexão Dogmática e Jurisprudencial*, 183 e segs., Diss., Coimbra, 2017; LEAL, A. Filipa, *Algumas Notas*

além de serem fonte de direitos e obrigações que são relativos ou inerentes à sua qualidade de sócio (v.g., direito de voto, direito aos lucros, obrigação de entrada, obrigação de prestações acessórias), os acordos parassociais podem ainda ser fonte de vinculações na sua qualidade de *membro de órgão social* (v.g., direito a remuneração especial ou obrigação de não concorrência do sócio-administrador), na sua qualidade de *investidor* (v.g., é o caso dos acordos parassociais celebrados antes da constituição social ou de aumento de capital pelos futuros sócios), ou na sua qualidade de *credor* da sociedade (v.g., direito de crédito relativo a dividendos deliberados)³³. Os fundamentos deste entendimento são diversos, estribando-se, quer no perímetro subjetivo dos acordos – se se admite que os acordos parassociais podem ser concluídos por outros intervenientes que não sócios (v.g., administradores, terceiros, sociedade)³⁴, então por maioria de razão se terá de admitir que possam ser celebrados por sócios numa outra qualidade que não a de sócio (“maxime”, administrador) –, quer no perímetro objetivo dos acordos – sendo geralmente admitido pela doutrina que estes versem sobre direitos e obrigações sociais, direitos extrassociais e até direitos associais (v.g., direito creditício de um sócio)³⁵, quer na frequente coincidência na pessoa dos sócios outorgantes de diferentes papéis socie-tários – “maxime”, o caso dos sócios-gerentes de sociedades por quotas ou os acionistas-administradores de sociedades anónimas, onde se torna artificial, senão amiúde impossível, a dissociação entre as várias qualida-des jussocietárias.

sobre a Parassocialidade no Direito Português, 149 e seg., in: I RDS (2009), 135-183; TRIGO, M. Graça, *Os Acordos Parassociais sobre o Exercício do Direito de Voto*, 147, UCP, Lisboa, 1998; TRIGO, M. Graça, *Acordos Parassociais: Síntese das Questões Jurídicas mais Relevantes*, 174, in: AAVV, “Problemas do Direito das Sociedades”, 169-184, Almedina, Coimbra, 2008.

³³ Na síntese de Ana Filipa LEAL: “Esquematizando: aqueles acordos parassociais em que não intervenham apenas sócios, ou em que nem todos o façam “nessa qualidade” e aos quais se aplica, por analogia, o art. 17.º podem resumir-se a negócios celebrados entre: i) um ou mais sócios “nessa qualidade” e a sociedade; ii) um ou mais sócios “nessa qualidade” e um ou mais membros de órgãos sociais (que não sejam sócios, ou que, sendo-o, não participem “nessa qualidade”); iii) um ou mais sócios “nessa qualidade” e terceiros estranhos à sociedade; iv) um ou mais sócios “nessa qualidade” e um ou mais sócios sem essa qualidade” (*Algumas Notas sobre a Parassocialidade no Direito Português*, 149, in: I RDS (2009), 135-183).

³⁴ Cf. *supra* 4 (III).

³⁵ Sobre o relevo parassocial dos direitos extrassociais e associais, CÂMARA, Paulo, *Acordos Parassociais: Estrutura e Delimitação*, 786 e segs., in: “Estudos em Memória do Prof. Doutor Saldanha Sanches”, vol. II, 783-817, Coimbra Editora, Coimbra, 2011; D’ALMEIDA, R. Fialho, *Os Acordos Parassociais – Reflexão Dogmática e Jurisprudencial*, 152 e segs., Diss., Coimbra, 2017.

5. Limites

I. Tal como sucede com qualquer outro negócio jurídico, também nos acordos parassociais a autonomia da vontade das partes e a sua liberdade jurígena encontra-se sujeita a *limites*. Para além dos limites decorrentes das normas gerais sobre os negócios jurídicos (arts. 217 e segs., “ex vi” da parte inicial do art. 405/1 do CCivil), releva aqui fundamentalmente a norma do art. 17 do CSC, a qual estabelece, “grosso modo”, *três diferentes tipos de limites* ao conteúdo dos acordos parassociais: limites legais, limites relativos ao exercício de funções de administração e fiscalização, e limites relativos ao exercício do voto.³⁶

II. Em primeiro lugar, *limites legais gerais*: de acordo com o art. 17/1 do CSC, tais acordos apenas podem ter por objeto “condutas não proibidas por lei”. Aparentemente, o preceito societário limita-se a reafirmar aquilo que já resultaria do regime jusprivatístico geral mesmo na ausência de tal previsão: toda a cláusula de um acordo parassocial que viole disposição legal imperativa ou que seja física ou legalmente impossível, indeterminável ou contrária à ordem pública ou bons costumes, será nula (arts. 280 e 294 do CCivil). Discutida, todavia, é a questão de saber se, no âmbito de semelhante limite, cabem as próprias normas do Direito das Sociedades: assim, se existem autores que respondem afirmativamente a tal questão³⁷, também há quem sustente inversamente que, sendo tais normas dirigidas precipuamente à regulação da vida social interna consubstanciada nos estatutos sociais e nas deliberações sociais, logicamente apenas poderiam ser violadas por estas.³⁸

³⁶ Sobre a questão da eventual existência de outros tipos de limites – mormente, os decorrentes de normas dos estatutos sociais –, vide TRIGO, M. Graça, *Os Acordos Parassociais sobre o Exercício do Direito de Voto*, 180 e seg., UCP, Lisboa, 1998; LEAL, A. Filipa, *Algumas Notas sobre a Parassocialidade no Direito Português*, 157 e seg., in: I “Revista do Direito das Sociedades” (2009), 135-183.

³⁷ TRIGO, M. Graça, *Os Acordos Parassociais sobre o Exercício do Direito de Voto*, 177 e seg., UCP, Lisboa, 1998; VENTURA, Raúl, *Acordos de Voto – Algumas Questões Depois do Código das Sociedades Comerciais*, 82 e segs., in: “Estudos Vários sobre Sociedades Anónimas”, 9-101, Almedina, Coimbra, 1992.

³⁸ Propondo uma solução caso a caso, a resolver através da interpretação de cada norma societária em concreto – a fim de esclarecer se, como será o caso comum, tal norma é exclusivamente aplicável a cláusulas estatutárias ou deliberações dos sócios, ou, a título excepcional, também respeitante a vinculações parassociais externas –, vide LEAL, A. Filipa, *Algumas Notas sobre a Parassocialidade no Direito Português*, 157 e seg., in: I RDS (2009), 135-183.

III. Depois ainda, em segundo lugar, *limites relativos ao exercício de funções de administração e de fiscalização*: nos termos do art. 17/2 do CSC, “os acordos de voto podem respeitar ao exercício do direito de voto, mas não à conduta de intervenientes ou de outras pessoas no exercício de funções de administração ou de fiscalização”. Este preceito veio assim estabelecer genericamente uma proibição dos acordos parassociais relativos ao funcionamento e atuação dos órgãos sociais de administração.³⁹

Com efeito, tornaram-se muito frequentes na prática os acordos parassociais que preveem obrigações que, em maior ou menor grau, contendem com matérias da administração da sociedade ou com a atuação dos respetivos órgãos: pense-se, por exemplo, naquelas convenções de voto em que os sócios outorgantes se vinculam relativamente à composição dos órgãos de administração (“maxime”, designação, eleição e destituição dos administradores), ao seu funcionamento (v.g., substituição, cooptação, remuneração dos administradores) ou mesmo ao exercício do mandato de administração pelos respetivos membros (v.g., orientações gerais em sede da política empresarial, política de dividendos, etc.).

O art. 17/2 do CSC – que teve a sua origem histórica no homónimo art. 17 do “Projeto do Código das Sociedades” de 1983⁴⁰ e que não tem paralelo direto em outros ordenamentos jurídicos estrangeiros⁴¹ –

³⁹ Centramo-nos aqui no caso dos órgãos de administração, sem prejuízo de, em abstrato e sem prejuízo da existência de particularidades concretas, as reflexões expendidas poderem valer “mutatis mutandis” para os órgãos de fiscalização. Sobre este tipo específico de acordos, para além dos trabalhos gerais indicados *supra* na nota 1, vide D’ALMEIDA, R. Fialho, *Acerca das Restrições dos Acordos Parassociais em Matéria de Administração*, in: LXIV SI (2015), 375-398; MORAIS, Helena, *Acordos Parassociais: Restrições em Matéria de Administração das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2014; SILVA, J. Calvão, *Acordo Parassocial Respeitante à Conduta da Administração e à Divisão de Poderes entre Órgãos Sociais*, in: “Estudos Jurídicos [Pareceres]”, 235-254, Almedina, Coimbra, 2001.

⁴⁰ *Código das Sociedades (Projeto)*, 28, Ministério da Justiça, Lisboa, 1983.

⁴¹ Considerando que tal norma portuguesa vai mesmo “ao arrepio do Direito Comparado”, vide CORDEIRO, A. Menezes, *Manual de Direito das Sociedades*, vol. I, 584, Almedina, Coimbra, 2004. Na falta de norma expressa, é discutida no direito comparado a admissibilidade de tais acordos. Na generalidade dos ordenamentos jurídicos estrangeiros, a doutrina e a jurisprudência dominantes vêm também considerando inválido este tipo de acordos com fundamento na sua oposição a determinados princípios imperativos do direito societário (“maxime”, a divisão de competências entre os órgãos sociais, a autonomia dos administradores e a prevenção de conflitos de interesses): mister é referir, todavia, que são já assinaláveis os entendimentos quanto ao alcance e às exceções a tal invalidade. Sobre o tema, vide, em Espanha, MENÉNDEZ, Aurelio, *Los Pactos de Sindicación para el Órgano Administrativo de la Sociedad Anónima*, in: “Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje a Rodrigo Uría”, 353-380, Civitas, Madrid, 1978; na Alemanha, NOACK, Ulrich, *Gesellschaftsvereinbarungen bei Kapitalgesellschaften*, Mohr, Tübingen, 1994; em Itália, FARENZA, Luigi,

veio ocupar-se diretamente de tais acordos. O sentido geral do preceito em análise é o de *proibir os acordos parassociais que tenham por objeto vinculações relativas a atos ou omissões dos membros do órgão de administração no exercício das suas funções e em matérias da competência própria deste*: dada a natureza imperativa da norma legal em apreço, os acordos que violem esta proibição serão nulos nos termos gerais (art. 284.º do CCivil).

Os fundamentos de semelhante proibição legal são claros. De uma banda, sobretudo no âmbito das sociedades anónimas, tal proibição visa *salvaguardar o sistema legal imperativo de governação societária*, assente numa separação entre as competências dos órgãos deliberativos (acionistas) e executivos (administradores): os administradores são titulares de poderes plenos e exclusivos de gestão social (arts. 405/1 e 406 do CSC), não sendo lícito aos acionistas intervir em tais matérias a não ser a pedido do próprio órgão de administração (art. 373/3 do CSC)⁴². De outra banda, tal proibição visa ainda *salvaguardar o estatuto jurídico dos administradores*, que integra um conjunto de deveres funcionais de conduta – mormente, os deveres de exercício pessoal das funções de administração (art. 391/6 do CSC), de cuidado (art. 64/1/a do CSC) e de lealdade (art. 64/1/b do CSC)⁴³ – e a consequente responsabilidade perante a sociedade, os credores e até os sócios e terceiros (arts. 72 e segs. do CSC): tal significa dizer, no essencial, que os administradores estão obrigados a exercer as suas competências gerais de gestão e representação social de um modo independente e leal com vista à prossecução do interesse da sociedade, além de o deverem fazer pessoalmente e em nome próprio (não podendo fazer-se representar plenipotenciariamente por terceiros ou transmitir tais competências para terceiros)⁴⁴. Fosse admissível aos acionistas celebrar acordos parassociais tendo por objeto competências próprias dos órgãos de administração,

I Contratto Parassociali, 345 e segs., 366 e segs., Giuffrè, Milano, 1997; na França, GUYON, Yves, *Les Sociétés – Aménagements Statutaires et Conventions entre Associés*, 249 e segs., 4ème édition, LGDJ, Paris, 1999.

⁴² Outros autores preferem falar aqui do princípio da tipicidade das sociedades comerciais, que perderia sentido caso a orgânica societária, predisposta na lei e nos estatutos, fosse substituível, “ad latere”, por uma orgânica de matriz parassocial: cf. CORDEIRO, A. Menezes, *Acordos Parassociais*, 541, in: 61 ROA (2001), 529-542.

⁴³ Sobre os referidos deveres de cuidado e lealdade, vide NUNES, P. Caetano, *Dever de Gestão de Administradores dos Sociedades Anónimas*, Almedina, Coimbra, 2012. Noutras latitudes, SCHMIDT, Christian, *Treuepflichten der Vorstandsmitglieder einer Aktiengesellschaft nach deutschem und U.S.-amerikanischem Recht*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2003.

⁴⁴ Sobre tal dever específico, também aplicável aos gerentes das sociedades por quotas (art. 252/4 e 5 do CSC), vide RODRIGUES, I. Duarte, *A Administração das Sociedades por Quotas e Anónimas – Organização e Estatuto dos Administradores*, 203 e seg., Petrony, Lisboa, 1990; VENTURA, Raúl, *Sociedades por Quotas*, vol. III, 25 e segs., Almedina, Coimbra, 1991.

mormente vinculando os respetivos membros à observância de instruções ou diretivas no exercício destas competências, estar-se-iam a violar princípios imperativos fundamentais da organização jurídica das sociedades anónimas, abrindo caminho à possibilidade de os sócios, por portas travessas, invadirem a esfera de atuação de outros órgãos sociais, esvaziarem estes dos respetivos poderes ou transformarem os seus membros numa espécie de mera “longa manus” das suas próprias decisões.

Esclarecido o sentido geral da proibição legal, importa agora precisar o seu alcance ou âmbito: como logo resulta claramente da sua própria formulação, a proibição prevista no art. 17/2 do CSC *não é absoluta*. Duas exceções merecem aqui um especial destaque.

Por um lado, a norma em apreço não proíbe a celebração de todo e qualquer acordo parassocial relativo a órgãos sociais de administração ou até à conduta dos respetivos membros, mas tão-só daqueles que tenham por objeto *a conduta destes últimos “no exercício” de funções de administração*. Com efeito, afigura-se pacífica a validade daqueles acordos parassociais que têm por objeto a composição do órgão de administração – já que é justamente aos acionistas que, no modelo clássico, compete a eleição dos administradores (art. 376/1/c do CSC) –, a remuneração dos seus membros – já que é aos acionistas que compete direta ou indiretamente a fixação da remuneração dos administradores (art. 399.º do CSC) – ou o afastamento destes – já que àqueles é ainda lícito destituir livremente e a todo o tempo os administradores (art. 403/1 do CSC), cabendo-lhes, aliás, avaliar periodicamente o desempenho destes, mormente manifestando a sua confiança ou desconfiança nas assembleias gerais anuais (art. 376/1/c do CSC).⁴⁵

⁴⁵ No sentido da validade dos acordos que tenham por objeto a designação, eleição, remuneração ou exoneração dos membros dos órgãos de administração, pronunciaram-se, entre outros, D’ALMEIDA, R. Fialho, *Acerca das Restrições dos Acordos Parassociais em Matéria de Administração*, 394, in: LXIV SI (2015), 375-398; LEAL, A. Filipa, *Algumas Notas sobre a Parassocialidade no Direito Português*, 161, in: I RDS (2009), 135-183; MORAIS, Helena, *Acordos Parassociais: Restrições em Matéria de Administração das Sociedades*, 51, Almedina, Coimbra, 2014; SANTOS, M. Leite, *Contratos Parassociais e Acordos de Voto nas Sociedades Anónimas*, 226, Cosmos, Lisboa, 1996; SILVA, J. Calvão, *Acordo Parassocial Respeitante à Conduta da Administração e à Divisão de Poderes entre Órgãos Sociais*, 246, in: “Estudos Jurídicos [Pareceres]”, 235-254, Almedina, Coimbra, 2001; TRIGO, M. Graça, *Os Acordos Parassociais sobre o Exercício do Direito de Voto*, 157, UCP, Lisboa, 1998; VENTURA, Raúl, *Acordos de Voto – Algumas Questões Depois do Código das Sociedades Comerciais*, 70, in: “Estudos Vários sobre Sociedades Anónimas”, 9-101, Almedina, Coimbra, 1992. No mesmo sentido o Acórdão do STJ de 11-III-1999 (GARCIA MARQUES), segundo o qual a proibição do art. 17/2 respeita apenas à forma como os administradores exercem as funções em que foram investidos, mas já não à escolha ou exoneração desses administradores (in: 485 BMJ (1999), 432-445).

Por outro lado – e particularmente relevante –, mesmo no domínio estrito dos acordos parassociais relativos ao exercício de “funções de administração”, a norma em apreço apenas abrange aquelas convenções que tenham por objeto matérias da competência exclusiva dos órgãos de administração, já não vedando, inversamente, os acordos relativos a matérias da administração social da competência dos acionistas. Trata-se de entendimento sustentado pela maioria da doutrina e jurisprudência portuguesas. Apenas para citar alguns autores, vejam-se Raúl VENTURA: “o preceito não deve ser interpretado no sentido de ser proibido um acordo de voto que verse sobre matérias de administração da sociedade. Desde que haja matérias de administração sobre as quais os sócios possam licitamente deliberar, os acordos em que os sócios intervenham nessa qualidade são lícitos”⁴⁶; Mário Leite dos SANTOS: “o nº 2 do art. 17.º não prejudica os acordos de voto celebrados por acionistas que respeitem a matérias qualificáveis como de administração, sobre as quais os acionistas podem validamente deliberar”⁴⁷; Ana Filipa LEAL: “desde que existam matérias relativas à administração e à fiscalização da sociedade sobre as quais os sócios possam deliberar licitamente, porque da competência (exclusiva ou não) da assembleia geral, os acordos em que os sócios intervenham nessa qualidade são lícitos, pois que a estes sempre estaria aberta a possibilidade de contribuir com o seu voto na deliberação social que se reportasse a tais matérias”⁴⁸; ou Maria da Graça TRIGO: “o critério decisivo para apurar aquilo que pode ser objeto de acordos de voto passa, antes do mais, pela delimitação de competências entre, por um lado, a assembleia geral e, por outro, os demais órgãos sociais”⁴⁹. E o mesmo se diga da jurisprudência: como é advertido no Acórdão da Relação de Lisboa de 5-III-2009 (GRANJA DA FONSECA), “[o] nº 2 do artigo 17º, após ter declarado peremptoriamente a licitude dos acordos parassociais respeitantes ao exercício do direito de voto, dispõe que tais acordos não podem respeitar à conduta de intervenientes ou de outras pessoas no exercício de funções de administração ou fiscalização. Mas esta disposição deverá ser interpretada restritamente no sentido de só não serem permitidas as cláusulas que imponham aos titulares dos refe-

⁴⁶ *Acordos de Voto – Algumas Questões Depois do Código das Sociedades Comerciais*, 69, in: “Estudos Vários sobre Sociedades Anónimas”, 9-101, Almedina, Coimbra, 1992.

⁴⁷ *Contratos Parassociais e Acordos de Voto nas Sociedades Anónimas*, 226, Cosmos, Lisboa, 1996.

⁴⁸ *Algumas Notas sobre a Parassocialidade no Direito Português*, 161, in: I RDS (2009), 135-183.

⁴⁹ *Os Acordos Parassociais sobre o Exercício do Direito de Voto*, 155, UCP, Lisboa, 1998. Num sentido idêntico, embora considerando esta abertura “generosa”, vide CORDEIRO, A. Menezes, *Acordos Parassociais*, 541, in: 61 ROA (2001), 529-542.

ridos órgãos condutas concretas, pois, aí estariam a ser desviados poderes legais dos referidos órgãos".⁵⁰

Tal entendimento doutrinal e jurisprudencial não nos deve surpreender, já que ele é efetivamente o que melhor se coaduna com a razão de ser da proibição prevista no art. 17/2 do CSC. Se, como vimos, a finalidade da lei foi evitar transformar os acordos parassociais num instrumento de usurpação pelos acionistas das competências próprias dos órgãos de administração, então afigura-se óbvio que tal risco já não se prefigura naqueles casos em que o objeto de incidência das vinculações parassociais é constituído por matérias ou assuntos da administração social que o legislador ou os estatutos sociais tenham atribuído à competência dos próprios acionistas. Com efeito, não obstante aos órgãos de administração esteja confiada em via geral a gestão e a representação da sociedade (art. 405 do CSC), são numerosas as matérias de administração social que a lei expressamente confiou à *competência exclusiva* dos acionistas: pense-se assim, por exemplo, na determinação das atividades económicas exercidas pela sociedade (art. 11/3), na criação de sucursais ou formas locais de representação (art. 13/2), na aquisição e alienação de ações próprias (art. 319), na emissão de obrigações (art. 350), na assunção de atos de administração "ultra vires" (art. 409/2) ou na ratificação ou substituição de deliberações inválidas da administração (art. 412/3, todos do CSC)⁵¹. Por seu turno, tais competências dos acionistas podem ser *imperativas, supletivas ou residuais*, consoante os seus poderes lhe são reconhecidos pela lei através de normas injuntivas ou cogentes – v.g., a apreciação anual da administração da sociedade e do relatório de gestão e contas de exercício (arts. 376/1/a e 376/1/c do CSC) –, de normas supletivas ou dispositivas – v.g., a aquisição de participações em sociedades de tipo e objeto diversos (arts. 11/4 e 11/5) –, ou de normas subsidiárias – "maxime", a competência residual relativamente a todas aquelas matérias de administração social que não se encontrem atribuídas a nenhum outro órgão social (art. 373/2 do CSC), v.g., matérias funda-

⁵⁰ Numa formulação algo diversa, vide ainda o Acórdão da Relação de Coimbra de 26-I-2010 (CECÍLIA AGANTE): "O fim do acordo parassocial só pode ser o de conseguir aquilo que licitamente poderá ser obtido pelo direito de voto".

⁵¹ São igualmente conhecidas matérias da administração social que a lei confiou à *competência simultânea ou mista* dos acionistas: assim, por exemplo, muito embora os administradores sejam competentes para desencadear um processo de fusão, cisão, transformação ou agrupamento da sociedade (arts. 406/1/m e 495 do CSC), é aos sócios que compete deliberar em definitivo sobre a sua concretização ou não (arts. 103/1, 120, 133, e 496 do CSC).

mentais da vida e gestão das sociedades filhas⁵². Ora, tratando-se, umas e outras, de matérias que o legislador diretamente atribuiu ao poder decisório e soberano dos acionistas – exercido originariamente nos estatutos sociais ou posteriormente em deliberação social tomada em Assembleia Geral –, *então natural é que sobre elas os mesmos acionistas possam criar entre si vinculações parassociais*: se aos acionistas seria lícito votar neste ou naquele sentido sobre tais matérias, então, “ad fortiori”, lícito será vincularem-se reciprocamente a exercer esse voto ou a coordenar a sua conduta em determinado sentido no âmbito de acordos parassociais.

Em suma, dir-se-ia assim que, dentro do universo geral dos acordos parassociais incidentes sobre matérias da administração social, há que proceder a uma distinção fundamental para efeitos da proibição do art. 17/2 do CSC: se, por um lado, serão nulos aqueles acordos que versem sobre matérias administrativas da competência exclusiva dos órgãos de administração, já, por outro, já serão válidos, *em princípio, aqueles que respeitem a matérias da competência (exclusiva ou simultânea, imperativa ou supletiva) dos acionistas*. Dito ainda de outro modo: decisivo para efeitos da aferição da validade dos acordos parassociais em apreço passa a ser a delimitação das esferas de competências dos acionistas e dos órgãos de administração.

IV. Enfim, o art. 17 do CSC previu ainda um terceiro e último tipo de limites à validade dos acordos parassociais – os *limites relativos ao exercício do direito de voto*: nos termos do art. 17/3, “são nulos os acordos pelos quais um sócio se obriga a votar: a) seguindo sempre as instruções da sociedade ou de um dos seus órgãos; b) aprovando sempre as propostas feitas por este; c) exercendo o direito de voto ou abstendo-se de o exercer em contrapartida de vantagens especiais”. Esta norma – que, ao invés da anterior, já conhece alguns dispositivos congéneres no direito estrangeiro (v.g., o § 136, Abs. II da “Aktiengesetz” alemã)⁵³ – vem assim prever dois tipos de restrições em sede dos acordos parassociais de voto: duma

⁵² Sobre as competências imperativas, supletivas e residuais da Assembleia Geral das sociedades anónimas (“general meeting”, “Hauptversammlung”, “assemblée générale”, “junta general”), vide ANTUNES, J. Engrácia, *Direito das Sociedades*, 191 e seg., 10.^a edição, Ed. de Autor, Porto, 2021.

⁵³ Sobre esta norma – que, aliás, as alíneas a) e b) do preceito português reproduzem com pequenas diferenças de redação –, vide KROPFF, Bruno/SEMLER, Johannes (Hrgs.), *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 4, 642 e segs., 2. Aufl., Beck, München, 2004. Por sua vez, a alínea c) encontra correspondência no § 405, Abs. III, 6) e 7) da mesma “Aktiengesetz” (cf. *op. cit.*, Band 9/2, 252 e segs., 2. Aufl., Beck, München, 2006). Criticando o que apelida de “sanha tradutora”, CORDEIRO, A. Menezes, *Acordos Parassociais*, 539, in: 61 ROA (2001), 529-542.

banda, a fim de preservar a divisão de competências entre os órgãos sociais e impedir que os órgãos de administração ou de fiscalização se apropriem dos poderes deliberativos dos sócios, passando a controlar a formação da vontade social em assembleia geral, são inválidos os acordos através dos quais um sócio ou mais sócios outorgantes se vinculem a exercer o respetivo direito de voto no sentido de instruções ou sugestões daqueles órgãos ou dos respetivos membros⁵⁴; doutra banda, em linha com a ideia geral do “comércio do voto” ou “venda do voto”, serão igualmente inválidos os acordos em que um ou mais sócios se obriguem a exercer ou não exercer o seu voto, em contrapartida de vantagens especiais, de natureza patrimonial ou meramente pessoal.⁵⁵

6. Efeitos. Incumprimento

I. Os acordos parassociais, como sucede com quaisquer outros contratos, *devem ser pontualmente cumpridos* (art. 406/1 do CCivil), ou seja, devem ser cumpridos ponto por ponto: de acordo com o princípio geral “*pacta sunt servanda*”, cada um dos sócios outorgantes está obrigado a realizar a prestação de facto ou de coisa a que se obrigou nas condições parassocialmente acordadas. Todavia, também aqui como nos demais casos, é sempre possível ocorrer incumprimento por qualquer das partes contratantes: com efeito, por vezes o sócio outorgante executa *tardiamente* a prestação parassocial devida (“*mora*”), outras vezes executa-a *mal* (“*cumprimento defeituoso*”), e outras ainda *não a executa de todo em todo* (“*incumprimento definitivo*”).

⁵⁴ Dado o advérbio “sempre” utilizado pela lei portuguesa, a maioria da doutrina propende a considerar que a proibição legal diz exclusivamente respeito a acordos parassociais duradouros, ficando assim ressalvada a validade de vinculações de voto isoladas ou pontuais, “maxime”, circunscritas a uma concreta deliberação social. Neste sentido, vide SANTOS, M. Leite, *Contratos Parassociais e Acordos de Voto nas Sociedades Anónimas*, 228, Cosmos, Lisboa, 1996; TRIGO, M. Graça, *Acordos Parassociais – Síntese das Questões Mais Relevantes*, 175, in: AAVV, “Problemas do Direito das Sociedades”, 169-184, Almedina, Coimbra, 2002; VENTURA, Raúl, *Acordos de Voto – Algumas Questões Depois do Código das Sociedades Comerciais*, 66, in: “Estudos Vários sobre Sociedades Anónimas”, 9-101, Almedina, Coimbra, 1992; com uma posição mais mitigada, LEAL, A. Filipa, *Algumas Notas sobre a Parassocialidade no Direito Português*, 165 e seg., in: I RDS (2009), 135-183.

⁵⁵ Sobre a necessidade de uma interpretação adequada da expressão legal “vantagens especiais”, vide LEAL, A. Filipa, *Algumas Notas sobre a Parassocialidade no Direito Português*, 166 e seg., in: I RDS (2009), 135-183.

II. O *incumprimento* das obrigações parassociais reconduz-se, em via de princípio, às regras do incumprimento das obrigações em geral⁵⁶ e das obrigações mercantis em particular⁵⁷. Assim, nenhumas dúvidas especiais se podem suscitar sobre o direito de *indemnização* que assiste ao sócio ou sócios adimplentes: em caso de incumprimento culposo dos deveres parassociais incumbe ao sócio faltoso ou inadimplente responder pelos prejuízos causados às demais partes contratantes (arts. 798 e 804 do CCivil). Do mesmo modo, afigura-se líquido reconhecer ao mesmo sócio ou sócios adimplentes o *direito de recusar efetuar as suas próprias prestações parassociais* – invocando a exceção do não cumprimento contratual nos casos em que subsista um verdadeiro sinalagma no acordo parassocial “*sub judice*” (art. 428/1 do CCivil) – e o *direito de resolver o contrato* – colocando um termo no acordo sempre que a gravidade do incumprimento contratual tenha colocado em causa a confiança no seu futuro cumprimento por parte do sócio faltoso, tornando assim inexigível a sua manutenção (arts. 432/1, 802/2 e 808/1 do CCivil). Discutida já, inversamente, é a possibilidade de recurso do contraente ou contraentes “*in bonis*” à *ação judicial de cumprimento* nos casos em que a prestação parassocial em falta ainda seja possível (art. 817 do CCivil).⁵⁸

III. Finalmente, cumpre ainda sublinhar a importância prática das próprias *convenções acessórias em matéria de incumprimento* dos acordos parassociais (“*breach provisions*”, “*Erfüllung Nebenabreden*”, “*patti dell’ inadempimento*”). Dado que, no silêncio das partes, o incumprimento das obrigações parassociais ficaria sujeito às regras civis e mercantis comuns, frequentemente julgadas insuficientes ou inadequadas pelos próprios sócios outorgantes, tornou-se habitual que estes reforcem a exequibilidade e a vinculatividade jurídicas dos compromissos e vinculações

⁵⁶ Sobre o cumprimento e incumprimento das obrigações em geral, vide VARELA, J. Antunes, *Das Obrigações em Geral*, vol. II, 7 e segs., 7^a edição, Almedina, Coimbra, 1997. Sustentando igualmente a subordinação dos acordos parassociais a tais regras gerais, cf. o Acórdão do STJ de 11-III-1999 (GARCIA MARQUES), in: 485 BMJ (1999), 432-445.

⁵⁷ Sobre as especificidades do incumprimento no domínio particular dos contratos e obrigações comerciais, vide ANTUNES, J. Engrácia, *Direito dos Contratos Comerciais*, 249 e segs., 7^a reimp., Almedina, Coimbra, 2020.

⁵⁸ Sobre tal controvérsia, vide, num sentido negativo, CORDEIRO, A. Menezes, *Acordos Parassociais*, 539, in: 61 ROA (2001), 529-542; VENTURA, Raúl, *Acordos de Voto – Algumas Questões Depois do Código das Sociedades Comerciais*, 97 e seg., in: “*Estudos Vários sobre Sociedades Anónimas*”, 9-101, Almedina, Coimbra, 1992; num sentido positivo, embora com “nuances”, LEAL, A. Filipa, *Algumas Notas sobre a Parassocialidade no Direito Português*, 179 e segs., in: I RDS (2009), 135-183; TRIGO, M. Graça, *Os Acordos Parassociais sobre o Exercício do Direito de Voto*, 203 e segs., UCP, Lisboa, 1998.

parassociais através de mecanismos de natureza variá destinos a esse fim, tais como a regulação convencional dos direitos de indemnização, a estipulação de cláusulas penais (arts. 810 a 812 do CCivil), a previsão de meios compulsórios de cumprimento do sócio devedor, v.g., sanções pecuniárias compulsórias (art. 829-A do CCivil), a consagração de opções de compra ou de venda em favor dos sócios não faltosos, a previsão de mecanismos de resolução de situações de conflito ou impasse, etc.⁵⁹

⁵⁹ Sobre este tipo de convenções, ainda relativamente pouco estudadas entre nós, vide DOTTI, Vittorio, *Violazione dei Patti di Sindicato e Strumenti di Tutela*, in: AAVV, "Sindacati di Voto e Sindacati di Blocco", 145-174, Giuffrè, Milano, 1993; TRIMARCHI, Pietro, *Strumenti per Assicurare l'Adempimento dei Sindacati di Voto*, in: AAVV, "Sindacati di Voto e Sindacati di Blocco", 113-124, Giuffrè, Milano, 1993 (centrando-se sobretudo em mecanismos diretos).

RESUMO: A situação excepcional que atravessamos devido à pandemia da COVID-19 exige medidas excepcionais para que as empresas consigam superar as muitas dificuldades causadas por sucessivos confinamentos, pela redução de poder de compra e pela quebra do consumo. O Processo Extraordinário de Viabilização de Empresas (PEVE) constitui mais uma ferramenta que o legislador concebeu para, juntamente com intervenções pontuais noutros regimes, tentar ajudar a economia a resistir a estes tempos atribulados. Neste artigo são analisados os aspetos positivos e negativos dessas novidades.

Palavras-chave: recuperação de Empresas; processos pré-insolvenciais; insolvência; COVID-19.

ABSTRACT: Exceptional circumstances due to COVID-19 pandemic demand exceptional measures to help businesses overcoming difficulties caused by successive lockdowns, reduced purchasing power and drop in consumption. The «Extraordinary Business Recovery Procedure» (PEVE) is another tool, together with some isolated measures, conceived by the legislator to help the economy to pass through such troubled times. This paper looks to the positive and negative sides of those news.

Keywords: business rescue; pre-insolvency procedures; insolvency; COVID-19.

ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS*

Mais vale tarde do que nunca: a Lei 75/2020, o PEVE e outras novidades (com o cair da folha)¹

1. Notas introdutórias

A Lei 75/2020, de 27 de novembro, trouxe consigo mais algumas ferramentas para que as empresas portuguesas procurem enfrentar a crise que atravessamos. Por enquanto, está previsto que a Lei 75/2020 vigore até 31 de dezembro de 2021. E será até esse momento que os regimes nela previstos se aplicarão. O regime do PEVE poderá ter a vigência prorrogada

* Professor Associado (Univ Coimbra, II, FDUC), ORCID ID 0000-0001-6480-3492 Coimbra, II, FDUC

¹ O texto aqui reproduzido constitui o roteiro de uma conferência que proferimos no dia 16 de dezembro de 2020 a convite do Conselho Regional de Lisboa da Ordem dos Advogados e com recurso a meios de comunicação à distância. Para o Sr. Dr. João Massano, Presidente daquele Conselho, fica aqui o nosso agradecimento.

por Decreto-Lei, mas poderá também surgir, entretanto, uma prorrogação quanto às restantes medidas.

A Lei 75/2020 cria o processo de viabilização de empresas designado PEVE – Processo Extraordinário de Viabilização de Empresas. Esta surge como a sua grande novidade. Mas há mais.

No âmbito do PER e do PEPAP previstos no CIRE, a Lei 75/2020 vem igualmente introduzir a possibilidade de alargar prazos para aprovação do plano de recuperação no caso do PER e do acordo de pagamento quanto ao PEPAP.

Ainda relativamente ao PER, vemos que o privilégio creditório mobiliário geral previsto no art. 17-H, 2, do CIRE se estende aos sócios, acionistas ou outras pessoas especialmente relacionadas com a empresa que financiem a atividade desta durante o PER.

No que diz respeito ao processo de insolvência, encontramos previstas disposições respeitantes à aprovação do plano de insolvência, estabelecendo-se a possibilidade de concessão de prazo para adaptar a proposta existente à situação de pandemia. Além disso, a lei obriga, em certos casos, à realização de rateios parciais.

Para os processos de insolvência, PER e PEPAP, surgem normas conferindo prioridade na tramitação de requerimentos de liberação de cauções ou garantias, sendo ainda de referir a (re)introdução da possibilidade de recurso ao RERE mesmo em casos de insolvência atual que seja devida à pandemia da COVID-19.

As medidas enunciadas não alteram o CIRE ou o RERE, embora se repercutam em ambos. Com efeito, a Lei 75/2020 contém antes um conjunto de normas que se destinam a vigorar durante um certo período, esperando que em 1 de janeiro de 2022 tudo tenha regressado ao normal.

2. O PEVE

2.1. O PEVE é uma espécie de PER

Começaremos por olhar para o regime do PEVE. Não o iremos descrever de forma pormenorizada por uma razão muito simples. O PEVE é, em grande medida, uma adaptação do PER do art. 17.º-I do CIRE. Ou seja: é uma adaptação do PER que se inicia já com a apresentação ao tribunal de um acordo obtido fora do processo e antes deste. Por isso, aquele PER é um processo híbrido, como o é o PEVE. Acresce que o art. 6.º, 7, da Lei manda aplicar ao PEVE o disposto no CIRE quanto a disposições que não sejam incompatíveis com a sua natureza. Se o CIRE é aplicável, também

serão aplicáveis as normas relativas ao PER. Subsidiariamente em relação ao CIRE, serão ainda aplicáveis as disposições gerais do CPC se não contrariarem a Lei 75/2020.

2.2. O caráter urgente. As custas

O PEVE é um processo mais urgente do que outros processos urgentes²: o art. 6.º, 6, estabelece que o PEVE terá prioridade sobre a tramitação e julgamento de processo de insolvência, de PER e de PEPAP. Isso pode torná-lo mais atraente. Mas, por outro, lado, se os tribunais forem inundados com PEVEs, é fácil de ver as consequências que isso terá quanto ao andamento daqueles outros processos urgentes.

A atratividade do PEVE também aumenta devido à isenção de custas judiciais que vemos resultar do art. 15.º da Lei. A empresa só terá de pagar a remuneração do administrador judicial provisório (art. 9.º, 12).

2.3. Requisitos

2.3.1. A situação da empresa

O primeiro dos requisitos que tem de estar preenchido para se poder recorrer ao PEVE diz respeito à situação da empresa. O art. 6.º da Lei 75/2020 estabelece, no seu n.º 1, que o PEVE se destina a empresas que, comprovadamente, estejam em situação económica difícil, em situação de insolvência iminente ou em situação de insolvência atual em virtude da pandemia da COVID 19, mas que ainda sejam suscetíveis de viabilização. Esta é uma das associações de palavras mais infeliz da história recente: ligar a palavra virtude a pandemia da COVID 19 tem que se lhe diga.

Parece ser de exigir que tanto a situação económica difícil como a situação de insolvência iminente ou atual sejam o resultado da pandemia da COVID 19. Isso é confirmado pelo art. 7.º, 1, a), que exige que a declaração a atestar que a situação em que a empresa se encontra é devida à pandemia. E essa exigência abrange todas as situações previstas nos n.ºs 3, 4 e 5.

² Chamando-lhe processo «urgentíssimo», MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, «O novo processo extraordinário de viabilização de empresas (PEVE). Análise e proposta de reforma», RDC, Ed. Especial, *Liber Amicorum Professor Doutor Pedro Pais de Vasconcelos*, 2020, p. 2113.

Olhemos para a necessidade de comprovação da situação relevante. Na verdade, o art. 7.º, 1, a), da Lei exige apenas uma declaração escrita e assinada pelo *órgão de administração* da empresa «que ateste que a situação em que se encontra é devida à pandemia da doença COVID-19». Dir-se-á que o problema de comprovação não é significativo porque também a situação de insolvência atual é abrangida pelo regime. No entanto, pode haver PEVEs estratégicos, iniciados por empresa que nem sequer está em situação económica difícil e muito menos insolvente. O controlo inicial poderia, por isso, ser maior.

2.3.2. A empresa suscetível de viabilização

O art. 6.º, 1, também mostra que é necessário estarmos perante empresa suscetível de viabilização. O requerimento previsto no art. 7.º, 1, deve ser acompanhado de declaração escrita e assinada pelo *órgão de administração* que ateste que a empresa reúne as condições necessárias para a sua viabilização (al. a)). Além disso, o requerimento de abertura de PEVE tem de ser acompanhado do acordo de viabilização (al. d)).

O administrador judicial provisório nomeado irá emitir parecer «sobre se o acordo oferece perspetivas razoáveis de garantir a viabilidade da empresa» (art. 9.º, 3). Esta exigência parece um reforço da seriedade do processo. Mas, como alertava o Conselho Superior de Magistratura³, o administrador judicial provisório vai pronunciar-se num momento em que ainda não sabe quem ficará na lista definitiva de credores. Isto é: o administrador judicial provisório pronuncia-se sobre a viabilidade da empresa tendo em conta o acordo num momento em que ainda não tem a certeza sobre quais são os credores e os créditos. Na verdade, podem aparecer muitos mais credores e créditos na fase de impugnação da relação de credores.

De qualquer forma, o juiz, para homologar o acordo, terá de se convencer de que o acordo apresenta «perspetivas razoáveis de garantir a viabilidade da empresa». Nessa medida, a viabilidade da empresa irá ser controlada pelo administrador judicial provisório e pelo juiz. O regime torna-se, assim, particularmente exigente para as senhoras Magistradas e para os senhores Magistrados⁴.

³ No Parecer sobre o Projeto lei n.º 53/XIV/1.ª, p. 16.

⁴ O art. 10.º, 3, da Diretiva (UE) 2019/1023 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de junho de 2019 (Diretiva sobre reestruturação e insolvência) também já prevê que os «Estados-Membros asseguram que as autoridades judiciais ou administrativas possam

O que é interessante é verificar que o PEVE pode terminar com a empresa ainda insolvente ou em situação económica difícil. O acordo que apresente perspetivas razoáveis de garantir a viabilidade da empresa é homologado. Transitada em julgado a decisão de homologação, o PEVE considera-se encerrado (17.º-J, 1, a), por força do art. 6.º, 7, da Lei).

2.3.3. Não há PEVEs sucessivos (por enquanto)

Outro pressuposto para o recurso ao PEVE é o de que não tenha sido instaurado antes um PEVE que tenha terminado. Cada empresa só pode recorrer uma vez ao PEVE. Não haverá, assim, PEVEs sucessivos. É o que resulta do art. 9.º, 15.

No entanto, fica no ar a questão do tratamento a dar aos casos em que são instaurados dois ou mais PEVEs antes de algum deles ter terminado. E há que ver se a profundidade da crise não vai obrigar o legislador a introduzir maior flexibilidade. Por outro lado, como já referiu a Senhora Conselheira Catarina Serra⁵, poderá passar-se do PER para o PEVE sem quarentena.

2.3.4. Um outro requisito variável

2.3.4.1. A empresa insolvente que recorreu ao RERE

Há ainda outro requisito cuja extensão varia consoante a dimensão da empresa ou o anterior recurso ou não pela empresa ao art. 35.º, 1, do RERE no prazo que estava legalmente previsto.

Comecemos por este último caso. O art. 35.º, 1, do RERE previa a possibilidade de recorrer ao RERE em casos de insolvência atual da empresa desde que tal recurso tivesse lugar no prazo de 18 meses a contar da entrada em vigor da Lei 8/2018.

Se a empresa recorreu a esse regime estando em situação de insolvência atual na altura e procedeu ao depósito tempestivo do acordo de reestruturação, recusar-se a confirmar um plano de reestruturação caso este não apresente perspetivas razoáveis de evitar a insolvência do devedor ou de garantir a viabilidade da empresa».

Depois da desjudicialização, temos a judicialização.

⁵ «O Processo Extraordinário de Viabilização de Empresas (PEVE) e outras medidas da Lei n.º 75/2020», RDC, Ed. Especial, *Liber Amicorum Professor Doutor Pedro Pais de Vasconcelos*, 2020, p. 2071.

turação, pode agora utilizar o PEVE mesmo que, a 31 de dezembro de 2019, o seu ativo não fosse superior ao passivo. No entanto, fica aqui a dúvida sobre se a empresa em causa pode recorrer ao PEVE apesar de ter pendente PER ou PEPAP: o art. 6.º, 3, exige que isso não aconteça e o n.º 5 parece apenas pensado para dispensar a necessidade de ter ativo superior ao passivo.

2.3.4.2. A micro ou pequena empresa

Tratando-se de micro ou pequena empresa, o n.º 4 do art. 6.º, permite-lhe recorrer ao PEVE se, em alternativa:

- a) Não tiver pendente processo de insolvência, PER ou PEPAP;
- b) Tiver recebido auxílio de emergência no âmbito do quadro relativo às medidas de auxílio estatal em apoio da economia no contexto da pandemia que vivemos e não tenha havido reembolso desse auxílio; ou
- c) Esteja abrangida por plano de reestruturação no quadro de medidas de auxílio estatal.

Estas micro ou pequenas empresas não têm de demonstrar que em 31 de dezembro de 2019 tinham ativo superior ao passivo.

2.3.4.3. As outras empresas

Quanto às empresas que não preencham os requisitos dos n.ºs 4 e 5 do art. 6.º, terão de respeitar as exigências do n.º 3: não podem ter pendente PER ou PEPAP, têm de reunir as condições necessárias para a sua viabilização (o que, aparentemente, já resultaria do n.º 1) e, de acordo com as normas contabilísticas aplicáveis e tendo em conta o art. 3.º, 3, do CIRE, *demonstrem que, em 31 de dezembro de 2019, tinham um ativo superior ao passivo*. É estranha a referência ao PEPAP, como já destacou a Conselheira Catarina Serra⁶. Mas talvez se tenha pensado em devedor que não tinha empresa e passou a ter.

Como também destaca Pestana de Vasconcelos⁷, a empresa poderia ter, em 31 de dezembro de 2019, um ativo superior ao passivo e ainda assim estar insolvente porque impossibilitada de cumprir as obrigações venci-

⁶ «O Processo Extraordinário de Viabilização de Empresas (PEVE) e outras medidas da Lei n.º 75/2020», cit., p. 2025.

⁷ «O novo processo extraordinário de viabilização de empresas (PEVE). Análise e proposta de reforma», cit., p. 2116.

das. No entanto, entre 31 de dezembro de 2019 e o início de vigência da Lei 75/2020 até pode ter conseguido superar essa situação de insolvência. Isso permitirá que recorra ao PEVE.

3. Requerimento e documentos

3.1. Em geral

O PEVE inicia-se com requerimento apresentado pela empresa no tribunal competente para a declaração da sua insolvência e acompanhado de vários documentos (art. 7.º, 1). Destacaremos apenas os documentos que, nesta ocasião, parecem mais relevantes.

Antes de mais, e como resulta da remissão para o art. 24.º, 1, do CIRE, os documentos de prestação de contas dos três últimos exercícios para entidades com contabilidade organizada, que facilitam a prova da situação a 31.12.2019. A prova dessa situação será mais difícil para as entidades que não têm contabilidade organizada, certamente.

Depois, o requerimento deve ser acompanhado da relação de todos os credores, incluindo condicionais, que deve ser subscrita e datada há não mais de 30 dias tanto pelo órgão de administração, como por contabilista certificado ou ROC, consoante os casos. Esta exigência de intervenção de contabilista certificado ou ROC justifica-se pela importância que veremos ter a relação dos credores⁸.

O requerimento tem também de ser acompanhado do acordo de viabilização, assinado pela empresa e por credores que representem as maiorias de votos exigidas para a aprovação do plano no PER.

3.2. A relação de credores

Vejamos em maior profundidade a necessidade de apresentar a relação de credores. Esta relação assume agora maior importância do que no PER ou no PEPAP porque o PEVE não tem uma fase de reclamação de créditos. Depois de nomeado o administrador judicial provisório, a secretaria deve publicar a relação de credores e o acordo de viabilização (art. 7.º, 3). A publicação é agora feita na Área dos Serviços Digitais dos Tribunais.

Segue-se um prazo de 15 dias para que qualquer credor possa impugnar a relação de credores. Ou seja: em vez de reclamar os créditos, qualquer credor pode impugnar a relação apresentada pela empresa.

⁸ MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, «O novo processo extraordinário de viabilização de empresas (PEVE). Análise e proposta de reforma», cit., p. 2121.

No mesmo prazo, qualquer credor pode solicitar a não homologação do acordo de viabilização, nos termos dos arts. 215.º e 216.º do CIRE. Em ambos os casos, não se aplica o art. 139.º, 5, do CPC.

No entanto, parece inadequado obrigar a solicitar a não homologação quando ainda não se sabe se é possível a homologação. Se há prazo para impugnação, essa impugnação levará o juiz a ter de decidir e, eventualmente, a ordenar a alteração da relação de credores. Será essa relação de credores definitiva que deverá relevar para o juiz saber se o acordo apresentado atinge as maiorias exigidas.

Logo, o credor que solicita a não homologação terá de o fazer quando ainda não sabe sequer se o acordo reúne assinaturas suficientes para aquela homologação. O seu esforço pode ser perfeitamente desnecessário.

Se não há impugnação no prazo previsto, a relação torna-se definitiva. Se há impugnação da relação, o juiz decidirá apenas com base na prova documental e a relação torna-se definitiva. A decisão sobre as impugnações não é autonomamente recorrível.

Decidida a impugnação ou não tendo havido impugnações, o juiz terá, como vimos, de analisar o acordo para ver se, designadamente, o mesmo foi assinado por credores que permitam atingir as maiorias previstas para a aprovação do plano no âmbito do PER.

A redação dos n.ºs 4, 6 e 7 do art. 9.º é infeliz, mas parece que o prazo de dez dias previsto no n.º 4 não começa a correr em simultâneo para a decisão sobre as impugnações e a homologação do acordo. Se houve impugnação, o juiz primeiro aprecia, em dez dias, as impugnações, e só depois de decidir é que começa a correr o prazo do n.º 7 para analisar e homologar o acordo.

Como tem sido destacado, a impugnação da relação apresentada pela empresa, bem como a solicitação de não homologação, é a única altura em que o credor intervém no PEVE antes da decisão de homologação ou de recusa de homologação. E os credores só poderão aperceber-se do prazo para o efeito se consultarem a Área dos Serviços Digitais dos Tribunais, pois não está expressamente previsto que a relação lhes seja notificada⁹. Mas, como sugere a Senhora Conselheira Catarina Serra¹⁰, a aplicação do regime do PER constante do art. 17.º-I, 2, a), parece razoável tendo em conta o art. 6.º, 7, da Lei 75/2020.

⁹ Chamando a atenção para isso mesmo, CATARINA SERRA, «O Processo Extraordinário de Viabilização de Empresas (PEVE) e outras medidas da Lei n.º 75/2020», cit., p. 2026.

¹⁰ CATARINA SERRA, «O Processo Extraordinário de Viabilização de Empresas (PEVE) e outras medidas da Lei n.º 75/2020», cit., p. 2065.

3.3. O acordo de viabilização

Falámos já da necessidade de apresentação do acordo de viabilização com o requerimento de abertura do PEVE. Esse acordo deve ser assinado pela empresa e por credores que representem, pelo menos, as maiorias previstas no art. 17.º-F, 5. Este último preceito tem, como saberão, duas alíneas, mas ambas dizem respeito a uma votação. Ora, no PEVE não é de votação que se trata.

Assim, e olhando primeiro para a al. a) do art. 17.º-F, 5, será necessário que o acordo seja assinado por credores cujos créditos representem, pelo menos, um terço do total dos créditos com direito de voto. Para sabermos se este requisito está preenchido, teremos de recorrer à relação de créditos definitiva. Por isso, e como já se disse, o juiz só pode decidir se homologa ou não o acordo após decidir eventuais impugnações da relação.

Ainda segundo o art. 17.º-F, 5, a), mais de metade dos votos que poderiam ser contados aos credores que assinam o acordo terá de pertencer a credores não subordinados. Não há que exigir aqui a assinatura de dois terços da totalidade dos votos emitidos porque não há votos emitidos contra o acordo e este não será assinado por quem não o aprova. Com efeito, a al. a) do art. 17.º-F, 5, exige agora grandes adaptações¹¹.

¹¹ O art. 17.º-F, 5, tem hoje a seguinte redação: «Sem prejuízo de o juiz poder computar no cálculo das maiorias os créditos que tenham sido impugnados se entender que há probabilidade séria de estes serem reconhecidos, considera-se aprovado o plano de recuperação que: a) Sendo votado por credores cujos créditos representem, pelo menos, um terço do total dos créditos relacionados com direito de voto, contidos na lista de créditos a que se referem os n.ºs 3 e 4 do artigo 17.º-D, recolha o voto favorável de mais de dois terços da totalidade dos votos emitidos e mais de metade dos votos emitidos correspondentes a créditos não subordinados, não se considerando como tal as abstenções; ou b) Recolha o voto favorável de credores cujos créditos representem mais de metade da totalidade dos créditos relacionados com direito de voto, calculados de harmonia com o disposto na alínea anterior, e mais de metade destes votos correspondentes a créditos não subordinados, não se considerando como tal as abstenções». Pretendemos chamar especialmente a atenção para o disposto na parte final da al. a). O que significa recolher não só o voto favorável de mais de dois terços da totalidade dos votos emitidos, mas também *mais de metade dos votos emitidos correspondentes a créditos não subordinados*? Estes últimos (mais de metade dos votos emitidos correspondentes a créditos não subordinados) têm de ser votos a favor da proposta? Entendemos que sim. A segunda parte da al. a) deve ler-se desta forma: é necessário que a proposta recolha o voto favorável de mais de dois terços da totalidade dos votos emitidos e que recolha *mais de metade dos votos emitidos correspondentes a créditos não subordinados*. Se estes últimos (mais de metade dos votos emitidos correspondentes a créditos não subordinados) são *recolhidos* pela proposta, terão de ser votos favoráveis à proposta. Caso contrário, a norma não faria sentido. Com efeito, se não interessasse o sentido de voto, tanto os votos correspondentes a créditos não subordinados *contrários* à proposta

A maioria da al. b) do art. 17.º-F do CIRE é mais fácil de calcular. Agora, exige-se que o acordo seja assinado por credores cujos créditos representem mais de metade da totalidade dos créditos relacionados com direito de voto e, mais uma vez, que mais de metade dos votos que poderiam ser contados aos credores que assinam o acordo pertença a credores não subordinados.

No caso dos créditos sob condição, o art. 9.º, 8, contém um regime que vai suscitar muitas dúvidas e dificuldades. Ali se lê que será conferida aos créditos sob condição «a percentagem de 50% de direitos de voto correspondentes aos créditos relacionados». Vamos supor que os créditos relacionados conferiam um milhão de votos. Não faz qualquer sentido conferir automaticamente aos créditos sob condição 50% desses votos. O crédito sob condição pode ser de 50.000 euros: seria absurdo reconhecer-lhe automaticamente o equivalente a 500.000 euros.

O que a expressão pode querer dizer é que os créditos sob condição relacionados terão metade dos votos que lhes caberiam se não fossem sob condição. Onde se lê «confere-se aos créditos sob condição a percentagem de 50% de direitos de voto correspondentes aos créditos relacionados» deve ler-se «confere-se aos créditos sob condição relacionados a percentagem de 50% de direitos de voto que lhes corresponderiam se não estivessem sob condição».

3.4. O art. 14.º, 3

Estivemos até agora a falar de documentos que devem acompanhar o requerimento de abertura de PEVE. Há, no entanto, documentos que não vêm mencionados no art. 7.º, 1, e que são importantes.

Destaco o que surge mencionado no art. 14.º, 3. No art. 14.º, 1, vemos que a homologação do acordo permite ter acesso aos benefícios fiscais ali

como os votos correspondentes a créditos não subordinados *favoráveis* à mesma são por ela *recolhidos*... Se não interessasse o sentido de voto, a proposta *recolheria sempre mais de metade dos votos correspondentes a créditos não subordinados*... A solução proposta encontra ainda apoio no facto de a redação atual da al. a) ter sido dada pelo Decreto-Lei 79/2017, de 30 de junho. Na redação anterior da segunda parte da al. a) do art. 17.º-F, 3, do CIRE o que se lia era que a proposta tinha de recolher «o voto favorável de mais de dois terços da totalidade dos votos emitidos e mais de metade dos votos emitidos corresponda a créditos não subordinados, não se considerando como tal as abstenções». Aqui, era fácil concluir que a parte final da al. a) não estabelecia uma exigência de dupla maioria. Com leitura diferente da nossa, MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, «O novo processo extraordinário de viabilização de empresas (PEVE). Análise e proposta de reforma», cit., p. 2122.

mentionados. Para isso, porém, é preciso que o acordo «compreenda a reestruturação de créditos correspondentes a, pelo menos, 30% do total do passivo não subordinado da empresa».

Mas, para que isso aconteça, é necessário que o acordo de viabilização seja acompanhado de uma declaração emitida por revisor oficial de contas e em português, com um certo conteúdo: deve a declaração certificar que «o acordo de viabilização comprehende a reestruturação de créditos correspondentes a, pelo menos, 30% do total do passivo não subordinado do devedor e que, em virtude do acordo de viabilização, a situação financeira da empresa fica mais equilibrada, nomeadamente por aumento da proporção do ativo sobre o passivo, e os capitais próprios da empresa são superiores ao capital social». Tal declaração permite ainda aceder à possibilidade de dar um certo tratamento aos créditos incobráveis, nos termos do n.º 5 do art. 14.º.

O que acabámos de dizer mostra a importância de se pensar bem no conteúdo do acordo de viabilização. Se o acordo prevê a reestruturação mencionada, poderá abrir a porta a benefícios fiscais relevantes.

4. Os arts. 11.º e 12.º da Lei 75/2020: garantias e financiamentos

4.1. O art. 11.º, 1: garantias com a finalidade de proporcionar necessários meios financeiros para o desenvolvimento da atividade

Nos arts. 11.º e 12.º da Lei 75/2020 estão consagradas soluções que já conhecemos do PER e do PEPAP.

No art. 11.º, 1, são protegidas certas garantias convencionadas entre a empresa e os seus credores no âmbito do PEVE. Trata-se das garantias convencionadas com a finalidade de proporcionar à empresa os necessários meios financeiros para o desenvolvimento da sua atividade.

Se estão em causa garantias para proporcionar meios financeiros à empresa, não podem dizer respeito a meios já proporcionados (a questão é discutida quanto ao art. 17.º-H, 1, do CIRE). Têm igualmente de ser meios financeiros necessários para o desenvolvimento da atividade. E isto quer esses meios financeiros se traduzam na disponibilização de capital, quer não seja esse o caso.

Evidentemente, meios financeiros não se confundem, por exemplo, com fornecimento de mercadorias. E o diferimento de pagamento também não disponibiliza o que quer que seja: a empresa que não tem meios financeiros não fica com mais meios financeiros por causa de um diferimento de pagamento.

As garantias referidas no art. 11.º, 1, irão ser protegidos ainda que venha a ser declarada a insolvência da empresa no prazo de dois anos após o encerramento do PEVE. Do que se trata, antes de mais, é de proteger as referidas garantias perante a eventual resolução em benefício da massa insolvente. O art. 120.º, 1, do CIRE, como sabemos, prevê precisamente esse prazo de dois anos para se poder resolver atos prejudiciais à massa.

4.2. O art. 11.º, 2: o privilégio creditório

O n.º 2 do art. 11.º atribui um privilégio creditório mobiliário geral a certos financiadores da empresa que realizem certos financiamentos. Os financiadores ali protegidos são os credores, os sócios, os acionistas ou outras pessoas especialmente relacionadas com o devedor.

Logo aqui encontramos uma grande novidade que tem em vista, precisamente, conseguir que, em tempo de pandemia, os sócios, acionistas ou outras pessoas especialmente relacionadas com o devedor deem o passo em frente e financiem a empresa. Desde logo, porque a crise que vivemos pode tornar difícil encontrar outros sujeitos disponíveis para o fazer.

Desta forma, os sócios, acionistas ou outras pessoas especialmente relacionadas com o devedor passam a ser credores privilegiados. Note-se que o privilégio só é concedido se o financiamento é realizado através de disponibilização de capital, se esse capital se destina à viabilização da empresa e se tem lugar no âmbito do PEVE. Além disso, os sócios, acionistas e pessoas especialmente relacionadas não parecem merecer a proteção do art. 11.º, 1, e do art. 12.º¹².

Por sua vez, o art. 12.º vem proteger certos negócios expressamente previstos no acordo de viabilização perante a eventual possibilidade de resolução dos mesmos em benefício da massa insolvente.

No art. 12.º, a proteção é conferida, por um lado, aos próprios negócios que «hajam compreendido a efetiva disponibilização à empresa de novos créditos pecuniários, incluindo sob a forma de diferimento de pagamento», mas também, por outro, à prestação de garantias respeitantes a tais créditos pecuniários. Há aqui uma clara influência do art. 28.º do RERE.

Quanto às garantias mencionadas no art. 12.º, 1, não é muito fácil perceber, à primeira vista, o que é acrescentado relativamente ao disposto no art. 11.º, 1, que também trata de garantias.

¹² MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, «O novo processo extraordinário de viabilização de empresas (PEVE). Análise e proposta de reforma», cit., p. 2129, parece dizer isso mesmo.

Vejamos: no art. 11.º, 1, estamos perante garantias convencionadas com a *finalidade de proporcionar* necessários *meios financeiros* para o desenvolvimento da atividade: a redação corresponde à do art. 17.º-H, 1, do CIRE.

No art. 12.º, 1, as garantias dizem respeito apenas a *créditos pecuniários efetivamente disponibilizados* à empresa. Por outro lado, esses créditos garantidos *não têm de visar o desenvolvimento da atividade* da empresa, ao contrário do que vemos escrito no art. 11.º, 1.

Acresce que as garantias e os créditos em causa no art. 12.º, 1, podem ser créditos concedidos e garantias prestadas depois de encerrado o PEVE: têm, porém, de estar previstos expressamente no acordo de viabilização. Pelo contrário, as garantias de que trata o art. 11.º, 1, são as convencionadas no âmbito do PEVE: não depois do PEVE.

No art. 11.º, 1, são protegidas garantias convencionadas com a finalidade de proporcionar à empresa meios financeiros. Já o art. 12.º, 1, abrange, inclusivamente, o diferimento de pagamento, que pode dizer respeito a créditos anteriores ao próprio PEVE¹³.

Em ambos os casos do art. 12.º é necessário que os negócios estejam expressamente previstos no acordo de viabilização. Essa expressa previsão no acordo de viabilização já não surge exigida pelo art. 11.º, 1 e 2. E isso deixa muitas dúvidas ao intérprete.

O art. 12.º, 2, afasta a proteção do n.º 1 quando o financiamento é utilizado pela empresa em benefício do financiador ou de entidade com este especialmente relacionada. Esta limitação também não surge no art. 11.º. A meu ver, justifica-se plenamente a sua aplicação por analogia.

5. Créditos tributários e da segurança social

O conteúdo do acordo pode dizer respeito aos créditos tributários e da segurança social. O art. 13.º da Lei 75/2020 ocupa-se expressamente dessa matéria lembrando os regimes de pagamento a prestações e garantias previstos no CPPT e no DL 42/2001, permitindo a redução da taxa de juros de mora em certos termos e regulando a imputação de pagamentos de prestações.

No entanto, o art. 13.º não deixará de suscitar os mesmos problemas que foram surgindo a propósito do conteúdo do plano de insolvência e do PER, bem como da atitude do juiz perante os casos em que o conteúdo do

¹³ MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, «O novo processo extraordinário de viabilização de empresas (PEVE). Análise e proposta de reforma», cit., p. 2129.

acordo viola a lei e/ou em que não há aceitação do acordo pela Autoridade Tributária ou pela Segurança Social.

6. A nomeação do administrador judicial provisório: a escolha

Outro aspecto do regime do PEVE que merece algumas palavras diz respeito à nomeação do administrador judicial provisório. Queremos olhar sobretudo para a escolha desse administrador e para a importância que pode ter a indicação feita pela própria empresa quanto à pessoa a escolher. E isto porque na Lei nova vamos encontrar, por um lado, uma remissão para os arts. 32.º a 34.º do CIRE (v. art. 7.º, 3) e, por outro, surge no art. 7.º, 5, da Lei 75/2020 um regime especial.

Comecemos por aqui. Segundo esse art. 7.º, 5, a nomeação do administrador judicial provisório ocorre, em princípio, aleatoriamente e com recurso a sorteio por meios eletrónicos.

No entanto, também se estabelece no mesmo preceito que o juiz pode nomear o administrador indicado pela empresa quando a avaliação da situação de viabilidade desta carecer de especiais conhecimentos. O problema que se deve colocar é o de saber se este regime afasta a aplicação, com as devidas adaptações, do que está previsto no art. 32.º do CIRE quanto aos casos que permitem ao juiz seguir a indicação feita pelo devedor na petição inicial: isto é, quando «seja previsível a existência de atos de gestão que requeiram especiais conhecimentos ou quando o devedor seja uma sociedade comercial em relação de domínio ou de grupo com outras sociedades» que tenham requerido a abertura de PEVE que se encontre igualmente em fase liminar.

Quanto a estes casos em que existe relação de domínio ou de grupo, é necessário ter em conta que o art. 32.º, 1, do CIRE deve ser lido olhando para o disposto no art. 7.º, 2, da Lei nova, que admite a apensação daqueles processos verificados certos pressupostos. Quando assim seja, justifica-se continuar a admitir que o juiz tenha em conta as indicações feitas pela empresa no seu requerimento se existem aquelas relações entre as sociedades.

No que diz respeito aos casos em que seja previsível a existência de atos de gestão que requeiram especiais conhecimentos, é verdade que o administrador judicial provisório não vai ter poderes de gestão. No entanto, também é verdade que, após a nomeação do administrador judicial provisório, a empresa não pode praticar atos de especial relevo sem a autorização prévia daquele. Ora, para avaliar esses atos podem ser necessários

especiais conhecimentos. O administrador judicial provisório pode necessitar desses especiais conhecimentos para decidir se autoriza ou não o ato.

7. Efeitos da nomeação do administrador judicial provisório sobre as ações para cobrança de dívidas

Vejamos agora o art. 8.º, 1, a), da Lei 75/2020. Aí encontramos uma das consequências da decisão que nomeia o administrador judicial provisório: a mesma obsta à instauração de ações para cobrança de dívidas, por um lado, e, por outro, quanto às que estavam pendentes, vai suspender as que tinham idêntica finalidade.

Uma vez homologado o acordo de viabilização, e em regra, aquelas ações extinguem-se se nelas estão em causa créditos abrangidos pelo acordo homologado. Este acordo pode prever coisa diferente. Assim, as ações para cobrança de dívidas pendentes não se extinguem com a homologação do acordo se nelas estão em causa créditos não abrangidos pelo acordo e ainda que estejam incluídos na relação de credores.

Essa solução é um pouco estranha porque a homologação do acordo vincula não apenas a empresa e os credores subscritores, mas também os restantes credores constantes da relação de credores quanto aos créditos constituídos à data da decisão de nomeação do administrador judicial provisório. É o que diz o art. 9.º, 9, da nova Lei.

Poderá discutir-se se o que é relevante para a extinção de ações previstas no art. 8.º, 1, a), é a data da *homologação* do acordo ou a data do *trânsito em julgado* da sentença. Poderia pensar-se que era a data da homologação, tendo em conta os efeitos do recurso da sentença de homologação. O art. 9.º, 10, estabelece expressamente que só tem efeito devolutivo. No entanto, a parte inicial da al. a) do art. 8.º, 1, começa por dizer que as ações para cobrança de dívidas em curso *ficam suspensas até ao trânsito em julgado* da sentença de homologação ou não homologação. Não teria sentido que se extinguissem com a homologação e continuassem suspensas até ao trânsito em julgado da sentença de homologação.

8. Os processos de insolvência pendentes

Quanto aos processos de insolvência que estejam pendentes, o art. 8.º, 5, também determina que fiquem suspensos após a publicação do despacho a nomear o administrador judicial provisório. Esses processos de insolvência extinguem-se quando seja homologado o acordo de viabilização.

Perguntar-se-á: são extintos todos os processos de insolvência? Mesmo os que foram abertos por requerimento de credor cujo crédito não foi abrangido pelo acordo homologado? Tendo em conta os efeitos da homologação previstos no art. 9.º, 9, parece que sim. Este último preceito estabelece que a decisão de homologação vincula «a empresa, os credores subscritores do acordo e os credores constantes da relação de credores, mesmo que não hajam participado na negociação extrajudicial, relativamente aos créditos constituídos à data em que foi proferida a decisão» de nomeação do administrador judicial provisório.

Outra pergunta que logo surge é a seguinte: a extinção dos processos de insolvência também só ocorre após o trânsito em julgado da sentença de homologação? A aplicação por analogia do disposto no art. 8.º, 1, a), quanto às ações de cobrança de dívidas leva a dizer que sim¹⁴.

9. A ausência de *bypass*

Outro aspecto que merece destaque é o que diz respeito ao teor do art. 9.º, 11. Resulta desta norma que a não homologação do acordo não leva a que o administrador judicial provisório possa requerer a declaração de insolvência da empresa. Desta forma se estimula o recurso ao PEVE: agora, sabe-se como começa e como pode acabar. A empresa é estimulada a recorrer ao PEVE porque não corre o risco de ver o administrador judicial provisório a requerer a declaração de insolvência.

10. A adesão ao acordo

Após a homologação do acordo de viabilização, qualquer credor que não conste da relação de credores definitiva pode manifestar no processo a intenção de aderir ao acordo. É o que nos diz o art. 10.º. O que merece destaque é o facto de a adesão estar dependente de aceitação da empresa e de não depender da intervenção do juiz para vincular os aderentes.

De qualquer modo, convém chamar a atenção para o art. 10.º, que apenas faz referência aos credores que *não constam da relação definitiva* de credores. Mas não se pode afastar a possibilidade de existirem também credores que constam da relação definitiva de credores e que *não assinaram*.

¹⁴ Parece ser também essa a solução proposta por CATARINA SERRA, «O Processo Extraordinário de Viabilização de Empresas (PEVE) e outras medidas da Lei n.º 75/2020», cit., p. 2051.

ram o acordo. Desde logo, porque ninguém lhes pediu que assinassem. Não podem aderir ao acordo? Parece que, por maioria de razão, também podem.

11. Incumprimento do acordo

Queremos deixar ainda uma nota adicional acerca do regime do incumprimento do acordo de viabilização. O art. 9.º, 14, manda aplicar o regime do art. 218.º, 1, do CIRE. Mas há ainda outro preceito a ter em conta. Com efeito, o art. 13.º, 5, acrescenta que, em caso de incumprimento do acordo, fica sem efeito a redução da taxa de juros de mora prevista no n.º 3 anterior, mandando-se aplicar o art. 200.º do Código de Procedimento e Processo Tributário, que trata, precisamente, das consequências da falta de pagamento. A propósito do acordo de viabilização e do seu incumprimento irão, certamente, surgir as mesmas discussões que já tiveram lugar a propósito do PER acerca de outras consequências possíveis¹⁵.

12. Consequências para o processo de insolvência, para o PER, para o PEPAP e para o RERE (em tempos de pandemia)

Para terminar, vejamos algumas alterações que a Lei nova veio trazer aos regimes já existentes e que valerão na vigência daquela.

Quanto ao PER e ao PEPAP, verifica-se que o art. 2.º estabelece a possibilidade de obter nova prorrogação por um mês do prazo para conclusão das negociações para que o plano de recuperação ou o acordo de pagamentos seja adaptado ao novo contexto de pandemia.

Para o PER, também se alarga o privilégio do art. 17.º-H, 2, aos sócios, acionistas ou pessoas especialmente relacionadas com a empresa que, no âmbito do PER, financiem a sua atividade disponibilizando-lhe capital para a sua recuperação (art. 3.º). Isto abrange qualquer PER tramitado durante a vigência a Lei 75/2020, o que não parece exigir que o PER se inicie apenas após o início de vigência da Lei. Também concordamos com Pestana de Vasconcelos na medida em que afirma que o privilégio será concedido ainda que o plano de revitalização no PER não seja aprovado

¹⁵ Sobre estas, desenvolvidamente, CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, Almedina, Coimbra, 2018, p. 482 e ss..

durante a vigência da lei¹⁶. Mas é muito mais discutível que o financiamento possa ocorrer fora dessa vigência.

Quanto ao processo de insolvência, o n.º 1 do art. 4.º permite que, na assembleia de credores para aprovação e votação do plano de insolvência, o proponente requeira fundamentadamente um prazo de até 15 dias úteis para a adaptação da proposta ao contexto da atual pandemia. Note-se que o art. 210.º do CIRE contém limitações à possibilidade de introduzir alterações ao plano na própria assembleia de credores. Assim, a novidade é claramente vantajosa. Poderá, no entanto, questionar-se por que razão se tem de esperar até à assembleia de credores para se poder apresentar o requerimento de adaptação.

Ainda quanto ao plano de insolvência, vemos que o art. 4.º, 2, vem aliviar a situação do devedor na medida em que, se este incumpriu o plano de insolvência estando constituído em mora relativamente a certo crédito, se esse incumprimento resulta de facto posterior à data de entrada em vigor da Lei 4-A/2020, de 6 de abril, e se foi interpelado por escrito pelo credor, o prazo de 15 dias previsto no art. 218.º, 1, a), do CIRE para o cumprimento só começa a contar após 31 de dezembro de 2021. E só se não cumprir em 2022 é que a moratória ou o perdão previsto no plano de insolvência fica sem efeito.

Também é importante, do ponto de vista prático, a obrigatoriedade de rateios parciais referida no art. 16.º. Este regime visa libertar dinheiro, que pode ser injetado na economia. É igualmente esse objetivo que está subjacente ao preceituado no art. 17.º, que dá prioridade a requerimentos para liberação de cauções ou garantias prestadas no PER, PEPAP e processo de insolvência.

Por fim, e quanto ao RERE, vemos agora prevista no art. 5.º a possibilidade de recurso a esse regime em caso de insolvência atual. É, porém, necessário que a empresa se encontre numa de duas situações:

- a) Que se encontre nessa situação em virtude (outra vez) da pandemia da doença COVID-19, que seja suscetível de viabilização e que demonstre que tinha, a 31 de dezembro de 2019, um ativo superior ao passivo calculados nos termos ali previstos.
- b) Que, apesar de não naquela mesma data o ativo não ser superior ao passivo, tenha recorrido ao RERE ao abrigo do seu art. 35.º, 1, tenha conseguido regularizar a sua situação e tenha procedido ao depósito tempestivo do acordo de reestruturação. Mesmo aqui, parece que

¹⁶ MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, «O novo processo extraordinário de viabilização de empresas (PEVE). Análise e proposta de reforma», cit., p.

a empresa terá ainda de estar em situação de insolvência atual em virtude da pandemia e deverá ser suscetível de viabilização. Mas o n.º 2 do art. 5.º não o diz claramente.

13. Em suma

Enquanto se espera por uma *bazooka* eficaz, a Lei 75/2020, ao alargar os instrumentos disponíveis na *tool box* de que as empresas se podem servir para tentarem ultrapassar as dificuldades resultantes da pandemia que atravessamos, só pode ser louvada em termos gerais. Poderia ter chegado mais cedo, é certo, e poderia ser mais audaz. A comparação com outros ordenamentos jurídicos estimulará as penas afiadas.

No entanto, os devedores têm credores, e estes também podem não sobreviver se nada recebem. Intervenções que afetem relações negociais em curso podem ter consequências dramáticas para os que contavam com certos pagamentos. As comparações com os ordenamentos de países mais ricos não podem esquecer que as reservas acumuladas para enfrentar os períodos de vacas magras estarão ali mais recheadas. E isso faz toda a diferença.

RESUMO: A Lei n.º 75/2020, de 27 de Novembro, vem apoiar as empresas na sequência da “crise COVID-19”, prevendo, designadamente, medidas para aumentar a liquidez ou reduzir a iliquidez das empresas.

Trata-se das garantias ao financiamento para a recuperação (novo financiamento e financiamento intercalar) no Processo Especial de Revitalização (PER) e no (novo) Processo Extraordinário de Viabilização de Empresas (PEVE). Além disso, prevê a imposição de rateios parciais obrigatórios e a prioridade na tramitação de requerimentos de liberação de cauções e garantias no processo de insolvência.

Palavras-chave: Crise COVID-19; empresas; iliquidez; novo financiamento; financiamento intercalar; resolução em benefício da massa; rateios parciais; liberação de garantias.

ABSTRACT: Law 75/2020, of 27 November, is aimed at supporting companies in the wake of the “COVID-19 crisis”. Among other things, it provides measures to increase the liquidity or to reduce the illiquidity of businesses, namely putting in place guarantees for new financing and interim financing in the context of the Special Revitalization Proceedings and the (new) Extraordinary Company Viability Proceedings. Furthermore, it provides for mandatory partial asset distribution and streamlines the release of collateral and guarantees in the insolvency proceedings.

Keywords: COVID-19 crisis; businesses; illiquidity; new financing; interim financing; transaction avoidance; partial asset distribution; release of collateral and guarantees.

CATARINA SERRA *

Garantias ao financiamento das empresas e outros instrumentos jurídicos de combate à iliquidez na Lei n.º 75/2020 – a *justa medida*¹

Nota prévia

Serve uma primeira nota para esclarecer o título, a começar pela expressão “*justa medida*”.

¹ Trata-se do texto de apoio à intervenção subordinada ao título “Direito da Insolvência e da Recuperação em tempos de emergência: a *justa medida*”, feita no dia 10 de Dezembro de 2020, no Seminário de Direito Comercial (Web Conferência), organizado pelo Centro de Estudos Judiciários em colaboração com a Revista de Direito Comercial.

* Doutora em Direito pela Universidade de Coimbra e Agregada em Ciências Jurídicas Privatísticas pela Universidade do Minho, em exercício de funções como Juíza Conselheira do Supremo Tribunal de Justiça desde 2018.

A palavra “justa” é usada na acepção de “adequada”, que é comum em todas as línguas novilatinas e, em particular, na língua italiana, onde a palavra “giusta” é usada frequentemente com o significado não apenas de “aquela que realiza a justiça” mas também, e sobretudo, de “certa, exacta, apropriada, oportuna, adequada”. Remete para o princípio da proporcionalidade (necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito).

No título está, por consequência, implícita uma pergunta: são as medidas que compõem a legislação de emergência justas ou ajustadas à resolução dos problemas presentes e futuros que são consequência da presente crise?

O grande problema das empresas actualmente é a iliquidez². As empresas são, na sua maioria, economicamente viáveis mas têm problemas de tesouraria. É escusado (e porventura até contraproducente) estabelecer moratórias legais. As moratórias apenas adiam o inevitável: postergam a exigibilidade das obrigações, que ocorrerá se não houver possibilidade de recurso a novas fontes de financiamento (aumentos de capital por entradas de dinheiro, prestações suplementares, empréstimos dos sócios ou de terceiros³).

² A falta de liquidez foi sempre uma das causas principais da insolvência (impossibilidade de cumprir pontualmente as obrigações). De facto, não é pela insuficiência do activo disponível mas, sim, pela insuficiência do activo *líquido* face ao passivo exigível que a empresa pode ficar impossibilitada de cumprir as suas obrigações. Como explicava José ALBERTO DOS REIS (*Processos Especiais*, volume II, Coimbra, Coimbra Editora, 1982, p. 316) “[o] comerciante pode estar impossibilitado de pagar aos seus credores e, no entanto, ter no seu património valores superiores às dívidas que o oneram. Pode não ter dinheiro *líquido*, mas ter bens de valor mais do que suficiente para fazer face aos seus débitos” (itálicos do autor). A falta de liquidez é também uma das causas principais da pré-insolvência. Note-se, aliás, que o art. 17.º-B do CIRE dispõe que “[se] encontra[] em situação económica difícil a empresa que enfrentar dificuldade séria para cumprir pontualmente as suas obrigações, designadamente *por ter falta de liquidez* ou *por não conseguir obter crédito*” (itálicos nossos). Igualmente no sentido de que “[u]ma das principais causas da asfixia das empresas é a falta de liquidez” cfr. NUNO SALAZAR CASANOVA/DAVID SEQUEIRA DINIS, *O Processo Especial de Revitalização – Comentário aos artigos 17.º-A a 17.º-I do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 175.

³ Rigorosamente, estão em causa formas de financiamento distintas. De uma forma simplificada, é possível dizer que os aumentos de capital e as prestações suplementares são formas de financiamento através de capitais próprios e que os empréstimos são formas de financiamento através de capitais alheios, excepto quando se trate de suprimentos (empréstimos dos sócios com carácter de permanências), já que, desempenhando a função económica dos capitais próprios, estes são considerados instrumentos híbridos (de capitais quase-próprios). Cfr., sobre tudo isto, desenvolvidamente, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual de Corporate Finance*, Coimbra, Almedina, 2015 (2.ª edição).

As medidas da Lei n.º 75/2020⁴ que promovem o financiamento das empresas serão necessárias, portanto. A incerteza respeitará à sua adequação e, eventualmente, à sua proporcionalidade.

1. As medidas da Lei n.º 75/2020 de combate à iliquidez

As medidas da Lei n.º 75/2020 de combate à iliquidez das empresas consistem, em primeira linha, num conjunto de garantias ao financiamento para a recuperação⁵. Estão contidas no art. 3.º da Lei n.º 75/2020, versando o financiamento no Processo Especial de Revitalização (PER), e nos arts. 11.º e 12.º da Lei n.º 75/2020, versando, respectivamente, as garantias e a resolução em benefício da massa no Processo Extraordinário de Viabilização de Empresas (PEVE).

Existe ainda um segundo grupo de medidas, destinadas, mais propriamente, à redução da iliquidez ou à reposição da (de alguma) liquidez na economia. Trata-se do disposto no art. 16.º da Lei n.º 75/2020, impondo rateios parciais obrigatórios em determinadas condições, e no art. 17.º da Lei n.º 75/2020, estabelecendo a prioridade na tramitação de requerimentos de liberação de cauções e garantias.

2. Garantias ao financiamento das empresas: a extensão do privilégio creditório ao financiamento dos sócios e de outras pessoas especialmente relacionadas

O art. 3.º da Lei n.º 75/2020 estende o privilégio creditório mobiliário geral previsto no n.º 2 do art. 17.º-H do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE) ao financiamento para a recuperação

⁴ Trata-se da Lei n.º 75/2020, de 27 de Novembro, concebida no quadro da Resolução do Conselho de Ministros n.º 41/2020, de 6 de Junho, que aprovou o Programa de Estabilização Económica e Social (PEES). Sobre as medidas contidas na Lei (impropriamente sumariada como criando o Processo Extraordinário de Viabilização de Empresas) cfr. CATARINA SERRA, “O Processo Extraordinário de Viabilização de Empresas (PEVE) e outras medidas da Lei n.º 75/2020”, in: *Revista de Direito Comercial*, 2020, pp. 2019 e s. (disponível em <https://www.revistadedireitocomercial.com/o-processo-extraordinario-de-viabilizacao-de-empresas-peve-e-outras-medidas-da-lei-n-75/2020>).

⁵ Utiliza-se a expressão em sentido amplo, para designar qualquer financiamento destinado a apoiar operações de recuperação/reestruturação de empresas e seja qual for o momento em que é disponibilizado (na pendência de um processo/regime específico ou já no curso da execução de um plano de recuperação). Precisar-se-á estas noções adiante.

que seja disponibilizado, no âmbito do PER, *pelos sócios e por outras pessoas relacionadas*.

Para compreender esta medida deve ter-se presente o regime das garantias ao financiamento no âmbito do PER, disposto, essencialmente, no art. 17.º-H do CIRE, com a epígrafe “Garantias”.

2.1. O regime de garantias ao financiamento no âmbito do Processo Especial de Revitalização

O art. 17.º-H, n.º 1, do CIRE assegura que as garantias do financiamento para a recuperação concedidos durante o PER se mantêm mesmo que a empresa seja declarada insolvente no prazo dos dois anos seguintes ao encerramento do processo.

Esta garantia é como que complementada pelo disposto no art. 120.º, n.º 6, do CIRE, que, por seu turno, assegura que os negócios jurídicos com finalidade de financiamento para a recuperação concedidos no âmbito do PER são insusceptíveis de resolução em benefício da massa.

Existe uma intersecção parcial das duas normas, o que significa que elas têm diferenças.

Poderá dizer-se, por um lado, que o alcance do art. 17.º-H, n.º 1, do CIRE é *mais amplo* do que o do art. 120.º, n.º 6, do CIRE.

É mais amplo porque não se limita à hipótese de superveniência de um processo de insolvência. Ao dispor-se que “[a]s garantias [] [se] mantêm *mesmo que*, findo o processo, venha a ser declarada [] a insolvência”, parece contemplar-se, implicitamente, outras hipóteses (*maxime: nova reestruturação*)⁶.

E é mais amplo porque a protecção não se esgota na garantia de insusceptibilidade de resolução em benefício da massa referida no art. 120.º, n.º 6, do CIRE. Quer dizer: não obstante o alvo principal do art. 17.º-H, n.º 1, do CIRE ser a resolução em benefício da massa⁷ e, sobretudo, a resolução incondicional⁸, protegem-se também as garantias do meio de

⁶ Cfr., neste sentido, ANA MARIA PERALTA, “Os ‘novos créditos’ no PER e no SIREVE: conceito e regime”, in: CATARINA SERRA (coord.), *III Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2015, p. 297.

⁷ Veja-se, em reforço desta interpretação, que o período coberto pela resolução em benefício da massa (o chamado “*lookback period*”) é de dois anos (cfr. art. 120.º, n.º 1, do CIRE) e dois anos é, justamente, o período de protecção das garantias no caso de processo de insolvência. (cfr. art. 17.º-H, n.º 1, do CIRE).

⁸ A resolução incondicional está prevista no art. 121.º do CIRE e caracteriza-se por dispensar as duas condições de que a resolução em benefício da massa, em regra, depende:

conservação da garantia patrimonial que é, por excelência, a impugnação pauliana⁹. Isto porque, no caso contrário, a protecção adicional das garantias (noutras situações para além do processo de insolvência) se traduziria em nada, já que a resolução em benefício da massa é um instrumento exclusivo do processo de insolvência. Depois, porque, sendo o art. 11.º, n.º 1, da Lei n.º 75/2020 homólogo do art. 17.º-H, n.º 1, do CIRE e o art. 12.º, n.º 1, da Lei n.º 75/2020 homólogo do art. 120.º, n.º 6, do CIRE, se o art. 11.º, n.º 1, da Lei n.º 75/2020 não desse às garantias convencionadas entre a empresa e os credores protecção contra o outro meio de conservação da garantia patrimonial que é a impugnação pauliana, o art. 12.º, n.º 1, da Lei n.º 75/2020 constituiria uma duplicação ainda mais difícil de compreender (diversamente do art. 17.º-H, n.º 1, e do art. 120.º, n.º 6, do CIRE, os arts. 11.º e 12.º da Lei n.º 75/2020 fazem parte do mesmo regime e são sequenciais)¹⁰.

Poderá dizer-se, por outro lado, que o alcance do art. 17.º-H, n.º 1, do CIRE é *mais restrito* do que o do art. 120.º, n.º 6, do CIRE.

É mais restrito porque a norma abrange apenas as garantias convencionadas entre a empresa e os seus credores, ou seja, não se estende a todos os negócios jurídicos.

É mais restrito porque contém uma delimitação temporal, dispondo-se que “[a]s garantias [] [se] mantêm mesmo que, findo o processo, venha a ser declarada, *no prazo de dois anos*, a insolvência”.

Conjugando o disposto nas duas normas, a cobertura torna-se, evidentemente, mais completa. É possível concluir, primeiro, que todos os negócios jurídicos são insusceptíveis de resolução em benefício da massa

a prejudicialidade à massa e a má fé da contraparte do insolvente (cfr. art. 120.º, n.ºs 1 e 4, do CIRE).

⁹ Como se sabe, a impugnação pauliana pode ser usada pelos credores, ainda que condicionadamente, dentro do processo de insolvência (cfr. art. 127.º do CIRE).

¹⁰ Após melhor reflexão, e tendo em conta este novo argumento extraído do regime análogo do PEVE, dá-se razão, assim, a ANA MARIA PERALTA (“Os ‘novos créditos’ no PER e no SIREVE: conceito e regime”, cit., pp. 296-298). A autora adverte para que, de outro modo, a norma do art. 17.º-H, n.º 1, do CIRE perderia o seu campo de aplicação em face do art. 120.º, n.º 6, do CIRE. Imputava a autora àquela norma ainda um segundo efeito: proteger as garantias no caso de a sentença de homologação do plano vir a ser revogada. Cfr., também neste sentido (por contrariar o espírito do sistema e recorrendo ao elemento teleológico), JORGE MORAIS CARVALHO/MARIA JERÓNIMO, “As garantias dos novos financiamentos”, in: CATARINA SERRA (coord.), *IV Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2017, p. 280. A maioria da doutrina vai, porém, em sentido contrário. Cfr, por exemplo (excluindo expressamente a impugnação pauliana), NUNO SALAZAR CASANOVA/DAVID SEQUEIRA DINIS, *O Processo Especial de Revitalização – Comentário aos artigos 17.º-A a 17.º-I do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, cit., pp. 176-177.

(cfr. art. 120.º, n.º 6, do CIRE) e, segundo, que as garantias, em particular, são insusceptíveis de impugnação por qualquer meio com fundamento em prejudicialidade aos credores, embora, no caso de processo de insolvência, só quando a insolvência tenha sido declarada no prazo de dois anos a contar do encerramento do PER (cfr. art. 17.º-H, n.º 1, do CIRE). O art. 17.º-H do CIRE configura, indiscutivelmente, uma norma especial sobre garantias e dela decorre que, no caso de processo de insolvência, a proteção das garantias fica subordinada à condição de a insolvência ter sido declarada no prazo de dois anos a contar do encerramento do PER.

Por sua vez, o art. 17.º-H, n.º 2, do CIRE assegura que o financiamento concedido durante o PER terá um privilégio creditório mobiliário geral graduado antes do privilégio creditório mobiliário geral concedido aos trabalhadores¹¹. Foi neste plano que o legislador da Lei n.º 75/2020 interveio.

2.2. Apreciação da medida com especial atenção ao Direito comparado

Como se disse, o art. 3.º da Lei n.º 75/2020 estende o privilégio creditório mobiliário geral previsto no n.º 2 do art. 17.º-H do CIRE, temporariamente¹², ao financiamento para a recuperação disponibilizado pelos sócios e por outras pessoas especialmente relacionadas com a empresa¹³.

É escusado demonstrar o acerto deste tipo de medidas no presente contexto. Assente que a iliquidizez é o maior problema que as empresas enfrentam, justifica-se que se privilegie o autofinanciamento. As ofertas de crédito são escassas e as que existem têm taxas de juro demasiado elevadas, pelo que a maioria das empresas não tem condições para as aceitar, por já estar sobreendividada (*overleveraged*).

A medida afasta, em suma, o obstáculo ao financiamento que reside na subordinação¹⁴ e, simultaneamente, concede-lhe o estímulo do privilégio creditório.

¹¹ Este último é o privilégio previsto no art. 333.º, n.º 1, al. a), do Código do Trabalho.

¹² O período durante o qual a medida é aplicável coincide com o período de vigência da Lei n.º 75/2020: de 28 de Novembro de 2020 a 31 de Dezembro de 2021 (cfr. art. 18.º, n.º 1, da Lei n.º 75/2020).

¹³ As pessoas especialmente relacionadas serão as referidas no art. 49.º do CIRE.

¹⁴ Como é sabido, de acordo com a lei portuguesa, mais precisamente o Código das Sociedades Comerciais (CSC), os empréstimos dos sócios à sociedade correm o risco de ser considerados suprimentos por presunção (cfr. art. 243.º, n.ºs 2 e 3, do CSC) e de, consequentemente, ocuparem uma posição subalterna em relação aos outros créditos. Traduz-se isto, sobretudo, na sua classificação como créditos subordinados no processo de

Não está, porém, isenta de críticas. Além das reservas que são comuns à disposição que aplica o mesmo privilégio creditório ao financiamento dos sócios e de outras pessoas relacionadas no quadro do PEVE (cfr. art. 11.º, n.º 2, da Lei n.º 75/2020) e que adiante serão indicadas, a medida apresenta, em particular, um limite/uma insuficiência, que respeita ao seu alcance material e temporal.

Vendo bem, a protecção está circunscrita ao financiamento concedido pelos sócios e por outras pessoas especialmente relacionadas no âmbito do PER e durante a vigência da Lei n.º 75/2020.

Fica, desde logo, excluído o financiamento disponibilizado pelos sócios e por outras pessoas especialmente relacionadas no âmbito do Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas (RERE) assim como o financiamento “desenquadrado” (i.e., concedido fora do quadro de processos ou regimes específicos).

Fica, depois, excluído qualquer financiamento (enquadrado ou desenquadrado) disponibilizado até à entrada em vigor daquela Lei. Quer dizer: as entradas de tesouraria feitas pelos sócios, a título de empréstimo, em tantas sociedades na fase aguda da crise – entre a data das primeiras restrições à actividade das empresas (meados de Março de 2020) e a data de entrada em vigor da Lei n.º 75/2020 (final de Novembro de 2020) – ficam desprotegidas.

O Direito comparado contém exemplos da atenção dispensada a estas outras situações. O meio escolhido não é, em regra – nem precisava de ser –, o de criar ou estender algum privilégio a este tipo de financiamento mas, fundamentalmente, o de remover os desincentivos à sua concessão.

Assim, na Alemanha, determinou-se que, até 30 de Setembro de 2023, o reembolso de empréstimos concedidos pelos sócios e pagamentos equi-

insolvência da sociedade – e como os últimos créditos subordinados [cfr. 48.º, al. g), do CIRE]. Quer dizer que os sócios só são pagos se e quando os outros credores tiverem sido pagos na íntegra (cfr. art. 177.º do CIRE), o que, decididamente, é um obstáculo ou, pelo menos, um contraestímulo ao financiamento da empresa pelos sócios. Mas há muitos outros sinais do “enfraquecimento” dos créditos por suprimentos. Desde logo, a lei das sociedades prevê condicionamentos ao reembolso dos suprimentos (cfr. art. 245.º, n.º 1, do CSC) e impossibilita os respectivos titulares de requererem, por estes suprimentos, a declaração de insolvência da sociedade (cfr. art. 245.º, n.º 2, do CSC). Determina ainda que, se for declarada a insolvência ou dissolvida a sociedade, os suprimentos só são reembolsados depois de inteiramente satisfeitos os outros créditos e que os respectivos titulares ficam impedidos de exercer o direito de compensação destes créditos com créditos da sociedade [cfr. art. 245.º, n.º 3, als. a) e b), do CSC]. Por seu turno, e entre outras coisas, a lei da insolvência dispõe que o reembolso de suprimentos efectuado no ano anterior ao início do processo é susceptível de resolução incondicional [cfr. art. 121.º, n.º 1, al. i), do CIRE].

valentes não serão considerados prejudiciais aos credores¹⁵ e que os créditos daí resultantes não serão classificados como subordinados nos processos de insolvência abertos até 30 de Setembro de 2023¹⁶.

Em Itália afastou-se, sem mais, a subordinação dos empréstimos dos sócios e de outras pessoas especialmente relacionadas¹⁷.

Em Espanha, assegurou-se que, nos processos de insolvência que sejam abertos até 14 de Março de 2022, os créditos concedidos à empresa por quem seja pessoa especialmente relacionada serão qualificados como comuns, sem prejuízo das garantias que lhes possam corresponder¹⁸.

Mas a crítica à opção do legislador português não se prende apenas com o alcance material e temporal da medida provisoriamente estabelecida no art. 3.º da Lei n.º 75/2020. Tem-se propugnado a previsão, com carácter de permanência, do afastamento da subordinação do financiamento dos sócios para a recuperação¹⁹ ²⁰ ²¹.

¹⁵ O mesmo não se aplica, contudo, às garantias convencionadas, que se mantêm suscetíveis de impugnação com este fundamento.

¹⁶ Cfr. § 2 (1) 2. da *Gesetz zur vorübergehenden Aussetzung der Insolvenzantragspflicht und zur Begrenzung der Organhaftung bei einer durch die COVID-19-Pandemie bedingten Insolvenz (COVID-19-Insolvenzaussetzungsgesetz – COVInsAG)*, vom 27. März 2020.

¹⁷ O art. 8.1. do *Decreto-Legge 8 aprile 2020*, n. 23, *Misure urgenti in materia di accesso al credito e di adempimenti fiscali per le imprese, di poteri speciali nei settori strategici, nonché interventi in materia di salute e lavoro, di proroga di termini amministrativi e processuali (Decreto Liquidità)*, convertido em lei pela *Legge 5 giugno 2020* , n. 40, determina que aos financiamentos realizados a favor da sociedade desde a data da entrada em vigor do diploma até 31 de Dezembro de 2021 não se aplicam as disposições dos arts. 2467 e 2497 *quinquies* do *Codice Civile*. Estas normas dispõem que o reembolso dos financiamentos efectuados pelos sócios e pelos administradores é um crédito subordinado e que, sempre que tenha ocorrido no ano anterior à declaração de insolvência, deve ser restituído.

¹⁸ Cfr. art. 7.1. da *Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia*. O mesmo vale para os créditos em que se haja sub-rogado quem, de acordo com a lei, seja pessoa especialmente relacionada com a empresa, em resultado do pagamento de créditos comuns ou privilegiados efectuados por conta da empresa desde a declaração do *estado de alarma* (cfr. art. 7.2. da *Ley 3/2020, de 18 de septiembre*).

¹⁹ Cfr. CATARINA SERRA, “Investimentos de capital de risco na reestruturação da empresa”, in: *IV Congresso – Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 352-356, e CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, (2.ª edição), p. 466.

²⁰ Note-se que há quem defenda que o privilégio ao financiamento dos sócios já decorre do Direito constituído, sendo um resultado da interpretação do sistema como um todo. Cfr., neste sentido, MADALENA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Financiamento para reestruturação e financiamento intercalar”, in: CATARINA SERRA (coord.), *V Congresso de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 273-276.

²¹ Uma medida deste tipo depararia, por certo, com a oposição da Associação Portuguesa

Mais uma vez, alguns ordenamentos jurídicos europeus podem servir de referência.

Na lei alemã são admitidas, desde há tempo, exceções à subordinação dos suprimentos: não são subordinados no processo de insolvência nem os créditos dos credores que adquiriram a qualidade de sócio em resultado da aquisição de participações sociais com vista à reestruturação da empresa nem os créditos dos sócios que detenham participações representativas de 10% ou menos do capital social e não actuem como administradores²².

Em Itália, os créditos concedidos pelos sócios e os créditos concedidos por investidores externos que adquiriram a qualidade de sócios durante os processos de reestruturação são classificados, pelo menos em parte, como créditos sobre a massa (*crediti prededucibili*)²³.

Em França, a lei não é expressa²⁴ mas o entendimento dominante é o de que o privilégio creditório reservado ao financiamento para a recuperação disponibilizado no quadro da *procédure de conciliation* (*privilege de la conciliation*) se estende aos créditos dos sócios²⁵.

3. Garantias ao financiamento das empresas: as garantias ao fi-

de Bancos. No quadro dos trabalhos preparatórios da Lei n.º 75/2020, esta qualificou a medida (provisória) acolhida no art. 3.º desta Lei como um “perigoso incentivo a uma utilização abusiva deste regime, por parte da gestão e da estrutura accionista da empresa, por forma a assim obter um privilégio numa posterior declaração de insolvência” e ainda “em plena dessintonia com o quadro jurídico concursal em matéria de graduação de créditos, em claro prejuízo dos credores da empresa e das suas expectativas da recuperabilidade dos créditos”. Curiosamente, no contexto dos trabalhos preparatórios da Lei n.º 16/2012, de 20 de Abril, esta Associação tinha feito a proposta de que a norma do art. 17.º-H do CIRE incluísse expressamente os accionistas e ficasse definitivamente esclarecido que o regime beneficiava (também) o financiamento adicional concedido pelos accionistas e as garantias acessórias e que os créditos não seriam considerados subordinados nos termos do art. 48.º do CIRE.

²² Cfr., respectivamente, § 39, 4 e 5, da *Insolvenzordnung*.

²³ Em derrogação das disposições dos arts. 2467 e 2497 *quinquies* do *Codice Civile*, os créditos concedidos pelos sócios e os créditos provindos de investidores que adquiriram a qualidade de sócios no curso dos processos de reestruturação (*concordato preventivo* e *accordo di ristrutturazione dei debiti omologato*) são classificados como créditos sobre a massa (*crediti prededucibili*), respectivamente, até a um máximo de 80% do seu montante e na sua totalidade (cfr. art. 182-*quater*, 3, da *Legge Fallimentare*).

²⁴ No art. L611-11 (2) do *Code de Commerce* exclui-se apenas deste privilégio as entradas dos sócios nos aumentos do capital social – o que favorece o funcionamento do argumento *a silentio* para considerar incluídos os empréstimos dos sócios.

²⁵ Cfr., por todos, JEAN-LUC VALLENS (Dir.), *Crise du crédit et entreprises – Les réponses du Droit*, Editions Lamy, Wolters Kluwer, 2010, p. 88.

nanciamento no Processo Extraordinário de Viabilização de Empresas

As garantias ao financiamento no âmbito do PEVE²⁶ estão contidas em duas normas: o art. 11.º da Lei n.º 75/2020, com a epígrafe “Garantias”, e o art. 12.º da Lei n.º 75/2020, com a epígrafe “Resolução em benefício da massa”.

O art. 11.º da Lei n.º 75/2020 é idêntico ao art. 17.º-H do CIRE.

Destaca-se uma diferença: a adopção da expressão “no âmbito do processo” em vez das expressões “durante o processo” (cfr. art. 17.º-H, n.º 1, do CIRE) e “no decurso do processo” (cfr. art. 17.º-H, n.º 2, do CIRE). A intenção é, por certo, a de afastar as dúvidas quanto a que é abrangido tanto o financiamento intercalar (financiamento disponibilizado durante o processo para assegurar a continuação da actividade da empresa, também conhecido como “financiamento-ponte”) como ainda o novo financiamento (financiamento disponibilizado depois de homologado o acordo de viabilização e encerrado o processo e para a execução do acordo)²⁷.

O art. 11.º, n.º 1, da Lei n.º 75/2020 assegura que *as garantias* do financiamento para a recuperação concedido durante o PER *se mantêm* mesmo que a empresa seja declarada insolvente no prazo dos dois anos seguintes ao encerramento do processo. Estão em causa, em primeira linha, as garantias clássicas ou em sentido próprio – as garantias reais – com origem

²⁶ O PEVE é o novo processo criado pela Lei n.º 75/2020. Sobre ele pode ler-se, com desenvolvimento, CATARINA SERRA, “O Processo Extraordinário de Viabilização de Empresas (PEVE) e outras medidas da Lei n.º 75/2020”, cit. Cfr. ainda Luís MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, “O novo processo extraordinário de viabilização de empresas (PEVE). Análise e proposta de reforma”, in: *Revista de Direito Comercial*, 2020, pp. 2105 e s. (<https://www.revistadiredireitocomercial.com/o-novo-processo-extraordinario-de-viabilizacao-de-empresas-peve-analise-e-proposta-de-reforma>).

²⁷ Na Directiva sobre reestruturação e insolvência, o novo financiamento é definido como “qualquer nova assistência financeira disponibilizada por um credor já existente ou por um novo credor para executar um plano de reestruturação e que esteja prevista nesse plano de reestruturação” [cfr. art. 2.º, n.º 1 (7) da Directiva] e o financiamento intercalar como “qualquer nova assistência financeira, disponibilizada por um credor já existente ou por um novo credor, que abranja, no mínimo, a assistência financeira prestada durante a suspensão das medidas de execução, e que seja razoável e seja imediatamente necessária para a continuação do funcionamento da empresa do devedor, ou para a sua preservação ou valorização” [cfr. art. 2.º, n.º 1 (8) da Directiva].

contratual (“garantias *convencionadas*” – diz-se na norma), como a hipoteca, o penhor e a consignação de rendimentos²⁸.

Por sua vez, o art. 11.º, n.º 2, da Lei n.º 75/2020 garante ao financiamento concedido durante o PER – ao financiamento e não já às garantias – um *privilegio creditório mobiliário geral* graduado antes do privilégio creditório mobiliário geral concedido aos trabalhadores. O privilégio vale, *ab initio*, para os “sócios, acionistas e outras pessoas especialmente relacionadas com o devedor”.

O art. 12.º da Lei n.º 75/2020 tem uma notável semelhança com o art. 28.º do RERE e pode considerar-se o equivalente funcional do art. 120.º, n.º 6, do CIRE²⁹.

O art. 12.º, n.º 1, da Lei n.º 75/2020 assegura que, caso a empresa venha a ser declarada insolvente, são *insusceptíveis de resolução em benefício da massa* os negócios jurídicos que tenham compreendido a efectiva disponibilização à empresa de novos créditos pecuniários, incluindo sob a forma de diferimento de pagamento, e a constituição, por esta, de garantias respeitantes a tais créditos pecuniários, desde que os negócios jurídicos tenham sido expressamente previstos no acordo de viabilização.

Usando-se a expressão “negócios que envolvam a disponibilização de novos créditos pecuniários”, incluem-se tanto os negócios que se dirigem à constituição de créditos como os que se dirigem à constituição de garantias. Exemplificando-se os “negócios que envolvam a disponibilização de novos créditos pecuniários” com o diferimento de pagamento, devem considerar-se incluídos outros actos destinados a transformar os *hard contracts* (contratos com vencimento fixo independentemente da liquidez do devedor) em *soft contracts* (contratos com vencimento diferido) como, por exemplo, o fraccionamento da obrigação em prestações.

²⁸ É controversa a abrangência de outras garantias, em especial as garantias financeiras, impliquem ou não a transferência da propriedade como a alienação fiduciária em garantia e o penhor financeiro. No sentido da abrangência do penhor financeiro mas da exclusão da alienação fiduciária em garantia (assim como de outros contratos com função de garantia como a venda com reserva com propriedade e a locação financeira), cfr. ANA MARIA PERALTA, “Os ‘novos créditos’ no PER e no SIREVE; conceito e regime”, cit., respectivamente, p. 298 e p. 299.

²⁹ Pode perguntar-se se, tal como acontece com o art. 17.º-H, n.º 1, do CIRE, esta norma pode ser complementada com o art. 120.º, n.º 6, do CIRE, que assegura que os negócios jurídicos com finalidade de financiamento para a recuperação concedidos durante o PER são insusceptíveis de resolução em benefício da massa. Embora não se refira expressamente ao PEVE, esta ser-lhe-ia, em princípio, aplicável, *ex vi* do art. 6.º, n.º 7, da Lei n.º 75/2020. Mas não é necessário pois, justamente, existe aquela equivalência funcional.

O art. 12.º, n.º 2, da Lei n.º 75/2020 exclui a aplicação do disposto no n.º 1 quando o novo financiamento tenha sido usado pela empresa em proveito da entidade financiadora ou de entidade que com esta esteja especialmente relacionada, nos termos do art. 49.º do CIRE.

3.1. Algumas questões com especial atenção à Directiva sobre reestruturação e insolvência e ao Direito comparado

3.1.1. A necessidade de protecção dos créditos por fornecimento de serviços essenciais

Tal como no PEVE e no RERE, também no PEVE se determina que os fornecedores de certos serviços essenciais não podem suspender a prestação destes serviços durante o processo (desde o despacho de abertura até à prolação da sentença de homologação ou não homologação do acordo de viabilização) (cfr. art. 8.º, n.º 8, da Lei n.º 75/2020).

O regime não contempla, porém, qualquer protecção para os créditos decorrentes do preço não pago dos fornecimentos prestados nestes termos. Ao invés do que acontece no RERE (cfr. art. 12.º, n.º 5, do RERE), não se prevê a classificação destes créditos, no caso de processo de insolvência, como dívidas da massa e a atribuição, nos restantes casos, de um privilégio creditório mobiliário geral. Ao invés do que acontece no PER (cfr. art. 17.º-E, n.º 9, do CIRE), nem sequer se prevê a classificação destes créditos, no caso de processo de insolvência, como dívidas da massa.

Tudo considerado, é razoável estender a estes créditos, por maioria de razão, o privilégio creditório previsto no n.º 2 do art. 11.º da Lei n.º 75/2020³⁰, bem como, ao abrigo do art. 6.º, n.º 7, da Lei n.º 75/2020³¹, aplicar o disposto no PER, ou seja, a classificação, no caso de processo de insolvência, como dívidas da massa.

3.1.2. O significado da exigência de previsão expressa no acordo

Exige-se no art. 12.º, n.º 1, da Lei n.º 75/2020 que, para beneficiarem de protecção, o financiamento e as garantias estejam expressamente previstos no acordo de viabilização.

³⁰ No sentido da mesma extensão no quadro do PER, cfr. CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, cit., pp. 472-473.

³¹ Esta norma determina a aplicabilidade ao PEVE das disposições do CIRE que não sejam incompatíveis com a sua natureza.

O mesmo vale, não obstante o silêncio da lei, para as garantias e o financiamento regulados, respectivamente, no art. 11.º, n.ºs 1 e 2, da Lei n.º 75/2020³².

A adopção da exigência está globalmente em conformidade com o disposto na Directiva sobre reestruturação e insolvência³³. Prevê-se aí que do conteúdo do plano faça parte a indicação, entre as condições do plano, de qualquer novo financiamento que esteja previsto e as razões pelas quais esse novo financiamento é necessário para executar o plano [cfr. art. 8.º, n.º 1, al. g), vi), da Directiva].

O certo é que pode ser difícil observar esta exigência no âmbito do PEVE. O PEVE pressupõe já a celebração do acordo. Consequentemente, é requerida uma especial antecipação do financiamento a conceder para a execução do acordo (novo financiamento) e do financiamento a conceder durante o processo, para assegurar a continuação da actividade da empresa durante este período (financiamento intercalar). Quer dizer: ao contrário do PER, em que o plano de recuperação é negociado durante o processo, no PEVE o financiamento tem de estar previsto já antes de iniciado o processo.

Considerando estas dificuldades, é razoável entender que não é necessária a celebração dos contratos de financiamento, sendo suficiente a indicação, no acordo de viabilização, dos elementos essenciais do contrato a celebrar (a identificação das partes, o montante global do financiamento e as eventuais garantias associadas³⁴)³⁵. Em qualquer caso, será acon-

³² Cfr., no mesmo sentido, quanto às garantias e ao financiamento referidos na norma correspondente do art. 17.º-H do CIRE, ANA MARIA PERALTA, “Os ‘novos créditos’ no PER e no SIREVE: conceito e regime”, cit., p. 289, e MADALENA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Financiamento para reestruturação e financiamento intercalar”, cit., p. 276. Referindo-se, genericamente, à mera necessidade de *aprovação* do plano Luís MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, “O novo processo extraordinário de viabilização de empresas (PEVE). Análise e proposta de reforma”, cit., p. 2110.

³³ Trata-se da Directiva (UE) 2019/1023 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de Junho de 2019, sobre os regimes de reestruturação preventiva, o perdão de dívidas e as inibições, e sobre as medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos relativos à reestruturação, à insolvência e ao perdão de dívidas, e que altera a Directiva (UE) 2017/1132 (disponível, na versão em língua portuguesa, em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/PDF/?uri=CELEX:32019L1023&from=EN>).

³⁴ O modelo inspirador desta proposta é o art. 210.º, n.º 3, do CSC, em que se regula a exigência (análoga) da fixação, no contrato de sociedade, de certos elementos das prestações suplementares.

³⁵ Mesmo no domínio do PER se defende que não é exigível a celebração do contrato de financiamento e que deve bastar que o financiamento esteja previsto no plano em grau de pormenorização suficiente para que possa recair sobre ele o juízo de valor dos credores e

selhável que se justifique no acordo a razoabilidade e a necessidade do financiamento³⁶.

3.1.3. A necessidade de protecção do financiamento intercalar

No que toca ao financiamento intercalar, existe um problema adicional: enquanto o novo financiamento só é efectivamente disponibilizado depois de o acordo ter sido homologado, o financiamento intercalar é concedido em fase anterior, quando os credores ainda não sabem – não têm possibilidade de saber – se o acordo irá ou não ser homologado. Na hipótese de não homologação, de nada lhes serve a previsão expressa no acordo.

É conveniente, pois, equacionar um procedimento alternativo, sob pena de ser quase impossível angariar o financiamento necessário para manter a empresa em actividade nesta fase (sem garantias aos financiadores não haverá decerto financiamento).

Na Directiva sobre reestruturação e insolvência prevê-se a possibilidade de o financiamento intercalar ser sujeito a um controlo *ex ante* (cfr. art. 17.º, n.º 2, da Directiva)³⁷. Esclarece-se que este controlo pode ser realizado por um profissional no domínio da reestruturação, por uma comissão de credores ou por uma autoridade administrativa ou judicial (cfr. considerando 68 da Directiva)³⁸.

Transpondo a ideia para o PEVE, poderia atribuir-se ao administrador judicial provisório a função de avaliar a razoabilidade e a necessidade do

do tribunal. Cfr. ANA MARIA PERALTA, “Os ‘novos créditos’ no PER e no SIREVE: conceito e regime”, cit., pp. 289-290.

³⁶ Na definição de financiamento intercalar, a Directiva sobre reestruturação e insolvência refere-se à assistência financeira “que seja razoável e seja imediatamente necessária para a continuação do funcionamento da empresa do devedor, ou para a sua preservação ou valorização” [cfr. art. 2.º, n.º 1, 8), da Directiva].

³⁷ Defende uma solução deste tipo MADALENA PERESTRELO DE OLIVEIRA (“Financiamento para reestruturação e financiamento intercalar”, cit., p. 277). Considerando, aparentemente, suficiente que o financiamento seja justificado JORGE MORAIS CARVALHO/MARIA JERÓNIMO, “As garantias dos novos financiamentos”, cit., p. 284.

³⁸ Precisamente, segundo o considerando 68 da Directiva, “[o]s Estados-Membros deverão poder limitar a proteção do novo financiamento aos casos em que o plano seja confirmado por uma autoridade judicial ou administrativa, e do financiamento intercalar aos casos em que seja submetido a controlo *ex ante*. O mecanismo de controlo *ex ante* para o financiamento intercalar ou outras transações poderá ser utilizado por um profissional no domínio da reestruturação, por uma comissão de credores ou por uma autoridade judicial ou administrativa”.

financiamento intercalar, com o que este ficaria, então, protegido mesmo que o acordo não viesse a ser homologado.

3.1.4. A necessidade de conciliação, quanto às garantias, do disposto no art.

11.º, n.º 1, e no art. 12.º, n.º 2, da Lei n.º 75/2020

Como se disse atrás, o art. 11.º da Lei n.º 75/2020 é semelhante ao art. 17.º-H do CIRE e o art. 12.º, n.º 1, da Lei n.º 75/2020 é o equivalente funcional do art. 120.º, n.º 6, do CIRE. Entre o art. 11.º e o art. 12.º da Lei n.º 75/2020 existe um grau de intersecção ainda maior do que entre aquelas normas aplicáveis ao PER. Numa palavra: o art. 11.º, n.º 1, da Lei n.º 75/2020 apresenta uma regra para as garantias e o art. 12.º, n.º 1, da Lei n.º 75/2020 volta a regular expressamente as garantias.

Da leitura das duas normas resulta que as garantias são *insusceptíveis de impugnação por qualquer meio* com fundamento em prejudicialidade aos credores mas no caso de processo de insolvência só quando a insolvência tenha sido declarada no prazo de dois anos (cfr. art. 11.º, n.º 1, da Lei n.º 75/2020) e que todos os negócios jurídicos, incluídas as garantias, são *insusceptíveis de resolução em benefício da massa* no caso de processo de insolvência mas só quando estejam expressamente previstas no acordo de viabilização (cfr. art. 12.º, n.º 1, da Lei n.º 75/2020).

As diferenças fundamentais entre as duas normas localizam-se, assim, quanto aos meios de impugnação de que são protegidas as garantias e, no caso de processo de insolvência, quanto aos requisitos de que depende a protecção da resolução em benefício da massa (prazo e necessidade de previsão expressa)³⁹.

Tentando uma concordância prática entre as duas regras, dir-se-ia que as garantias são insusceptíveis de impugnação por qualquer meio com fundamento em prejudicialidade aos credores. Porém, dando, como é devido, prevalência à norma especial sobre garantias que configura o art. 11.º,

³⁹ Formalmente, haverá outras diferenças mas estas são irrelevantes no plano substancial e não devem ser valorizadas ou então são meramente aparentes. Por exemplo, a falta de exigência expressa de que as garantias referidas no art. 12.º, n.º 1, da Lei n.º 75/2020 tenham a finalidade de proporcionar à empresa os meios financeiros necessários para o desenvolvimento da sua actividade, como consta do art. 11.º, n.º 1, da Lei n.º 75/2020, não significa que se dispense a exigência. Em ambos os casos devem as garantias estar associadas a créditos que sejam necessários para o desenvolvimento da actividade da empresa, isto é, devem estar associadas a financiamento para a recuperação, seja ele disponibilizado durante o processo (financiamento intercalar) seja ele disponibilizado mais tarde, com vista à boa execução do acordo (novo financiamento).

n.º 1, da Lei n.º 75/2020, dir-se-ia que, no caso do processo de insolvência, as garantias são insusceptíveis de resolução em benefício da massa *apenas quando a insolvência tenha sido declarada no prazo de dois anos*.

Quanto à exigência de previsão expressa no acordo de viabilização, apesar de o art. 11.º, n.º 1, da Lei n.º 75/2020 não o dizer expressamente, a lógica aponta para que ela valha igualmente neste caso⁴⁰.

3.1.5. A necessidade de salvaguarda das causas gerais de invalidade e ineficácia dos negócios

As restrições à protecção do financiamento da resolução em benefício da massa contidas no n.º 2 do art. 12.º da Lei n.º 75/2020 são compreensíveis e, acima de tudo, são necessárias, adequadas e proporcionais⁴¹.

O preceito salvaguarda, precisamente, as situações em que o novo financiamento é utilizado em benefício do financiador ou de entidade com este relacionada.

De facto, nada justifica, por exemplo, que, quando um fornecedor concede um empréstimo à empresa para esta adquirir a mercadoria que aquele lhe vende, o acto de concessão do empréstimo não seja sindicado para efeitos da resolução em benefício da massa; se se verificar que estão reunidos os respectivos requisitos, nomeadamente o da prejudicialidade à massa, deve o empréstimo poder ser resolvido⁴².

Mais flagrante é o caso em que um credor não garantido concede um empréstimo à empresa contra a prestação de uma garantia real para a empresa pagar uma dívida anterior não garantida ao mesmo credor; dada a evidente verificação dos requisitos da resolução em benefício da massa,

⁴⁰ Este é também, como se disse, o entendimento corrente no domínio do regime homólogo do PER e ainda o que resulta da interpretação à luz da Directiva sobre reestruturação e insolvência.

⁴¹ Tem-se defendido a introdução de restrições ao regime das garantias (cfr. CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, cit., p. 469). De facto, se é compreensível que certas operações, por serem essenciais à reestruturação da empresa, sejam subtraídas ao regime da resolução incondicional e até ao regime das presunções de prejudicialidade à massa e de má fé de terceiro, já não é tão compreensível que se mantenham irrestrictamente a salvo, isto é, se mantenham, por exemplo, insusceptíveis de resolução em benefício da massa quando o preenchimento dos respectivos pressupostos é manifesto.

⁴² Pronunciando-se no quadro do PER e inclinando-se para que a prejudicialidade à massa não se verifica em contextos do tipo descrito, NUNO SALAZAR CASANOVA e DAVID SEQUEIRA DINIS (*O Processo Especial de Revitalização – Comentário aos artigos 17.º-A a 17.º-I do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, cit., pp. 178-179).

devem poder ser resolvidos os actos de concessão do empréstimo, de constituição da garantia e de reembolso da dívida não garantida⁴³.

Deve, porém, ir-se mais longe e considerar-se que o preceito tem um alcance mais amplo.

No art. 17.º da Directiva diz-se que o novo financiamento e o financiamento intercalar não podem ser “declarados nulos, anuláveis ou insuscetíveis de execução” [cfr. art. 17.º, n.º 1, al. a), da Directiva]^{44 45} e que os prestadores destes financiamentos “não podem incorrer em responsabilidade civil, administrativa ou penal, com o fundamento de que tais financiamentos são prejudiciais para o conjunto dos credores, *exceto se existirem outros fundamentos previstos na lei nacional*” [cfr. art. 17.º, n.º 1, al. b), da Directiva]⁴⁶.

Explica-se no considerando 67 da Directiva que o regime de protecção não deverá prejudicar os fundamentos gerais da impugnação dos actos, como a fraude, a má fé, um tipo de relação entre as partes que possa ser associado a um conflito de interesses, como no caso de transacções entre partes relacionadas (por exemplo, entre os sócios e a sociedade) ou de transacções em que uma parte recebeu o valor ou a garantia sem ter direito a eles aquando da transacção ou no modo como foi realizada.

Numa interpretação do art. 12.º, n.º 2, da Lei n.º 75/2020 conforme à Directiva sobre reestruturação e insolvência, o regime contido no art. 12.º, n.º 1, da Lei n.º 75/2020 terá, pois, um âmbito de aplicação mais extenso,

⁴³ Referem-se a uma situação semelhante embora em distinto contexto NUNO SALAZAR CASANOVA e DAVID SEQUEIRA DINIS (*O Processo Especial de Revitalização – Comentário aos artigos 17.º-A a 17.º-I do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, cit., p. 178).

⁴⁴ Nos considerandos 66, 67, 68 e 69 da Directiva, que são os relevantes nesta matéria, reduz-se tudo isto à possibilidade de acções de impugnação pauliana.

⁴⁵ Mas é possível exigir, quanto ao novo financiamento, a confirmação do plano de reestruturação por uma autoridade judicial ou administrativa e, quanto ao financiamento intercalar, a sua sujeição a um controlo *ex ante* (cfr. art. 17.º, n.º 2, da Directiva) por um profissional no domínio da reestruturação, por uma comissão de credores ou por uma autoridade administrativa ou judicial (cfr. considerando 68 da Directiva). É ainda possível excluir o financiamento intercalar que seja concedido depois de o devedor ter deixado de ser capaz de pagar as suas dívidas na data de vencimento (cfr. art. 17.º, n.º 3, e considerando 68 da Directiva).

⁴⁶ Uma possível fonte é o art. L650-1 do *Code de Commerce*, onde se dispõe: “[l]orsqu'une procédure de sauvegarde, de redressement judiciaire ou de liquidation judiciaire est ouverte, les créanciers ne peuvent être tenus pour responsables des préjudices subis du fait des concours consentis, sauf les cas de fraude, d'immixtion caractérisée dans la gestion du débiteur ou si les garanties prises en contrepartie de ces concours sont disproportionnées à ceux-ci. Pour le cas où la responsabilité d'un créancier est reconnue, les garanties prises en contrepartie de ses concours peuvent être annulées ou réduites par le juge”.

não prejudicando as causas gerais de nulidade e anulação e de ineficácia dos negócios (má fé, fraude à lei, conflito de interesses e outras).

3.2. Apreciação com atenção ao Direito comparado e à Directiva sobre reestruturação e insolvência

Além das questões que suscita, o regime das garantias ao financiamento do PEVE padece de algumas insuficiências, sobretudo quando se considera o disposto na Directiva sobre reestruturação e insolvência e os dados do Direito comparado.

A primeira insuficiência respeita ao alcance material.

Por um lado, a medida não disponibiliza uma protecção completa ao financiamento para a recuperação disponibilizado pelos sócios e por outras pessoas especialmente relacionadas. Tal como resulta do art. 3.º da Lei n.º 75/2020 para o regime do PER, a cobertura do financiamento dos sócios e outras pessoas especialmente relacionadas está limitada ao privilégio creditório previsto no n.º 2 do art. 11.º da Lei n.º 75/2020 e não vale para a garantia de manutenção referida no n.º 1 da norma⁴⁷.

Por outro lado, não são objecto expresso de protecção as prestações de natureza não financeira.

Pode sustentar-se, – sustenta-se apesar de tudo –, que elas estão abrangidas⁴⁸.

São conhecidos os argumentos que militam a favor desta extensão, designadamente o de que a necessidade invariável de recurso ao financiamento para a empresa assegurar a força de trabalho ou adquirir matéria-prima é uma solução ineficiente e, seguramente, menos eficiente do que a de admitir-se estas prestações a crédito com a atribuição das mesmas garantias das prestações financeiras.

A ideia é reforçada agora pelo disposto no art. 12.º, n.º 2, da Lei n.º 75/2020: o crédito só desfruta das garantias legais se não for usado pela

⁴⁷ Isto não significa, apesar de tudo, que as garantias convencionadas a favor destes sujeitos cessem se a insolvência vier a ser declarada naquele prazo de dois anos; significa apenas que elas não estão protegidas. Cfr., no sentido daquela cessação, LUIZ MIGUEL PESTANA DE VASCONCELOS, "O novo processo extraordinário de viabilização de empresas (PEVE). Análise e proposta de reforma", cit., p. 2127.

⁴⁸ Defende-se a extensão no quadro do art. 17.º-H do CIRE. Cfr. CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, cit., pp. 464-464. Cfr. ainda, no sentido da extensão mas circunscrita ao disposto no art. 17.º-H, n.º 1, do CIRE (i.e., entendendo que a extensão não deve ser feita no que toca ao disposto no art. 17.º-H, n.º 2, do CIRE), ANA MARIA PERALTA, "Os 'novos créditos' no PER e no SIREVE; conceito e regime", cit., pp. 299-300, e pp. 305-306.

empresa em proveito do credor ou de entidade que com este esteja especialmente relacionada, o que significa que um empréstimo concedido, por exemplo, por um fornecedor com o fim de a empresa adquirir, depois, a este determinada mercadoria não tem aquelas garantias.

Evidentemente, a solução não é inédita. O legislador francês, por exemplo, estendeu expressamente o *privilège de la conciliation* às pessoas que, no quadro de um acordo homologado, forneçam novos bens ou serviços com vista a assegurar a continuação da actividade da empresa pelo preço dos bens ou serviços fornecidos⁴⁹.

Olhando, mais uma vez, para a Directiva sobre reestruturação e insolvença, verifica-se que aí se propugna que a assistência financeira seja entendida em sentido lato, no sentido de que abrange tanto a disponibilização de fundos ou garantias de terceiros como o fornecimento de existências, mercadorias, matérias-primas e serviços essenciais, por exemplo através da concessão ao devedor de um prazo de reembolso mais longo (cfr. considerando 66 da Directiva). Em coerência, no art. 18.º da Directiva, prevê-se para (certas) prestações não financeiras – as transacções que sejam razoáveis e imediatamente necessárias para a negociação do plano (por exemplo, o pagamento dos salários dos trabalhadores por trabalho já executado) e as transacções que sejam razoáveis e imediatamente necessárias para a execução do plano – uma protecção do mesmo tipo da das prestações financeiras⁵⁰.

⁴⁹ Cfr. art. L611-11 (1) do *Code de Commerce*.

⁵⁰ As prestações não financeiras contempladas são de dois tipos: as “transacções que sejam razoáveis e imediatamente necessárias para a negociação de um plano de reestruturação” e as “transacções que sejam razoáveis e imediatamente necessárias para a execução de um plano de reestruturação e efetuadas de acordo com o plano de reestruturação confirmado por uma autoridade judicial ou administrativa”. Em caso de insolvença posterior do devedor, não devem estas prestações ser “declaradas nulas, anuláveis ou insuscetíveis de execução com o fundamento de que são prejudiciais para o conjunto dos credores exceto se existirem outros fundamentos previstos no direito nacional” (cfr. art. 18.º, n.ºs 1 e 5, da Directiva). No que respeita às transacções imediatamente necessárias para a negociação do plano, prevê-se, da mesma forma que para o novo financiamento e o financiamento intercalar, a possibilidade de fazer depender a sua protecção da confirmação do plano por uma autoridade judicial ou administrativa ou da sujeição das próprias transacções a um controlo *ex ante* (cfr. art. 18.º, n.º 2, e considerando 68 da Directiva) e de excluir as transacções efectuadas depois de o devedor ter deixado de ser capaz de pagar as suas dívidas na data de vencimento (cfr. art. 18.º, n.º 3, e considerando 68 da Directiva). Revestem a qualidade de transacções imediatamente necessárias para a negociação do plano, pelo menos, as seguintes transacções: o pagamento de honorários e custos da negociação, adopção ou confirmação de um plano de reestruturação; o pagamento de honorários e custos do aconselhamento profissional estreitamente associado à reestruturação; o pagamento dos salários dos trabalhadores por trabalho já executado; quaisquer pagamentos e desembol-

Apesar da letra da lei, é razoável, pois, sustentar, que estão igualmente abrangidas as prestações não financeiras. Atendendo, contudo, a que esta não é uma posição controversa, seria conveniente que isso resultasse claramente da lei.

A segunda insuficiência reside na fragilidade da garantia legal prevista no art. 11.º, n.º 1, da Lei n.º 75/2020. Esta é a crítica que se vem fazendo ao regime desde que ele existe⁵¹.

Numa palavra: entende-se que a garantia legal atribuída tanto no art. 17.º-H, n.º 2, do CIRE como, agora, no art. 11.º, n.º 1, da Lei n.º 75/2020, não basta para estimular os sujeitos a contribuírem seja com meios financeiros seja com outros⁵². No caso de processo de insolvência, ela confere aos beneficiários a posição de (meros) credores da insolvência e, dentro desta, a posição de (meros) credores privilegiados. Nos demais casos, ela confere a titularidade de um (mero) privilégio creditório geral⁵³.

A verdade é que, como o Direito comparado ilustra, existem outras opções, mais fortes e mais completas, como a de classificar os créditos, na eventualidade de processo de insolvência, como créditos sobre a massa insolvente.

Em Espanha, o financiamento que seja disponibilizado no quadro de um *acuerdo de refinanciación* será classificado, no eventual processo de insolvência subsequente, como crédito sobre a massa em 50% do seu montante e como crédito com privilégio geral na parte restante⁵⁴.

sos efetuados no decurso normal da atividade, com excepção dos anteriores (cfr. art. 18.º, n.º 4, e considerando 69 da Directiva).

⁵¹ Cfr. CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, cit., p. 469.

⁵² Cfr., seguindo esta crítica, entre outros, JORGE MORAIS CARVALHO/MARIA JERÓNIMO, "As garantias dos novos financiamentos", cit., pp. 287-288 e 290, e MADALENA PERESTRELO DE OLIVEIRA, "Financiamento para reestruturação e financiamento intercalar", cit., pp. 272-273. Em contrapartida, NUNO SALAZAR CASANOVA/DAVID SEQUEIRA DINIS (*O Processo Especial de Revitalização – Comentário aos artigos 17.º-A a 17.º-I do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas*, cit., p. 184) manifestam-se no sentido da suficiência do incentivo. Alegam, entre outras coisas, os autores que é concedido aos credores uma garantia que só a lei pode conceder. Sucede, porém, que, na hipótese de processo de insolvência, é bem mais vantajoso um crédito sobre a massa insolvente do que um crédito sobre a insolvência privilegiado.

⁵³ É dispensável lembrar a (maior) fragilidade dos privilégios creditórios gerais derivada da ausência de direito de sequela, que justifica a recusa generalizada da sua classificação como *iure in re* e a sua desvalorização tanto no âmbito do concurso de credores (cfr. arts. 788.º, n.º 4, e 798.º, n.º 3, do CPC) como no âmbito do processo de insolvência [cfr. art. 47.º, n.º 4, al. a), do CIRE].

⁵⁴ Cfr. arts. 704.1 e 280 (6.º) da *Ley Concursal (Texto Refundido)*.

Em Itália, os créditos resultantes do financiamento disponibilizado para a reestruturação no âmbito do *concordato preventivo* e do *accordo di ristrutturazione* são créditos sobre a massa (*crediti prededucibili*)⁵⁵.

Em França, o financiamento concedido no quadro da *procédure de conciliation* tem o *privilège de la conciliation*, o que lhe garante o pagamento com prioridade sobre todos os outros créditos, com exceção dos créditos laborais e dos relativos às custas judiciais (que têm um super-privilégio)⁵⁶.

Na Directiva sobre reestruturação e insolvência é bem sublinhada a necessidade de os Estados-membros adoptarem soluções eficazes neste domínio. Prevê-se a atribuição a estes credores de direito a prioridade no pagamento, no âmbito de processos de insolvência posteriores, em relação a outros credores que, de outro modo, teriam créditos iguais ou superiores (cfr. art. 17.º, n.º 4, da Directiva). Explica-se que a protecção contra as acções de impugnação pauliana e a responsabilidade pessoal constituem garantias mínimas e que o estímulo aos novos prestadores para assumirem o risco acrescido de investir num devedor viável com dificuldades financeiras pode exigir mais incentivos, por exemplo, dar prioridade a esse financiamento sobre, pelo menos, os créditos não garantidos em processos de insolvência posteriores (cfr. considerando 68 da Directiva).

4. Medidas dirigidas à redução da iliquidez ou à reposição da liquidez na economia

Além da promoção do financiamento nos termos descritos, o legislador adoptou, como se disse, um segundo grupo de medidas, vocacionadas para a redução da iliquidez na economia.

4.1. Rateios parciais obrigatórios no processo de insolvência

Nos termos art. 16.º da Lei n.º 75/2020, passa a ser temporariamente obrigatória a realização de rateios parciais das quantias depositadas à ordem da massa insolvente, quando se verifiquem determinadas condições.

O regime constitui um desvio às regras estabelecidas no art. 178.º, n.ºs 1 e 2, do CIRE, flexibilizando, por um lado, o montante das quantias em depósito exigível para a realização do rateio e limitando, por outro lado, a

⁵⁵ Cfr. art. 182-*quater*, 1 e 2, da *Legge Fallimentare*.

⁵⁶ Cfr. art. L611-11 (1) do *Code de Commerce*.

necessidade de uma autorização judicial aos casos em que existe oposição da comissão dos credores ou dos credores ou discordância do juiz relativamente ao plano ou ao mapa do rateio⁵⁷.

São três e cumulativas as condições da obrigatoriedade destes rateios.

A primeira condição é a de que tenha transitado em julgado a sentença declaratória da insolvência e o processo tenha prosseguido para liquidação do activo pela forma prevista nos arts. 156.º e s. do CIRE [cfr. art. 16.º, n.º 1, al. a), da Lei n.º 75/2020].

A segunda é a de que esteja esgotado o prazo de impugnação da relação de credores previsto no art. 130.º do CIRE sem que nenhuma impugnação tenha sido deduzida, ou, tendo sido deduzida alguma impugnação, a impugnação em causa esteja decidida, seja nos termos do disposto no n.º 3 do art. 131.º do CIRE (procedência da impugnação por falta de resposta à mesma), seja por decisão judicial, aplicando-se o disposto no n.º 1 do art. 180.º do CIRE caso a decisão não seja definitiva⁵⁸ [cfr. art. 16.º, n.º 1, al. b), da Lei n.º 75/2020].

A terceira e última condição é a de que as quantias depositadas à ordem da massa insolvente sejam iguais ou superiores a € 10 000,00 e a respectiva titularidade não seja controvertida [cfr. art. 16.º, n.º 1, al. c), da Lei n.º 75/2020].

O procedimento a adoptar nestes casos é simples.

O administrador da insolvência elabora o mapa de rateio, sendo o mesmo imediatamente publicado pela secretaria na área dos Serviços Digitais dos Tribunais, dispondo tanto a comissão de credores, caso tenha sido nomeada, como os credores do prazo de quinze dias, contados desde a data da publicação, para se pronunciarem sobre o mesmo (cfr. art. 16.º, n.º 2, da Lei n.º 75/2020).

Caso não seja deduzida oposição fundamentada, nem o juiz manifeste, em dez dias, a sua discordância com o mesmo, o mapa de rateio torna-se definitivo, devendo o administrador da insolvência proceder, de imediato, ao pagamento aos credores, acautelando o pagamento integral das dívidas

⁵⁷ Desde logo, segundo o art. 178.º do CIRE, a realização de rateios parciais é uma mera possibilidade. Depois, e sobretudo, exige-se que o montante das quantias em depósito assegure uma distribuição não inferior a 5% do valor dos créditos privilegiados, comuns ou subordinados (cfr. art. 178.º, n.º 1, do CIRE) e que o juiz decida, em qualquer caso, sobre os pagamentos que considera justificados (cfr. art. 178.º, n.º 2, do CIRE). Regista-se ainda a ausência da exigência de que o mapa de rateio seja apresentado ao juiz com o parecer da comissão de credores, quando esta exista (cfr. art. 178.º, n.º 1, do CIRE).

⁵⁸ Quer isto dizer que estes créditos são atendidos pelo valor mais elevado que puder resultar daquela decisão mas não são pagos.

da massa insolvente e com respeito pelo previsto nos arts. 180.º e 181.º do CIRE (cfr. art. 16.º, n.º 3, da Lei n.º 75/2020).

Esta remissão implica que, havendo recurso da sentença de verificação e graduação de créditos ou protesto por acção pendente, os créditos que sejam objecto do recurso ou que sejam dos autores do protesto são atendidos pelo montante máximo que puder resultar da decisão definitiva mas não são pagos enquanto não for proferida a decisão definitiva no recurso ou na acção⁵⁹ e que os créditos sob condição suspensiva são atendidos pelo seu valor nominal mas também não são pagos.

Caso seja deduzida oposição fundamentada pela comissão de credores, por qualquer credor ou manifestada discordância pelo juiz, cabe a este decidir os pagamentos que considere justificados (cfr. art. 16.º, n.º 4, da Lei n.º 75/2020).

4.2. Prioridade dos requerimentos para liberação de cauções e garantias

O art. 17.º determina-se que os requerimentos de liberação de cauções e garantias no processo de insolvência, no PER e no PEAP tramitam com prioridade sobre outros requerimentos.

Tal como a medida anterior, o objectivo é impedir que determinadas quantias fiquem injustificadamente retidas no âmbito dos referidos processos ou, pela positiva, assegurar que são mais rapidamente atribuídas a quem a elas tem direito.

A oportunidade da medida pode ser ilustrada através de um exemplo. Imagine-se a prestação de uma caução (retenção em garantia) constituída a favor do dono da obra para garantia do exacto e pontual cumprimento das obrigações contratuais pelo empreiteiro. O direito à entrega das quantias retidas ao empreiteiro configura um crédito sob condição suspensiva. Mas, tendo havido cumprimento por parte do empreiteiro, verificou-se a condição e o crédito é exigível. Não há razão para o empreiteiro não reaver rapidamente aquilo a que tem direito.

4.3. Apreciação das medidas com atenção ao Direito comparado

Ambas as medidas são bem-intencionadas, apresentando, em abstracto, uma relação com o fim a que se destinam.

⁵⁹ Não parece, assim, que o art. 16.º da Lei n.º 75/2020 ponha em causa a regra estabelecida no art. 173.º do CIRE, que determina que só são pagos os créditos reconhecidos por sentença transitada em julgado.

A primeira medida significa que, reunidas determinadas condições, o administrador está constituído no dever de realizar rateios parciais no processo de insolvência independentemente do proferimento da sentença de verificação e graduação de créditos.

Pode acontecer, de facto, que a lista de credores reconhecidos apresentada pelo administrador da insolvência não seja impugnada, caso em que, em princípio, é de imediato proferida uma sentença de verificação e graduação de créditos *stricto sensu*⁶⁰ (cfr. art. 130.º, n.º 3, do CIRE). Mas o mais frequente é serem deduzidas impugnações. Nestas hipóteses, para haja obrigatoriedade de realização do rateio, é preciso ou é suficiente, consoante as perspectivas, que as impugnações tenham sido julgadas procedentes por efeito da falta de resposta (cfr. art. 131.º, n.º 3, do CIRE) ou que tenham sido judicialmente decididas, ainda que não definitivamente (cfr. arts. 136.º e 140.º do CIRE).

Por um lado, é possível dizer que a medida fica aquém daquilo que era necessário – que é insuficiente, portanto. A circunstância de a operação estar condicionada à prolação de uma decisão judicial (que, em regra, tarda a ser proferida) e de ser aplicável a salvaguarda contida no art. 180.º, n.º 1, do CIRE (impondo que os créditos cuja impugnação ainda foi objecto de decisão judicial definitiva sejam atendidos mas não pagos) não facilita muito o objectivo de acelerar a libertação do produto da liquidação dos bens e a sua distribuição pelos credores.

Mas, por outro lado, é possível criticar o seu carácter excessivamente “liberal” e dizer que, tornando dispensáveis, para a realização de rateios parciais, a sentença final de verificação e graduação de créditos e a autorização do juiz sobre os pagamentos a efectuar, ela propicia os pagamentos indevidos, o que é contrário à segurança jurídica⁶¹.

⁶⁰ A prolação da sentença de verificação e graduação de créditos *stricto sensu* tem lugar numa de duas circunstâncias. A primeira é a de não existirem impugnações: a sentença de verificação e graduação dos créditos é, em princípio, proferida imediatamente (cfr. art. 130.º, n.º 3, do CIRE). A segunda é a de existirem impugnações: a sentença de verificação e graduação dos créditos é proferida finda a audiência de discussão e julgamento (cfr. art. 140.º, n.º 1, do CIRE). Isto não significa que, entretanto, não possa haver decisão judicial de reconhecimento de créditos com forma e valor de sentença: antes da audiência de discussão e julgamento, os créditos incluídos na lista e não impugnados podem ser logo reconhecidos e o mesmo vale, na tentativa de conciliação, para os créditos que mereçam a aprovação de todos os presentes e, concluída a tentativa de conciliação, para os créditos que possam ser reconhecidos face aos elementos de prova contidos nos autos (cfr. art. 136.º, n.ºs 1, 2, 5 e 6, do CIRE).

⁶¹ No parecer apresentado no contexto dos trabalhos preparatórios da Lei n.º 75/2020, a Associação Portuguesa de Administradores Judiciais sustentou que “[a] inexistência de uma sentença que defina quais os créditos a pagar e a ordem de pagamento, caso

Quanto à prioridade na tramitação de requerimentos para liberação de cauções e garantias, há que ter presente que a prioridade de uns é sempre a postergação de outros. Merecem estes requerimentos ser decididos com o sacrifício dos outros? A dúvida é, por conseguinte, quanto à proporcionalidade da medida.

Olhando para Espanha, verifica-se que teria sido possível ao legislador português conceber mais medidas e de medidas distintas se tivesse adoptado uma perspectiva mais ampla (*inter e intra-processual*).

O legislador espanhol interveio, fundamentalmente, em três planos.

Em primeiro lugar, limitou o alcance das impugnações: até 14 de Março de 2022, os incidentes respeitantes à impugnação do inventário e da lista de credores não envolverão a realização de audiência, salvo quando o juiz o considere necessário⁶².

Em segundo lugar, estabeleceu que, até 14 de Março de 2021, deve respeitar-se uma ordem de preferências na tramitação, em que aparecem à cabeça os incidentes do processo de insolvência em matéria laboral, as operações destinadas à alienação de unidades produtivas ou à venda unitária dos elementos do activo e a proposta de plano de recuperação (*convenio*) ou de modificação do plano em execução e os incidentes de oposição à homologação judicial do plano⁶³.

Por fim, acelerou a liquidação do activo: em todos os processos de insolvência abertos até 14 de Março de 2021, a alienação dos bens e

existam privilégios e garantias, poderá traduzir-se em pagamentos indevidos, com um consequente aumento na litigância, potenciando a morosidade no encerramento do processo de insolvência”, concluindo que “os rateios parciais obrigatórios deverão ocorrer sempre após ser proferida sentença de verificação e graduação de créditos transitada em julgado e com autorização do juiz”.

⁶² Cfr. art. 8 da *Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia*.

⁶³ No art. 9 da *Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia* dispõe-se, mais precisamente, que até 14 de Março de 2021, terão prioridade na tramitação, sucessivamente: os incidentes do processo de insolvência em matéria laboral; as operações destinadas à alienação de unidades produtivas ou à venda unitária dos elementos do activo; a proposta de plano e recuperação (*convenio*) ou de modificação do plano em execução, bem como os incidentes de oposição à homologação judicial do plano; os incidentes do processo de insolvência relacionados com a apreensão de bens para a massa; a admissibilidade do requerimento de homologação do acordo de reestruturação (*acuerdo de refinanciación*) ou de modificação do acordo que esteja em execução; a adopção de medidas cautelares e, em geral, de quaisquer outras que o juiz entenda serem susceptíveis de contribuir para a preservação dos bens e direitos em causa; o processo de insolvência de pessoa singular em situação de insolvência em que haja insuficiência da massa e impossibilidade de apresentar plano de pagamentos, em certas condições; e, por fim, o pedido de exoneração do passivo restante.

direitos pode realizar-se ou por leilão judicial ou extrajudicial ou por qualquer outra forma legalmente prevista, com preferência pelos meios telemáticos⁶⁴.

Atendendo a este e aos outros exemplos de Direito comparado, bem como à Directiva sobre reestruturação e insolvência, fica-se com a impressão de que o legislador português teria podido escolher meios mais aptos para atingir os fins que definiu.

⁶⁴ Cfr. art. 10 da *Ley 3/2020, de 18 de septiembre, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia*.

RESUMO: Neste trabalho o autor reflete sobre a parte do Guia relacionada às deliberações dos sócios. Para o efeito, compara as recomendações contidas no referido Guia e a Lei portuguesa sobre a qual são formuladas, com a legislação espanhola na matéria. Na sua opinião, as duas recomendações feitas pelo Guia nesta área são muito lógicas e razoáveis; de modo que o seu cumprimento pelas sociedades por quotas será muito bom para a adoção de deliberações neste tipo de sociedades. E a isso acrescenta, dado seu estatuto de jurista espanhol, o exemplo oferecido pela lei portuguesa nesta matéria, ao incluir expressamente procedimentos mais flexíveis para a adoção de deliberações do que os previstos na lei espanhola.

Palavras-chave: deliberações dos sócios; sociedades por quotas; recomendações.

ABSTRACT: In this work the author analyzes the part of the Guide related to the agreements adopted by the companies "por quotas". For this, he compares the recommendations contained in said Guide and the Portuguese Law on which they are formulated, with the Spanish Law on the matter. In his opinion, the two recommendations made by the Guide on this ambit are very logical and reasonable; which is why its compliance by companies por quotas will be very good for them. And to the above, he adds, given his status as a Spanish jurist, the example offered by Portuguese company law in this matter, which expressly includes more flexible procedures for the adoption of agreements than those provided for in Spanish Law.

Keywords: partnership agreements: companies "por quotas"; recommendations.

LUIS MARÍA MIRANDA SERRANO*

As deliberações dos sócios: recomendações do Guia de Boas Práticas nas PME-sociedades por quotas¹

RESUMO: 1. Gratidão. 2. Relevância do Guia de Boas Práticas das Sociedades por Quotas 3. Objeto da minha intervenção: As deliberações dos sócios. 3.1. Considerações preliminares: A recomendação feita pelo Guia neste assunto. 3.2. Sobre a admissão expressa do Direito português da possibilidade de adotar deliberações

* Catedrático de Direito Mercantil, Universidad de Córdoba (España)

¹ Este trabalho foi financiado pelo Ministério da Economia, Indústria e Competitividade, no âmbito do projeto de investigação DER2017-85652-P, e constitui a minha intervenção no Colóquio sobre o "Guia de Boas Práticas nas PME-Sociedades por quotas", organizado pelo Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e realizado nesta cidade a 12 de novembro de 2020.

fora da assembleia geral convocada ou universal e sua comparação com o Direito espanhol. 3.3. Sobre a recomendação de que, tanto quando possível, as deliberações sejam adotadas em assembleia geral ou universal. 3.4. Sobre a conveniência de não dizer que as deliberações são aprovadas por unanimidade na assembleia, quando nenhuma assembleia foi realizada, nem convocada nem universal. 4. Considerações Finais. 5. Bibliografia

1. Gratidão

As minhas primeiras palavras neste ato devem expressar um duplo sentimento de gratidão e satisfação².

A minha gratidão vai principalmente para os organizadores deste evento por me terem convidado a participar. Nomeadamente, ao senhor Professor Jorge Coutinho de Abreu, cujo prestígio como jurista é bem conhecido dentro e fora de Portugal. Mas também quero estender os meus agradecimentos aos senhores Professores Alexandre Soveral, Carolina Cunha e Rui Dias que, juntamente com o senhor Professor Coutinho, são os autores do Guia em torno do qual estamos reunidos.

A minha satisfação vem de poder partilhar este dia convosco, organizadores e participantes deste encontro científico que me parece de grande interesse pelos motivos que explicarei adiante.

É verdade que teria sido muito melhor poder ir pessoalmente à bela cidade de Coimbra e ter um encontro presencial. Mas as circunstâncias adversas que estamos a enfrentar devido à pandemia de *Covid-19* forçaram-me a fazê-lo online, o que, afinal, também é uma forma de encontro pessoal.

2. Relevância do Guia de Boas Práticas das Sociedades por quotas

O assunto sobre o qual este evento gira parece-me de grande interesse por duas razões principais que se encontram no Preâmbulo do Guia de Boas Práticas das Sociedades por quotas, que é aqui objeto de comentário:

- 1.ª A primeira é que em Portugal, tal como em Espanha, a sociedade por quotas é a forma societária escolhida principalmente pelos

² Embora eu não fale português, quero que minha intervenção seja nesta linda língua. Para isso é que preparei um pequeno texto com o pedido de que todos me desculpem pelos muitos erros que vou cometer. Para mim, a única coisa importante é que todos me possam entender, pelo menos na sua essência. Com isso estarei satisfeito.

particulares para a constituição de uma empresa, dada a sua utilidade para dar cobertura jurídica às pequenas e médias empresas; em comparação com a sociedade anónima, que é uma forma de sociedade mais adequada para as grandes empresas.

- 2.^a A segunda é que, apesar da frequente constituição de sociedades por quotas, não existia em Portugal (também não em Espanha) um Código de Boas Práticas que orientasse o comportamento neste tipo de sociedades; uma vez que tanto nacional como internacionalmente estes Guias ou Códigos destinam-se principalmente a sociedades anónimas, em especial das cotadas.

Parece-me, pois, muito oportuno que no Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra se tenha elaborado um texto como o que aqui estamos a debater. Talvez este exemplo possa levar outros países vizinhos (e, entre eles, a minha própria Espanha) a trabalhar no mesmo sentido, elaborando um Código de boas práticas semelhante a este.

3. Objeto da minha intervenção: As deliberações dos sócios

3.1. Considerações preliminares: A recomendação feita pelo Guia neste assunto

Especificamente, é minha responsabilidade neste evento comentar as deliberações dos sócios. Como indica o Guia, o Direito português das sociedades permite que as deliberações sejam adotadas em quatro procedimentos diferentes nas sociedades por quotas pluripessoais:

- 1.^º O primeiro consiste em aprovar as referidas deliberações em assembleia geral devidamente convocada.
- 2.^º O segundo é adotar as deliberações em assembleia universal ou totalitária, que é aquela em que todos os sócios estejam presentes e todos eles concordem por unanimidade sobre a constituição da assembleia.
- 3.^º O terceiro consiste na adoção as deliberações unânimes por escrito, em documento assinado por todos os sócios.
- 4.^º E o quarto e último é a de adotar as deliberações por voto escrito.

Nas sociedades unipessoais, a competência da assembleia geral é exercida por decisão do sócio único, que deve constar da ata por ele assinada.

A recomendação feita sobre este assunto pelos autores do Guia é a seguinte: Por um lado, recomenda-se que, na medida do possível, os sócios adotem deliberações em assembleia geral, convocada ou universal, aproveitando as potencialidades da colegialidade. Por outro lado, recomenda-se que quando todos os sócios concordam com uma determinada decisão, mas sem que seja tomada em assembleia, a mesma deve ser registrada como decisão unânime por escrito, e não como decisão tomada por unanimidade em assembleia geral (inexistente).

Relativamente ao tratamento que o Guia dá a este assunto, tenho de fazer os esclarecimentos que exponho abaixo.

3.2. Sobre a admissão expressa do Direito português da possibilidade de adotar deliberações fora da assembleia geral convocada ou universal e sua comparação com o Direito espanhol

O primeiro refere-se à forma como o Direito das sociedades português regula esta matéria no artigo 247 (“Formas de deliberação”) do Código das Sociedades Comerciais, que estabelece o que se segue:

- “1. Além de deliberações tomadas nos termos do artigo 54.º, os sócios podem tomar deliberações por voto escrito e deliberações em assembleia geral.*
- 2. Não havendo disposição de lei ou cláusula contratual que o proíba, é lícito aos sócios acordar, nos termos dos números seguintes, que a deliberação seja tomada por voto escrito.*
- 3. A consulta dirigida aos sócios pelos gerentes para os efeitos previstos na parte final do número anterior deve ser feita por carta registada, em que se indicará o objeto da deliberação a tomar e se avisará o destinatário de que a falta de resposta dentro dos 15 dias seguintes à expedição da carta será tida como assentimento à dispensa da assembleia.*
- 4. Quando, em conformidade com o número anterior, se possa proceder a votação por escrito, o gerente enviará a todos os sócios a proposta concreta de deliberação, acompanhada pelos elementos necessários para a esclarecer, e fixará para o voto prazo não inferior a 10 dias.*
- 5. O voto escrito deve identificar a proposta e conter a aprovação ou rejeição desta; qualquer modificação da proposta ou condicionamento do voto implica rejeição da proposta.*
- 6. O gerente lavrará ata, em que mencionará a verificação das circunstâncias que permitem a deliberação por voto escrito, transcreverá a proposta e o voto de cada sócio, declarará a deliberação tomada e enviará cópia desta ata a todos os sócios.*

7. A deliberação considera-se tomada no dia em que for recebida a última resposta ou no fim do prazo marcado, caso algum sócio não responda.

8. Não pode ser tomada deliberação por voto escrito quando algum sócio esteja impedido de votar, em geral ou no caso de espécie".

Na minha opinião, o Direito das sociedades português é mais correto do que o Direito espanhol nesta matéria. Eu tenho de me explicar:

Em princípio, o Direito espanhol não admite expressamente que as deliberações em sociedades por quotas sejam adotadas fora de assembleia geral, convocada ou universal³. Isso explica porque vários registradores expressaram sua opinião contrária à legalidade das cláusulas dos Estatutos que permitem a adoção das deliberações por escrito e sem assembleia. Para isso, esses registradores usaram vários argumentos: 1º) Em primeiro lugar, a natureza deliberativa da assembleia. 2º) Em segundo lugar, os princípios do tipo social. 3º) E, em terceiro lugar, a falta de previsão expressa deste mecanismo na lei⁴.

O primeiro argumento, do meu ponto de vista, não é determinante. Embora seja verdade que a assembleia é um órgão "deliberativo", ninguém pode obrigar os sócios a deliberar antes de adotarem uma deliberação em sentido próprio (*acuerdo*). Deliberar é responsabilidade da assembleia, mas não é uma obrigação deste órgão. Caso contrário, os registradores deveriam verificar a existência de deliberação prévia (da assembleia) para efetuarem o registo de qualquer *acuerdo*, o que, porém, não ocorre porque deliberar não é uma exigência legal para a válida adoção de um *acuerdo*⁵.

³ É verdade que nem sempre foi assim. A primeira lei espanhola das "sociedades limitadas" de 1953 previa no seu artigo 14 que "*la voluntad de los socios, expresada por mayoría, regirá la vida de la sociedad. Cuando el número de socios exceda de quince, o cuando así lo exija la escritura, la mayoría habrá de formarse necesariamente en Junta General. En otro caso, el acuerdo social podrá adoptarse por correspondencia postal o telegráfica, o por cualquier otro procedimiento que garantice (...) la autenticidad de la voluntad declarada*". Em coerência com o referido preceito, o artigo 15 da mesma lei estabeleceu que "*los acuerdos sociales, hayan sido o no adoptados en junta general de socios*", podem ser contestados nos mesmos termos que as deliberações em assembleia geral; *v. em relação a este assunto: BARBA DE VEGA, J.D., "La adopción de acuerdos por escrito en las sociedades de responsabilidad limitada", Revista de Derecho Mercantil*, núm. 147-148, 1978, págs. 51 y ss.

⁴ V. mais informações em MALDONADO, J., "La junta de socios por escrito y sin sesión", disponível em <https://almacendederecho.org>; ALFARO, J., "El carácter necesario de la junta y su celebración por escrito y sin sesión" disponível em <https://almacendederecho.org>; JORQUERA GARCÍA, L., "Cláusula estatutaria para celebrar juntas de socios por escrito y sin sesión", disponível em <https://www.notariosy registradores.com>.

⁵ *Ibídem*

O segundo argumento, relativo aos princípios que constituem o tipo social, também não é decisivo. Não existe um princípio configurador da sociedade por quotas que imponha que as deliberações sociais sejam adotadas apenas quando os sócios coincidem no mesmo lugar e época⁶.

Como indiquei anteriormente, o terceiro argumento refere-se à falta de disposição expressa da lei. Na minha opinião, também não é um argumento fundamental. Embora a adoção das deliberações por escrito não esteja expressamente prevista na lei, não podemos esquecer que agimos no domínio da autonomia privada e do Direito dos contratos em geral. Consequentemente, garantida a unanimidade dos sócios, não se comprehende que interesse legítimo justificaria semelhante restrição da autonomia privada⁷.

Por outro lado, a admissão da assembleia universal justifica que, embora não existam disposições estatutárias, a celebração da assembleia pode ser omitida se todos os sócios concordarem com o procedimento escrito para a adoção das deliberações. Além disso, a admissão expressa na lei espanhola da adoção de deliberações sem reunião do conselho de administração, desde que nenhum dos conselheiros se oponha a este procedimento, pode ser transferida para a assembleia, com o resultado interpretativo de que quando todos os sócios estão de acordo com o procedimento escrito não é necessário tomar deliberações em assembleia⁸.

Por consequência, nada impede que o regime da adoção de deliberações por escrito e sem sessão (expressamente previsto na legislação espanhola para o conselho de administração da sociedade anónima) seja aplicado de forma análoga às assembleias, tanto nas sociedades anónimas como nas sociedades por quotas.

A Resolução da Direcção-Geral de Registros e do Notariado de 8 de janeiro de 2018 pronuncia-se neste sentido, uma vez que admite a adoção de deliberações sem reunião física dos sócios⁹. Também interessa, entre

⁶ *Ibídem*

⁷ *Ibídem*

⁸ ALFARO, J., "El carácter necesario de la junta y su celebración por escrito...", *cit. supra*.

⁹ Especificamente, a cláusula estatutária cuja validade foi questionada pelo Registrador é o seguinte: "1. Los socios podrán emitir su voto sobre las propuestas contenidas en el Orden del Día de la convocatoria de una Junta general de socios remitiendo, antes de su celebración, por medios físicos o telemáticos, un escrito conteniendo su voto. En el escrito del voto a distancia el socio deberá manifestar el sentido de su voto separadamente sobre cada uno de los puntos o asuntos comprendidos en el Orden del Día de la Junta de que se trate. Caso de no hacerlo sobre alguno o algunos se entenderá que se abstiene en relación con ellos. 2. Si existiere el área de socios dentro de la Web Corporativa, el voto podrá ejercitarse por el socio mediante el depósito en la misma, utilizando su clave personal, del documento en formato electrónico en el que lo contenga

outras, a Resolução de 19 de novembro de 2020, da Direcção-Geral de Segurança Jurídica e Fé Pública, no recurso interposto contra a recusa do Registro Comercial de Cádiz¹⁰.

Além disso, isso é demonstrado pelo facto de que, na prática empresarial espanhola, temos casos em que algumas cláusulas do estatuto preveem a adoção das deliberações por escrito e sem sessão, e as referidas cláusulas acederam ao registo. De acordo com essas cláusulas, para que este sistema de adoção de deliberações seja aplicável, é necessário que todos os sócios o aceitem expressamente¹¹.

o por su manifestación de voluntad expresada de otra forma a través de dicha área. 3.-También será válido el voto ejercitado por el socio por medio de escrito físico o electrónico firmado por el socio. 4.- El voto anticipado deberá recibirse por la sociedad con un mínimo de 24 horas de antelación a la hora fijada para el comienzo de la Junta. Hasta ese momento el voto podrá revocarse o modificarse. Transcurrido el mismo, el voto anticipado emitido a distancia sólo podrá dejarse sin efecto por la presencia personal o telemática del socio en la Junta".

¹⁰ V. Diário Oficial do Estado (BOE), número 319, de 7 de dezembro de 2020, onde é indicado: "En los supuestos en que sea admitida por vía estatutaria la adopción de acuerdos por escrito y sin sesión con valor de acuerdos adoptados de junta general no habría inconveniente en que se adoptaran de ese modo manteniendo la validez de tales acuerdos, aunque no se hubieran cumplido los requisitos de convocatoria previstos en la ley y en los estatutos, siempre que –también por la misma vía escrita o, en su caso, suplida esta por la presencia del socio de que se trate– todos los socios acuerden por unanimidad la adopción de tales acuerdos por escrito y sin reunión así como con aceptación unánime del orden del día. Lo que ocurre es que en el presente caso (y aunque por hipótesis hubiera existido dicha habilitación estatutaria) lo cierto es que existe una inequívoca oposición por parte de dos de los tres socios –expresada en el acta notarial– a que se adoptaran los acuerdos por esa vía. Por ello, el defecto debe ser confirmado".

¹¹ Em particular, a seguinte cláusula foi registada no Registro Mercantil de Madrid: "1. La Junta de socios podrá adoptar acuerdos sin sesión cumpliendo los requisitos y el procedimiento que se establecen a continuación. 2. Requisitos. 2.1. Que los asuntos sobre los que se recabe el acuerdo de la Junta sean susceptibles de voto simplemente afirmativo o negativo. 2.2. Que todos los socios manifiesten su conformidad para la adopción de los acuerdos sin necesidad de sesión. 3. Procedimiento. 3.1. El Órgano de Administración propondrá a los socios los asuntos sobre los que recabe de la Junta la adopción de acuerdos sin sesión, expresando, si lo estima conveniente, su propuesta de acuerdo sobre cada asunto. A dichos efectos remitirá a cada socio una comunicación escrita conteniendo esos extremos, acompañada de toda la información necesaria sobre cada asunto. 3.2. Esa comunicación expresará el plazo, no superior a 10 días, para que los socios manifiesten su conformidad o no a este sistema de adopción de acuerdos, y expresen el sentido de su voto. 3.3. Si en ese plazo algún socio no hubiera manifestado su conformidad, el procedimiento decaerá, y si todos los socios hubieran manifestado su conformidad, el procedimiento continuará. La expresión por algún socio del sentido de su voto sobre todos o algunos de los asuntos propuestos implicará su conformidad con el procedimiento. Cuando algún socio, habiendo expresado el sentido de su voto sobre algún asunto propuesto, no lo hiciera sobre otros, se entenderá que se abstiene en relación con ellos. 3.4. Además de por los medios establecidos en su caso por la legislación aplicable, las comunicaciones previstas en este procedimiento podrán realizarse por escrito físico o electrónico o por cualquier otro medio de comunicación a distancia que garantice debidamente la identidad del

Esta prática empresarial espanhola inscreve-se no que constitui a tendência do Direito comparado na matéria, que consiste em não exigir a realização de reunião formal dos sócios em assembleia para adotar deliberações. Neste sentido, à semelhança do Direito português, temos de situar, por exemplo, o Direito alemão, onde se encontra expressamente prevista uma solução muito parecida à portuguesa¹². Da mesma forma, nos Estados Unidos é aplicada a chamada “action by written consent”, que permite superar os contratemplos que podem surgir ao tentar conciliar as agendas e horários de administradores e sócios para se reunirem fisicamente¹³.

sujeto que la realiza, así como la integridad de su contenido. Si la sociedad tuviera Web Corporativa y dentro de ella hubiera sido creada un área que cumpla con los requisitos del Art. 11 quáter de la Ley de Sociedades de Capital, la adopción de este tipo de acuerdos podrá tener lugar mediante la inserción en dicha área: Por el Órgano de Administración, del documento en formato electrónico contenido los asuntos sobre los que se solicita de la Junta la adopción de acuerdos sin sesión, y de la información correspondiente. Por los socios, de la conformidad con el procedimiento y el voto sobre aquellos, mediante documentos en formato electrónico conteniéndolos, o por su manifestación de voluntad expresada de otra forma a través de dicha área. El Órgano de Administración deberá comunicar por correo electrónico a los socios las referidas inserciones. De todas las comunicaciones que se realicen en este procedimiento habrá de quedar constancia. 4. Acta del procedimiento y en su caso de los acuerdos adoptados. Según lo previsto en el artículo 100 del Reglamento del Registro Mercantil, las personas con facultad de certificar en la sociedad dejarán constancia en acta del procedimiento seguido y de los acuerdos adoptados en su caso, expresando la identidad de los socios, la conformidad de todos ellos con el procedimiento, el sistema utilizado para formar la voluntad de la Junta, y el voto emitido por cada socio. Se considerará que los acuerdos han sido adoptados en el lugar del domicilio social y en la fecha de recepción del último de los votos emitidos". Um comentário sobre a utilidade desta cláusula, sua base legal e sua relação com as novas tecnologias v. em JORQUERA GARCÍA, L., "Cláusula estatutaria para celebrar juntas de socios...", cit., passim.

¹² V. HÜFFER, *Hachenburg GrossKomm* § 48 núm. marg. 40 ss. y num. marg. 62: "Los estatutos pueden prever, para la adopción de acuerdos, procedimientos que carezcan de forma alguna. Por ejemplo, que el administrador recoja telefónicamente el consentimiento de cada socio al acuerdo. Las obvias dificultades de prueba no son una objeción a la validez de un negocio jurídico privado. De hecho, cuando los jueces –no el Registro– han de ocuparse de un conflicto en el seno de una sociedad anónima o limitada cerrada actúan considerando válidos los acuerdos adoptados informalmente. Por ejemplo, en materia de reparto de las ganancias sociales o de derecho al uso de los activos sociales por parte de los socios" (tradução de acordo com ALFARO, J., "El carácter necesario de la junta y su celebración por escrito...", cit. supra). V. mais informações, também sobre o Direito inglês, em GARCÍA PÉREZ, R., "Los acuerdos por escrito de los socios: especial referencia al Derecho alemán y británico", *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 36, 2011, págs. 313 y ss.

¹³ Com esta expressão ("action by written consent") é mostrado que "any action taken by Shareholders may be taken without a meeting if a majority of Shareholders entitled to vote on the matter (or such larger proportion thereof as shall be required by any express provision of law or the Declaration of Trust or these Bylaws) consent to the action in writing and such written consents are filed with the records of the meetings of Shareholders. Such consent shall be treated for all

A Proposta de um código comercial espanhol para o século XXI¹⁴ também faz parte desta tendência, uma vez que prevê que “[q]uando os estatutos o prevejam, podem ser submetidos a votação por escrito ou por via eletrónica as matérias que, sendo da competência da assembleia, são suscetíveis de voto simplesmente afirmativo ou negativo” (art. 231-73)¹⁵.

3.3. Sobre a recomendação de que, tanto quanto possível, as deliberações sejam adotadas em assembleia geral ou universal

Porém, e desta forma inicio o segundo esclarecimento que gostava de fazer, o facto de ser a favor do procedimento de adoção de deliberações por escrito e, portanto, fora da assembleia, convocada ou universal, não significa que este procedimento seja o melhor. O referido procedimento apresenta claras vantagens nos casos em que não há necessidade de deliberar previamente e basta optar por uma solução afirmativa ou negativa, no sentido que segue a Proposta do Código Comercial Espanhol.

Nos restantes casos, concordo plenamente com os autores do “Guia de Boas Práticas nas PME-Sociedades por quotas” no sentido de se recomendar que, tanto quanto possível, as deliberações sejam adotadas em assembleia geral ou universal, para usufruir das vantagens da colegialidade. E é que, com efeito, na assembleia geral não se exerce apenas o direito de voto, mas também o direito de palavra, isto é, de expressar opinião sobre cada um dos pontos que compõem a ordem do dia. E às vezes o exercício do direito de palavra pode ser muito importante para o voto se inclinar numa direção ou em outra.

Assim, subscrovo integralmente a parte do Comentário do Guia onde se destaca que *“as assembleias gerais possibilitam a participação efetiva de cada sócio na vida da sociedade, com questionamentos, trocas de informação, debates,*

purposes as a vote taken at a meeting of Shareholders”. V. mais informações, por exemplo, em “Action by Written Consent: A New Focus for Shareholder Activism” disponível em <https://corpgov.law.harvard.edu>.

¹⁴ COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN, *Sección 2^a, Propuesta del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil*, disponível em <https://www.mjusticia.gob.es>.

¹⁵ O artigo 231-74 da Proposta de um Código comercial espanhol (com o título “Direito de informação dos sócios em deliberações escritas”) acrescenta que “[n]os casos em que é proposta a adoção de deliberações escritas, os sócios podem solicitar os relatórios ou esclarecimentos que considerem necessários sobre as questões sujeitos a decisão. Os administradores devem fornecer as informações solicitadas o mais rápido possível dentro dos limites estabelecidos para o direito à informação neste Código”.

propostas e contrapropostas, em suma, promovem maior transparência e decisões mais refletidas".

Do meu ponto de vista, a assembleia universal oferece um atrativo especial para essas sociedades. Sobretudo, porque não requer convocação prévia, embora seja verdade que requer acordo unânime dos sócios quanto à realização da reunião e quanto aos pontos da ordem do dia a tratar. De facto, a utilização destas assembleias universais é muito difundida na prática, dada a atratividade que apresentam especialmente para as pequenas e médias empresas com pequeno número de sócios¹⁶.

Como é conhecido, para que haja uma assembleia universal é necessário que a totalidade do capital social esteja presente e por unanimidade se tome a deliberação sobre a realização da assembleia e os assuntos a tratar. No Direito espanhol houve um interessante debate doutrinário sobre duas questões relacionadas com as assembleias universais que foram finalmente resolvidas no sentido que indico abaixo¹⁷:

- 1.ª Em primeiro lugar, a questão de saber se é ou não possível nomear um representante para uma assembleia universal¹⁸. Esta questão foi respondida afirmativamente, uma vez que a assembleia uni-

¹⁶ V. os dados que oferece (não só das "sociedades limitadas" —semelhantes às sociedades por quotas portuguesas—, mas também das sociedades anónimas) LARGO GIL, R., "Apunte sobre el tratamiento de los acuerdos sociales adoptados en una junta universal aparente" en *Liber amicorum a Rodríguez Artigas y Esteban Velasco*, t. I, Cizur-Menor, 2017, págs. 445 y ss.

¹⁷ A esse respeito, v., entre outros, MIRANDA SERRANO, L.M., "La junta universal de accionistas o socios: Una propuesta de solución a la problemática que encierran los requisitos de universalidad de las juntas", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 243, 2002, págs. 71 y ss.; FARRANDO MIGUEL, I., "Examinando críticamente la regulación de la junta universal en la Ley de Sociedades Anónimas", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 262, 2006, págs. 1307 y ss.; CABANAS TREJO, R., *Fusión de sociedades: inscripción, impugnación y régimen contable*, Ed. Bosch, Barcelona, 2013, págs. 80 y ss.; íDEM, "Convocatoria y celebración de la Junta general. Junta universal. Acta notarial", *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 68, 2017, págs. 163 y ss.; OTERO LASTRES, J.M., "El requisito de la aceptación unánime en la junta universal de la sociedad anónima" en AA.VV., *Libro homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero. Derecho de sociedades*, vol. II, Madrid, 2002, págs. 1229 y ss.

¹⁸ Este problema foi levantado pela primeira vez pelo Professor URÍA, que o resolveu com uma resposta negativa. Na sua opinião, embora todo o acionista tenha o direito de fazer-se representar nas assembleias, nas assembleias universais, no entanto, tal representação não é possível, pois, nos termos da lei, a representação deve ser conferida em caráter especial para cada assembleia; e isso não é compatível com o caráter espontâneo e imprevisto das assembleias universais: v. URÍA, R., "Comentario del artículo 55 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951", en GARRIGUES-URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, 1953, vol. I, págs. 535 y ss.

versal pode ser uma assembleia convocada informalmente (por exemplo, via telefonema) e, nestes casos, nada impede que um sócio designe um representante¹⁹.

2.ª A segunda, sobre se era possível realizar validamente uma assembleia universal sem a presença do capital não votante, com o argumento de que, uma vez que o capital não votante não pode votar, não deve decidir se quer ou não realizar uma assembleia universal²⁰. Com bom senso, este problema foi resolvido admitindo que o capital não votante tinha de consentir na realização da assembleia, caso contrário, o referido capital poderia ser privado dos direitos de participação e voz nas assembleias²¹.

Atualmente —e já desde algum tempo—, a doutrina, a jurisprudência e a Direção-Geral de Registros e do Notariado oferecem uma solução para esses problemas no sentido indicado. E mesmo a lei deixa claro, há alguns anos, que a figura da representação é admitida sem problemas nas assembleias universais.

Com efeito, o artigo 178 (*"Assembleia universal"*) da lei espanhola das sociedades de capitais dispõe o seguinte: *"1. A assembleia geral ficará validamente constituída para deliberar sobre qualquer assunto, sem necessidade de comunicação prévia, desde que a totalidade do capital social esteja presente ou representada e os presentes aceitem por unanimidade a sua realização. 2. A assembleia universal pode reunir em qualquer parte do território nacional ou estrangeiro".*

Não é difícil verificar que, de acordo com este preceito, para que haja uma assembleia universal é necessário que todo o capital da companhia esteja presente ou representado nessa assembleia; isto é —dito em outras

¹⁹ A primeira resposta afirmativa a este problema foi dada por VALLET DE GOYTISOLO, que defendeu que a assembleia universal não tem que ser necessariamente um encontro espontâneo e imprevisto. Em sua opinião, é apenas excepcionalmente que ocorrem assembleias universais aleatórias e imprevistas. Normalmente, essas assembleias são realizadas precedidas de uma chamada informal (por carta, telefone, fax, etc.). E é claro (concluiu este autor) que nestes casos é possível que os sócios recorram à figura da representação, conferindo poderes especiais a certas pessoas para os representarem nas assembleias universais que se vão realizar; *v. VALLET DE GOYTISOLO, La publicidad en la convocatoria de las juntas generales y las llamadas juntas universales*, Ed. Revista de Derecho Mercantil, 1952, *passim*.

²⁰ Especificamente, este debate foi iniciado na doutrina espanhola por MUÑOZ PLANAS, J.M., *"Junta universal y acciones sin voto"*, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y legislación*, núm. 2, 1994, págs. 1046 y ss.

²¹ V. o que digo sobre isso e a doutrina que cito em MIRANDA SERRANO, L.M., *"La junta universal..."*, *cit., passim*.

palavras—, todos os sócios devem estar nessa assembleia por si próprios ou por meio de um representante.

3.4. Sobre a conveniência de não dizer que as deliberações são aprovadas por unanimidade na assembleia, quando nenhuma assembleia foi realizada, nem convocada nem universal

A terceira e última reflexão que quero fazer refere-se à segunda recomendação que o Guia faz nesta matéria, relativa à conveniência de não se dizer em ata que as deliberações foram aprovadas por unanimidade na assembleia, quando nenhuma assembleia foi realizada, nem convocada nem universal.

Esta é uma prática empresarial incorreta que, como se afirma no Comentário do Guia, é principalmente explicada pela ideia errada de que as deliberações devem necessariamente ser adotadas numa assembleia geral, convocada ou universal.

O que se faz, portanto, nestes casos é simular a existência de uma assembleia com a presença de todos os sócios, que deliberam por unanimidade sobre uma proposta, mas que na prática não aconteceu efetivamente, e acaba por ser um ato simulado.

Por outras palavras, podemos dizer que estamos ante uma ata, assinada pelos sócios, em que se diz terem sido adotadas determinadas deliberações em certa assembleia, porém esta nunca se realizou. Estas deliberações são, pois, literalmente inexistentes.

Na realidade, não estamos nestes casos perante deliberações da assembleia geral, mas sim perante deliberações unâimes por escrito.

Contudo, como o Guia indica, se um sócio não assina uma destas atas, existe um risco significativo de que as deliberações possam ser consideradas legalmente inexistentes, uma vez que não são deliberações adotadas em assembleia, nem são deliberações unâimes por escrito. E esta inexistência pode ser invocada por qualquer pessoa a todo tempo.

Nesse sentido, gostaria de fazer uma muito breve referência ao tratamento que a doutrina e a jurisprudência dão a este assunto no Direito Espanhol.

Em Espanha, como em Portugal, em muitos casos as pequenas empresas com um número reduzido de sócios não realizam assembleias universais. Em vez disso, reúnem-se para assinar a ata e, assim, realizar uma “assembleia de papel”, entendida como uma reunião para documentar as deliberações necessárias. Noutros casos, nem sequer se reúnem para assinar. A confluência dos sócios em determinado momento e local para

assinar é substituída pela assinatura sucessiva da ata por cada sócio. Nestes casos, estamos diante de uma assembleia simulada que não deve ser considerada uma assembleia universal porque os requisitos necessários para ela não são cumpridos. E surgem problemas quando um dos sócios discorda dos demais e se recusa a participar dessa “assembleia de papel”. Em resumo, podemos falar de dois tipos de conflitos²²:

- 1.º Primeiro conflito: O primeiro consistiria no abuso da maioria que faz valer as deliberações adotadas em uma assembleia universal inexistente porque a minoria não está presente nela. A maioria tenta impor o que foi pactuado, alegando que as deliberações adotadas são plenamente válidas porque têm o voto a favor de uma percentagem de capital muito superior ao legalmente exigido e porque o seu conteúdo respeita os estatutos e a lei.
- 2.º Segundo conflito: Existe também a possibilidade de exercício abusivo da minoria. Pensem numa reunião de sócios que junta a totalidade do capital social e em que há consentimento unânime dos presentes sobre a realização da assembleia e a respetiva ordem do dia, que são os requisitos legais para dizer que existe uma assembleia universal validamente constituída. Aquele abuso ocorre quando o sócio, tendo estado de acordo com a constituição da assembleia, permanecendo nela durante toda a reunião e tendo votado a favor das deliberações, posteriormente se recusa a assinar a ata como manifestação de desacordo com o seu conteúdo.

Aqui, o primeiro conflito é particularmente interessante porque se refere a uma assembleia universal inexistente. A este respeito, a melhor jurisprudência e a doutrina entendem que, quando se trata de assembleias universais inexistentes, é necessário analisar o conteúdo das deliberações para sustentar se são ou não contrárias à ordem pública. Em caso afirmativo, como se sabe, as deliberações em causa podem ser impugnadas nos tribunais sem limite de tempo.

Segundo os tribunais²³, para que exista uma violação da ordem pública é necessário que uma *deliberação* não possa ser consolidada do ponto de vista dos princípios mais essenciais que informam o sistema jurí-

²² V. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J., “La impugnación de las juntas generales inexistentes”, disponível em <https://eprints.ucm.es> (págs. 20 y ss.).

²³ V., entre outras, a Sentença do Tribunal Provincial de Madrid de 12 de julho de 2019, a qual é comentada por ALFARO em “Falsas juntas universales”, disponível em <https://derechomercantil.espana.blogspot.com>

dico espanhol. A título de exemplo —afirma esta jurisprudência—, são contrárias à ordem pública as deliberações que pela sua causa (razão a que respondem e finalidade que perseguem), pelo seu conteúdo (pelo seu teor literal e âmbito) ou mesmo pelas circunstâncias da sua adoção, envolvem ou servem de instrumento para ações criminosas, fraudulentas ou contrárias aos direitos fundamentais das pessoas. Especificamente, a constituição de uma assembleia (não verdadeiramente) universal com o objetivo de adotar deliberações, evitando assim a intervenção dos sócios que desconfiavam a sua existência, é uma ação contrária à ordem pública²⁴.

O Código Penal espanhol também contempla o caso de uma assembleia universal simulada. Especificamente, isso é o que deriva do artigo art. 292 desse Código, que sanciona a conduta que consiste em tomar deliberações com maiorias fictícias em órgãos das sociedades²⁵. Com base neste artigo do Código Penal, podemos dizer que deliberações contrárias à ordem pública são aquelas adotadas em falsa assembleia universal que prejudicam a sociedade ou algum dos sócios. Isso ocorre, por exemplo, quando a realização da assembleia universal é escondida do sócio minoritário para impedi-lo de exercer um direito, quando maiorias reforçadas são necessárias para a adoção de uma deliberação e a minoria pode vetar essa adoção. No entanto, quando as falsas assembleias universais se limitam a aprovar as contas ou a adotar deliberações neutras, ou seja, não modificam a posição de nenhum dos sócios nem implicam em expropriação ou apropriação indevida por parte dos administradores ou sócios majoritários, nem constituem uma manobra tortuosa por parte dos acionistas majoritários, essas assembleias devem ser consideradas questionáveis em juízo perante os tribunais, mas não contrárias à ordem pública²⁶.

²⁴ Sobre o conceito de “ordem pública” *v. García Villarrubia, M.*, “El orden público como fundamento de la impugnación de los acuerdos sociales”, disponível em <https://www.uria.com>

²⁵ Especificamente, este artigo dispõe o seguinte: “*La misma pena del artículo anterior se impondrá a los que impusieren o se aprovecharen para sí o para un tercero, en perjuicio de la sociedad o de alguno de sus socios, de un acuerdo lesivo adoptado por una mayoría ficticia, obtenida por abuso de firma en blanco, por atribución indebida del derecho de voto a quienes legalmente carezcan del mismo, por negación ilícita del ejercicio de este derecho a quienes lo tengan reconocido por la Ley, o por cualquier otro medio o procedimiento semejante, y sin perjuicio de castigar el hecho como corresponde si constituyese otro delito*”.

²⁶ V. neste sentido *ALFARO, J.*, *Juntas universales fingidas*, disponível em <https://derechomercantilespana.blogspot.com>; mais informações deste mesmo autor em: “*Para la Habana me voy: las juntas clandestinas, el abuso de derecho, la buena fe y el orden público*” disponível em <https://almacendederecho.org>; “*10 años de falsas juntas universales*” disponível em <https://derechomercantilespana.blogspot.com>

Nas palavras do Supremo Tribunal espanhol, “os casos em que, devido à reiterada decisão dos sócios (...) as assembleias universais não se reúnem de facto, os assuntos são tratados pelos participantes em conversas telefónicas ou por ocasião de encontros familiares e as atas são redigidas depois daquelas ou destes, sendo por todos assinadas, sucessivamente, nos respetivos domicílios. Os que assim atuam não podem depois afirmar que, por razões de ordem pública, a ação de impugnação das deliberações, em cuja adoção intervieram do modo referido, não caduca no prazo estabelecido na norma geral para as deliberações nulas”²⁷.

Em relação ao outro conflito a que me referi anteriormente (sócio que não quer assinar a ata, embora tenha consentido na realização da assembleia universal e na sua ordem do dia), devo dizer que a Direção-Geral de Registros e do Notariado, com base na doutrina do Supremo Tribunal espanhol, declarou que a falta de assinatura da ata não constitui um vício que impeça o registro, e isso porque a exigência de assinar a ata foi tornada mais flexível pela jurisprudência²⁸. Do meu ponto de vista, este é um bom critério. Defender um critério diferente suporia conceder ao sócio que se recusa a assinar a ata algo semelhante a um direito de voto sobre as deliberações validamente adotadas em uma assembleia universal²⁹.

Por outro lado, devemos considerar que, segundo a jurisprudência espanhola, a certificação de uma assembleia geral ou universal inexistente é um comportamento com relevância para o Direito penal. Especificamente, neste caso existe um crime de falsificação de documento público, que em Espanha é punido com pena de seis meses a três anos de prisão e multa de seis a doze meses³⁰.

Neste sentido, é interessante destacar a sentença do Supremo Tribunal espanhol 280/2013, de 2 de abril, que determinou ser falsificação documental a emissão pelo administrador único de certidões corresponden-

²⁷ Sentença do Supremo Tribunal Espanhol de 16 de março de 2015; *v. também*, entre outras, a Sentença do Tribunal Provincial de Madrid de 26 de maio de 2014, segundo a qual, para que as deliberações adotadas em assembleia simulada sejam declaradas contrárias à ordem pública, é necessário que o sócio seja privado de seu direito de voto e, sobretudo, que a deliberação seja encoberta, visto que “é o propósito de evitar a intervenção do sócio e ocultar a deliberação, que se considera contrário à ordem pública”.

²⁸ Resolução da Direção-Geral de Registros e do Notariado de 12 de dezembro de 2016: mais informações, entre outros, em CAMPINS VARGAS, A., “El acta de la junta: un comentario al artículo 202 LSC”, disponível em <https://almacendederecho.org>

²⁹ De acordo, entre outros, MORENO, P., “Junta Universal: es necesario que conste en el acta la firma de todos los socios”, disponível em <http://www.argoasociados.com>

³⁰ V. PARÉS I RAVETLLAT, L., “La falsedad documental en la vida societaria: eventuales falsedades en relación con las certificaciones de actas de juntas de socios” disponível em <https://www.legaltoday.com>

tes à alegada celebração de assembleias universais durante vários anos, quando as referidas assembleias universais nunca foram realizadas.

Aqui são relevantes, por um lado, o artigo 392 do Código Penal Espanhol, segundo o qual serão aplicadas penas de prisão de 6 meses a três anos e multas de 6 a 12 meses a quem cometer qualquer uma das seguintes falsidades em um documento público: a) modificar em um documento alguns de seus elementos ou requisitos essenciais; b) simular um documento de forma a causar erro sobre sua autenticidade; c) assumir em um ato a intervenção de pessoas que não participaram dele, ou atribuir aos intervenientes declarações outras que não as proferidas. Por outro lado, o artigo 290 do Código Penal espanhol, que dispõe que "os administradores, de facto ou de direito, de sociedade constituída ou em formação, que falsifiquem as contas anuais ou outros documentos que devam refletir a situação jurídica ou económica da entidade, de forma idónea para lhe causar dano económico, a um de seus sócios, ou a terceiro, será punido com pena de prisão de um a três anos e multa de seis a doze meses"³¹.

Para os casos em que a assinatura de qualquer dos sócios é falsificada, fingindo a sua participação na assembleia universal, foi decretado judicialmente, no sentido que indicámos anteriormente, que a assembleia é considerada nula e, ainda, contrária à ordem pública. Portanto, nesses casos, a ação para impugnar essas deliberações perante os tribunais não tem limite temporal³².

³¹ A referida sentença diz, entre outras coisas, o seguinte: *"el referido precepto [artículo 290] dispone que la falsedad puede referirse a cualquier documento que deba reflejar la situación jurídica o económica de la sociedad, supuesto que sí concurre en este caso, dado que las certificaciones se refieren a unas juntas realmente no celebradas en las que se habrían adoptado decisiones relevantes para la marcha de la empresa. Y, en segundo lugar, requiere la norma que los documentos sean idóneos para perjudicar económicamente a la entidad, a sus socios o a un tercero. Y lo cierto es que en este caso las certificaciones espurias se confeccionaron para perjudicar económicamente a un tercero: las entidades querellantes (...) ya que se pretendía suspender las ejecuciones hipotecarias que estas sociedades habían instado".*

³² V., entre outras, a sentença do Supremo Tribunal Espanhol 222/2010 de 19 de abril de 2010. É verdade que esta sentença não tem em conta as circunstâncias da deliberação para determinar se ela não é contrária à ordem pública no sentido acima explicado: *"Por lo expuesto se ha considerado que el cumplimiento de los requisitos del artículo 99, como alternativa a la correcta convocatoria de los socios, afecta a la esencia de la sociedad anónima, en el sentido de conjunto de principios configuradores de la misma, a los que se refiere el artículo 10 del Texto refundido. Ello sentado, los artículos 115 y 116 del mismo Texto califican como nulos los acuerdos contrarios a la Ley y, al regular la caducidad de la acción de impugnación de los mismos, incluyen dentro de tal categoría aquellos que por su causa o contenido resulten contrarios al orden público. El término orden público se suele emplear para designar el conjunto de principios o directivas que, por contener los fundamentos jurídicos de una determinada organización social, reflejan los valores que, en cada momento, informan sus instituciones jurídicas – sentencia de 21 de febrero*

4. Considerações finais

Tenho de terminar. E para esse fim, gostaria de dizer que, na minha opinião, as duas recomendações feitas pelo Guia nesta área são muito lógicas e razoáveis; de modo que o seu cumprimento pelas sociedades por quotas será muito bom para a adoção de deliberações neste tipo de sociedades.

E a isto devo necessariamente acrescentar, dado o meu estatuto de jurista espanhol, o exemplo oferecido pela lei portuguesa nesta matéria, pois inclui expressamente procedimentos mais flexíveis para a adoção de deliberações do que os previstos na lei espanhola. A este respeito, creio que o artigo 247 do Código das Sociedades Comerciais português é particularmente relevante.

Por vezes, em Espanha, quando os juristas abordam o Direito comparado, recorrem aos Direitos alemão, italiano ou francês. E não percebem que num país vizinho muito caro como é Portugal, é possível encontrar chaves de interesse que nos ajudem a compreender e aperfeiçoar a lei espanhola.

É assim que eu termino o meu discurso. Muito obrigado pela vossa atenção e, mais uma vez, a minha gratidão pelo vosso convite para este interessante evento científico. Em especial, muito obrigado ao Professor Jorge Coutinho de Abreu. Sem dúvida, um mestre do Direito. E, como disse Ortega y Gasset, "a primeira coisa que se deve a um mestre é naturalmente respeito, admiração e gratidão. A segunda é a compreensão leal e completa. A terceira é honrá-lo. Honrar um mestre quase sempre significa descongelar o respeito e dar vida ao entendimento; isto é, usar crítica e criativamente os seus próprios ensinamentos, não para repeti-los, mas para dar continuidade, não para ser fiel a ele, mas digno dele".

de 2.006 . El artículo 116 utiliza el término en un sentido más restringido y como un elemento diferenciador entre dos categorías de normas positivas, tomando en consideración sólo principios ya incorporados a ellas. Entre las normas que incorporan esos valores se encuentran aquellas que disciplinan aspectos esenciales del sistema societario – sentencia de 26 de septiembre de 2.007 -. Las mismas son reflejo, en efecto, de los principios configuradores del tipo de sociedad mercantil de que se trata – sentencias de 28 de noviembre de 2.005 y 29 de noviembre de 2.007 –, a los que antes se hizo referencia. Pues bien, la celebración de reuniones de socios como juntas universales sin cumplir la primera de las condiciones exigidas en el artículo 99 – la presencia de todo el capital – se ha considerado por la jurisprudencia viciada de nulidad y, además, contraria al orden público – sentencias de 29 de septiembre de 2.003, 30 de mayo y 19 de julio de 2.007 –, con independencia de cuál sea el contenido de los acuerdos adoptados – sentencias de 19 de julio y 28 de noviembre de 2.007, no obstante la de 18 de mayo de 2.000 –, ya que la nulidad de éstos no deriva de vicios o defectos intrínsecos, sino, por repercusión, de no valer como junta la reunión de socios en que se tomaron”.

5. Bibliografía

- ALFARO, J., "El carácter necesario de la junta y su celebración "por escrito y sin sesión" disponible em <https://almacendedederecho.org>
- "Falsas juntas universales", disponível em <https://derechomercantil.espana.blogspot.com>
- "Juntas universales fingidas", disponível em <https://derechomercantil.espana.blogspot.com>
- "Para la Habana me voy: las juntas clandestinas, el abuso de derecho, la buena fe y el orden público" disponível em <https://almacendedederecho.org>
- "10 años de falsas juntas universales" disponível em <https://derechomercantil.espana.blogspot.com>
- BARBA DE VEGA, J.D., "La adopción de acuerdos por escrito en las sociedades de responsabilidad limitada", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 147-148, 1978, págs. 51 y ss.
- CABANAS TREJO, R., *Fusión de sociedades: inscripción, impugnación y régimen contable*, Ed. Bosch, Barcelona, 2013, págs. 80 y ss.
- "Convocatoria y celebración de la Junta general. Junta universal. Acta notarial", *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 68, 2017, págs. 163 y ss.
- CAMPINS VARGAS, A., "El acta de la junta: un comentario al artículo 202 LSC", disponível em <https://almacendedederecho.org>
- FARRANDO MIGUEL, I., "Examinando críticamente la regulación de la junta universal en la Ley de Sociedades Anónimas", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 262, 2006, págs. 1307 y ss.
- GARCÍA PÉREZ, R., "Los acuerdos por escrito de los socios: especial referencia al Derecho alemán y británico", *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 36, 2011, págs. 313 y ss.
- GARCÍA VILLARRUBIA, M., "El orden público como fundamento de la impugnación de los acuerdos sociales", disponível em <https://www.uria.com>
- JORQUERA GARCÍA, L., "Cláusula estatutaria para celebrar juntas de socios por escrito y sin sesión", disponível em <https://www.notariosyregisistradores.com>
- MALDONADO, J., "La junta de socios por escrito y sin sesión", disponível em <https://almacendedederecho.org>
- MARTÍNEZ PÉREZ-ESPINOSA, A., "Junta Universal contraria al orden público y riesgo de abuso de minorías", *Revista de Derecho de Sociedades*, núm. 36 2011, págs. 429 y ss.
- LARGO GIL, R., "Apunte sobre el tratamiento de los acuerdos sociales adoptados en una junta universal aparente" en *Liber amicorum a Rodríguez Artigas y Esteban Velasco*, t. I, Cizur-Menor, 2017, págs. 445 y ss.
- LÓPEZ, P., ¿Es imprescindible una junta general para expresar la voluntad social? disponível em <https://economia3.com>

- MIRANDA SERRANO, L.M., "La junta universal de accionistas o socios: Una propuesta de solución a la problemática que encierran los requisitos de universalidad de las juntas", *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 243, 2002, págs. 71 y ss.
- MORENO, P., "Junta Universal: es necesario que conste en el acta la firma de todos los socios", disponível em <http://www.argoasociados.com>
- MUÑOZ PLANAS, J.M., "Junta universal y acciones sin voto", en *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y legislación*, núm. 2, 1994, págs. 1046 y ss.
- OTERO LASTRES, J.M., "El requisito de la aceptación unánime en la junta universal de la sociedad anónima" en AA.VV., *Libro homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero. Derecho de sociedades*, vol. II, Madrid, 2002, págs. 1229 y ss.
- PARÉS i RAVETLLAT, L., "La falsedad documental en la vida societaria: eventuales falsedades en relación con las certificaciones de actas de juntas de socios" disponível em <https://www.legaltoday.com>
- SÁNCHEZ-CALERO GUIARTE, J., "La impugnación de las juntas generales inexistentes", disponível em <https://eprints.ucm.es>
- URÍA, R., "Comentario del artículo 55 de la Ley de Sociedades Anónimas de 1951", en GARRIGUES-URÍA, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, 1952, vol. I, págs. 535 y ss.
- VALLET DE GOYTISOLO, *La publicidad en la convocatoria de las juntas generales y las llamadas juntas universales*, Ed. *Revista de Derecho Mercantil*, 1952,

RESUMO: O artigo apresenta algumas considerações sobre as secções do “Guia de boas práticas nas PME-Sociedades por Quotas” que dizem respeito à constituição e ao financiamento das sociedades, à exoneração e exclusão dos sócios e às decisões de sócios e gerentes. Em particular, trata-se desenvolvidamente do impacto da Diretiva (UE) 2019/1151 sobre os sistemas de constituição de sociedades em Portugal, também sob um ponto de vista comparado.

Palavras-chave: constituição de sociedade; financiamento colaborativo; Diretiva (UE) 2019/1151; Empresa na hora.

ABSTRACT: This article contains some remarks on several sections of the “Good Practice Guide for SMEs Private Limited Companies”, dealing with a company’s formation and financing, shareholders’ voluntary exit and expulsion, and shareholders’ and directors’ decisions. In particular, the article presents the foreseeable impact of the Directive (EU) 2019/1151 on the methods for a company’s constitution currently in force in Portugal, also taking in consideration a comparative point of view. **Keywords:** company’s constitution; crowdfunding; Directive (EU) 2019/1151; “Empresa na hora”.

ALESSIO BARTOLACELLI*

Postal de um País (não) distante: um Guia português para empresas italianas e europeias também? Notas (em particular) sobre a constituição de sociedades privadas, à luz da Diretiva (UE) 2019/1151¹

1. Introdução

O projeto subjacente ao “Guia de boas práticas nas PME-Sociedades por Quotas”² parece-me realmente de grande interesse. Vejo-o com os óculos de jurista que trabalha no direito societário dum ordenamento, o

¹ O presente artigo reproduz substancialmente, com adição de notas bibliográficas, as minhas observações na palestra de apresentação do Guia de Boas Práticas nas PME – Sociedades por Quotas, que teve lugar no dia 12 de novembro de 2020, organizado pelo Instituto Jurídico da FDUC. Agradeço a amabilidade dos organizadores pelo convite e a grande generosidade do Doutor Jorge Manuel Coutinho de Abreu pela obra de revisão do texto.

² Que se pode ler em *Direito das sociedades em revista*, 2020, p. 13 ss.

* Professor Associado de Direito Comercial na Universidade de Macerata, Itália. Titular da Cadeira Jean Monnet “Business Law in the European Union and Sustainable Economy”

italiano, que, embora tenha muitas semelhanças com o português e basicamente partilhe os mesmos padrões históricos de referência, ainda tem algumas diferenças relevantes.

Como o Guia é amplo e muito bem organizado, não me é possível tomar em conta todos os capítulos em que se divide, que oferecem pontos de reflexão realmente úteis na prática. Vou então referenciar apenas alguns deles, que mais despertaram a minha curiosidade por serem expressão ou de soluções para problemas comuns a que o legislador italiano respondeu de forma diferente, ou de resposta a impulsos normativos europeus, ou, ainda, de situações em que talvez a norma ou a interpretação portuguesa é capaz de proporcionar sugestões aos juristas italianos e não só.

Irei portanto oferecer algumas considerações sobre, em particular:

- a ideia geral do Guia, a sua função económica e a própria definição de PME;
- a constituição da sociedade, à luz das mais recentes evoluções do direito europeu;
- as formas de financiamento das PME, e o impacto da União europeia e das novas tecnologias sobre elas;
- algumas notas mínimas sobre a exoneração e a exclusão dos sócios, e sobre as modalidades de decisão dos sócios e dos gerentes.

2. O panorama geral: Sociedades fechadas, PME e União europeia

No âmbito das PME há várias semelhanças entre Portugal e Itália, quer no perfil jurídico, quer no empresarial.

Do ponto de vista jurídico, com certeza os ordenamentos português e italiano pertencem à mesma família jurídica de *civil law* e, sobretudo quanto ao modelo de organização das sociedades que aqui mais temos em consideração, as Sociedades por Quotas (e as *società a responsabilità limitata* italianas), a filosofia da disciplina é basicamente a mesma, tendo como padrão de referência a *Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH)* alemã³. A ideia fundamental é claramente a de que a SQ serve para o acesso ao benefício da responsabilidade limitada daqueles sujeitos que queiram iniciar uma atividade empresarial, geralmente de dimensões reduzidas, quer quanto ao número de pessoas envolvidas (e então, como se diz em

³ Cfr. também JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. II – *Das Sociedades*, 6.^a ed., Almedina, 2019, p. 91.

inglês, uma *private company*), quer quanto aos capitais mobilizados, e sem terem os custos que envolveria a criação de uma sociedade por ações. A disciplina que a rege tem pois em conta, por um lado, a necessidade de manter baixos os custos de constituição e de gestão da organização; e por outro lado, a proteção do caráter geralmente privado da sociedade, sem prejuízo de os próprios sócios poderem abri-la em maior ou menor medida para o exterior. Em geral, pode-se dizer que a comum referência ao modelo alemão faz com que a SQ e a *srl* tenham diversas características muito parecidas⁴.

Quanto à definição de PME, por outro lado, o padrão de referência é também comum, mas não pelo ponto de vista histórico-nacional, mas sim supranacional. Como é bem sabido, a definição de Pequena e média empresa vem do direito da União europeia, e mais em particular do Anexo da Recomendação da Comissão da Comunidade Europeia n.º 361, de 6 de maio 2003, art. 2(1)⁵ e, agora, também do art. 4(1), n.º 13, da Diretiva 2014/65/UE⁶. As duas referências têm âmbito de aplicação diferenciado e estão, curiosamente, bastante distantes em si mesmas. Enquanto a definição da Recomendação 361/2003 é aplicável em geral, a noção proporcionada pela Diretiva 2014/65/UE aplica-se “[p]ara efeitos da [...] diretiva”, e portanto só na área do mercado dos instrumentos financeiros, e tem a ver com a oportunidade, advogada pela União Europeia, de se desenvolver um mercado especializado para viabilizar o acesso aos capitais pelas PME.

Estas noções preliminares demonstram já o nível de atenção do legislador europeu relativamente às pequenas e médias empresas. O ponto mais importante é, porém, o facto de a noção mais “minimal”, a da Recomendação 361/2003, desenhar uma forma de pequena e média empresa que não é propriamente irrelevante sob o perfil económico: até 250 pessoas empregadas e volume de negócios anual não excedendo 50 milhões de euros ou balanço total anual não superior a 43 milhões de euros. Nas economias de muitos, senão todos, os Países da União, situa-se dentro destes limites a esmagadora maioria das empresas e das sociedades que exercem atividade económica. Isto aplica-se sem dúvida quer a Portugal, quer a Itá-

⁴ Quanto às mais recentes evoluções de tais modelos, em chave comparada, veja-se ALESSIO BARTOLACELLI, *À procura da simplificação. Notas comparativas entre as recentes alterações da disciplina das SQ portuguesas e das SRL italianas*, DSR, 2014, 12, p. 153.

⁵ “A categoria das micro, pequenas e médias empresas (PME) é constituída por empresas que empregam menos de 250 pessoas e cujo volume de negócios anual não excede 50 milhões de euros ou cujo balanço total anual não excede 43 milhões de euros.”.

⁶ “«Pequenas e médias empresas»: para efeitos de aplicação da presente diretiva, as empresas que tenham uma capitalização bolsista média inferior a 200 000 000 EUR com base nas cotações finais dos três anos civis anteriores”.

lia, e mais em geral constitui um dos elementos em que mais incide a política da União, como bem se vê a propósito da já citada Diretiva 2014/65/EU sobre o acesso das PME aos mercados de capitais⁷.

A primeira analogia a nível empresarial entre Portugal e Itália, na matéria que aqui interessa, é então a importância das PME para as respetivas economias nacionais. Mas, além disso, tem grande relevância a estrutura jurídica utilizada por tais PME para desenvolver as próprias atividades. Esta estrutura, para fechar o círculo, não inesperadamente é a SQ em Portugal e a *srl* em Itália. Em ambos os Países, trata-se dos modelos de sociedade mais utilizados em absoluto, e que merecem portanto a maior atenção por parte não só da praxis, mas também da Academia⁸. O Guia é neste sentido um instrumento fundamental para uma compreensão intensificada do fenómeno das SQ na povoação em geral. Pode-se dizer que, para além duma operação cientificamente valiosa, trata-se de uma bem-vinda promoção de cultura geral, quer jurídica, quer empresarial.

Antes de voltar ao papel do Guia, porém, vale a pena introduzir mais pormenorizadamente um outro ator, que já fez breves aparições nesta peça, mas que agora se torna protagonista, ou seja a União europeia.

Verdade é que o nível de intervenção da União europeia no âmbito das SQ é tradicionalmente baixo: basicamente tratava-se, antes das recentes modificações que já irei descrever, dos perfis da publicidade e validade das sociedades e das suas sucursais (os considerados das antigas Primeira e Décima primeira diretivas, ambas presentemente codificadas na Diretiva (UE) 2017/1132, Capítulo II, secção 2, e Capítulo III), da disciplina geral das fusões – internas e transfronteiriças – e das cisões⁹, para além das regras sobre as “demonstrações financeiras anuais” e consolidadas, agora na Diretiva 2013/34/UE, e das sociedades unipessoais¹⁰. Como já irei detalhar, o assim chamado *Company Law Package*, aprovado em 2019, tem trazido várias disposições adicionais aplicáveis no âmbito das sociedades *privadas* na União; estas parecem, contudo, fruto mais de uma rece-

⁷ Vejam-se, na Diretiva, em particular os *Considerando* 132-135 do preâmbulo, e a Seção 4 do Capítulo II, Título II, dedicada aos mercados de PME em crescimento.

⁸ Incidentalmente, note-se que nos cursos de direito comercial das universidades italianas, onde geralmente se leciona sucessivamente sobre cada um dos tipos de sociedades, o tempo dedicado à disciplina das sociedades por ações é tradicionalmente muito prevalente, apesar de as *spa* serem numericamente muito inferiores (na ordem dos 5%) às *srl*, que, com mais de um milhão de sociedades ativas, são o tipo social mais utilizado.

⁹ Terceira, Sexta e Décima diretivas, agora também codificadas na Diretiva (UE) 2017/1132, no Título III.

¹⁰ Na antiga Décima-segunda diretiva, agora na versão codificada da Diretiva 2009/102/CE.

ção pelas Instituições da União de diversas experiências nacionais – e, pelo que diz respeito à transformação transfronteiriça, de acórdãos do Tribunal de Justiça da União – do que de uma autónoma iniciativa das próprias Instituições. As experiências que acabo de mencionar, no sentido (primariamente, mas não só) da digitalização nos processos de constituição das sociedades, foram possíveis de uma maneira diferenciada em cada Estado membro exatamente por falta de uma estrutura normativa rígida de origem europeia, ao invés do que acontece mais na área das sociedades por ações. Isto faz com que haja mais espaço de desenvolvimento, para cada direito nacional das sociedades fechadas, de soluções originais que se podem tornar de alguma maneira padrão de referência para outros Países. Dizendo brevemente, trata-se do fenómeno da competição regulamentar.

Num sistema que, a nível europeu, visa proporcionar, pelo menos teoricamente, a máxima liberdade de estabelecimento de sociedades também fora do País da nacionalidade dos fundadores, o desenvolvimento por parte de um País de soluções normativas – originais, ou derivadas e adaptadas aos caracteres peculiares da realidade daquele ordenamento – que demonstrem a eficiência do seu sistema societário torna-se um fator fundamental¹¹ na escolha do país onde situar a sede da sociedade, e portanto o direito aplicável. Na situação geral que já descrevi, então, o Guia desempenha mais um papel de grande importância. A opção de o redigir quer em língua portuguesa, quer em inglês faz com que este documento se torne uma espécie de “embaixador” das SQ portuguesas perante os empreendedores de toda a União europeia. O Guia permite ter um maior conhecimento do direito das sociedades fechadas portuguesas, das suas peculiaridades e em geral daquele que a melhor doutrina considera aceitável, ou não, nos casos em que o direito escrito deixa liberdade aos sócios. Naturalmente, um documento como o Guia não pode nem quer esgotar todas as discussões práticas e académicas sobre os temas abrangidos; ele serve como um sumário dos assuntos mais úteis e fundamentais: é um mapa de grande escala para permitir a orientação na área das SQ, sabendo-se que, para questões mais pormenorizadas, será necessário solicitar o parecer de consultores especializados. Mas, em via geral, um documento como o Guia permite a quem não tiver conhecimento da língua e do sis-

¹¹ Ainda que geralmente menor, por exemplo, do que o impacto da carga tributária sobre as sociedades, que na maioria dos casos explica uma relevância fundamental na escolha do sítio da sede da sociedade. Sobre o assunto veja-se, por exemplo, VINCENZO DI CATALDO, *Alla ricerca di una maggiore concorrenza tra le imprese europee. Armonizzazione delle regole e concorrenza tra ordinamenti: due strumenti da combinare*, em Paolo Montalenti (a cura di), *Unione europea: concorrenza tra imprese e concorrenza tra Stati*, Giuffrè, 2016, p. 253 ss.

tema jurídico portugueses pelo menos contar com um instrumento básico para avaliar se vale a pena aprofundar as noções introduzidas no Guia.

Voltando à perspetiva geral europeia, atendendo agora, para lá das intervenções normativas das Instituições ligadas ao fenómeno, a uma comparação entre diferentes ordenamentos, vê-se uma tendência bastante alargada de “desprivatização” das sociedades privadas. Noutros termos, já mencionámos brevemente que a União europeia, na Diretiva 2014/65/UE, fornece os princípios gerais e as regras fundamentais para viabilizar o acesso das sociedades fechadas ao mercado de capitais. Este acesso, contudo, significa que a sociedade está a perder o seu caráter “fechado”, ou seja, privado, que é propriamente a sua característica essencial. Tão essencial que o caráter privado da sociedade, nalguns ordenamentos, até fica – ou melhor, ficava, como já veremos – na própria designação oficial do tipo de sociedade. Era o caso da *SPRL* na Bélgica, que – até 2019 – se chamava, exatamente, *Société Privée à Responsabilité Limitée*. Após a aprovação do novo *Code des sociétés et des associations*, de 23 de março de 2019, na designação oficial da sociedade fechada belga caiu a referência ao caráter privado, acabando por ser, simplesmente, *Société à Responsabilité Limitée*. Evidentemente, não se trata apenas de uma mudança estilística; a razão fundamental é que esta forma de sociedade, apesar de nascer historicamente como privada, agora até pode ser cotada¹², sendo isto mais simples naquele ordenamento porque as quotas de participação numa *SRL* são representadas por ações, tal como acontece nas sociedades anónimas (*sociétés anonymes*).

A solução encontrada pelo legislador belga, contudo, não é uma excen-tricidade daquele país, mas sim o sinal de uma tendência mais profunda e radicada em diferentes ordenamentos. Outro exemplo no mesmo sentido é oferecido pelas regras italianas que, em particular no que diz respeito à *srl*, nos anos mais recentes desenvolveram a criação de mercados telemáticos, quer primários, quer secundários de quotas¹³. O que parece mais interessante, na experiência italiana, é o facto de, embora as regras fundamentais sobre as *srl* se encontrarem no *Codice civile*, as modificações que consentiram o estabelecimento dos mencionados mercados e as alterações na disciplina das quotas que tal estabelecimento viabilizou chegaram atra-

¹² Veja-se o Art. 5:2 do *Code des sociétés et des associations*: “Si une société à responsabilité limitée est cotée au sens de l'article 1:11, les règles suivantes sont d'application [...].”

¹³ Vejam-se os artigos 50.^º-*quinquies* e 100.^º-*ter* do *Testo Único dell'Intermediazione Finanziaria* (d.lgs. 58/1998, que é basicamente o código do mercado dos valores mobiliários), que dizem respeito aos portais de negociação dos capitais das PME, introduzidos em 2012, entretanto várias vezes modificados.

vés de *decreti* (portarias) emitidos pelo Governo e só sucessivamente ratificados pelo Parlamento, sem que o *Codice civile* fosse atingido. Noutros termos, uma alteração, sistematicamente epochal, que atinge praticamente a totalidade das *srl* italianas fica no ordenamento por meio de legislação complementar, sem a menor pista disso no lugar normativo de regulamentação clássica das sociedades, ou seja o Código Civil.

Disse “praticamente a totalidade”, e não “a totalidade” por uma razão, talvez esquisita, que todavia nos traz novamente ao âmbito das PME: a modificação da disciplina da *srl* no sentido que tentei explicar só se aplica às *srl* que sejam PME também, ou seja àquelas que empreguem menos de 250 pessoas em média e cujo volume de negócios anual não exceda 50 milhões de euros ou cujo balanço total anual não exceda 43 milhões de euros. Segundo um dos Autores mais importantes no estudo desta forma de sociedade, trata-se, em percentagem, de 99,8% das *srl* italianas¹⁴. E aqui descobre-se mais um paradoxo: de facto, as modificações que referi permitem (mas não obrigam...) que 99,8% das *srl* – as *srl* PME – tenham postura de sociedade anónima, inclusive no seu caráter mais distintivo, o da cotação – embora num mercado específico, só para as *srl*, mas sem que isto pareça invalidar o argumento; todavia, esta possibilidade não é reconhecida às *srl* de dimensão maior (*srl* não PME, correspondentes a 0,2% do total), que estruturalmente e mesmo em termos patrimoniais são mais semelhantes às anónimas. Como já se escreveu, desta maneira o legislador está a dar uma “picada suave” às *srl* maiores para que se transformem em anónimas¹⁵. Quanto a todas as demais *srl* PME, elas vão assumindo sempre mais os carateres próprios de *spa* em miniatura, como acontecia antes da reforma de 2003, e com uma desvalorização de muitas das peculiaridades que a referida reforma introduziu na *società a responsabilità limitata*¹⁶.

Ao olhar o assunto em termos gerais, vê-se bem que a ideia fundamental da abertura das sociedades antigamente fechadas ao mercado de capitais por via da cotação significa, basicamente, que tais sociedades já

¹⁴ GIUSEPPE ZANARONE, no congresso *La società a responsabilità limitata. Un modello «transitorio»?*, que teve lugar em Turim, em 21 de março de 2019.

¹⁵ Em italiano, um “pungolo gentile”, que talvez se possa traduzir com o *nudge* inglês: NICOLÒ ABRIANI, *La struttura finanziaria della società a responsabilità limitata*, in *Rivista di diritto societario*, 2019, p. 523.

¹⁶ Sobre o tema veja-se MARIO STELLA RICHTER jr, *Le società a responsabilità limitata dalle codificazioni dell'Ottocento al Codice della crisi d'impresa*, em *Rivista delle società*, 2019, p. 645; e também, *scilicet*, ALESSIO BARTOLACELLI, *In the middle of nowhere. The never-ending transition of Italian private companies*, em Massimo Meccarelli, Cristiano Paixão, Cláudia Roesler (eds), *Innovation and Transition in Law. Experience and Theoretical Settings*, Dyckinson, 2020, p. 305.

podem ser abertas, exatamente como acontece com as sociedades por ações. E esta tendência também já é observável em diferentes medidas adotadas pela União europeia, procurando viabilizar um maior acesso das PME (e portanto das formas sociais que as PME mais frequentemente adotam para o desenvolvimento das próprias atividades, ou seja as sociedades tradicionalmente definidas como privadas, mas que já bem podem não o ser) ao mercado de capitais, através da já mencionada Diretiva 2014/65/UE, e ainda mais do Regulamento (EU) 2019/2115 sobre a “promoção da utilização de mercados de PME em crescimento”. E acrescente-se o novo Regulamento (UE) 2020/1503, sobre financiamento colaborativo, de que falarei em termos breves daqui a pouco.

Isto tudo, em resumo, faz com que as formas societárias que sempre tratámos como privadas, sejam (melhor, possam ser) muito menos privadas do que costumavam ser até há poucos anos. E tal tendência tem a ver com a ideia da promoção, haja o que houver, do crescimento das PME que tais formas jurídicas adotaram. Em outras palavras, se a promoção do crescimento das pequenas empresas, até há uns cinco/dez anos, passava pelo estímulo a tornarem-se sociedades por ações, com algumas medidas que agilizavam tal passagem¹⁷, agora o enquadramento regulamentar originalmente próprio das sociedades por ações – e daquelas que, entre as várias sociedades por ações, representam a forma de organização mais desenvolvida, ou seja as sociedades cotadas – passa a estar disponível em diversos ordenamentos também para as sociedades *ex* privadas, sem que seja necessária qualquer transformação em sociedade por ações. A este ponto, sob um perfil sistemático, a pergunta passa então a ser: se a sociedade – antigamente – privada é agora em grande parte equiparada na disciplina à sociedade desde sempre “pública”, ou seja, a sociedade por ações, quem precisa mais das *SQ, srl, GmbH, SARL*¹⁸, etc.?

¹⁷ Como, por exemplo, a redução do capital social mínimo para as sociedades por ações, que ocorreu também em Itália, onde desceu de 120.000 para 50.000 euros por meio do d.l. 91/2014.

¹⁸ Sublinhe-se que esta conclusão parece ter tido origem em França, com o fenômeno da *Société par actions simplifiée* – SAS, já desde 1994. A SAS é ainda um dos modelos de sociedade mais utilizados naquele ordenamento, e em grande parte ocupa o mesmo espaço ocupado pelas sociedades fechadas em outros países. Mais informações em RAFFAELE TORINO, *La société par actions simplifiée venti anni dopo. Semplificazione dei modelli societari e libertà contrattuale in Francia e in Italia (con particolare riferimento alla s.r.l.)*, em Barbara De Donno, Federico Pernazza, Raffaele Torino, Gianluca Scarchillo, Domenico Benincasa, *Persona e attività economica tra libertà e regola. Studi dedicati a Diego Corapi*, Editoriale Scientifica, 2016, p. 2053.

O Guia encaixa-se nesta tendência com uma contribuição verdadeiramente valiosa. De facto, a única característica das sociedades fechadas que não parece estar a sofrer alterações estruturais é a de a autonomia na redação dos estatutos sociais permanecer maior nestas formas de sociedades do que nas sociedades por ações. O Guia é, neste sentido, um vade-mécum para os sócios (aliás, para quem queira ser sócio fundador duma sociedade, em particular), a fim de utilizarem a própria autonomia da maneira mais vantajosa e legalmente apropriada. E isto é de importância ainda maior quando consideramos que a (possível) abertura da sociedade ao mercado de capitais determina a existência de um maior número de sujeitos potencialmente afetados pelas atividades da sociedade (aforradores e outros investidores não profissionais, outras partes interessadas...); uma estrutura de governo da sociedade o mais possível garantida na sua plena legitimidade e desenhada tendo em conta as necessidades de eficácia será com certeza um valor acrescentado, não só para a própria sociedade, mas também para a economia em geral.

A nível europeu, as ideias fundamentais das Instituições sobre as PME, como se pode perceber pelas ações legislativas que foram desenvolvidas ao longo dos anos e pelos projetos ainda não finalizados, parece-me que dizem respeito a quatro pilares fundamentais:

- agilização da constituição da sociedade (nova Diretiva (UE) 2019/1151);
- manutenção de níveis elevados de informação ao público (*disclosure*; já desde a Primeira diretiva, e agora na Diretiva (UE) 2017/1132, acrescentada ainda pela Diretiva (EU) 2019/1151);
- facilitação de financiamento de dívida para além do crédito bancário;
- desenvolvimento de estratégias de crescimento das PME.

Ainda falta, como sempre tem faltado, a perspetiva da gestão. É verdade que a falta se sente não apenas quanto às PME, mas também nas sociedades de dimensões maiores¹⁹. De qualquer maneira, pode-se hoje assumir que alguma intervenção dos estados membros no alvo do governo

¹⁹ E pense-se apenas no abortado projeto de Quinta diretiva sobre o governo das sociedades, e nos enormes obstáculos que o Estatuto da Sociedade Europeia teve de ultrapassar antes da sua aprovação, maioritariamente ligados ao âmbito da governação. Sobre o assunto, ADRIAAN F.M. DORRESTEIJN, CHRISTOPH TEICHMANN, ERIK WERLAUFF, TIAGO MONTEIRO, NADIA POCHE, *European Corporate Law*, 3.ª ed., Wolters Kluwer, 2017, p. 48 s.; NICOLA DE LUCA, *European Company Law. Text, Cases and Materials*, Cambridge University Press, 2017, p. 38 ss.; MADS ANDENAS, FRANK WOOLDRIDGE, *European Comparative Company Law*, Cambridge University Press, 2012, 28 s.; MICHELE RONDINELLI, *L'armonizzazione nel diritto delle società*.

societário parece mais do que possível. Como as medidas que listei têm a ver com o financiamento da sociedade, não seria estranho que os interesses dos investidores e financiadores segundo os novos modelos mencionados encontrassem proteção na sociedade através de modificações na estrutura de governo²⁰. Modificações que, se não vierem já de um texto normativo, contudo muito facilmente começarão a aparecer nos estatutos e, razoavelmente, serão seguidamente incorporados em projetos de textos normativos²¹ – uma harmonização de baixo para acima, como a que aconteceu no âmbito da constituição em linha de sociedades²².

Porque falta uma disciplina homogénea europeia sobre a governação das sociedades, o assunto cabe a cada estado membro. Eles utilizam então a ferramenta jurídica de que geralmente dispõem, ou seja, essencialmente, podem optar por uma solução normativa mais rígida ou, diferentemente, por uma “lei branda”, cuja proveniência não é necessariamente o poder normativo ou regulamentar público. Frequentemente, de facto, há “códigos” de comportamento que são elaborados por associações de empresas e têm como destinatários (em regime de voluntariedade) as próprias empresas associadas. A prática é muito desenvolvida quanto às sociedades cotadas²³, mas nos últimos anos começou a despertar-se também para a redação de regras de bom governo dirigidas para as sociedades “privadas”. Há exemplos disso, entre outros, no Reino Unido²⁴ e na Itália para as

Evoluzione e prospettive, em Elisabetta Pederzini (a cura di), *Percorsi di diritto societario europeo*, 4.ª ed., Giappichelli, 2020, p. 53 ss.

²⁰ Como se vê, nas sociedades de maiores dimensões, pela evolução da Diretiva sobre os direitos dos acionistas de sociedades cotadas, ou *Shareholder Rights' Directive*, recentemente atualizada pela Diretiva 2017/828/UE, sobre a qual se pode ver o recentíssimo HANNE S. BIRKMOSE, KONSTANTINOS SERGAKIS (eds), *The Shareholder Rights Directive II. A Commentary*, Edward Elgar, 2021.

²¹ Isto, naturalmente, apenas no caso em que estes modelos de proteção dos novos tipos de investidores provem ser realmente úteis e eficazes.

²² Veja-se, sobre o assunto, o parágrafo 4.2 abaixo.

²³ V. para a Itália o *Codice di corporate governance* publicado pelo Comitato Corporate Governance constituído por parte de associações empresariais (bancárias, seguradoras, de sociedades por ações e industriais), a Bolsa Italiana e a associação dos investidores profissionais (Assogestioni); mas há naturalmente exemplos em todos os Países de economia desenvolvida.

²⁴ Os *Wates Corporate Governance Principles for Large Private Companies*, que se podem encontrar no URL <https://www.frc.org.uk/directors/corporate-governance-and-stewardship/governance-of-large-private-companies>; sobre o tema, PIERRE DE GIOIA CARABELLESE, *Il nuovo codice di condotta delle società non quotate in Gran Bretagna: analisi giuridica e valutazioni critiche*, em *RivistaODC*, 2019, p. 711.

empresas familiares não cotadas²⁵; e o Guia está também nesta categoria, embora com a notável diferença de o seu âmbito de interesses exceder, e não pouco, o da governação da sociedade, rigorosamente interpretada.

Afinal, esta breve reconstrução do estado da arte das PME e das sociedades privadas na legislação europeia e nas experiências internacionais demonstra bem como não podemos, em termos gerais, contar com uma definição geralmente aceite das segundas, e como é bem vulgar que haja PME que se encaixem na definição normativa, mas que realmente pequenas ou médias não são, segundo o sentido comum.

3. A ideia geral do Guia e a sua função

Podemos a este ponto voltar ao Guia e à sua função. Função que, num sistema geral tão caótico como aquele que já desenhei a nível europeu, é de grande interesse também para fins de classificação.

Parece-me que podemos distinguir, em geral, dois papéis desempenhados pelo Guia, em mais dois possíveis âmbitos.

Os papéis, como já brevemente antecipei, são por um lado a função científica, e por outro a função prática; os âmbitos, diversamente, têm a ver com a realidade nacional, por um lado, e por outro com a internacional.

A função científica mais valiosa do Guia parece-me a da sistematização da disciplina das Sociedades por Quotas, de maneira muito mais atualizada na prática do que se pode encontrar no Código das Sociedades Comerciais, mas ao mesmo tempo menos aprofundada e técnica do que se encontra nos manuais universitários. Trata-se de um sumário, de uma sebenta que faz com que seja possível uma aproximação ao direito das SQ – como direito societário das PME – de maneira ágil e tecnicamente certa ao mesmo tempo.

Em segundo lugar, o Guia parece-me ter uma notável finalidade científica filo-comparatística. Agiliza, em outros termos, o conhecimento do direito português das sociedades para além da comunidade científica lusófona.

Finalmente, o Guia proporciona um reconhecimento do estado da arte das boas práticas na explicação da autonomia dos sócios nas SQ, relatando-as nos comentários; e, ao mesmo tempo, como não oferece rela-

²⁵ Trata-se dos *Principi per il governo delle società non quotate a controllo familiare. Codice di autodisciplina* elaborados pela associação das empresas familiares italianas, conjuntamente com a Universidade Bocconi de Milão, e publicados no ano 2017: https://www.aidaf.it/wp-content/uploads/2019/07/16/01.-Codice_Autodisciplina_ottobre2017.pdf.

tórios sobre elas, promove num certo sentido a não proliferação (senão mesmo o esquecimento) de práticas menos boas.

Quanto ao ponto de vista prático, o Guia destaca-se como uma peculiaridade de um sistema societário “de baixa notarização” como é o português. Neste sentido, é apropriado mais um breve excuso comparado, que irei fazer quando tratar da constituição das sociedades.

Se olharmos para os diversos sistemas de direito das sociedades que há nos países europeus, encontramos basicamente três alternativas quanto à intervenção de um oficial público, geralmente um notário, no momento da redação do ato constituinte da sociedade. Nomeadamente, há sistemas com uma intervenção muito relevante do notariado no processo de constituição da sociedade, em especial no sentido de que, todas as vezes que se constitui uma sociedade de capitais²⁶ é preciso que seja um notário a redigir o ato, por razões basicamente de certeza e de licitude do conteúdo do próprio ato. Podemos classificar estes sistemas como “sistemas com elevado nível de notarização”; é o caso, entre outros, da Itália, da Espanha e da Alemanha.

Por outro lado, há ordenamentos onde há uma plena desconsideração do papel do notário na constituição das sociedades, ou até que não têm notariado no sentido clássico; nestes casos podemos dizer que o sistema é “de completa desnotarização”.

Entre estes dois extremos, há uma área intermédia onde os notários como públicos oficiais podem desempenhar um papel na constituição da sociedade, mas só em alguns casos específicos. É o caso, por exemplo, de Portugal, ou também da França, onde a intervenção notarial tem lugar necessariamente só quando haja entradas que necessitem, para a transferência para a sociedade, de um ato que envolva a presença daquele oficial. Podemos definir estes sistemas como “de baixa notarização”.

Ora, a função do notário nos sistemas com elevado nível de notarização é, como disse, garantir a plena legalidade das soluções incorporadas nos documentos fundamentais da sociedade. Trata-se então de uma função técnica, que visa com certeza promover um interesse público ao maior nível possível de legitimidade na área do direito das sociedades²⁷, mas o

²⁶ E, paralelamente, todas as vezes que se decide um modificação dos seus documentos fundamentais.

²⁷ E em particular quanto à plena licitude da cláusula do objeto social, sendo a natureza ilícita desta um dos casos que, ao abrigo do art. 11.º, al. b) da Diretiva codificada, é capaz de determinar até a nulidade da sociedade (e assim, quanto a Portugal, veja-se o art. 42.º, 1 CSC). O interesse quanto à natureza plenamente lícita da cláusula do objeto social é então de relevância pública. Ainda que as consequências da nulidade da sociedade, como estabelecidas na Diretiva codificada, lembrem de perto muito mais o regime da dissolução

exercício deste interesse público tem a ver em particular com as opções disponíveis aos sócios aquando da constituição da sociedade, ou da modificação dos seus documentos fundamentais. Neste sentido, o papel do notariado, nos sistemas de elevada notarização é também, primariamente, o de *aconselhamento* dos sócios, em particular dos fundadores, para traduzir na realidade jurídica própria dos estatutos sociais as preferências expressas pelos sócios quanto ao funcionamento da sua empresa comum. Sendo a intervenção notarial, nos ordenamentos de que estou a tratar, necessária e obrigatória, a função de aconselhamento do notariado exerce-se em alguma medida de forma automática, e os sócios beneficiam dela até para além da própria vontade, pois é dever do notário retirar dos documentos as cláusulas que sejam sem dúvida ilícitas, apesar de serem expressão da vontade dos sócios.

Nos sistemas em que, pelo contrário, o nível de notarização é baixo ou ausente, a função de aconselhamento é desempenhada pelos notários de forma, no máximo, limitada. Verdade é que, naqueles países onde, apesar de não terem um papel relevante ou necessário na constituição das sociedades, os notários estão presentes, é sempre possível os sócios recorrerem a eles para obter aconselhamento quanto ao conteúdo lícito a incluir no ato constituinte. Trata-se neste caso, todavia, de uma mera faculdade, sem que haja obrigação alguma dos sócios nesse sentido. Eles, razoavelmente, irão pedir aconselhamento quando houver dúvidas, e quando houver fundos para as respetivas despesas; o que nem sempre acontece, naturalmente.

Num sistema como este que acabo de esboçar, a função prática do Guia é ainda mais evidente: com certeza, ele não pode substituir completamente o papel de um notário quanto ao aconselhamento no caso concreto. Não obstante, fornece algumas perspetivas em que os sócios talvez não pensassem, levando-os porventura a excluir aquelas cuja licitude seria capaz de ser mais dubitável. Neste sentido, o conteúdo do Guia representa uma pré-certificação da legitimidade das soluções que aí se encontram, em benefício dos seus utilizadores finais, ou seja, dos sócios²⁸.

das sociedades, e não o da nulidade do direito privado geral, com a consequência de que a invalidade da sociedade irá produzir efeito só *ex nunc*, sem que a validade dos atos concluídos pela sociedade no passado seja posta em causa (neste sentido veja-se COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, cit., p. 152 ss.); ainda que o regime seja este, a declaração de nulidade da sociedade determina de toda maneira uma situação de crise nas relações da organização para com as comunidades em que exerce – ou exercia, antes da declaração de nulidade – as próprias atividades. Por isso, parece que há realmente um interesse “ultra-privado” relativamente à licitude do objeto social.

²⁸ O Guia é neste aspeto diferente da situação que se pode encontrar no meu País, onde contudo nos últimos anos se desenvolveu uma forma de lei branda de grande interesse,

Enfim, o Guia tem o grande valor de ultrapassar uma lógica que é muito vulgar, infelizmente, nas salas de aula das universidades, ou seja a dos comportamentos estanques de cada cadeira. Como qualquer pessoa que tenha o menor contacto com a realidades das empresas bem sabe, o mundo das sociedades não se pode reduzir só ao direito das sociedades; basta pensar nos contratos, nos trabalhadores, na propriedade intelectual, em noções pelo menos básicas de economia de gestão para entender isso muito bem. Neste sentido, o Guia proporciona um ângulo de visão que tem em conta, muito apropriadamente, as consequências sobre o plano do direito fiscal das algumas das soluções adotadas. Isto é naturalmente de enorme interesse na prática, fazendo com que os sócios estejam completamente conscientes dos custos completos das soluções que entendam adotar.

Quanto ao âmbito geográfico de referência, parece-me que o Guia tem, ao lado da sua alma profundamente portuguesa, e se calhar podíamos dizer por isso mesmo, uma saudade do estrangeiro. Naturalmente, o primeiro alvo do Guia é o ordenamento português. O Guia vai ser de utilidade para advogados, para juízes, e em geral para as pessoas que estejam interessadas na constituição de uma nova sociedade. Ainda mais, porque na atual tendência a nível europeu muitas das novas sociedades "privadas" continuam a padecer de descapitalização material, devido à possibilidade de constituir sociedades que têm um capital social inicial de pouquíssimos euros, isso faz com que estas sociedades se encontrem na situação de não terem suficientes recursos financeiros para solicitar pareceres profissionais antes da constituição. O Guia é capaz de ter, neste sentido, um importante papel para tais sociedades, cujos escassos meios financeiros

interna à própria classe notarial, ou seja o sistema das "massime del notariato" (máximas do notariado), desenvolvidas pelos Conselhos notariais de diferentes áreas do País. Em particular, destacam-se, por importância, os de Milão, do Triveneto (a área entre Verona, Trento, Veneza e Trieste) e de Florença, que têm maior difusão na prática. Trata-se, nestes casos, de pareceres elaborados por notários pertencentes aos concelhos locais, geralmente reunidos numa comissão específica sobre o direito das empresas e das sociedades. Ainda que tais máximas naturalmente não encontrem espaço autónomo nas fontes do direito a não ser, talvez, costume), são contudo de grande utilidade porque cada questão tem uma explicação detalhada e fundada na doutrina e na jurisprudência. Ademais, os redatores são frequentemente notários que, paralelamente, exercem a função de professor universitário também. Por isso, trata-se de uma conexão muito interessante entre uma abordagem teórica e uma prática. Além disso, o facto de as máximas serem expressão de diferentes conselhos notariais faz com que haja uma espécie de diálogo entre as diferentes zonas notariais do País, com soluções que, embora nem sempre estejam orientadas no mesmo sentido, têm contudo sempre uma meditada base legal, o que ajuda o progresso no debate jurídico nacional.

são perfeitamente conhecidos do legislador, que quis, ainda assim, promover a sua constituição, a fim de ajudar de qualquer maneira o auto-empreendedorismo como meio para sair da grande crise económica dos anos 2007/08. Com certeza, não vai resolver as dúvidas todas, mas ajudará os novos empreendedores a começar as suas novas sociedades de maneira correta.

O Guia tem uma importância fundamental na perspetiva supranacional também, em particular quanto à sua utilização em termos comparativos. Isto vale também no plano científico, pois permite – graças à versão em inglês – aos investigadores que não conheçam a língua portuguesa terem um primeiro contacto com o direito das SQ em Portugal. O estilo de apresentação do Guia²⁹, de facto, porque inclui quer referências ao regime estritamente normativo, quer ao direito das sociedades na prática, revela-se muito valioso para quem se relacionar com o direito das PME em Portugal. Porventura, seria útil que o Guia tivesse uma secção final de referências doutrinais mínimas para fornecer uma ajuda inicial a quem esteja interessado em aprofundar autonomamente alguns dos temas nele tratados.

Mas também para lá do âmbito estritamente científico, o Guia é capaz de ter um papel relevante na prática. Como já mencionei brevemente, no sistema de competição regulamentar que marca o mundo das sociedades na União europeia depois dos acórdãos *Centros*³⁰ e, ainda mais, *Polbud*³¹ do Tribunal de Justiça da União europeia, um sistema de direito das sociedades efetivo, eficiente e saudável é necessário para cada Estado membro não só manter dentro das próprias fronteiras as empresas constituídas pelos próprios nacionais, que, se assim não for, facilmente se dirigiriam para ordenamentos (sempre europeus) mais vantajosos (competição de retaguarda), mas também para que o próprio sistema de direito das sociedades seja percebido como desejável, atraindo desta maneira investidores

²⁹ Que lembra muito o sistema que foi adotado no *European Model Company Act*, cujo texto pode ser consultado no URL https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2929348, contendo explicações a seguir ao texto normativo (proposto) sobre a *ratio* e a origem da norma que são de extremo interesse para quem queira ampliar os conhecimentos sobre os diversos ordenamentos que os redatores do EMCA tomaram como referência. Sobre o projeto EMCA, em português, veja-se JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *O "European Model Company Act" (EMCA)*, em *I Congresso do Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, 2011, p. 447.

³⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça da Comunidade Europeia de 9.3.1999, Processo C-212/97.

³¹ Acórdão do Tribunal de Justiça da União Europeia (Grande Secção) de 25.10.2017, Processo C-106/16.

do estrangeiro que aprovem as soluções do direito societário desenvolvidas pelo País³². Agora, a condição fundamental para que um sistema possa ser percebido como vantajoso é o conhecimento desse mesmo sistema no estrangeiro. E nada, hoje, é mais útil a este fim do que uma informação concisa, exata e completa num idioma de conhecimento comum como o inglês; que é exatamente o que o Guia oferece ao investidor estrangeiro³³. É por isso mais do que recomendável que o Guia tenha a maior possível difusão nos serviços, presenciais e em linha, e nos gabinetes que se ocupam da promoção de investimentos estrangeiros diretos em Portugal. E desejável seria que mais Estados membros (aliás, académicos e profissionais desses Estados) seguissem este exemplo também.

4. Algumas considerações específicas e comparativas sobre a constituição das sociedades

4.1. A Empresa na hora (e a Empresa online)

Quanto a específicos conteúdos do Guia, desejo pôr a minha atenção em particular sobre alguns temas que me parecem de interesse peculiar. Em primeiro lugar, o da constituição da sociedade, que para lá da importância no sistema do direito das sociedades português é também um dos alvos, talvez o mais importante, da já mencionada Diretiva (UE) 2019/1151, que modifica a Diretiva codificada (EU) 2017/1132.

O Guia neste aspecto oferece um específico cuidado, comprehensivelmente, ao sistema de constituição de "Empresa na hora"³⁴. Trata-se, como é bem sabido, de um sistema que oferece uma maior rapidez na constituição das sociedades, através de um procedimento baseado sobre modelos de estatuto que podem ser utilizados para que a sociedade seja constituída mais depressa do que aconteceria no caso comum de se optar por um

³² Mas, num sentido crítico sobre o real alcance da mobilidade transfronteiriça, veja-se CARSTEN GERNER-BEURLE, FEDERICO MARIA MUCCARELLI, EDMUND SCHUSTER, MATHIAS SIEMS, *The Illusion of Motion: Corporate (Im-)mobility and the Failed Promise of Centros*, ECCI Law Working Paper No. 458/2019, disponível no URL https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3407896.

³³ E a mesma ideia está presente, como veremos no parágrafo 4.5 abaixo, na Diretiva (UE) 2019/1151, com referência às informações a proporcionar pelos Estados membros: artigo 13.^º-F.

³⁴ Sobre o qual veja-se ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, *Empresas na Hora*, in *Temas Societários*, Almedina, 2006, p. 81 ss.

estatuto de formulação livre. E a rapidez é ainda maior no caso em que se escolha o regime especial de constituição on-line.

Em termos técnicos, temos de distinguir dois momentos no procedimento de constituição da sociedade: por um lado há, naturalmente, a redação do ato constituinte por parte dos sócios fundadores. Mas antes do registo desse ato, a sociedade fica sujeita a um regime particular³⁵. Só a partir do momento do registo passa a sociedade a existir como pessoa coletiva, no caso que nos interessa como Sociedade por Quotas³⁶. No processo de constituição da Empresa na hora, contudo, os dois momentos fundamentais da redação do ato constituinte e do registo da sociedade estão muito próximos; mesmo anexos, poderá dizer-se. O mesmo talvez não se possa afirmar em relação ao processo da Empresa *online*, como já veremos.

Na Empresa na hora, de facto, a redação do ato constituinte consiste no simples preenchimento de modelo que é disponibilizado pelo próprio serviço de registo; o modelo preenchido tem que ser apresentado no ponto de atendimento organizado pelo serviço do registo comercial, e o processo é concluído no mesmo dia em que iniciou. Isto é, cabe aos sócios apenas escolher, quanto à constituição na hora de sociedades por quotas, um entre os dois modelos disponíveis – mais um no caso de sociedade unipessoal. Para além disso, a única tarefa adicional dos sócios³⁷ é decidir sobre a firma da sociedade, escolhendo entre várias opções que já estão pré-aprovadas e reservadas a favor do Estado, ou criando uma antes do início, ou ao início, do processo, e que seja aceite pelo registo, ou, no caso de firma escolhida antes do início do processo, que tenha uma certificação de admissibilidade. Nestes casos, o registo tem lugar no prazo de 24 horas a partir da apresentação dos documentos no ponto de atendimento, e a simplificação maior que aqui se pode encontrar é a possibilidade de constituir sociedades de forma extremamente rápida, necessitando os sócios apenas de se apresentarem perante os funcionários dos pontos de atendimento, os quais concluirão o processo em relação ao registo.

No regime da Empresa *online*, a diferença maior é a não necessidade de se usar um modelo de estatuto, e, se eu bem entendo, não há restrição alguma no que diz respeito à firma da sociedade, pois pode ser escolhida em plena liberdade pelos sócios fundadores, na condição, naturalmente,

³⁵ Neste sentido também COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, cit., p.127 ss.

³⁶ COUTINHO DE ABREU, *ob. cit.*, p. 99 s.

³⁷ Para lá daquelas ligadas às entradas de bens sujeitos a registo, que aqui não interessam de particular maneira.

de ser aceite pelo serviço de registo³⁸. Ao contrário da Empresa na hora, contudo, não há a prescrição de o processo dever ser concluído dentro do prazo de um dia. Neste sentido, a vantagem do serviço da Empresa *online* é que quem pretenda constituir uma sociedade por este meio tem a possibilidade de o fazer diretamente, sem sequer a intermediação do ponto de atendimento necessário para a Empresa na hora.

Como é evidente, o nível de personalização no processo constituinte da sociedade é muito reduzido na Empresa na hora, ao invés do que sucede na Empresa *online*, onde esse nível é idêntico ao possibilitado pelo processo comum de constituição, a que acresce o “conforto” de nem sequer se ter de sair da própria casa, no caso de se dispor dos meios de certificação exigidos pela lei. Na Empresa na hora, ao invés, por um lado a escolha da firma pode ser livre, mas neste caso precisa da pré-certificação de admissibilidade; por outro lado, e sobretudo, como também já dissemos, os sócios fundadores são obrigados a utilizar um dos modelos pré-aprovados; desta maneira bem se pode dizer que a liberdade de desenhar a sociedade com as características que eles achem preferíveis encontra uma limitação, pois dificilmente os modelos pré-aprovados serão suficientemente flexíveis para permitir uma conformação ótima. O estatuto redigido segundo modelos torna-se por isso uma contradição com o caráter de preeminência da vontade dos sócios e de promoção da autonomia dos fundadores que é própria das sociedades fechadas.

4.2. Constituição em linha em alguns países europeus

A situação presente na disciplina da constituição por meio da Empresa na hora, que está disponível para todas as formas societárias, exceto para as sociedades anónimas europeias, não é contudo uma especificidade só portuguesa, ainda que Portugal deva ser reconhecido como um dos primeiros países que aplicou este sistema. Se compararmos o sistema da Empresa na hora – integrado com o sistema de constituição *online* – com outros já existentes em diversos Países da União europeia, logo observamos muitas semelhanças.

Em particular, nos Estados bálticos e nórdicos em geral, a possibilidade de formar sociedades diretamente *online* e com prazo de registo muito curto está bastante generalizada. Vejam-se por todas as experiências da Estônia, que é até pioneira nesta matéria, da Dinamarca e da Finlândia.

³⁸ Veja-se JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. I, 10.^a ed., Almedina, 2016, p. 167 s.

dia, onde há já uma tradição de constituição de sociedades em linha. E, para lá daquelas experiências nórdicas – e da bem conhecida realidade do Reino Unido, onde há muitos anos existe a possibilidade de registar as sociedades na *Companies House* sem necessidade de presença física³⁹ –, há também casos mais “mediterrâneos” como a França e – parcialmente – a Espanha, com sistemas parecidos.

A Estônia – ou até E-stônia, como foi alcunhada por causa da grande abertura para os assuntos digitais – é até extraordinária quanto ao seu nível de digitalização: os dados que foram apresentados numa conferência internacional em 2018⁴⁰ falam de 99,9% das sociedades fechadas constituídas no ano 2016 com aproveitamento do sistema de constituição em linha; e já no ano 2012 – quer dizer, praticamente pré historia, dadas as rápidas mudanças que se têm verificado na área do digital – a percentagem era de uns espantosos 98,3%. O sistema, que pode ser utilizado diretamente pelos cidadãos, podendo embora – se quiserem – ser auxiliados por um notário, possibilita o registo das sociedades “privadas” (OÜ) em um dia. Porém, condição para esta possibilidade é que se utilize o modelo de estatuto disponibilizado pelo próprio portal de registo.

A Finlândia tem características parecidas com as da Estônia. Aí também há um serviço de registo em linha, que é no entanto proporcionado só em finlandês e sueco, com algumas informações em inglês. Curiosamente – se calhar para quem viva na Europa do sul, mas em linha com uma ideia promocional das medidas que têm a ver com a digitalização, muito forte naquelas terras –, o custo administrativo do registo em linha é na Finlândia mais baixo do que o estabelecido para o registo em papel. Neste caso também, o registo *online* só é possível – entre outras condições⁴¹ – se os fundadores escolherem utilizar os modelos de estatutos que foram pré-aprovados. A atividade de controlo por parte do serviço de registo é

³⁹ Consulte-se o sítio internet do Governo do Reino Unido: <https://www.gov.uk/limited-company-formation>

⁴⁰ A conferência, com o título *Incorporation of Companies in the Digital Age*, teve lugar na cidade alemã de Würzburg em 16 e 17 de março de 2018. A intervenção sobre a Estônia foi feita por Eva Pötter, da Câmara do Notariado da Estônia. Um breve sumário da conferência é oferecido por RALF KNAIER, *Incorporation of Companies in the Digital Age – Erkenntnisse einer Würzburger Tagung*, em NZG, 2018, p. 576.

⁴¹ Uma característica relevante é o facto de só pessoas que tenham o código pessoal de identificação finlandês e uma conta bancária *online* (cartões de identificação eletrónicos finlandeses) poderem aceder ao sistema de registo eletrónico das sociedades. Isto, naturalmente, faz com que haja uma barreira para a constituição de sociedades finlandesas por parte de cidadãos de outros Países, regime que cairá com a transposição da Diretiva (UE) 2019/1151.

completada dentro de três dias úteis no máximo, e a sociedade vem à existência só no momento do registo; mas os seus administradores já têm a possibilidade de operar por conta da sociedade depois do preenchimento dos formulários *online*; todavia, as responsabilidades são transferidas para a sociedade, como é natural, só depois do registo⁴².

A Dinamarca também não tem um sistema muito distante daqueles que já referimos. O registo pode ter lugar de forma eletrónica, através de um portal público, ao qual, contudo, só podem aceder os cidadãos dinamarqueses através da própria identidade eletrónica. Como o sistema é já compatível com o regulamento e-IDAS, que garante a certificação da identidade dos cidadãos europeus⁴³, a extensão para os cidadãos de outros Países da União não parece muito difícil. Uma peculiaridade do sistema dinamarquês é que, diversamente das outras experiências que já vimos brevemente, os fundadores não têm de redigir os documentos de constituição da sociedade em um modelo pré-aprovado pela autoridade pública; de toda maneira, não é preciso a intervenção de notário. Ainda assim, o registo é praticamente imediato, e o requerente recebe o número de registo dentro de poucos minutos⁴⁴.

Os outros sistemas que mencionámos e que são relevantes para a nossa comparação, são o francês e o espanhol. E aqui também encontramos pelo menos algumas semelhanças com o que acontece nas diversas experiências que já observámos.

Quanto à França, coexistem dois sistemas. Por um lado, é possível utilizar um modelo pré-aprovado de estatuto no caso de sociedades unipessoais em que o sócio único seja também o gerente único. Ainda assim, o uso do estatuto modelo só serve para a redução dos custos de constituição, não para ganhar maior rapidez no registo da sociedade, que só pode ser pedido num dos centros espalhados pelo território (*Centres de Formalités des Entreprises*). Ainda quando não se possa utilizar o estatuto modelo, não é necessária a intervenção de notário, salvo nos casos em que a natureza dos bens com que os sócios entram para a sociedade o exija⁴⁵. Por

⁴² A fonte é a palestra, dada na conferência mencionada na penúltima nota, pelo professor Matti Sillanpää, da Universidade de Turku.

⁴³ Sobre o tema, vejam-se IRIS WUISMAN, *The Societas Unius Personae (SUP)*, em *European Company Law*, 2015, p. 40 ss.; ALESSIO BARTOLACELLI, *O controlo de identidade do sócio fundador nas mais recentes propostas da Comissão Europeia*, em *V Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, 2018, p. 107.

⁴⁴ A fonte é, uma vez mais, a apresentação na Conferência de Würzburg dada pelo prof. Jesper Lau Hansen, da Universidade de Copenhaga.

⁴⁵ Cf. ALESSIO BARTOLACELLI, *Armonizzazione, concorrenza e convergenza tra ordinamenti: evidenze dal diritto delle società a responsabilità limitata in Europa e in Italia*, em Elisabetta

outro lado, foi desenvolvido um sistema, o do *Guichet unique de création d'entreprise*, através do qual se pode tratar de todo o processo de constituição da sociedade (e de qualquer forma empresarial) diretamente em linha, incluindo o pagamento do serviço⁴⁶.

Mais complexo é o sistema espanhol, onde não é possível constituir uma sociedade inteiramente *online*, mas que proporciona a possibilidade de cumprir todas as formalidades exigidas para constituir a sociedade num só gabinete, embora não dispense a intervenção notarial. O sistema é de interesse porque torna-se o protótipo de como podem funcionar, em ordenamentos que exigem a intervenção do notário na constituição das sociedades, as previsões contidas na Diretiva (UE) 2019/1151 sobre o registo eletrónico das sociedades, e que já iremos ver. Segundo o sistema espanhol, que neste aspetto é muito parecido ao português⁴⁷, desde 2013 é possível utilizar os *Puntos de Atención al Emprendedor*, que visam agilizar a constituição das sociedades; nestes gabinetes, os sócios fundadores podem cumprir quase todas as formalidades necessárias para constituir a sociedade. Mas, como se disse, a intervenção do notário é também necessária. Ora, o sistema baseado nos *Puntos de Atención* faz com que o notário possa não estar presente no momento em que os fundadores se apresentam no gabinete público. No entanto, entre os serviços proporcionados nos *Puntos de Atención* há também o de marcar um encontro com o notário dentro das doze horas úteis sucessivas, a fim de ele lavrar o ato e transmiti-lo ao serviço de registo comercial, que deve registá-lo dentro de seis horas; depois, todos os documentos são novamente enviados para o *Punto de Atención*, onde os fundadores podem aceder a toda a documentação. Tudo isto é assim se os fundadores utilizarem os modelos de estatuto pré-aprovados disponibilizados nos *Puntos de Atención*. Contudo, é possível também que os sócios não utilizem tais modelos. Neste caso, o sistema é idêntico ao descrito há pouco, mas o registo efetuado dentro do referido prazo de seis horas é provisório e, ainda que produza imediatamente os seus efeitos, considerando-se a sociedade constituída a partir daquele momento, tem porém de ser confirmado nos quinze dias sucessivos. O sistema espanhol facilita evidentemente a vida aos sócios fundadores, que têm de ter ligações apenas com o *Punto de Atención* – e com o notário, que geralmente é encontrado graças ao próprio *Punto de Atención* –, mas tem a desvantagem

Pederzini (a cura di), *Percorsi*, cit., p. 168 s.

⁴⁶ www.guichet-entreprises.fr.

⁴⁷ E ao francês também; este parece acontecer graças à assim chamada “Diretiva Serviços”, ou “Diretiva Bolkenstein” (Diretiva 2006/123/CE) onde se prevê (art. 6.º) a constituição de balcões únicos de oferta de serviços aos cidadãos em cada País da União.

de prever dois momentos separados, para além de faltar um sistema de registo eletrónico utilizável sem que se tenha de aceder presencialmente aos *Puntos de Atención*. Ainda assim, constitui um exemplo interessante de interação entre gabinetes e serviços públicos. O *Punto de Atención* tem ligações com o registo mercantil por um lado e com o notariado por outro. O que faz falta para haver apenas um sítio onde os fundadores têm de ir é afinal a integração, também física, dos serviços do *Punto de Atención* com os notários. Que é precisamente o que prevê a Diretiva (UE) 2019/1151, impondo até que este sítio tenha de ser virtual, integrando-se em um só portal todos os serviços exigidos para a constituição das sociedades – uma revolução copernicana para os sistemas de nível elevado de notarização.

4.3. A importância do modelo de estatuto

Voltando ao conteúdo do Guia, vê-se do panorama que tentei descrever como um elemento quase sempre fundamental nestes sistemas de simplificação do processo da constituição de sociedades é o modelo de estatuto pré-aprovado. A sua função é, claramente, a de reduzir tempo e/ou custo de constituição da sociedade. Quanto ao tempo, naturalmente o uso do modelo faz com que não seja necessário para o serviço de registo – ou para o diferente funcionário público competente – comprovar a legitimidade das soluções inseridas nas cláusulas, a não ser daquelas de formulação livre, como a do objeto social⁴⁸. E, antes ainda, poupa-se tempo na redação do documento. A decisão de utilizar o modelo de estatuto implica uma escolha: desiste-se da possibilidade de desenhar a sociedade de acordo com o que se achasse melhor em termos absolutos, mas ganha-se maior rapidez na sua constituição. Naturalmente, o “preço” da rapidez, a tendencial uniformização/despersonalização dos atos constituintes das sociedades cujos fundadores optaram pelo modelo de estatuto, é enormemente mais baixo caso seja possível, depois da conclusão do processo de constituição da sociedade, alterar os estatutos de modo a conformá-los de acordo com as ideias dos sócios⁴⁹.

⁴⁸ Mas veja-se a experiência, certamente não feliz, da *Sociedad Limitada Nueva Empresa* na Espanha, onde os *estatutos orientativos* incluíam também o objeto social enquanto um dos elementos a escolher dentro dumha lista pré-aprovada. Sobre tais estatutos, veja-se JORGE ARISTIDES VIERA GONZÁLEZ, *Anotaciones a los estatutos orientativos de la sociedad limitada nueva empresa y posibilidades de configuraciones diversas*, em *Revista de derecho de sociedades*, 2003, p. 207 ss.

⁴⁹ Mais aprofundadamente, pode-se ler, *scilicet*, ALESSIO BARTOLACELLI, *Almost Capital-less*

Pelo que diz respeito aos custos, o uso do modelo de estatuto traz consigo uma redução quer em termos reais, quer potenciais. Em termos reais, o uso de modelos pré-aprovados permite aos sócios poupar nas despesas em que, de contrário, teriam incorrido se tivessem procurado assessoria junto de advogados, notários ou outros consultores. Em termos potenciais, o risco de haver cláusulas capazes de criar situações de licitude duvidosa e, por isso, suscetíveis de ações judiciais contra a sociedade fica anulado, exatamente por causa da formulação pré-aprovada do modelo⁵⁰.

Se se precisar de uma sociedade constituída muito depressa, os modelos de estatuto são uma solução realmente muito interessante. Para confirmar esta impressão, é contudo exigível uma condição específica, ou seja, que o estatuto, originariamente redigido usando o modelo, possa depois ser modificado pelos sócios, como sucede para a generalidade das sociedades. Este é o ponto no qual o Guia mais se focaliza, a par do relativo à firma da nova sociedade. Corretamente, o Guia sugere por um lado que os fundadores refletem sobre a possibilidade de não adotarem simplesmente uma das firmas de fantasia que se podem encontrar nas listas pré-aprovadas, mas que a personalizem com o nome de um ou mais deles ou adicionando uma referência à atividade constante do objeto social. Por outro lado, informa sobre a oportunidade de alterar o estatuto, depois da constituição, de maneira a que possam encontrar abrigo nele disposições, uma vez mais, personalizadas, mas que originariamente não eram possíveis.

A sugestão proporcionada pelo Guia é realmente de grande utilidade, e reflete de maneira oportuna o que na prática acontece no momento da constituição das sociedades com estes sistemas que viabilizam uma maior rapidez de formação. Para adquirir o maior benefício dos novos procedimentos é preciso seguir passo-a-passo todas as formalidades que eles exigem. Isto quer dizer que, naquele exato momento histórico em que a sociedade vai nascer, se se pretende utilizar um dos sistemas de "constituição rápida", como o da Empresa na hora, dificilmente a sociedade recém-constituída vai ser o reflexo de tudo quanto os sócios realmente pretendem para exercer a atividade de empresa. Eles terão a possibilidade de adaptar a sociedade às próprias necessidades depois, quando, uma vez

Companies in Europe: Trends, Variations, Competition, em *European Company and Financial Law Review*, 2017, p. 225 ss.

⁵⁰ Mas vejam-se as considerações sobre cláusulas presentes no modelo pré-aprovado que tem de ser usado para a formação da *società a responsabilità limitata semplificata* na Itália e que me parecem não completamente válidas por causa da sucessão das leis no tempo, sem que houvesse modificações no regulamento em que o modelo de estatuto é incluído: ALESSIO BARTOLACELLI, *L'insostenibile leggerezza dell's.r.l.s.*, em *RivistaODC*, 2/2014, p. 18 ss., em particular p. 22 ss.

constituída a sociedade, será possível modificar os estatutos tal como é possível fazê-lo ordinariamente com todas as sociedades. O conteúdo da firma, bem como o das diversas cláusulas estatutárias, será então o mais preferível pelos sócios. Neste sentido, o princípio da maior autonomia dos sócios nas sociedades privadas, ainda que não tenha tido uma expressão plena no momento da constituição da sociedade no regime da Empresa na hora – em que tal autonomia é limitada à escolha do modelo de estatuto entre os poucos disponíveis –, é contudo recuperado com a possibilidade sucessiva de modificação dos estatutos (e, naturalmente, da firma).

4.4. A modificação dos estatutos depois da constituição

A modificação sucessiva do estatuto é possível, em regimes de constituição acelerada como o da Empresa na hora, porque a escolha do sistema de constituição não tem repercussões diretas sobre os caracteres fundamentais do tipo social que se escolheu. Noutros termos: a SQ não tem como elemento peculiar da sua disciplina o ser constituída por meio do regime da Empresa na hora; por um lado, este sistema bem pode ser usado para a constituição de qualquer tipo de sociedade português – exceto para a sociedade anónima europeia – e não só das SQ; e por outro lado, a SQ bem pode ser constituída por meio de outros procedimentos, também o baseado no registo em papel, tradicional; ou também o da Empresa *online*. O uso de modelo de estatutos para a constituição da SQ é só eventual e causado pela vontade – não pela exigência – de utilizar o sistema de formação da Empresa na hora. Neste sentido, então, não se pode dizer que o modelo de estatuto seja um elemento essencial da SQ; isto é exatamente o que acontece noutros quadrantes, quer os que já examinámos há pouco, quer na Alemanha, com os *Musterprotokoll*⁵¹.

Perdoar-se-me-á uma digressão sobre o direito italiano, mas a única exceção parece ser, neste sentido, a disciplina legal italiana da *società a responsabilità limitata semplificata*, que, ainda que não contenha uma explícita redução do prazo exigido para o registo da sociedade, sempre tem de ser constituída *conformemente* ao modelo de estatuto – realmente breve e até desgraçadamente minimal – preparado pelos ministérios da Justiça, da Economia e do Desenvolvimento Económico⁵². A *srls* deve ser constituída por meio de ato notarial conforme ao estatuto-modelo, mas sem

⁵¹ Cf. ALESSIO BARTOLACELLI, *À procura*, cit., p. 158, com mais referências bibliográficas.

⁵² Mais desenvolvidamente, sobre os assuntos ligados à *srls* e aqui apenas mencionados, veja-se ALESSIO BARTOLACELLI, *L'insostenibile*, cit., *passim*.

que o notário possa exigir uma remuneração; isto para não sobrecarregar de tarefas o notário que tem, por força da lei, de trabalhar de graça. Em outros termos, o notário, sim, tem de trabalhar de graça, mas ao menos o seu esforço intelectual é limitado à certificação da identidade dos sócios fundadores e da licitude do objeto social.

Ora, neste caso, o uso do modelo de estatuto por parte dos sócios fundadores constitui um dos elementos característicos da *srls*; a resposta à pergunta sobre se tal estatuto pode ser modificado sucessivamente à constituição da sociedade passa pela interpretação daquele *conformemente*: se é de entender só por referência ao momento da constituição, ou sucessivamente também. Os autores entendem que a solução mais liberal é a preferível, mas não me parece impossível uma argumentação divergente, ainda mais agora, quando as demais características fundamentais da *srls* (a mais relevante das quais é o capital social mínimo de apenas um euro) são partilhadas pela *srl* ordinária também. Se é então preciso distinguir entre as duas formas, e de qualquer maneira assinalar uma razoável preferência do legislador para a forma (em verdade, pouco) superior – ou seja para a *srl* comum, ao invés da *srls*, pensada apenas como forma menor de entrada no mercado para sociedades de fundadores de qualquer maneira ainda indecisos –, isso poderia ser conseguido mantendo a necessária coerência da *srls* com o – péssimo – modelo de estatuto de formulação ministerial ao longo de toda a sua vida, sem possibilidade de alteração. A não ser que a modificação estatutária levasse à passagem – não à formal transformação, na ideia da doutrina absolutamente prevalecente⁵³ – de *srls* para *srl* comum. Neste sentido, pode-se afirmar que a proibição de alterar os estatutos da sociedade simplificada tornar-se-ia uma forma, se calhar brutal, mas eficaz, de sublinhar como esta sociedade é de qualquer maneira reservada para aquelas atividades empresariais – poucas e de dimensões *realmente* reduzidas – que se podem contentar com um estatuto completamente despersonalizado⁵⁴.

⁵³ Vejam-se as posições doutrinais citadas em ALESSIO BARTOLACELLI, *L'insostenibile*, cit., p. 4, nt. 7. A interpretação maioritária deve agora confrontar-se com o conteúdo do Anexo II-A da Diretiva (UE) 2017/1132, como adicionado pela Diretiva (UE) 2019/1151, que inclui entre os “tipos de sociedades” também a *srls*. Parece-me contudo que se trata de um erro do legislador europeu; e se a menção da *srls* como tipo autónomo no dito anexo é capaz de servir como argumento *ad adiuvandum*, como argumentação principal seria todavia muito fraca.

⁵⁴ Neste sentido, há também uma alternativa intermédia entre os que acham os estatutos sempre modificáveis depois da constituição e a hipótese que descrevi no texto, ou seja, aceitar modificações do estatuto-modelo, mas só na medida em que não contradigam o próprio modelo em qualquer das suas cláusulas. De facto, isto é compatível quer com a

Tudo isto, contudo, não releva para a SQ portuguesa, que, como já vimos, ainda quando constituída por meio do processo da Empresa na hora, não sofre de qualquer proibição quanto à alteração sucessiva do estatuto.

4.5. Algumas novidades sobre a constituição em linha das sociedades ao abrigo da Diretiva (UE) 2019/1151

A este ponto é preciso averiguar se a disciplina da constituição da SQ – e em particular os sistemas da Empresa na hora e da Empresa *online* (que não está contemplada no Guia, mas que talvez possa ser acrescentada em edições futuras) – é compatível com as novas regras sobre a constituição em linha das sociedades comerciais presentes na Diretiva (UE) 2017/1132, modificada pela Diretiva (UE) 2019/1151. Referir-me-ei à Diretiva de 2017 na versão atualizada pela de 2019. Em particular, irei tratar primeiramente do Título I, Capítulo III, Seções 1 e 1-A, com os artigos 13.ºA a 13.ºJ, ainda que haja reflexos da disciplina também quanto aos resultados de transformação, fusão e cisão fronteiriças de sociedades.

Os bastidores desta nova disciplina, que foi aprovada em tempos surpreendentemente rápidos pelos padrões europeus, são as experiências nacionais que já referenciei, em particular as dos Países bálticos e norte-europeus que parecem mais desenvolvidos do ponto de vista informático. O antecedente, a nível de propostas europeias, está ao invés na bem conhecida proposta de modificação da Diretiva 2009/102/CE sobre as sociedades unipessoais, avançada pela Comissão em abril de 2014 e conhecida como Proposta SUP⁵⁵. Verdade é que, formalmente, a proposta à qual me estou a referir diz respeito apenas às sociedades com um só sócio; o documento propunha-se possibilitar a constituição em linha de socieda-

necessidade de a conformidade ser avaliada também durante a vida da sociedade, e não só antes da constituição, quer – embora só parcialmente – com o sistema promotor da autonomia dos sócios, autorizando nomeadamente o aditamento de novas cláusulas que aos sócios pareçam úteis. Esta ideia (sobre a qual se pode ver desenvolvidamente ALESSIO BARTOLACELLI, *L'insostenibile*, cit., p.20 s.) igualmente deixa entender a primazia do modelo da *srl* comum sobre a simplificada; e porque o notário deve ser remunerado pelo serviço de alteração estatutária, ele empurra de facto para a adoção da *srl* comum todas as vezes que haja necessidade de fazer modificações ao estatuto-modelo. Isto porque na *srl* comum os sócios já não encontrariam depois algumas das limitações (devidas ao respeito da conformidade com o modelo) com que se deparariam se ficassem no âmbito da *srls*.

⁵⁵ Sobre a mesma pode ver-se CATARINA SERRA, *Societas Unius Personae (SUP) – Um Golem na União Europeia?*, *DSR*, 2014, p. 127 ss.

des unipessoais em qualquer país da União por parte de cidadãos nacionais de outros países, sem necessidade de se deslocarem pessoalmente ao Estado membro em que pretendessem estabelecer a própria sociedade. A proposta, como disse, tem a ver na sua forma apenas com as sociedades unipessoais, mas a doutrina, nos comentários ao documento, salientou desde o início que os esforços económicos dos Estados membros para estabelecer uma plataforma adequada para constituir em linha sociedades unipessoais seriam mais que notáveis, não tendo por isso sentido que os governos nacionais limitassem a possibilidade de constituição em linha apenas às sociedades unipessoais, sendo muito mais lógico usar a mesma plataforma para as demais formas de sociedades domésticas. Tratava-se, em outras palavras, de um cavalo de Troia para chegar, indiretamente, ao alvo final da constituição em linha de todas as sociedades de capitais⁵⁶. A *Proposta SUP* não teve êxito, e foi retirada; mas a sucessiva apresentação da proposta sobre a constituição em linha e a sua aprovação como Diretiva (UE) 2019/1151 deixam muito claro como a impressão de heterogeneidade dos fins que tais autores tiveram não era, digamos, fruto de almas conspiradoras.

A ideia por detrás da Diretiva (UE) 2019/1151 é que o interesse do desenvolvimento do mercado interno europeu aconselha a possibilidade de os cidadãos de cada um dos países da União constituírem livremente sociedades em todos esses países, sem que a distância geográfica se torne um obstáculo a este direito. Trata-se, pode dizer-se, de pôr em prática o princípio da liberdade de estabelecimento, e da efetivação da competição regulamentar que se desenvolveu com os acórdãos do Tribunal de Justiça da União Europeia que já citei. Através do sistema desenhado pela Diretiva 1151, cada pessoa na Europa tem a possibilidade técnica de constituir uma sociedade num país diferente do seu, sem ter de deslocar-se

⁵⁶ Neste sentido MATHIAS SIEMS, *The Societas Unius Personae (SUP): a Trojan Horse?*, em *Siems-legal, siemslegal.blogspot.it/2014/04/the-societas-unius-personae-sup-trojan.html*; CATARINA SERRA, *Societas*, cit., p. 131; JESPER LAU HANSEN, *The SUP Proposal: Registration and Capital (Articles 13–17)*, em *European Company and Financial Law Review*, 2015, pp. 178, 180 s. e 189 s.; JESSIKA SCHMIDT, *Der Vorschlag für eine Societas Unius Personae (SUP) – super oder suboptimal?*, em *GmbH-Rundschau*, 2014, 9, p. 130; GAUDENCIO ESTEBAN VELASCO, *La Propuesta de Directiva sobre la "Societas Unius Personae" (SUP): el nuevo texto del Consejo de 28 de mayo de 2015*, em *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 2015, p. 131, nt. 45; ALESSIO BARTOLACELLI, *Nuove esperienze europee in tema di costituzione "semplificata" e "a basso costo" di società con responsabilità limitata*, em *Giurisprudenza Commerciale*, 2015, I, p. 407 s.

àquele país, nem sequer para assinar o ato constituinte: tudo se completa ao computador⁵⁷.

Já tive a oportunidade, nestes quadrantes, de analisar o texto da diretiva quando ainda era só proposta. Em várias partes, a versão final ainda é compatível com as observações a que me refiro⁵⁸. Vou aqui então apenas sublinhar algumas questões fundamentais para se entender o novo sistema.

Em primeiro lugar, a fim de permitir a constituição *online* em todos os países da União, é preciso utilizar um sistema harmonizado de identificação dos sócios, o que é proporcionado pelo Regulamento e-IDAS sobre as formas de identificação eletrónica⁵⁹, com o qual Portugal está já em conformidade graças ao Cartão do Cidadão e à Chave Móvel Digital⁶⁰. Isto significa que, através das suas credenciais nacionais, os cidadãos portugueses não irão ter problemas na constituição *online* de sociedades (já veremos *de que tipo* de sociedades) em qualquer país da União, uma vez que a Diretiva (UE) 2019/1151 encontre a sua aplicação nos diversos Estados membros. As regras domésticas de cada Estado membro podem, por um lado, recusar o reconhecimento de meios de identificação, ainda que eletrónicos, que não preencham as garantias do Regulamento e-IDAS; por outro lado, autoridades do Estado membro podem exigir a presença das pessoas singulares requerentes perante uma autoridade do mesmo Estado quando haja “motivos para suspeitar da falsificação de identidade”, enquanto explicitação do princípio da proteção do interesse público em “impedir a utilização abusiva da identidade ou a sua alteração”⁶¹, ou quando haja motivos para suspeitar que não são cumpridas as normas sobre a prova de que os requerentes têm a capacidade jurídica necessária

⁵⁷ Mas, repare-se, a possibilidade *técnica* de constituir a sociedade em linha não significa que cada cidadão da União tenha as *competências* para fazer isso; competências quer no sentido informático, quer, obviamente, no sentido de capacidade de gerir uma sociedade, ainda por cima regida por um direito estrangeiro que bem lhe pode ser desconhecido ou quase.

⁵⁸ Cf. ALESSIO BARTOLACELLI, *O controlo*, cit.

⁵⁹ Regulamento 910/2014/UE; veja-se também *supra*, nt. 43.

⁶⁰ ALESSIO BARTOLACELLI, *O controlo*, cit., p. 126.

⁶¹ Art. 13.º-B, n.º 4. Salienta-se que parece extremamente claro, quanto à ideia fundamental da Diretiva, que as razões de interesse público que suportam a mencionada exceção só podem ser invocadas perante casos singulares, e não como exceção geral. Se assim não fosse, o Estado membro poderia deixar de dar substancialmente atuação à Diretiva estabelecendo casos *gerais* de exceção. Por isso, os Estados membros terão de ditar, ao redigirem o ato de receção da Diretiva, pelo menos os critérios que têm de ser utilizados para avaliar a fiabilidade dos meios de identificação.

e o poder para representar a sociedade⁶². Trata-se dos únicos casos⁶³ em que o Estado membro tem o direito de parar o processo *online* – que, não ocorrendo isso, deve ser sempre concluído em linha –, transformando-o, pelo menos parcialmente, em presencial. Isto não obstante o artigo 13.º-G, n.º 4(d), que, em primeira leitura, até pareceria excluir obrigatoriamente – ou seja, sem que os Estados membros pudessesem estabelecer uma regra diferente – a possibilidade de constituição em linha no caso de o capital social ser realizado com entradas em espécie; a solução correta parece contudo diferente, deixando cada Estado membro livre de tratar do assunto na transposição doméstica⁶⁴.

O facto de todo o procedimento poder desenvolver-se de forma telemática não acarreta prejuízos para os países em que o processo de constituição exige um elevado nível de notarização. Nomeadamente, a Diretiva explica que o envolvimento de notários (ou, aliás, de “qualquer autoridade, pessoa ou órgão competente ao abrigo do direito nacional para tratar qualquer aspecto da constituição de sociedades”⁶⁵) no procedimento, quando previsto pelo direito nacional do Estado, continua sendo possível.

⁶² Cf. art. 13.º-G, n.º 8.

⁶³ Mas repare-se que o caso do n.º 2, ou seja, a recusa de meios de identificação eletrónica que não forneçam garantias suficientes, não leva necessariamente a que o requerente se apresente perante as autoridades do país onde pretende constituir a sociedade; pode o requerente utilizar um meio de identificação eletrónica adequado, diferente daquele cujo nível de garantia é questionado.

⁶⁴ É o que acontece, por exemplo, no regime da Empresa *online* portuguesa, quando para a transmissão dos bens seja exigida uma forma mais solene do que a simples forma escrita: art. 2.º do decreto-lei 125/2006. A disciplina portuguesa atual autoriza contudo a constituição em linha de sociedades em que os sócios fazem entradas em espécie *sem que seja exigida uma forma mais solene* do que a forma escrita.

Talvez fosse possível, para os Estados membros, uma interpretação diferenciada, pela qual, porque a exclusão da possibilidade de constituição em linha das sociedades com entradas em espécie deve estar incluída nas regras nacionais sobre a constituição *online*, poder-se-ia defender que os Estados membros mantêm a faculdade de reduzir o campo de aplicação da exclusão. Ainda mais, esta última solução – que deve ser testada num contesto transfronteiriço e, por isso, ter em conta a necessidade de individuar a lei aplicável à transmissão dos bens no que diz respeito à solenidade da forma exigida – seria em princípio mais respeitosa da ideia fundamental da Diretiva, ou seja, a de admitir da forma mais ampla possível a constituição em linha de sociedades.

Neste sentido, um argumento mais é disponibilizado pelo art. 13.º-G(7), al. b), quando, ao estabelecer os termos de referência para a contagem dos prazos de conclusão dos processos de constituição em linha, menciona entre outros a data “da contribuição em espécie para a realização do capital social, conforme previsto no direito nacional”. Parece ser isto um indício para confirmar a correção da interpretação referida.

⁶⁵ Art. 13.º-C, n.º 1.

vel na constituição em linha, mas só se o envolvimento do funcionário nacional for possível em linha também. Em termos gerais, a Diretiva não vai modificar as disposições nacionais sobre a constituição de sociedades, nem os órgãos ou os funcionários que cada Estado membro tem como competentes para os diversos atos que o processo de constituição exige; a União europeia até nem tem competência para isso. O que a Diretiva faz é garantir que, na diversidade dos procedimentos nacionais, e apesar das autoridades envolvidas em cada procedimento nacional, esse envolvimento possa ter lugar em linha⁶⁶.

Isto quanto à identificação e aos princípios gerais do procedimento de constituição das sociedades. Mas faltam ainda algumas indicações sobre como efetivamente se desenvolve o processo. E este é talvez o perfil que mais tem a ver com o Guia, pelo menos sob dois pontos de observação.

Em primeiro lugar, a Diretiva tem disposições que, por si, seriam aplicáveis a qualquer tipo de sociedade; ao mesmo tempo, os Estados membros são deixados livres para limitar o campo de aplicação das disposições por meio de um *opt-out*, ao abrigo do qual a necessidade de prever um procedimento nacional de constituição em linha de sociedades conforme aos preceitos da diretiva só existe para as sociedades do Anexo II-A da Diretiva (UE) 2017/1132, aditado pela Diretiva (UE) 2019/1151, ou seja, apenas para as sociedades privadas⁶⁷.

Cada Estado membro deve proporcionar informações sobre os tipos de sociedades que se podem estabelecer no próprio ordenamento⁶⁸ nos sítios

⁶⁶ Art. 13.º-C. E, quanto ao perfil prático, também o art. 13.º-E, sobre os pagamentos que podem ser exigidos pelos serviços ligados ao processo de constituição, que devem estar disponíveis em linha, através de um serviço “amplamente disponível” e que admite transações transnacionais, oferecido por uma organização estabelecida num Estado membro.

⁶⁷ Ou seja, quanto a Portugal, corretamente apenas a Sociedade por Quotas. A lista contém para outros países referências a “tipos” de sociedades que, na análise tipológica própria de cada país, não são geralmente reconhecidos como autónomos. Já se disse supra sobre a estranha menção à *società a responsabilità limitata semplificata* italiana (e adiciona-se agora da *jednostavno društvo s ograničenom odgovornošću* da Croácia), mas o mesmo se pode dizer quanto às variantes unipessoais da *sàrl* e da *sas* francesas e da *sprl* belga (esta, além do mais, já não existente, como se viu) e também, parece, à *отрудество с ограничена отговорност* búlgara.

⁶⁸ O texto da Diretiva não esclarece se a informação referida no texto deve ser oferecida quanto a *todos* os tipos de sociedades que se podem constituir no Estado, ou apenas àqueles cuja constituição em linha é permitida por esse Estado. O tema é de interesse não apenas no caso – que parece possa ser frequente – em que o País opte por admitir a constituição em linha limitadamente às suas sociedades privadas (o que significaria que tal Estado membro não tem a obrigação de oferecer informações sobre, por exemplo, as sociedades abertas). Em geral, uma interpretação extensiva significaria que os Estados membros têm de fornecer informações também sobre as sociedades de pessoas, que, porque não estão

Internet do seu Registo acessível através da Plataforma Digital Única, pelo menos “numa língua compreendida pelo maior número possível de utilizadores transfronteiriços”, o que significa, na época do Brexit, em inglês.

A informação abrange as normas sobre a constituição de sociedades e o estabelecimento de sucursais. Os documentos que contêm a informação devem ser concisos e “facilmente comprehensíveis”⁶⁹, incluir referências aos modelos de estatutos a utilizar e aos outros documentos exigidos para constituição da sociedade ou o registo da sucursal (incluindo os perfis de identificação pessoal e de taxas aplicáveis) e as línguas que podem ser utilizadas, além da própria estrutura do processo de constituição ou de registo em linha. Deve ainda ser fornecida informação sobre o regime de governo societário (órgãos de administração, gestão e fiscalização das sociedades e sucursais, poderes de representação para com os terceiros, normas aplicáveis aos membros dos órgãos mencionados, com específica atenção à questão da inibição dos administradores⁷⁰). Vê-se claramente como o Guia é capaz de ser, quanto às SQ, um primeiro esboço de tais

mencionadas no Anexo II da Diretiva codificada, são excluídas do âmbito de aplicação das normas sobre a constituição em linha, ao abrigo do art. 13.º. Quanto a este perfil, pode pensar-se que as informações a proporcionar teriam de ser apenas aquelas que têm a ver com as sociedades que, em concreto, podem ser constituídas em linha. Apesar disso, parece-me que faz sentido adotar a interpretação mais ampla, tendo em vista a função da Diretiva 1151. De facto, a ideia por trás da Diretiva sobre a digitalização das sociedades no *Company Law Package* é, como já disse *supra*, oferecer uma real possibilidade de realização do princípio da liberdade de estabelecimento. A definitiva realização disto acontece com a própria constituição (ou melhor, inscrição) em linha da sociedade; mas há também níveis mais baixos de cumprimento da mesma finalidade, sendo um a oferta de informações sobre os tipos de sociedades disponíveis em cada país. Se isto é verdade, faz então sentido que as informações proporcionadas tenham a ver não só com aqueles tipos de sociedades que materialmente se possam estabelecer por meio do procedimento de constituição em linha, mas também com as sociedades dos demais tipos que, apesar de não poderem ser constituídas *online*, podem contudo ser constituídas por procedimentos presenciais tradicionais, em relação aos quais é de utilidade a informação mínima mencionada no art. 13.º-F.

⁶⁹ O que sempre motiva a interrogativa: “comprehensíveis para quem?” Parece-me que a função da regra, a de viabilizar a constituição de sociedades para lá das fronteiras nacionais, faz preferir uma interpretação em que a comprehensibilidade tem como parâmetro uma pessoa com um mínimo de interesse pelo empreendedorismo, e não o *quisque de populo*. Noutras palavras, a necessidade de a informação ser “facilmente comprehensível” não significa que deva ser absolutamente elementar, nem que – por dever ser “concisa” também – tenha de incluir todas as noções básicas exigíveis para a compreensão de conceitos jurídicos fundamentais, como por exemplo os de responsabilidade, capital social, entradas, administração.

⁷⁰ Que é também aspeto de interesse para a Diretiva 1151, se calhar para lá do que era estritamente preciso para as finalidades da Diretiva: veja-se o art. 13.º-I.

informações, apenas com a necessidade de integração de algumas partes para cumprir plenamente com todas as informações exigidas pelo art. 13.º-F, e salvas, naturalmente, as regras de transposição que o legislador português irá emitir.

Quanto a tais regras, ditas “regras de execução”, a Diretiva salienta que devem ser “pormenorizadas” e assegurar que todo o procedimento possa desenvolver-se de forma telemática, incluindo a apresentação de documentos eletrónicos e a possibilidade de as entradas em dinheiro e outros os pagamentos serem feitos eletronicamente. São as regras de execução de cada Estado membro que disciplinam como se assegurará que os requerentes têm capacidade jurídica necessária e poderes de representação das sociedades, quais os meios utilizáveis para verificar a identidade dos requerentes, ao abrigo de quanto já se disse sobre os meios eletrónicos e-IDAS, quais os procedimentos de verificação da legalidade do objeto social, da firma, da designação dos administradores, e também as instruções sobre a utilização dos modelos de estatuto a preencher para se constituir a sociedade em linha. Sob um ponto de vista mais substancial, as regras de execução que constituem o ato de transposição nacional da Diretiva devem incluir também informações pormenorizadas sobre o papel do notariado, onde presente⁷¹, e de qualquer outra pessoa, funcionário ou serviço competente para tratar de aspetos da constituição de sociedades e, sobretudo – e isto é capaz de ter maior impacto no direito nacional – sobre as “consequências da inibição do exercício do cargo de administrador pela autoridade competente de qualquer Estado-Membro”. Isso é: quais as consequências da declaração de inibição pronunciada num outro Estado membro por uma autoridade desse Estado a respeito de uma pessoa que seja administrador de uma sociedade portuguesa em Portugal. O sistema pode facilmente tornar-se caótico, mas muito depende de como as regras nacionais serão redigidas e, sobretudo, se haverá alguma forma de coordenação informal.

O sistema tem de assegurar ser possível, para além daqueles poucos casos excepcionais já referidos, que todos os passos na constituição de uma sociedade podem ser dados à distância, de forma telemática. Como vimos já, a constituição em linha de sociedades exige, por um lado, a maior uniformização possível dos documentos requeridos pelo procedimento; por outro lado, que a conclusão do processo possa ser muito mais rápida do que na constituição de modo tradicional. A Diretiva lida com ambos estes assuntos.

⁷¹ E, parece-me, nos casos especiais em que o notário deva intervir na constituição de sociedades.

No que diz respeito à informação e aos documentos exigidos para a constituição, o legislador europeu utiliza a mesma abordagem que já vimos em vários países, ou seja, os modelos de constituição. Contudo, porque as formalidades dos atos constitutivos e dos estatutos podem ser diferentes em cada um dos Estados membros⁷², a disciplina da Diretiva é no sentido de caber aos Estados membros disponibilizar os próprios modelos, pelo menos com referência às sociedades privadas. Caso o Estado membro não utilize o já lembrado *opt-out*, e assegure assim a possibilidade de constituição em linha não apenas das sociedades privadas, mas também das sociedades das demais formas mencionadas no Anexo II (ou seja as sociedades por ações e, onde houver, as sociedades em comandita), é faculdade (mas não obrigação...) do Estado disponibilizar modelos para a constituição destas sociedades também⁷³.

Os modelos de estatutos devem ser disponibilizados por cada Estado membro precisamente para possibilitar que se complete mais rapidamente o procedimento de constituição em linha⁷⁴. A modalidade telemática de constituição, contudo, não modifica o sistema geral e teórico da natureza do ato: se o direito nacional requerer que uma sociedade seja constituída por documento autêntico, o modelo preenchido irá assumir a forma de documento autêntico; cabe aos Estados membros fazer com que as formalidades exigidas pela lei para a qualificação do documento como autêntico – por exemplo, a exigência de o documento ser exarado por um notário – sejam igualmente cumpridas, apesar de o documento ter forma eletrónica. Neste sentido não há prejuízo algum do art. 10.º da Diretiva codificada: a regra geral fica salva, e as novas normas só dizem respeito às modalidades práticas de aplicação.

O modelo deve ser disponibilizado, informa novamente a Diretiva 1151, “em, pelo menos, uma língua oficial da União amplamente compreendida pelo maior número possível de utilizadores transfronteiriços”. Isso é, naturalmente, em inglês. O modelo, então, deve existir *pelo*

⁷² E, neste sentido, veja-se o art. 13.º-H, n.º 4, que deixa completamente claro que cada modelo se rege pelo próprio direito nacional.

⁷³ A bem ver, a formulação do art. 13.º-H, n.º 1 deixaria aberta a possibilidade de os Estados membros disponibilizarem modelos para tipos sociais diversos das sociedades privadas, mesmo não permitindo a sua constituição por procedimento em linha. Assim, parece que a disponibilização no sítio internet é legítima, embora não *diretamente* útil. De todo o modo, tratar-se-ia de informação, desta vez voluntária e adicional, de que os possíveis futuros sócios podiam retirar benefício caso quisessem estabelecer uma dessas sociedades por meios tradicionais.

⁷⁴ De facto, é possível, como já veremos, haver constituição em linha da sociedade sem que se utilize o modelo de estatuto, mas isso implicará uma demora na inscrição.

menos em inglês. E a língua nacional do país onde se pretende constituir esta nova sociedade? Não é *explicitamente* exigida. A regra parece bastante esquisita, mas faz sentido: em fim de contas, o legislador europeu interessa-se – e tem o direito de se interessar – apenas pelos aspetos que promovam a realização ou o desenvolvimento do mercado único. Neste sentido, a versão espanhola dos modelos de estatutos de *SL*, ou a italiana dos modelos para a *srl*, ou a portuguesa dos modelos para constituir uma *SQ* não são de grande relevância: o estrangeiro irá utilizar, em princípio, o modelo em inglês. Para além disso, a versão do modelo na língua nacional é recuperada na segunda frase do art. 13.º-H, n.º 3, quando, *a contrariis*, se entende que o texto que tem valor autêntico entre os modelos disponibilizados é o da língua ou línguas oficiais do Estado membro onde se pretende constituir a sociedade, servindo as outras eventuais versões linguísticas só para fins informativos; isto, salvo se o Estado membro decidir que é possível constituir uma sociedade utilizando modelos em línguas diversas. Ora, vimos já que o Estado membro deve, *necessariamente*, disponibilizar o modelo em inglês. Lendo conjuntamente as duas regras, parece que a disciplina será como segue: os Estados membros têm de disponibilizar pelo menos um modelo que possa ser utilizado para a constituição em linha da sociedade; este modelo deve estar na língua oficial do Estado membro. Além disso, o Estado membro tem a obrigação de disponibilizar o modelo em inglês também, mas parece que não é obrigado a permitir a utilização deste último modelo para a constituição em linha da sociedade (este o sentido da função informativa dos modelos em língua diferente da oficial do Estado). Caso, no exercício da sua liberdade, o Estado admita o uso do modelo (em inglês) para a constituição, este não terá apenas função informativa, e será de considerado como autêntico. As (opcionais) demais versões linguísticas seguem o exemplo da versão em inglês, tendo função simplesmente informativa, a menos que o Estado membro admita a constituição em linha da sociedade por meio do uso deles.

Quanto à redução do prazo de registo que geralmente acompanha o uso de modelos, a questão é tratada pela Diretiva 1151 também. Em particular, o art. 13.º-G, n.º 7 distingue entre sociedades cujos sócios sejam apenas pessoas singulares e optem pelo uso dos modelos de estatutos, e os demais casos. Na primeira hipótese, o procedimento de constituição – ou seja, a inscrição no registo – deve ser concluído no prazo de cinco dias úteis; nos demais casos, o prazo estende-se por dez dias úteis. Claramente esta regra bem monstra a ideia do legislador europeu de que não é obrigatório o uso do modelo de estatuto para constituir a sociedade em linha. É contudo oportuno investigar brevemente as consequências destas regras, o

que nos leva, novamente, aos modelos de estatuto, que são com certeza e como já se tem visto um dos pontos focais da nova disciplina.

O modelo deve ser sempre disponibilizado para a constituição de sociedades quando *todos* os sócios fundadores sejam pessoas singulares; apenas desta maneira vai ser possível assegurar o cumprimento da regra da conclusão do processo dentro de cinco dias úteis, que é explicitamente mencionada pela Diretiva. Nos demais casos, ou seja, sempre que nem todos os sócios fundadores sejam pessoas singulares, o prazo de completamento do processo é de dez dias úteis. Isto apesar de o ato constituinte da sociedade estar redigido seguindo o modelo, ou não. Portanto, parece que a Diretiva obriga os Estados membros a disponibilizar modelos somente para utilização por pessoas singulares; eles são livres para disponibilizar ou não modelos para a constituição e registo de sociedades participadas, pelo menos parcialmente, por sujeitos que não sejam pessoas singulares, sendo o prazo de conclusão do processo nestes casos o mesmo independentemente do uso ou não do modelo⁷⁵. Portanto, a decisão (livre) do Estado membro quanto à disponibilização de modelos de estatutos para lá das sociedades que tenham apenas pessoas singulares como fundadores vai com certeza no sentido da simplificação do estabelecimento, mas não da aceleração da constituição da sociedade⁷⁶. E ainda, prosseguindo na ponderação sob um ponto de vista comparado, a decisão dos Estados membros quanto ao alcance da disponibilização de modelos – se apenas para as sociedades por quotas constituídas só por pessoas singulares, que é o mínimo exigido pela Diretiva, ou, mais abertamente, tanto para as sociedades por quotas como para as sociedades por ações, e independentemente da natureza pessoal dos fundadores – dirá muito quanto ao nível de compromisso e de “aposta” que um Estado membro escolherá para que os princípios ditados pela Diretiva (UE) 2019/1151 sejam realmente recebidos no ordenamento doméstico⁷⁷.

⁷⁵ E, se se partilhar esta conclusão, caso os Estados membros optem pela disponibilização de modelos nestes casos não necessários, tais modelos não estarão sujeitos às previsões do art. 13.º-H. De facto, se o Estado membro deve sentir-se livre para disponibilizar ou não o modelo, a preparação e publicação de um modelo, naturalmente completamente legal, ainda que sem as características exigidas pelo art. 13.º-H, e nomeadamente a versão em inglês, seriam perfeitamente válidas.

⁷⁶ A não ser que o Estado membro, no exercício da sua liberdade, e sem alguma obrigação que lhe venha do direito europeu, decida autonomamente reduzir o prazo de inscrição no registo das sociedades não totalmente formadas por pessoas singulares.

⁷⁷ E, neste sentido, abre-se mais um cenário de competição regulamentar, devido à amplitude das possibilidades de constituição transfronteiriça que cada Estado vai oferecer.

Para obter uma resposta a esta questão, contudo, não vai ser necessária uma espera muito longa. A Diretiva (UE) 2019/1151 tem como termo do prazo de transposição, quanto aos assuntos de que aqui tratei⁷⁸, 1 de agosto de 2021, com a possibilidade de adiamento durante mais um ano, no máximo, em caso de “particular dificuldade”⁷⁹. Pelo que diz respeito à situação particular de Portugal, parece que dificilmente será preciso usar o ano de prorrogação. Como disse atrás, o sistema de identificação eletrónica português já está conforme aos princípio do regulamento e-IDAS; e Portugal já tem o sistema de constituição eletrónica da Empresa *online*, que parece completamente conforme aos parâmetros da Diretiva (UE) 2019/1151 também.

5. Outros assuntos

O assunto sobre o qual mais me interessava apresentar algumas observações era, como se entendeu, a constituição das sociedades por quotas, mais em particular constituição em linha. Vários outros tópicos presentes no Guia despertaram o meu interesse também, em especial por razões de comparação do direito português com o italiano. Vou então aqui brevemente dar conta deles.

5.1. Financiamento das PME

No âmbito do financiamento, há grandes semelhanças entre Itália e Portugal. Em termos gerais, podemos afirmar que a capitalização mínima já não tem, em Portugal como na Itália, uma grande importância, estando reduzida, quanto às sociedades fechadas, à unidade de euro nos dois Países. Isto naturalmente faz com que as sociedades fechadas sofram frequentemente de subcapitalização material⁸⁰; é portanto necessário, para

⁷⁸ No que diz respeito à transposição das regras sobre a inibição dos administradores (art. 13.º-I), a que apenas aludi, e a verificação eletrónica da origem e integridade dos documentos apresentados em linha (art. 13.º-J(2)) a Diretiva estabelece como prazo 1 de agosto de 2023.

⁷⁹ Ao abrigo do art. 2.º (2) da Diretiva (UE) 2019/1151, as particulares dificuldades têm de ter a ver com “razões objetivas que justifiquem a necessidade dessa prorrogação”.

⁸⁰ Sobre o assunto: JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Subcapitalização de Sociedade e Desconsideração da Personalidade Jurídica*, em Paulo de Tardo Domingues, Maria Miguel Carvalho (coord.), *Capital Social Livre e Acções sem Valor Nominal*, Almedina, 2011, p. 37 ss.; MARIA

as mesmas sociedades, encontrar recursos financeiros que não sejam de capital de risco.

Aqui há também muita semelhança entre os dois ordenamentos. A ideia geral é utilizar o crédito bancário como fonte fundamental de financiamento das sociedades. Um problema surge quando se observa quais são as garantias que os bancos exigem para emprestar o dinheiro de que a sociedade precisa. Naturalmente, a substancial ausência de capital faz com que não se possa pensar no capital social em termos de garantia. Isto é um fenómeno já há vários anos desenvolvido – e de que, pode dizer-se, a redução do capital mínimo legal em vários Países europeus é mais uma consequência do que causa – e que agora se torna ainda mais claro precisamente por causa da baixa capitalização das sociedades fechadas. Significa isto que, como os bancos são – por assim dizer – relutantes a emprestar dinheiro sem uma adequada segurança, serão geralmente os sócios fundadores a conceder garantias, utilizando – razoavelmente – os seus patrimónios pessoais. Acontece, assim, uma re-privatização do direito das sociedades, no que diz respeito à responsabilidade: se o princípio geral é o da exposição limitada dos sócios quanto às dívidas da sociedade, esta exposição permanece limitada às entradas perante uma série de credores, mas vai ser muito maior – ainda que permaneça limitada – frente ao credor específico que é o banco, que goza de garantia sobre os bens utilizados pelo sócio para a sociedade obter crédito. Favorece-se desta maneira o credor mais forte, o banco, dentro de esquemas típicos do direito privado patrimonial, mas não do direito das sociedades; e os credores mais fracos apenas vão ter garantias parciais no quadro – insuficiente, no caso de espécie, devido à possível subcapitalização da sociedade – do direito societário⁸¹.

A fim de reduzir a dependência das sociedades ao crédito bancário, desenvolveram-se algumas soluções específicas, quer a respeito do capital de crédito, quer do capital de risco. Quanto ao primeiro, salienta-se a experiência italiana dos títulos de dívida⁸², que desde 2004 as *srl* podem emitir a fim de se financiarem através de títulos, similares às obrigações das sociedades por ações, mas que apenas podem ser subscritos por investidores profissionais. Na prática, estes títulos não tiveram um grande

DE FÁTIMA RIBEIRO, *O Capital Social das Sociedades por Quotas e o Problema da Subcapitalização Material*, *ibid.*, p. 43 ss.

⁸¹ Para algumas sugestões sobre a re-privatização do direito das *srl* no sistema italiano, cf. ALESSIO BARTOLACELLI, *In the middle*, cit., p. 312 ss., em particular a partir da p. 315.

⁸² Cf. art. 2483 CCit.

êxito. Por esta razão, alguns anos mais tarde, a partir dos anos 2012/13⁸³, desenvolveu-se na disciplina italiana das *srl* uma diferente modalidade de financiamento das sociedades fora do crédito bancário, os chamados *mini-bond*, que são de facto uma forma de desenvolvimento dos títulos de dívida, e como estes podem ser subscritos apenas por investidores profissionais. A finalidade desta solução tem sido a de viabilizar a construção de um mercado secundário de títulos de dívida das *srl*, no âmbito da Bolsa italiana⁸⁴. Tratou-se, portanto, de um primeiro, tímido e limitado⁸⁵ passo para a “financiarização” das PME italianas constituídas na forma de *srl*.

O sistema desenvolveu-se ainda mais, primeiro em termos ainda limitados no mesmo ano 2012, e depois mais desenvoltamente, com a disciplina do financiamento colaborativo, em termos de capital de risco⁸⁶. Como é bem conhecido, esta experiência está presente, desde 2015, em Portugal também. A ideia fundamental é, naturalmente, a de viabilizar um maior recurso aos capitais privados também por parte das empresas “fechadas”, para lá dos grandes investidores nas sociedades cotadas. Pode-se dizer que é mais uma expressão do princípio “pequeno é lindo” que já caracterizou a ação da União europeia e que agora encontramos na iniciativa dos Estados (ainda que, mais uma vez, com algumas “sugestões” por parte da UE⁸⁷). E trata-se, naturalmente, de um “pequeno é lindo” funcional ao crescimento da sociedade: através do financiamento colaborativo, a (supostamente) pequena sociedade privada aprenderia gradualmente a lidar com formas novas de investimento (e, sobretudo, de investidores) a fim de se aprontar para o “salto” para a forma superior, ou seja, a da sociedade anónima. Ou, se o sistema do direito das sociedades admitir, para continuar formalmente entre as sociedades “privadas”, mas com um regime de tal modo

⁸³ As normas fundamentais podem ser encontradas no d.l. 83/2012 (“Decreto Sviluppo”) e nas sucessivas alterações introduzidas pelos d.l. 179/2012 (“Decreto Sviluppo Bis”), 145/2013 (plano “Destinazione Italia”) e 91/2014 (“Decreto Competitività”).

⁸⁴ Onde existe uma plataforma chamada “Extra Mot Pro”, somente para mini-bonds. A Bolsa italiana estabeleceu um regulamento de cotação muito liberal. Mais informações sobre mercados alternativos para PME em Itália em FRANCESCO VELLA, GIACOMO BOSI, *Diritto ed economia delle società*, 2.ª ed., Mulino, 2020, p. 418 s.

⁸⁵ Limitado, porque o volume máximo anual de negócios da sociedade emitente não deve ser superior a 2 milhões de euros, e a sociedade não deve ter mais de 10 empregados, em média. Além disso, os instrumentos não podem ser, como disse, diretamente subscritos por consumidores, mas sim apenas por investidores profissionais.

⁸⁶ Cfr. D.l. 179/2012, art. 26 e 30.

⁸⁷ Como se viu *supra*, com a Diretiva 2014/65/UE, e ainda mais com o Regulamento (UE) 2019/2115.

semelhante ao das sociedades por ações que será possível portar-se como uma destas sociedades sem o ser formalmente⁸⁸.

Não surpreende, pois, a nova iniciativa europeia do recém-aprovado Regulamento (UE) 2020/1503, que dá mais um passo para o complemento da União dos mercados de capitais, tratando exatamente do financiamento colaborativo. Em particular, o Regulamento, através da estandardização da estrutura do financiamento colaborativo em todos os países da União, viabiliza os pequenos financiamentos de privados de forma transfronteiriça⁸⁹. Neste sentido, como o Regulamento europeu abrange quer o capital de dívida, quer o capital de risco, parece necessário que, no caso de uma sociedade privada estar interessada no uso da ferramenta do financiamento colaborativo, ela tenha plena compreensão das algumas noções básicas sobre a matéria e, em particular, que a sua estrutura interna seja capaz de incluir, entre os interesses que a sociedade protege, não apenas os dos sócios “empreendedores privados” que a criaram, mas também os dos investidores que nela entram através do financiamento colaborativo, embora, naturalmente, com formas e níveis diferenciados consoante o investimento seja de dívida ou de risco.

Por isso, se é possível formular uma sugestão quanto à próxima versão do Guia, ela tem a ver com a oportunidade de incluir as possibilidades de desenvolvimento proporcionadas pelo sistema do financiamento colaborativo e por outros meios de financiamento não bancário, tendo em conta

⁸⁸ Neste sentido, o sistema italiano é um exemplo interessante, como salientado, entre muitíssimos, por NICCOLÒ ABRIANI, *La struttura*, cit.; mas também a experiência das novas SRL belgas, e da possibilidade da sua cotação, se coloca na mesma linha.

⁸⁹ Cfr. o *considerando* 13 do Preâmbulo: “No que se refere ao financiamento colaborativo baseado no investimento, a transferibilidade é uma salvaguarda importante para que os investidores possam colocar os seus investimentos no mercado, na medida em que poderão ceder as suas participações nos mercados de capitais. [...] As participações de determinadas sociedades de responsabilidade limitada constituídas nos termos do direito nacional dos Estados-Membros também são livremente transferíveis nos mercados de capitais, pelo que não deverão ser impedidas de ser incluídas no âmbito de aplicação do presente regulamento”.

Para além disso, os pontos fundamentais da disciplina ditados pelo Regulamento são a derrogação ao regime do prospecto (não é preciso autorização da ficha de informação fundamental); a fixação da quantidade máxima de emissões em 5 milhões de euro durante 12 meses. O Regulamento estabelece uma disciplina comum quanto aos pré-requisitos dos prestadores de serviços de financiamento colaborativo (autorizações, operações, supervisão) e deve ter transposição pelos Estados membros até 10 novembro 2021, com um período transitório para a continuação das atividades ao abrigo das regras nacionais para os fornecedores de serviços até 10 novembro 2022. A ESMA e a EBA irão proporcionar, antes de 10 de novembro de 2023, um relatório sobre o impacto do Regulamento quanto ao acesso ao financiamento por parte das PME.

o modo como o uso de tais instrumentos pode influir na governação da sociedade, incluindo a eventual criação de órgãos suplementares necessários para assegurar o correto funcionamento da sociedade nestes casos.

5.2. Exoneração e exclusão dos sócios

Apenas uma sugestão também com referência aos temas da exoneração e da exclusão dos sócios.

O Guia, oportunamente, salienta ser recomendável incluir nos estatutos das sociedades cláusulas específicas para permitir exonerações *ad personam*. Devido ao caráter privado da sociedade, partilho sem dúvida o juízo favorável sobre tal oportunidade. Parece-me contudo conveniente adiantar dois cuidados particulares, nestes casos.

Em primeiro lugar, temos de considerar o *favor societatis*: com certeza, cada sócio tem interesse em poder libertar-se, em certas condições, dos vínculos societários; desta maneira, como é bem sabido, o sócio que exerce o seu direito de exoneração vai receber como contrapartida uma parte do património da sociedade que, no caso de não poder ser paga por deficiência da situação líquida, pode até causar a dissolução da sociedade⁹⁰. Uma maior abertura do direito de exoneração através de cláusulas *ad personam* é então capaz de ser fatal para a sociedade, sendo este perigo tanto maior quanto maior for a participação do sócio que pretende exonerar-se. Se bem vejo, tais cláusulas constituirão justas causas subjetivas também, permitindo enquanto tais a exoneração inclusive de sócio maioritário. Isto pode tornar-se realmente perigoso para a subsistência da sociedade. Eventualmente, para salvaguardar todos os interesses, incluindo o da sociedade por si mesma considerada, é capaz de ser útil imaginar que, quando haja certas cláusulas de exoneração atribuindo direitos particulares de saída a sócios de maior relevância, haja também cláusulas que obriguem os demais sócios, caso a sociedade não esteja em posição de pagar, a comprar a quota do sócio exonerado, ou a aumentar o capital social para que a sociedade possa adquirir a quota, mantendo-a em depósito com suspensão dos direitos sociais⁹¹ até que um possível novo sócio a adquira.

Por outro lado, as cláusulas de exoneração *ad personam* encontram, na sua configuração concreta, o limite do art. 240.º, 8, CSC, isto é, a proibição de cláusulas admitindo uma exoneração pela vontade arbitrária do sócio.

⁹⁰ Art. 240.º, 6, 7 do CSC; COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, vol. II, cit., p. 402 s.

⁹¹ COUTINHO DE ABREU, *ob. cit.*, p. 377 s.

Ainda que sob o ponto de vista formal a distinção entre uma exoneração por vontade arbitrária do sócio e uma baseada em justa causa subjetiva pareça bastante clara, é capaz de assim não ser em concreto. Dever-se-á, então, ter o maior cuidado na redação da cláusula para que ela, entendida como de justa causa pelos sócios, não seja depois julgada como de saída arbitrária pela autoridade judicial.

Ainda neste âmbito, e com referência específica ao direito italiano, a reforma das sociedades de capital que ocorreu em 2004 introduziu na disciplina das *srl* (e, na verdade, das *spa* também) uma das causas (melhor, um dos casos) de exoneração presente nas sociedades de pessoas, e que existe também para as sociedades em nome coletivo e em comandita simples portuguesas. Refiro-me ao caso de exoneração livre “se não estiver fixada no contrato a duração da sociedade ou se esta tiver sido constituída por toda a vida de um sócio ou por período superior a 30 anos, desde que aquele que se exonerar seja sócio há, pelo menos, dez anos”⁹². Ora, a versão italiana, para as sociedades de pessoas, é idêntica à portuguesa, mas termina antes do segmento relativo à duração de 30 anos ou mais. Nas *srl* aplica-se, por explícita previsão normativa, apenas àquelas sociedades que não tenham no contrato uma duração certa; a jurisprudência – e uma doutrina minoritária, mas de autoridade⁹³ – considera extensível às *srl*, por analogia, a parte da norma prevista para as sociedades de pessoas e não replicada explicitamente nas *srl*, ou seja, a respeitante à duração excedente à vida de um dos sócios. A razão para tal extensão radica em uma mais geral crítica da doutrina e da jurisprudência relativamente aos contratos sem duração certa, que se tornem, por isso, “armadilhas” para as partes, que ficam na situação de “prisoneiros” do contrato que subscreveram. Neste sentido, é perfeitamente compreensível – ainda que naturalmente questionável no mérito, mas isto não nos interessa neste momento – a decisão jurisprudencial de estender às *srl*, na totalidade, as regras estabelecidas para as sociedades pessoais.

Ora, a situação portuguesa é, na forma, diferente: não há no direito das SQ – pelo menos que eu saiba – uma extensão da regra sobre a exoneração livre na ausência de termo final da sociedade tal como está presente na disciplina das sociedades em nome coletivo. Ao mesmo tempo, a existência da regra nas sociedades em nome coletivo demonstra de maneira clara

⁹² Art. 185.º, 1(a) CSC.

⁹³ MARCO VENTORUZZO, *Recesso da società a responsabilità limitata e valutazione della partecipazione del socio recedente*, em *Nuova Giurisprudenza Civile Commentata*, 2005, II, p. 448. Na jurisprudência, veja-se Cass. Sez. I 23.4.2013, n. 9662 em *Giurisprudenza italiana*, 2013, p. 2272, com nota de PAOLO REVIGLIONO, *In tema di durata della s.r.l.*

que, em Portugal também, a duração sem limites da sociedade é percebida como um perigo para os sócios (pelo menos quando pessoas singulares). É possível que, por causa da natureza “pessoal” da SQ, pelo menos naqueles casos em que os sócios sejam apenas pessoas singulares, a jurisprudência portuguesa entenda o princípio como geral, e estenda a aplicação da regra das sociedades de pessoas também às SQ? Com franqueza, não sei se este “risco” existe na realidade; em termos teóricos, contudo, não parece impossível. Quer isto dizer que, a fim de evitar possíveis exonerações motivadas por mudança da jurisprudência, um princípio de cautela parece aconselhar que se evite, tanto quanto possível, sociedades sem duração certa ou com duração superior a 30 anos.

Quanto à duração excedendo a vida de um dos sócios, parece-me, em linha de princípio, que, embora não se reconheça neste caso uma causa legal de exoneração, ela pode ser incluída como causa de exoneração em uma cláusula estatutária. Noutros termos, não me parece que se possa arguir que uma cláusula admitindo que o sócio “João” se exonere da sociedade ao cumprir 78 anos, quando hoje a esperança de vida média para os homens em Portugal é de 77,78 anos⁹⁴, permite uma exoneração por vontade arbitrária daquele sócio (a possibilidade de exoneração não é incerta *para a sociedade no an e no quando*).

O assunto da justa causa é relevante também a respeito da experiência italiana da *exclusão* dos sócios. Seja dito que em Portugal há muitos mais casos em que isto pode acontecer nas SQ do que no meu País. Na Itália, é possível haver exclusão na *srl* apenas se o estatuto o previr, mencionando “específicas hipóteses [...] por justa causa”⁹⁵, sem que haja causa legal alguma, salvo a do sócio que não cumpre o dever de realizar as entradas a pedido dos gerentes. Isto, naturalmente, é no interesse do sócio, que pode ver no regime da justa causa uma proteção da sua posição perante os consócios que pretendam excluí-lo. Havendo cláusulas de exclusão, parece-me que elas hão de ser formuladas de forma similar ao exigido também em Portugal, ao abrigo do art. 241.º CSC, que até é mais específico, quando menciona “casos respeitantes à sua pessoa ou ao seu comportamento”. A justa causa “italiana”, é então, em Portugal, uma justa causa que necessariamente diz respeito ao sócio ou ao seu comportamento; e parece-me que, em caso de impugnação relativa à justeza da causa, o juiz será chamado a avaliar com referência ao prejuízo, pelo menos potencial, para a sociedade em caso de permanência de tal sócio. A situação, portanto, é

⁹⁴ Dados disponibilizados pelo Serviço Nacional de Saúde, a 2019: <https://www.sns.gov.pt/noticias/2019/09/26/portugal-esperanca-de-vida-aumenta/>.

⁹⁵ Art. 2473bis CCit.

que, para haver uma válida exclusão de sócio de SQ, não será suficiente uma simples justa causa, mas sim a conjugação da justa causa e da cláusula estatutária que legitima a exclusão quando se verifique tal justa causa.

5.3. Decisões de sócios e gerentes

Conclusivamente, apenas uma nótila, mais uma vez de recorte comparado, sobre as decisões dos sócios e dos gerentes.

Quanto às decisões dos sócios, apenas duas considerações, motivadas parcialmente pela pandemia que estamos a viver. Em primeiro lugar, parece-me útil que se possa inserir no estatuto uma cláusula que permita aos sócios tomar deliberações por meios telemáticos. Isto tornou-se fundamental nos últimos meses, e até tem sido objeto de específicas intervenções do legislador para as admitir mesmo contra a vontade dos sócios⁹⁶.

Em segundo lugar, vale a pena observar brevemente a possibilidade de deliberações dos sócios não tomadas em assembleia, mas por escrito. Isto é bem possível em Portugal, ao abrigo do artigo 247.º CSC, a não ser que o estatuto o proíba explicitamente⁹⁷. O ponto fundamental é que a decisão dos sócios sobre a adoção de um sistema deliberativo por voto escrito em alternativa à assembleia precisa da prévia unanimidade dos sócios quanto ao uso desse método, sendo depois as deliberações tomadas por maioria⁹⁸. Isto torna o sistema demasiado complicado, pois é sempre necessária a unanimidade sobre o método e a maioria dos votos sobre o assunto para a adoção da deliberação; e isto repetir-se-á para cada deliberação, sem que os sócios possam decidir, de uma vez por todas, preferir o sistema do voto por escrito. Pergunto-me então se não seria possível, pela unanimidade dos sócios (no momento da constituição da sociedade, ou posteriormente em alteração estatutária, ainda por unanimidade), incluir uma cláusula no estatuto estipulando que as deliberações são tomadas

⁹⁶ CARLO MARCHETTI, MARIO NOTARI, *Diritti dei soci, interesse sociale e funzionamento dell'assemblea: spunti dalle norme di emergenza*, em *Rivista delle società*, 2020, p. 428 ss.; ANGELO BUSANI, *Assemblee e Cda in audio-video conferenza durante e dopo COVID-19*, em *Società*, 2020, p. 393 ss.; ALESSIO BARTOLACELLI, *La partecipazione agli organi societari nell'emergenza Covid-19*, em Enrico Damiani (a cura di), *L'impatto del coronavirus sulle situazioni giuridiche soggettive*, Editoriale Scientifica, 2021, p. 175 ss.

⁹⁷ O regime italiano é exatamente o contrário, sendo a regra a assembleia, e precisando-se de uma cláusula estatutária para admitir as formas alternativas: art. 2479 CCit. Mas vejam-se também as regras especiais durante a pandemia em ALESSIO BARTOLACELLI, *La partecipazione*, cit., p. 186 ss.

⁹⁸ Art. 250.º, 3, CSC.

ordinariamente por voto escrito. E, para preservar o direito à colegialidade, esta cláusula poderia prever o direito de cada sócio exigir o regresso ao sistema da assembleia sempre que se pretendesse deliberar sobre determinadas matérias⁹⁹. Mas é apenas uma sugestão, talvez até não atuável no direito português, e que só teria o eventual mérito de dar uma possibilidade de atuação a uma disposição – a que admite as deliberações dos sócios por voto escrito – que até hoje não parece ter tido grande êxito por causa das suas complicações.

Quanto aos gerentes, apenas uma consideração geral sobre a necessidade de rapidez na adoção de decisões nas SQ. Neste sentido, parece-me útil que o estatuto preveja, tanto quanto possível, meios de desformalização da gerência, assegurando embora a colegialidade, quando necessário. Talvez uma extensão da faculdade de tomar decisões por voto escrito para a gerência, como a que já existe para as deliberações dos sócios, pudesse ser de alguma utilidade.

6. Conclusões

Concluindo estas poucas e pouco orgânicas notas, parece-me que a operação de cultura jurídica em que se traduz o Guia é de grande valia e tem de ser saudada.

Os temas abrangidos e o estilo utilizado estão perfeitamente em linha com o uso que do Guia se pretende seja feito, isto é, um vade-mécum para quem esteja a pensar em constituir uma nova PME, ficando ciente das questões mais importantes que tal decisão envolve.

Por outra parte, o Guia candidata-se a desempenhar um papel cada vez mais importante se souber crescer junto com as PME, desenvolvendo-se para a melhor utilização pelas empresas. E tal evolução não diz apenas respeito à atualização das regras em caso de mudança normativa, mas também a uma constante atenção ao evoluir, em concreto, das exigências das PME, de modo a poderem ser acolhidas no corpo do Guia, que assim, além do mais, fornecerá uma fotografia atualizada do estado da arte das PME em Portugal que nós, juristas não portugueses, poderemos também apreciar.

⁹⁹ Sistema que, assim me parece, consente ainda um certo grau de colegialidade, ainda que não em forma de assembleia; falo a propósito de “colegialidade não contextual” (em vez da mais vulgar “colegialidade atenuada”) no caso similar de decisões escritas do órgão de administração da *srl* em ALESSIO BARTOLACELLI, *Struttura e funzionamento dell’organo amministrativo*, em Elisabetta Pederzini, Rolandino Guidotti (a cura di), *La governance delle società a responsabilità limitata*, CEDAM, 2018, p. 201 ss.

RESUMO: O presente artigo aborda a temática da constituição da reserva legal. Em concreto, discute-se a ordem de operações a realizar na alocação dos lucros de exercício, i.e., se deve a reserva legal ser reforçada a partir desses lucros antes da cobertura de prejuízos transitados ou se, pelo contrário, o lucro relevante para efeitos do cálculo do montante a levar a reserva legal se deve apresentar já líquido de prejuízos transitados.

Palavras-chave: reserva legal; lucro de exercício; prejuízos transitados; proteção de credores; distribuições aos sócios.

ABSTRACT: This article addresses the topic of the formation of the legal reserve. In particular, it focuses on the sequence of operations to be performed when allocating the year-end results, i.e., on whether the legal reserve shall be formed considering the year-end's profits without any offset of retained losses, or, on the contrary, on whether the profit relevant for this purpose shall be net of such losses.

Keywords: legal reserve; year-end's profit; retained losses; creditors' protection; distributions to shareholders.

DIOGO PESSOA*

LUÍS PEDRO OLIVEIRA**

A operação de constituição/reforço da reserva legal havendo prejuízos transitados: brevíssimo apontamento sobre a ordem das operações a realizar***

Introdução

O artigo que agora se apresenta resultou da colaboração de dois autores que, contrariamente ao que seria de esperar num artigo em coautoria, manifestam opiniões contrastantes acerca do tema a tratar.

Tendo a questão a abordar surgido ao primeiro coautor no contexto da atividade docente que vem desenvolvendo em área conexa com o Direito Societário, foi, porém, objeto de reflexões partilhadas com o segundo coautor, cuja atividade profissional como advogado se centra no Direito Societário.

* Assistente Convidado e Doutorando na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa; Bolsheiro do Católica Research Centre for the Future of Law.

** Associado Principal na CCR Legal (membro do *network* internacional da PwC) e Docente convidado na Autónoma Academy.

*** Texto submetido a revisão por pares (*peer review*).

Não tendo logrado os autores chegar a um consenso entre si, mas reconhecendo embora, quer a pertinência da questão, quer a defensabilidade – sem concordância – da posição contrária, surgiu assim a ideia de fazer um escrito (necessariamente breve) em que se desse conta da questão ora em causa e das posições defendidas.

O tema a tratar é de fácil enunciação¹: havendo, no ano X, lucros de exercício cuja aplicação importe decidir, mas havendo, registados no balanço, resultados transitados negativos², qual a ordem de prioridade correta:

- (a) Deve a reserva legal ser reforçada, nos termos da lei, tendo por base o montante evidenciado no resultado líquido do período, podendo apenas o excedente ser utilizado para *eliminar* os resultados líquidos negativos gerados em períodos anteriores?
- (b) Deve o resultado líquido do período ser utilizado para cobrir (até ao limite de levar a zero) os resultados transitados (até então negativos) e, com o valor remanescente, reforçar-se, nos termos da lei, a reserva legal, aplicando-se à reserva legal 5% do valor remanescente (não utilizado para cobertura de prejuízos transitados)?

A visão do primeiro autor corresponde à primeira das posições enunciadas e a do segundo autor à segunda posição. Acrescente-se, a este propósito, que, da análise efetuada pelos autores, a posição defendida em segundo lugar vem a coincidir com a que é maioritariamente sustentada pela doutrina nacional, como se alcançará da exposição *infra*.

Na medida em que a iniciativa do debate foi tomada pelo primeiro autor, tendo-se aberto a discussão com o segundo autor já numa lógica de cotejo de opiniões, optou-se, na exposição, por continuar a abrir o debate com a posição manifestada pelo primeiro, seguindo-se a exposição pelo segundo.

¹ Os autores vão debruçar-se apenas sobre os regimes jurídicos aplicáveis às sociedades por quotas e às sociedades anónimas, não sendo consideradas quaisquer outras realidades.

² Também vulgarmente designados como *prejuízos transitados*. Deve notar-se, porém, que esta designação não tem correspondência na respetiva conta contabilística. Como ensinam BORGES, ANTÓNIO/RODRIGUES, JOSÉ AZEVEDO/RODRIGUES, ROGÉRIO, *Elementos de Contabilidade Geral*, 26.ª Ed., Áreas Editora, Lisboa, 2014, p. 888 a propósito da «Conta 56 Resultados transitados», «Nesta conta são registados, por transferência no início do ano imediato, os lucros ou prejuízos apurados no exercício anterior e evidenciados na conta 81 – Resultado líquido do período. A aplicação dos lucros/cobertura de prejuízos, em conformidade com o deliberado pelo órgão competente, implica movimento a débito/crédito da conta 56 em contrapartida designadamente das contas 26 e 89».

Impõe-se, porém, a formulação de duas considerações preliminares, partilhadas por ambos os autores.

Em primeiro lugar, o resultado de qualquer uma destas hipóteses não altera, só por si, o valor dos capitais próprios da entidade. Com efeito, integrando, quer a reserva legal quer os resultados transitados, o capital próprio das sociedades comerciais, a ordem seguida é, em si mesma, neutra para o capital próprio.

Em segundo lugar, deve referir-se que, se a ordem das operações é neutra para o capital próprio, o mesmo não acontece no que respeita aos bens distribuíveis pela sociedade nos termos dos artigos 32.º e 33.º do CSC³. Vejamos um exemplo (fictício⁴) concreto:

A sociedade A apresenta, no balanço, resultados transitados negativos de 500.000 EUR. No ano X teve um resultado líquido do período de 1.000.000 EUR. Considere-se, para este efeito, que a sociedade não dispunha, no balanço, de qualquer quantia a título de reserva legal.

Ora, nos termos do artigo 295.º, n.º 1 do CSC, «Uma percentagem não inferior à 20.ª parte dos lucros da sociedade é destinada à constituição da reserva legal e, sendo caso disso, à sua reintegração, até que aquela represente a 5.ª parte do capital social. No contrato de sociedade podem fixar-se percentagem e montante mínimo mais elevados para a reserva legal.»⁵

Seguindo a ordem de prioridades descrita em (a), deverá destinar-se 50.000 EUR à reserva legal, pelo que, usando os restantes 950.000 EUR para cobrir os *prejuízos transitados*, sobraria, distribuível, a quantia de 450.000 EUR.

Pelo contrário, seguindo a ordem de prioridades descrita em (b), a primeira operação será canalizar 500.000 EUR de resultado líquido do período para cobrir os resultados transitados negativos, devendo do valor remanescente (500.000 EUR) destinar-se 25.000 EUR para reserva legal, ficando a quantia de 475.000 EUR (e não 450.000 EUR) como *distribuível*⁶.

³ Diploma a que pertencem todos os artigos referidos neste texto sem expressa indicação do diploma a que pertencem.

⁴ Como, aliás, todos os utilizados no presente escrito.

⁵ Note-se que este regime é também aplicável às sociedades por quotas, nos termos do artigo 218.º do CSC, com exceção do limite de 20% do capital social que, caso seja, em concreto, inferior a 2.500 EUR, deverá ser substituído por este montante.

⁶ A conclusão de que este valor é distribuível é formulada apenas para efeitos de simplificação do raciocínio. Com efeito, tal juízo implica a ponderação de aspetos que, para o objeto deste artigo, não relevam, desde logo a ponderação dos vários números do artigo 32.º.

Bom estará de ver que quanto maior a quantia de prejuízos transitados, maior será a discrepância.

É tendo este quadro em mente que se passará a expor, então, o mérito de cada uma das teses propugnadas.

I. A tese segundo a qual a constituição/reforço da reserva legal antecede a cobertura dos resultados transitados negativos (DIOGO PESSOA)⁷

A. A rejeição da visão contabilística da questão

Antes de iniciarmos uma explicação detalhada sobre as razões que nos levam a concluir pela primeira das posições, cumpre rejeitar, como ponto prévio, a transposição, para o mundo jurídico, do tratamento contabilístico do resultado líquido do período e dos resultados transitados. Como se disse já, a dinâmica contabilística impõe que, uma vez terminado o exercício, se transfira, automaticamente, o valor do resultado líquido do período para os resultados transitados. Tal faz, aliás, todo o sentido. Com efeito, se se houvesse de preparar um balanço a 1 de janeiro de um dado ano civil, o balanço em tal dia não poderia apresentar, no resultado líquido do período, o valor que dele constava a 31 de dezembro do ano anterior, pela simples razão de que o *período* não era mais o mesmo⁸. Não é assim, porém, do ponto de vista jurídico. Com efeito, uma vez terminado o exercício, surge um período de tempo – que, nos termos da lei, pode ser de três ou de cinco meses (cfr. artigo 376.º, n.º 1) – a intermediar o fim do exercício e a assembleia geral anual. Por sua vez, o mesmo artigo 376.º⁹ prevê que tal assembleia geral deve, entre outros aspetos, debruçar-se sobre a proposta de aplicação de resultados. Ora, juridicamente, a quantia referente ao resultado líquido do período mantém-se latente, a aguardar destinação pelos sócios. Repare-se, a este propósito, que é possível inclusivamente que, do ponto de vista jurídico, nenhuma quantia venha a ser inscrita em resultados transitados – basta pensar num cenário

⁷ O autor agradece aos Senhores Professores Rui Pinto Duarte e Evaristo Mendes pela produtiva discussão e troca de ideias no contexto da elaboração deste artigo. As opiniões expressas são, porém, da exclusiva responsabilidade do autor.

⁸ Isto assumindo que a sociedade adota o ano civil como referência para o exercício anual.

⁹ Note-se que apesar de o artigo 376.º se referir apenas às sociedades anónimas, entendemos que este é aplicável às sociedades por quotas *ex vi* artigo 248.º, n.º 1.

em que os sócios deliberam distribuir tudo o que excede o necessário para reforçar a reserva legal. Ademais, este entendimento encontra manifesto eco na *prática* societária, porquanto são frequentes as deliberações tomadas em assembleia geral anual em que se *leva a resultados transitados* a totalidade ou uma parte do resultado líquido do período.

Assim, um argumento que assente na perspetiva contabilística dizendo que a cobertura de *prejuízos transitados* ocorre automaticamente porquanto, no primeiro dia do novo exercício, o resultado líquido anterior já consta nos resultados transitados deve, quanto a nós, ser rejeitado¹⁰.

B. A letra do artigo 295.º, n.º 1 e a noção de lucro

Tendo em conta que a lei não prescreve (e nem teria de o fazer) qualquer ordem de procedimentos para efeitos de aplicação de resultados, resta-nos analisar o comando que impõe a constituição/reforço da reserva legal¹¹, que volta a reproduzir-se aqui por facilidade: «Uma percentagem

¹⁰ Deve referir-se, porém, a existência de uma corrente doutrinal segundo a qual «a afetação das reservas (e, concretamente para aqui o que nos interessa, das reservas legais) à cobertura de perdas opera *ipso facto*, independentemente da vontade da sociedade e duma deliberação social nesse sentido, incumbindo à administração proceder a tal compensação», de que dá conta DOMINGUES, PAULO DE TARSO, «Comentário ao artigo 296.º» in ABREU, JORGE M. COUTINHO DE (Coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. V, 2.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2018, p. 326. Concorda-se, porém, com o autor quando diz que «Parece-nos, porém, que a decisão sobre o destino a dar às reservas cabe necessariamente à assembleia geral», desde logo porque, como afirma o autor, é possível os sócios optarem por outra solução, nomeadamente «manter simultaneamente a reserva e a perda, destinando os lucros futuros à cobertura daquela perda, em vez de os utilizar para a reintegração da reserva que tivesse porventura sido utilizada para esse efeito».

¹¹ Impõe-se, a título prévio, dar, por momentos, a palavra a Raúl Ventura (VENTURA, RAÚL, *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais/Sociedades por Quotas*, Vol. I, Reimpressão da 2.ª Ed. de 1989, Almedina, Coimbra, 1993, pp. 350 ss. «Os arts. 295.º e 296.º, para os quais remete o art. 218.º tiveram por base os artigos 4.º e 5.º do projecto do Dr. Alberto Pimenta sobre a «Prestação de contas do exercício nas sociedades comerciais»: Artigo 4.º (Constituição da reserva legal). Em tal anteprojeto, conta Raúl Ventura, podia ler-se que «3. A reserva legal será constituída ou reintegrada, até ao limite estabelecido na alínea anterior, pelos segintes [sic] valores: a) A vigésima parte, pelo menos, do saldo positivo anual indicado no balanço, deduzido dos prejuízos transportados do ano anterior». A este propósito, refere Raúl Ventura (desta feita a págs. 361 e 362), «O segundo problema, que a frase «mas depois de deduzidos os prejuízos transportados do ano anterior» resolvia, aparece em vários países e em todos eles é resolvido dessa maneira. Eliminada a frase, continua a ser verdade que essa dedução deve ser feita, pois que, como nota a doutrina alemã, de outra forma esta «reserva» não representaria uma verdadeira reserva». Porém, logo acrescenta que «Observo também que a expressão «lucro de exercício» fornece apoio

não inferior à 20.^a parte dos lucros da sociedade é destinada à constituição da reserva legal e, sendo caso disso, à sua reintegração, até que aquela represente a 5.^a parte do capital social. No contrato de sociedade podem fixar-se percentagem e montante mínimo mais elevados para a reserva legal». O comando legal fala, assim, de *lucros da sociedade*. O que são os lucros da sociedade? Em abstrato, identificamos quatro interpretações possíveis. Comecemos pela análise de duas delas.

1. Lucro de balanço¹²

Nesta interpretação, lucro consistiria na diferença entre o capital próprio registado no início da vida da sociedade e o registado no fim de um dado período.

Esta noção de lucro, referida ao capital próprio tal como resulta do balanço, considera, para o lucro, todo o acréscimo e dedução ao capital próprio em relação ao momento da constituição da sociedade. Para esta noção são, assim, relevantes quer incrementos e deduções do capital próprio obtidos através do resultado líquido do período, quer também incrementos ou deduções registados diretamente numa conta de capital próprio. Dê-se um exemplo:

No início da vida da sociedade esta tem a seguinte situação de capital próprio: capital social: 50.000 EUR. No final de um dado período a situação é a seguinte: capital social: 50.000 EUR, prejuízos transitados: (50.000) EUR, resultado líquido do período: 50.000 EUR

literal para a solução de um outro problema que aparece também em vários países e em todos eles é resolvido da mesma maneira: para o cálculo, em certo ano, da percentagem à reserva legal, não se incluem no lucro os lucros transportados do ano anterior, os quais já serviram, no respectivo ano, para o cálculo da percentagem». Considerando também que «a percentagem destinada a reserva legal deve calcular-se com base no lucro de exercício deduzido já do valor destinado à cobertura das perdas transitadas», DOMINGUES, PAULO DE TARSO, «Comentário ao artigo 295.^º» in ABREU, JORGE M. COUTINHO DE (Coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. V, 2.^a Ed., Almedina, Coimbra, 2018, p. 304.

¹² Utiliza-se aqui a expressão *lucro de balanço* em sentido impróprio, ainda que esta noção de lucro, calculada a partir da análise do capital próprio evidenciado no balanço, apresente semelhanças com a que resulta do artigo 32.^º, n.^º 1. De facto, difere apenas em que, enquanto no artigo 32.^º o primeiro elemento relevante é a soma do capital social e das reservas não distribuíveis, nestoutro que expomos é o capital próprio inicial. Sucede, porém, que não adotamos a noção do artigo 32.^º, porquanto, desde logo, sendo as reservas (mesmo as não distribuíveis) habitualmente formadas com lucros da sociedade, nos parece que as mesmas devem ser englobadas neste conceito de lucro.

Resulta claro deste exemplo que, nesta dimensão de *lucro de balanço*, a sociedade não apresentava lucro¹³. Fosse esta a noção relevante para efeitos do artigo 295.º e a reserva legal não teria de ser constituída.

2. Lucro de exercício

Outra conceção de lucro é uma tal que se aproxima mais do lucro de exercício de que fala o artigo 33.º, correspondendo ao valor contabilístico do resultado líquido do período. Para esta noção, lucro será o incremento anual positivo no património da sociedade resultante das suas atividades, tal como revelado na Demonstração de Resultados¹⁴.

Resulta claro que, nesta conceção, e no exemplo dado, a sociedade teria tido um lucro de 50.000 EUR, pelo que seria tal valor o relevante para o reforço da reserva legal.

Ora, numa leitura do artigo 295.º, a referência a «lucros da sociedade» poderia conduzir-nos à primeira das noções, i.e., a *de lucro de balanço*. Com efeito, a sociedade como um todo só apresentaria lucros se, no fim de um dado período, o seu capital próprio fosse superior ao capital próprio inicial. Não podemos, porém, concordar. Vejamos, assim, o porquê de, em nossa opinião, não se poder adotar o conceito de *lucro de balanço*, tal como *supra* o definimos:

- (a) Se o valor dos lucros relevantes para o reforço da reserva legal fosse obtido pela diferença positiva entre o capital próprio na constituição da sociedade e o capital próprio em dado momento no tempo, então se os sócios efetassem prestações suplementares em favor da sociedade, tal valor seria relevante para, no final do período, calcular o valor de reserva legal a reforçar. Com efeito, aumentando o valor do capital próprio no final do exercício sem alterar o valor do capital próprio existente aquando da constituição da sociedade, tal incremento seria contabilizado no «lucro da sociedade».
- (b) Mesmo que se procurasse obstar à crítica agora feita dizendo que, para efeitos do cálculo do lucro relevante, se deveriam desconsiderar as *contribuições adicionais* dos sócios, seja por que forma fosse,

¹³ Conclusão idêntica resultaria da aplicação do artigo 32.º, n.º 1.

¹⁴ DOMINGUES, PAULO DE TARSO, *Variações sobre o Capital Social*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 277 e ss. refere que «Ora, apesar da omissão da norma do CSC, deve entender-se que, também entre nós, o lucro a considerar para efeitos da constituição da reserva legal é o lucro de exercício – ou lucro obtido no exercício – (...) dito doutro modo, haverá lucro de exercício, quando o valor do património líquido da sociedade for, no final do ano económico e em resultado da sua actividade, superior ao que existia no início».

nem por isso se resolveriam os problemas. Com efeito, se a sociedade apresentasse um capital próprio inicial de 50.000 EUR e um capital próprio de 100.000 EUR no ano X e exatamente o mesmo capital próprio em X+1, por não terem existido lucros do período, então seria preciso reforçar, também em X+1, a reserva legal, tendo como referência os 50.000 EUR de *lucro de balanço*, ainda que, em rigor, a sociedade não tenha tido, naquele ano, qualquer lucro.

- (c) Diga-se então que, para obstar às duas críticas anteriores, o lucro relevante para efeitos de constituição da reserva legal há de ser a diferença, positiva, entre o valor do capital próprio de um dado ano por comparação com o do ano anterior, desconsiderando, assim, o valor do capital próprio inicial e as *contribuições adicionais* dos sócios. Sucedeu, porém, que esta noção levaria a resultados que nos parecem infelizes. Vejamos.

O capital próprio da sociedade em X-1 era o seguinte: capital social: 50.000 EUR; reserva livre: 50.000 EUR. Durante o ano X, a sociedade distribuiu a reserva livre aos sócios. No final do ano X, o capital próprio da sociedade é o seguinte: capital social: 50.000 EUR; resultado líquido do período: 40.000 EUR.

Em tal conceção, portanto, no ano X a sociedade não só não teria tido qualquer lucro como teria tido, afinal, um prejuízo de 10.000 EUR.

A solução seria, então, desconsiderar não apenas as *contribuições adicionais* dos sócios mas, em geral, quaisquer movimentos relacionados com sócios. Em tal caso, porém, este critério de *lucro de balanço* aproxima-se significativamente do conceito de lucro de exercício, que adotamos.

3. Lucro de exercício líquido de prejuízos transitados

Admita-se, porém, por um momento, que o critério relevante para efeitos do artigo 295.º não é, afinal, nenhum destes dois, mas sim um terceiro critério *ad hoc* que resultaria da seguinte operação: lucro para efeitos do artigo 295.º = resultado líquido do período menos resultados transitados negativos. No fundo, teríamos um critério de lucro de exercício, mas líquido de prejuízos transitados. Ora, este critério parece-nos ir contra as linhas mestras do nosso sistema jus-societário, assente na existência de um capital social e na sua manutenção¹⁵. Vejamos porquê.

¹⁵ Como o segundo autor oportunamente dirá, este sistema encontra-se, hoje, em séria crise. Este tema é, porém, objeto de amplo e profundo tratamento na tese de doutoramento

Do ponto de vista contabilístico¹⁶, para salvaguardar a posição dos credores da sociedade seria apenas preciso que o ativo da sociedade viesse, afinal, a corresponder ao seu passivo. Desta forma, o ativo da sociedade permitiria pagar todas as dívidas aos credores. Ciente, porém, do irrealismo deste pressuposto, o legislador consagra – entre nós, e em especial nas sociedades anónimas¹⁷ – a obrigatoriedade de uma *almofada adicional* de capital, que vem a corresponder ao capital social. Este capital social exige, no momento de constituição da sociedade, um comprometimento dos sócios, que assim se veem obrigados a investir bens seus na sociedade. Para além de tal *almofada de capital*, porém, o legislador ainda acrescenta uma outra camada, que é a reserva legal obrigatória. Tal reserva legal, não podendo ser distribuída aos sócios, encarna bem a característica de *residualidade* inerente ao capital próprio¹⁸. Com efeito, nos termos do artigo 296.º, esta pode ser apenas utilizada para: cobrir a parte do prejuízo acusado no balanço do exercício que não possa ser coberto pela utilização de outras reservas; cobrir a parte dos prejuízos transitados do exercício anterior que não possa ser coberto pelo lucro do exercício nem pela utilização de outras reservas; ou para incorporação no capital. Em termos do seu carácter residual, portanto, a reserva legal surge imediatamente depois (numa ordem decrescente de residualidade) do capital social.

Vejamos, agora, de que forma a consideração de um *lucro de exercício líquido*, calculado nos termos *supra* expostos, se torna incompatível com esta nota de residualidade e de limitação de distribuição de bens aos sócios. Parta-se de um exemplo.

que nos encontramos a desenvolver, pelo que, da nossa parte, não lhe faremos referência. Assumiremos o sistema como hoje existe.

¹⁶ O raciocínio que em seguida se fará apresenta-se tecnicamente incorreto, por ter sido alvo de simplificação excessiva. Com efeito, este assenta no pressuposto de que a realidade contabilística corresponde à realidade fática, e que os valores contabilísticos coincidem com o real valor dos bens da sociedade. Tal não corresponde, o mais das vezes, à verdade, desde logo porque a contabilidade assenta, em regra, num pressuposto de continuidade, sendo que a alienação do ativo da sociedade ocorre, tantas vezes, em situações de liquidação e insolvência incompatíveis com tal pressuposto. Mantemos, porém, o raciocínio por facilidade de exposição.

¹⁷ Onde, ao contrário do que sucede nas sociedades por quotas, se exige um capital social mínimo não simbólico.

¹⁸ Nos termos do Aviso n.º 8254/2015 do Ministério das Finanças, publicado no Diário da República, 2.ª série, n.º 146, de 29 de julho de 2015 (que aprova a Estrutura Conceitual do Sistema de Normalização Contabilística), em especial o seu parágrafo 49, c), «Capital próprio é o interesse residual nos ativos da entidade depois de deduzir todos os seus passivos».

A Sociedade A apresenta, no final de um dado exercício, a seguinte situação: Capital social: 500.000 EUR; resultados transitados: (100.000 EUR); resultado líquido do período: 100.000 EUR.

Em tal caso, facilmente se verá que a adoção, quer do *lucro de exercício líquido*, quer do lucro de exercício, como conceitos relevantes para o cálculo da reserva legal nos levariam a resultados idênticos. Com efeito, adotando o conceito de *lucro de exercício líquido*, o resultado líquido do período seria inteiramente destinado a cobrir os *prejuízos transitados*, não havendo qualquer reforço da reserva legal. Por seu turno, o *lucro de exercício* levar-nos-ia a destinar, em primeiro lugar, 5.000 EUR do resultado líquido a reserva legal. Em seguida, os restantes 95.000 EUR seriam aplicados a cobrir *prejuízos transitados*, subsistindo um valor negativo de 5.000 EUR. Porém, vimos já que uma das utilizações possíveis da reserva legal é a cobertura de «prejuízos transitados do exercício anterior que não possa ser coberto pelo lucro do exercício nem pela utilização de outras reservas», o que seria o caso. A reserva legal voltaria então a 0 EUR e a conta de resultados transitados também. Note-se, aliás, que a formulação legal da alínea b) do artigo 296.º é particularmente impressiva: «Para cobrir a parte dos prejuízos transitados do exercício anterior que não possa ser coberto pelo lucro do exercício nem pela utilização de outras reservas», assim reforçando a exclusão do entendimento contabilístico acerca do funcionamento do resultado líquido do período e dos resultados transitados com que começámos este capítulo. Com efeito, resulta claro deste artigo que a soma do valor positivo do resultado líquido do período aos resultados transitados negativos não é automática.

Ora, se neste exemplo o resultado final é o mesmo, vejamos um outro:

A Sociedade A apresenta, no final de um dado exercício, a seguinte situação: Capital social: 500.000 EUR; reservas livres: 100.000 EUR; resultados transitados: (100.000 EUR); resultado líquido do período: 100.000 EUR.

Em tal caso, resulta manifesta a diversidade de resultados a que se chega com cada uma destas visões.

Com efeito, uma vez defendendo-se o *lucro de exercício líquido*, os 100.000 EUR de resultado líquido do período são integralmente utilizados para *cobrir* os resultados transitados negativos, não se formando a reserva legal. Já se usarmos o lucro de exercício, levaríamos 5.000 EUR para constituir a reserva legal e ficaríamos com 5.000 EUR de resultados transitados negativos. Qual então a diferença em relação ao exemplo anterior? É que, neste caso, a reserva legal não poderá ser utilizada para cobrir os prejuízos

transitados, em virtude de existirem reservas livres. Assim, o lucro distribuível aos sócios, nos termos do artigo 32.º, será, em tal caso, 5.000 EUR mais baixo do que na primeira opção. Atenta a *ratio* da reserva legal (e do capital social) parece-nos, inequivocamente, ser de prevalecer a possibilidade que limita a distribuição de bens aos sócios em favor da reserva legal, e essa é a hipótese que usa como conceito operativo o lucro de exercício. Com efeito, usando o lucro líquido estaríamos a pôr o não reforço da reserva legal como forma prioritária de *cobrir prejuízos transitados*, em vez de utilizarmos, para tanto, a reserva livre. Atento o objetivo da reserva legal de aumentar a cifra de retenção (nos termos do artigo 32.º), parece-nos que a consideração do *lucro líquido* não é compatível com o espírito do sistema.

O carácter incompatível de tal resultado torna-se cada vez mais patente à medida que os resultados transitados negativos vão sendo maiores e, ao mesmo tempo, vão existindo reservas livres. Veja-se ainda mais um outro exemplo:

*A Sociedade A apresenta, no final de um dado exercício, a seguinte situação:
Capital social: 500.000 EUR; reservas livres: 500.000 EUR; resultados transitados: (500.000 EUR); resultado líquido do período: 1.000.000 EUR.*

Em tal caso, e utilizando o *lucro líquido*, cobertos os resultados transitados teríamos 500.000 EUR dos quais 25.000 EUR iriam para a reserva legal, permanecendo os restantes 475.000 EUR distribuíveis. Já utilizando o lucro de exercício, teríamos 50.000 EUR destinados à reserva legal e 450.000 EUR distribuíveis. Insistimos. Não fará sentido permitir que a sociedade se furte à competente formação da reserva legal invocando prejuízos transitados para, em seguida, ter a porta aberta para efetuar distribuições de bens aos sócios. Quanto a nós, os artigos 295.º e 296.º impõem a formação periódica da reserva legal e permitem apenas a sua utilização para cobrir prejuízos transitados inexistindo outras reservas.

4. Lucro de exercício distribuível

Por último, cumpre fazer referência a uma quarta e última hipótese de conceito de lucro, que seria considerar o conceito de lucro, para efeitos do artigo 295.º, como sendo lucro de exercício distribuível.

Tal solução traz vários problemas, que passamos a analisar¹⁹.

¹⁹ Desde logo, seria importante precisar se estamos a falar de lucros de exercício potencialmente distribuíveis, caso em que cabe recorrer apenas ao artigo 33.º, ou de lucros de exercício distribuíveis, caso em que caberia também mobilizar o artigo 32.º.

Em primeiro lugar, esta definição está pensada para limitar distribuições de bens aos sócios. Com efeito, começa o artigo 33.º, n.º 1 por «Não podem ser distribuídos aos sócios». Ora, limitar a distribuição de bens aos sócios é precisamente o que se procura com a constituição e reforço da reserva legal.

Depois, esta definição do artigo 33.º, n.º 1 torna-se imprestável para efeitos da determinação da quantia relevante para a determinação do valor em função do qual deve ser calculado o reforço da reserva legal²⁰. É que, com efeito, o lucro de exercício distribuível pressupõe, justamente, que a reserva legal já foi constituída – «Não podem ser distribuídos aos sócios os lucros do exercício que sejam necessários para cobrir prejuízos transitados ou para formar ou reconstituir reservas impostas pela lei ou pelo contrato de sociedade». Então a reserva legal vai ser formada a partir de um valor que já está descontado da quantia necessária para formar a reserva legal?

Ademais, também esta conceção de lucro padece dos mesmos problemas da conceção de lucro líquido de exercício que atrás vimos. De facto, bastará apenas que a sociedade distribua ou leve a reserva livre os resultados transitados positivos, mas já mantenha – sempre que os houver –, sem os cobrir, resultados negativos em prejuízos transitados para termos uma porta aberta a evitar a formação da reserva legal, mesmo tendo a sociedade uma enorme quantia de reservas livres. Com efeito, assim se distinguem duas situações que deveriam ser tratadas exatamente da mesma forma, vejamos:

A Sociedade A, com um capital social de 100.000 EUR, apresentou, no ano X, um resultado líquido do período de 50.000 EUR. Uma vez formada a reserva legal (2.500 EUR) deliberou levar os restantes 47.500 EUR a reserva livre.

A Sociedade B, também com um capital social de 100.000 EUR, apresentou, no mesmo ano, os mesmos 50.000 EUR de lucros, tendo, porém, levado 2.500 EUR a reserva legal e mantendo os 47.500 EUR em resultados transitados.

No ano X+1, ambas as sociedades tiveram um prejuízo de 100.000 EUR. Assim sendo, os resultados transitados da sociedade A ficaram em (100.000 EUR) e os da B em (52.500 EUR).

No ano X+2, ambas as sociedades tiveram um lucro de 100.000 EUR.

²⁰ Ao analisar este artigo 33.º refere ALMEIDA, JOANA FREIRE, «Capital social, reservas e suprimentos: seu conteúdo, função e papel na cobertura de prejuízos», in *Revista de Direito das Sociedades*, N.º 3/4, Almedina, Coimbra, 2015, p. 853, que «Nos termos da lei, o cálculo de 20% deve fazer-se por relação ao total do lucro do exercício e não ao lucro do exercício deduzido do montante afeto à cobertura de prejuízos transitados, ao contrário do que pode fazer parecer a hierarquia definida para o destino a dar ao lucro do exercício». Parece-nos apenas existir um lapso na percentagem referida.

Neste exemplo, usando-se a conceção do *lucro de exercício líquido* a Sociedade A não teria de reforçar a reserva legal $((100.000-100.000)/20)$ e a Sociedade B teria de a reforçar em 2.375 EUR $((100.000-52.500)/20)$.

Qual a razão para tal diferença de tratamento? Apenas o facto de a Sociedade A ter levado os lucros do ano X a reservas livres e a Sociedade B os ter deixado em resultados transitados, acrescida do facto de não se impor aos sócios, nem numa perspetiva contabilística, nem numa perspetiva societária, a cobertura de resultados transitados negativos uma vez havendo reservas livres.

Cremos, assim, que este resultado é, de todo em todo, injustificado.

C. Da possível dessintonia entre a função da reserva legal e a sua constituição a partir de lucros do exercício antes de cobertos os prejuízos transitados

Uma crítica que se pode formular à conceção que acabámos de defender²¹ poderia ser a de que, ao estarmos a reforçar a reserva legal mesmo podendo os lucros do ano não chegar, sequer, para cobrir os resultados transitados negativos, tal, além de poder passar uma mensagem enganadora, faria com que a reserva existisse apenas formalmente, sem ter consistência material.

Cremos, com o devido respeito, que a referida visão não é de acompanhar.

Em primeiro lugar, e no que respeita ao sinal errado que tal operação de reforço da reserva legal pode passar para terceiros, cremos ser importante realçar que a proposta de aplicação de resultados não está sujeita a publicação ou divulgação²². Ademais, a reserva legal não é uma menção externa obrigatória da sociedade. Porque assim é, a única forma de eventuais terceiros poderem ser *induzidos em erro* em relação à situação financeira da sociedade pela operação de reforço da reserva legal será através da consulta das contas. Sucede, porém, que, uma vez compulsadas as contas da sociedade, logo se torna visível a existência de resultados transitados negativos.

²¹ E para que fomos alertados por um dos revisores deste trabalho, em sede de *peer review*, a quem, apesar de a identidade nos ser desconhecida, endereçamos o nosso agradecimento.

²² Exceciona-se, naturalmente, a situação das sociedades com valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado, mas em relação às quais existe amplo escrutínio e obrigação de divulgação periódica de contas, o que permite transpor para tais sociedades o raciocínio feito em texto.

Em segundo lugar, cumpre limitar também o carácter meramente formal de uma reserva constituída na situação que descrevemos. A função da reserva legal é, relembrar-se, tornar não distribuível aos sócios uma parte do ativo correspondente ao capital próprio que, em princípio²³, lhe seria todo distribuível, apenas com a exceção do capital social. Ora, porque assim é, o reforço da reserva legal, mesmo havendo resultados transitados negativos, só será meramente formal se o capital próprio for inferior ao capital social acrescido da reserva legal, já reforçada. Em tal caso, efetivamente, o valor da reserva legal não tem correspondência em elementos patrimoniais do ativo. Não sendo assim – e sendo o capital próprio igual ou superior à soma do capital social com a reserva legal reforçada, o seu reforço opera sempre a consequência de tornar não distribuível uma parte do ativo.

Veja-se um exemplo.

A Sociedade A apresenta a seguinte situação patrimonial: Capital Social: 500.000 EUR; Reservas Livres: 500.000 EUR; Resultados Transitados: (100.000 EUR); Resultado Líquido do Período: 75.000 EUR.

Antes do reforço da reserva legal, esta sociedade poderia distribuir aos sócios 475.000 EUR. Se entendermos que a reserva legal deve ser reforçada em 3.750 EUR e o restante for aplicado para cobrir prejuízos transitados, que passarão a ser (28.750 EUR), o lucro distribuível é 471.250 EUR, mais resultando claro que existem bens no ativo correspondentes a este valor da reserva legal, porquanto o capital próprio cobre o capital social acrescido da reserva legal aumentada.

Mesmo quando a reserva seja meramente formal, porém, a consulta das contas, necessária para se verificar a reserva legal, permitirá também perceber que tal reserva não tem substrato patrimonial.

Poderíamos, ainda assim, dizer não fazer sentido reforçar a reserva legal quando os lucros de um dado ano não permitem, sequer, cobrir os prejuízos transitados, não porque isso induziria terceiros em erro – que já vimos não induzir –; não porque a reserva seria meramente formal – que já vimos que só será se o capital próprio for inferior a capital social + reserva legal reforçada –, mas porque não faz sentido obrigar a reforçar a reserva legal para, logo após, esta, nos termos do artigo 296.º, poder ser utilizada para cobrir os prejuízos transitados. Dois pontos, porém, se impõem. Primeiro, referir que tal possibilidade só existe quando não

²³ Esta regra admite exceções, nomeadamente no que respeita às quantias referidas nos números 2 e 3 do artigo 32.º, por força do princípio da realização.

existam outras reservas livres, como resulta dos exemplos *supra* dados. Segundo, concedemos que, por uma questão de praticabilidade, quando após a sua constituição a reserva legal possa ser usada para cobrir os prejuízos transitados em falta (e reiteramos que é possa, e não deva, porque quanto a nós tal cobertura não é automática), então nada obstará a que se possa deliberar, simplesmente, a alocação dos lucros à reserva legal e, logo após, a alocação da reserva legal à cobertura de prejuízos. O resultado a que se chega é assim materialmente idêntico ao da segunda posição defendida neste trabalho, o mesmo não sucedendo nas situações em que o lucro do exercício é superior aos prejuízos transitados.

D. Conclusão

Pelo exposto, somos da opinião de que o lucro relevante para a formação da reserva legal é o lucro do exercício, devendo, assim, a constituição da reserva legal preceder a cobertura de resultados transitados negativos.

II. A tese segundo a qual a cobertura dos resultados transitados negativos antecede a constituição/reforço da reserva legal

(LUÍS PEDRO OLIVEIRA)

A. Direito ao lucro – um direito irrevogável e altamente protegido

Sem querermos explorar – por não ser esse o objetivo deste artigo, nem tão-pouco termos provavelmente essa competência – seja a perspectiva histórica, seja a perspetiva económica que estão na base da formação das sociedades comerciais, cremos poder afirmar, sem com isso gerar um debate profícuo, que as sociedades comerciais, tal como as conhecemos hoje, constituem o resultado de um caminho, percorrido ao longo de séculos, em que conjuntos de pessoas empreendedoras (para usar o termo da moda) tomam a iniciativa (o mais das vezes privada) de pôr em risco pelo menos parte do seu património para, com ele, desenvolver uma atividade (a produção de bens ou serviços) com vista à sua troca, com ela aspirando à obtenção de um lucro, ou seja, à consecução de um excedente entre o valor investido na produção dos bens ou serviços e o produto obtido através da sua troca.

O percurso feito até hoje foi marcado por alguns desenvolvimentos jurídicos relevantes, destacando-se, pelo que representou e ainda repre-

senta na construção do mundo global e tecnologicamente avançado que conhecemos, o princípio da responsabilidade limitada.

Em termos muito simples, este permitiu aos empresários a oportunidade de, investindo uma parte do seu património, correr um risco com estremas bem conhecidas: o capital investido.

Se existe um limite de responsabilidade, subjaz-lhe uma certa alocação de risco. Se há uma alocação de risco, existe uma escolha. Se há escolha, alguma coisa é preferida em detrimento de outra mediante a ideia da responsabilidade limitada. Escolheu-se o incentivo ao desenvolvimento de uma atividade (que apresenta sempre um risco) em detrimento da inexistência dessa atividade (ou do desenvolvimento de uma atividade mais conservadora e, logo, menos progressista). Porquê? Porque se considerou que os benefícios que podem retirar-se da atividade económica apoiada no princípio da responsabilidade limitada suplantam os (potenciais) prejuízos que esse apoio em si mesmo acarreta.

Neste sentido, premeia-se quem está disposto a correr um risco (o empresário) que se admite poder beneficiar a todos²⁴. Atribui-se, portanto, ao empresário o direito de ser remunerado pelo investimento realizado, ou seja, o direito ao lucro.

O que se acaba de afirmar é, aliás, algo que, no nosso ordenamento jurídico, não gera qualquer controvérsia: vejam-se os artigos 980.º do Código Civil («a fim de repartirem os lucros resultantes dessa atividade») e 22.º, n.º 1, alínea a) do CSC («Todo o sócio tem direito a quinhoar nos lucros»).

Tanto é assim que se prescreve mesmo a nulidade²⁵ para qualquer acordo que resulte na limitação desse direito: confirmam-se os artigos 994.º do Código Civil, que proíbe o pacto leonino, e o artigo 22.º, n.º 3 do CSC, que proíbe a exclusão de um sócio da comunhão nos lucros.

Este direito aos lucros é reforçado, ainda, pelo regime supletivo de distribuição de lucros de exercício estabelecido no Código das Sociedades Comerciais, que prevê, quer nas sociedade por quotas, quer nas sociedades anónimas, a necessidade de proceder à distribuição aos sócios de uma percentagem mínima do lucro de exercício (isto é, de pelo menos metade do lucro do exercício apurado) que não pode ser afastada pelos sócios senão

²⁴ Muito embora os beneficiários da atividade desenvolvida possam, se ela correr mal, acabar a partilhar o risco com o empresário.

²⁵ Vício invocável a todo o tempo que implica a não produção *ab initio* dos efeitos jurídicos que, se não fosse esse vício, o negócio jurídico que dele padeça produziria e que, pese embora possa ser declarado judicialmente, não depende dessa declaração para que o negócio jurídico se considere ineficaz.

mediante uma deliberação por maioria reforçada (sem prejuízo, porém, de, através de disposição estatutária que preveja uma percentagem mínima inferior ou, no limite, a inexistência desta, poder afastar-se o regime legal supletivo).

É estabelecido, também, um prazo de vencimento do direito aos lucros de exercício distribuídos que, para que possa ser alargado²⁶, depende do consentimento do sócio afetado ou de fundamento em circunstância «excepcional»: atente-se ao disposto no artigo 217.º, no que concerne às sociedades por quotas, e no artigo 294.º, no que respeita às sociedades anónimas.

É matéria que encontra, ainda, reforço na possibilidade – prevista na lei, ainda que envolta de múltiplas cautelas – de proceder à distribuição antecipada de lucros apurados na pendência do próprio exercício, desde que este já se encontre na sua segunda metade: confira-se o regime previsto no artigo 297.º para as sociedades anónimas (e que a maioria da doutrina entende, a nosso ver bem, aplicar-se igualmente às sociedades por quotas²⁷).

Podíamos continuar com outros argumentos que reforçam a importância atribuída aos lucros e à sua distribuição aos sócios, designadamente – o que nos parece um exemplo muito ilustrativo, aliás com origem no artigo 16.º da Segunda Diretiva – o do regime da repetibilidade dos lucros previsto no artigo 34.º, onde se prevê que os sócios «só são obrigados à restituição se conheciam a irregularidade da distribuição [que, no entanto, é necessariamente determinada por estes nos termos do artigo 31.º] ou, tendo em conta as circunstâncias, deviam não a ignorar.» É, pois, necessário provar a má fé dos sócios relativamente a uma distribuição indevida de lucros de exercício ou de balanço. E a quem cabe o ónus desta prova? À própria sociedade e/ou aos credores sociais, devendo fazê-lo através da propositura de uma ação (judicial, conforme parece resultar do número 3 do referido artigo 34.º)²⁸.

²⁶ E ele é bastante curto, ou seja, de apenas 30 dias, que, como se conhece da prática comercial portuguesa, é um prazo inferior ao prazo médio de vencimento de faturas (já para não referir o prazo médio de pagamento de faturas).

²⁷ Cf. DOMINGUES, PAULO DE TARSO, «Comentário ao artigo 297.º» in ABREU, JORGE M. COUTINHO DE (Coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. V, 2.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2018, p. 337.

²⁸ Poderíamos dar mais exemplos, tais como: (i) a importância que nos artigos 98.º e 119.º se dá, no contexto da fusão ou cisão de sociedades, à demonstração da proteção dos lucros; (ii) a ressalva do direito a lucros já atribuídos no caso de penhora de uma quota (artigo 239.º, n.º 1); (iii) o facto de os lucros que permaneçam por levantar na sociedade constituírem, em princípio, um crédito do sócio a que apenas se sobrepõem os

Assim, podemos afirmar que o direito abstrato ao lucro constitui um direito inabdicável e irrevogável do sócio, protegido pela lei societária como talvez nenhum outro direito dos sócios, prevendo-se uma multiplicidade de regras que visam a sua distribuição recorrente, numa base anual, e de um modo que é, inclusive, em princípio, obrigatório²⁹.

B. Os direitos dos credores sociais – o capital social como referente de uma proteção deficiente

Sem prejuízo do acima referido, assim como há lucros, podem existir também prejuízos e os sócios estão, igualmente, obrigados a quinhoar nas perdas, como expressamente decorre do artigo 20.º, alínea b). E é quando existem perdas que alcançar um equilíbrio entre o sócio e o credor social se torna uma questão delicada.

Coloca-se, então, a seguinte questão: será o nosso Código das Sociedades Comerciais tão protetor dos credores sociais como o é dos sócios no que respeita à atribuição de lucros? Como explicaremos abaixo, parecem-nos que não.

É por ser necessário encontrar um equilíbrio entre interesses, em abstrato, antagónicos, ou seja, entre os interesses do sócio e os interesses dos seus credores, que se introduziram algumas balizas ao próprio regime da

créditos dos demais credores da sociedade em caso de insolvência desta (é o que resulta do regime do contrato de suprimento); (iv) a previsão do número 3 do artigo 263.º, que estabelece um regime que permite desempatar deliberações sobre a atribuição de lucros, não deixando que estes deixem de distribuir-se tendo por base um empate na votação quanto à sua atribuição, o que equivaleria ao vencimento da posição expressa pelos sócios que se manifestaram contra a distribuição; (v) as previsões no que respeita à distribuição de lucros a considerar nos contratos de subordinação (artigo 495.º, alíneas i) e j)); ou (vi) os direitos dos sócios livres estabelecidos no n.º 1 do artigo 499.º e no artigo 500.º, novamente no contexto dos contratos de subordinação.

²⁹ O Código das Sociedades Comerciais é, aliás, neste aspeto, bastante protetor dos sócios com participações minoritárias, razão pela qual se prescrevem maiorias qualificadas para a ultrapassagem dos regimes supletivos de distribuição de lucros. Sem prejuízo, reconhecemos que a prática societária tende a desconsiderar estes limites mínimos de distribuição de lucros, através de disposições estatutárias (algumas, porém, com um conteúdo bastante deficiente e que, em rigor, não afasta o regime supletivo, na medida em que não basta determinar, como habitualmente se vê estabelecido, que a distribuição de lucros será aquela que a assembleia geral determinar, para afastar a necessidade de cumprir aquela distribuição mínima). A prática societária não nos pode, contudo, levar a desvalorizar a importância que a lei atribui ao direito aos lucros, visto que esta relevância depende da hierarquia de valores que constam da lei, nomeadamente, dos seus regimes supletivos, e não daquilo que sucede na prática societária.

responsabilidade limitada, o qual, por muito importante que seja, não é, de todo, um regime imperturbável ou absoluto.

Essas balizas da responsabilidade limitada podem atingir, como extremo, a desconsideração da personalidade coletiva (e, com isso, da responsabilidade limitada), cujo levantamento é tributário de uma leitura que visa contrariar uma utilização «abusiva» por parte dos sócios do regime da responsabilidade limitada que coloque nos credores sociais o risco do negócio de um modo que seja ilegítimo e defraudador da lógica que lhe está implícita, ou seja, da contenção do risco ao capital investido.

A circunscrição do princípio da responsabilidade limitada passa, igualmente, no ordenamento jurídico português, pela existência de um regime de capital social e de proteção dos capitais próprios da sociedade que exige a realização do capital social, impõe modos de reforçar os capitais próprios (nomeadamente através da criação e preservação da reserva legal, aqui em particular sujeita a discussão³⁰) e de os preservar (designadamente mediante a imposição de alguns limites à distribuição de lucros).

Este regime, contudo, não descaracteriza, nem a nosso ver se sobrepõe, ao fim primordial das sociedades comerciais: a obtenção e, por conseguinte, a partilha de lucros entre os sócios.

O referido regime do capital social e da preservação dos capitais próprios da sociedade é, porém, como é sabido, bastante deficiente, inclusive em termos práticos.

É-o, não só em Portugal, mas em muitas outras jurisdições. E é-o a ponto de poder dizer-se, hoje, que o regime enfrenta uma crise tão profunda que tem vindo a ser em boa parte abandonado, como é o caso paradigmático dos Estados Unidos da América.

Talvez o principal problema de regimes assentes na existência de um capital social, como é o caso de Portugal³¹, seja o de, como se sabe, não existir qualquer princípio que conduza à obrigatoriedade de um equilíbrio entre o capital social e a atividade que a sociedade, efetivamente, desenvolve.

Para confirmação desta afirmação basta verificar a (quase) inexistência de um capital social mínimo nas sociedades por quotas – a qual resultou de uma opção legislativa (tomada em 2011 através do Decreto-Lei n.º

³⁰ Sem prejuízo, porém, de toda e qualquer outra reserva contabilizada em capital próprio ter, tal como a reserva legal, uma função de proteção do próprio capital social, tenha sido esse ou não o objetivo visado pelos sócios aquando da sua criação.

³¹ Embora, também aqui, o capital social venha perdendo terreno, desde logo com a admissão da possibilidade de emissão de ações sem valor nominal ou a admissão de sociedades por quotas cujo capital social não tem de ir além de 1 EUR por sócio, o que, sem eliminar a figura do capital social, enfraquece a sua relevância.

22/2011, de 7 de março), fruto de uma profundíssima crise económica em Portugal – em que, sopesando-se os prós e os contras da existência de um mínimo de capital social (que já era tão-só de 5.000 EUR), se considerou ser preferível estabelecer (para não acabar definitivamente com o capital social e ter de resolver esse problema maior e mais desafiante) que cada sócio não tinha de contribuir mais do que 1 EUR para o capital social, contribuição essa cuja realização pode ainda diferir-se. Cremos não ser necessário demonstrar como a contribuição de 1 EUR é mais do que insuficiente para o desenvolvimento de qualquer atividade económica.

Mesmo nas sociedades anónimas – muitas vezes vistas como as sociedades mais sofisticadas (o que não quer dizer que o sejam) – o montante do capital social mínimo é de apenas 50.000 EUR, o qual é, objetivamente, muito baixo para o desenvolvimento da maioria das atividades económicas (que, desde logo, justifiquem a sua estrutura de *governance*), sendo também possível diferir a realização de uma parte significativa das entradas de capital.

Esta é, no nosso entender, uma prova cabal da irrelevância a que a própria lei votou o capital social e, por conseguinte, tudo o que lhe está conexo.

Com efeito, a consequência da não imposição de regras que ambicionem o equilíbrio entre o capital social e a atividade que a sociedade desenvolve é a de que toda e qualquer proteção do capital social fundada no seu montante – como é o caso da necessidade de constituir uma reserva legal e o seu regime de utilização (artigos 295.º e 296.º), ou mesmo o regime que impõe o respeito de determinados critérios financeiros na distribuição de lucros de balanço e de exercício (máxime, artigos 32.º e 33.º) – fica, de imediato, comprometida por aquele «pecado original».

A pouca relevância que, no nosso ordenamento jurídico, se dá à própria preservação do capital social encontra novo reflexo evidente na evolução do regime previsto no artigo 35.º do Código das Sociedades Comerciais, nos termos do qual, ainda que uma sociedade enfrente a perda de, pelo menos, metade do seu capital social³² (o que é, manifestamente, material, porquanto a situação líquida da sociedade é, nessas circunstâncias, já deficitária), a sociedade pode, sem que qualquer sanção possa aplicar-

³² O que, em rigor, acontece no primeiro dia da vida de uma sociedade que tenha um capital de 1 EUR (ou pouco mais), considerando as imediatas despesas de constituição, que, na melhor das hipóteses, desconsiderando quaisquer despesas que não sejam de registo comercial (portanto, com assessores legais, com o contabilista certificado de nomeação, aliás, obrigatoria, com o pedido de admissibilidade de firma, etc.), são de, pelo menos, 360 EUR, o que corresponde aos emolumentos devidos, atualmente, pela constituição da chamada “empresa na hora”.

-se-lhe, manter, indefinidamente, a situação líquida deficitária ou mesmo negativa (desde que não seja de considerar como estando insolvente), não tomando qualquer medida para a corrigir ou, pelo menos, mitigar.

Este regime resulta de uma opção política discutível, mas que não desconsidera a natureza de uma parte não irrelevante do tecido empresarial do País e que deixa em evidência para que lado pendeu – talvez não por opção, mas por imposição da realidade da nossa economia – a balança do nosso sistema jus-societário no que respeita ao equilíbrio entre, de um lado, os benefícios que se vislumbram no desenvolvimento de uma atividade económica fundada na iniciativa privada e, de outro lado, os interesses dos credores de quem desenvolve essa atividade.

Por muito surpreendente que a seguinte conclusão possa parecer considerando o discurso dominante num país como Portugal, nem sempre muito acolhedor da iniciativa privada, o regime é essencialmente favorável ao empresário, algo que afirmamos sem quaisquer dúvidas e, também, sem tecer quaisquer juízos de valor, positivos ou negativos.

Com efeito, temos um regime que, no essencial, deixa na dependência do sócio, através da sua atuação, a criação, manutenção ou reforço de uma situação financeira mais ou menos saudável na sua empresa.

Sendo esta uma opção política, ela cabe a quem legisla apenas. E, não obstante o regime ser deficiente, o suprimento das suas insuficiências não compete, porém, ao intérprete.

Consequentemente, o (re)conhecimento da existência de deficiências num regime jurídico não deve, a nosso ver, conduzir o intérprete, no seu esforço interpretativo, a fazer leituras que permitam mitigá-las ou corrigi-las – mesmo que (muito) tenuemente – e, por conseguinte, que visem maximizar as proteções que a lei gizou, mas que não pretendeu (ou talvez sequer tenha considerado) maximizar.

C. A nossa posição sobre a constituição e reintegração da reserva legal

Estas considerações, já algo extensas, têm por objetivo enquadrar a nossa posição acerca da hierarquia que o nosso ordenamento jus-societário arbitra entre o direito aos lucros dos sócios e a proteção que confere aos credores sociais, o que está sempre ligado à possibilidade de existência de prejuízos.

Ao contrário do que nos parece ser a perspetiva do primeiro autor, o direito aos lucros é o que encabeça essa hierarquia de valores, arvorando-se como um traço primordial do nosso regime societário, não se encontrando nas regras que impõem limites à distribuição de lucros, nomea-

damente nas regras relativas à constituição (artigo 295.º) e à utilização (artigo 296.º) da reserva legal, proteção idêntica ou sequer similar àquela de que se revestem as regras tendentes à distribuição periódica e obrigatória de lucros aos sócios e, por conseguinte, às regras que visam o tratamento a dar aos prejuízos gerados na atividade de uma sociedade.

1. Os lucros relevantes para efeitos do artigo 295.º

Como nota preliminar, queríamos deixar, desde já, claro que concordamos totalmente com o que o primeiro autor conclui no sentido de considerar que, para efeitos da constituição da reserva legal prevista no artigo 295.º, é apenas relevante o conceito de lucro de exercício e não qualquer outro, tais como os conceitos de lucro de balanço ou de exercício distribuível. Parece-nos, aliás, que o tema não suscita importante debate na doutrina.

A nossa divergência reside, porém, em que enquanto o primeiro autor parece adotar o conceito de lucro de exercício *tout court* e afirma que a lei não estabelece qualquer ordem de prioridade expressa na alocação do resultado – ainda que, depois, o primeiro autor acabe a estabelecê-las, erigindo a proteção do capital social e dos credores sociais como o princípio cimeiro do nosso sistema jus-societário –, da nossa parte sufragamos que, para efeitos de alocação a reserva legal, o lucro a considerar deverá ser um lucro de exercício já expurgado de prejuízos transitados. Vejamos.

O projeto do Código das Sociedades Comerciais era a esse respeito mais claro do que veio a ser o atual Código, porquanto a norma equivalente ao artigo 295.º se referia expressamente a “lucros de exercício”.

Apesar de a referência a estes não constar da redação que veio a ser plasmada no Código das Sociedades Comerciais, não nos parece que tenha havido qualquer intenção de abrir a discussão sobre que conceito de lucros considerar³³, o que, se atendermos ao artigo 33.º, não encontra aí também qualquer reflexo, já que nele se faz expressa menção aos “lucros de exercício”.

Seria, no mínimo, estranho que o artigo 295.º estabelecesse algo diverso do que ali se determina, face à sua íntima relação com o artigo 33.º. De facto, se este cuida da distribuição de lucros gerados num determinado exercício, o artigo 295.º estabelece um regime de criação de uma

³³ Cf., no mesmo sentido, VENTURA, RAÚL, *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais/Sociedades por Quotas*, Vol. III, Reimpressão da Ed. de 1989, Almedina, Coimbra, 1991, p. 358.

reserva com base nos lucros gerados periodicamente pela sociedade, por quanto a reserva legal se cria de forma manifestamente cíclica (5% dos lucros até que a reserva represente 20% do capital próprio). O período relevante só pode ser, pois, o do exercício social, que tem sempre uma base anual (sem prejuízo do disposto, quanto ao primeiro exercício social de uma sociedade, no artigo 65.º-A³⁴).

Não obstante, nem seria preciso considerar o artigo 33.º, por quanto a mesma conclusão já resultaria do contexto sistemático em que surge o artigo 295.º, numa secção relativa ao direito aos lucros (que não os referidos no artigo 32.º) e em que (i) no artigo 294.º se estabelece o direito aos lucros, referindo-se expressamente aos lucros de exercício, e (ii) no artigo 297.º se versa sobre o adiantamento de lucros gerados «no decurso do exercício» (n.º 1), estabelecendo-se que o adiantamento tem em conta «os resultados verificados durante a parte já decorrida do exercício em que o adiantamento é efetuado» (alínea b) do n.º 1).

Não nos restam, portanto, quaisquer dúvidas de que os lucros a que se refere o artigo 295.º são os de exercício.

2. Ordem de prioridades na aplicação de lucros de exercício

Feita esta consideração preliminar, mas voltando um pouco atrás ainda, aliás à base mesma da existência deste artigo – ou seja, à ordem de prioridades da alocação do resultado líquido do exercício entre cobertura de prejuízos transitados e a constituição da reserva legal –, não podemos acompanhar uma afirmação segundo a qual a lei não prescreve qualquer ordem de procedimentos para efeitos de aplicação de resultados.

Concordamos com quem afirme que a lei podia (talvez mesmo devesse) ter sido mais clara a respeito dessa ordem de prioridades. Todavia, declarar-se que a lei não a estabelece não é algo que consigamos corroborar. Antes pelo contrário.

³⁴ Aproveitamos, a este respeito, para referir uma incongruência (ressalvada, porém, na parte final do artigo 65.º-A) entre o regime societário e o que decorre da legislação fiscal, em concreto, do artigo 8.º (e não 7.º, como se refere no CSC) do Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas, o qual, no seu n.º 4, apenas prevê a existência de exercícios (fiscais) inferiores a um ano, mesmo que inferiores ao mínimo de seis meses previsto no CSC, o que, na prática societária, faz com que devam ser apurados resultados no exercício em que a sociedade foi constituída, independentemente de a sua duração exceder os seis meses, desde que, em todo o caso, se tenha previsto um exercício social não coincidente com o ano civil (diferença de regime face a um exercício social coincidente com o ano civil cuja justificação tão-pouco vislumbramos).

De facto, essa ordem de prioridades parece-nos resultar, de modo suficientemente claro, da própria redação do número 1 do artigo 33.^o³⁵, que, a nosso ver, estabelece uma sucessão, aliás, lógica³⁶: «Não podem ser distribuídos aos sócios os lucros do exercício que sejam necessários para cobrir [em primeiro lugar] prejuízos transitados ou [em segundo lugar] para formar ou reconstituir reservas [primeiro] impostas por lei [a reserva legal] ou [segundo] pelo contrato de sociedade.»

Parece-nos que ninguém duvidará de que resulta da redação deste artigo que, antes da distribuição aos sócios do resultado líquido do exercício, deve primeiro contribuir-se para a criação de uma reserva legal e, só depois, alocar-se o lucro de exercício remanescente à criação das reservas impostas pelos estatutos sociais. A sucessão destes movimentos está, aliás, bem patente no texto deste artigo 33.^o e não de forma inocente, até porque não se deve assumir que o legislador se expressou de forma irrefletida.

Pois bem, se não se duvida deste (segundo) termo da ordem de prioridades prevista na lei, então também o facto de a necessidade de cobrir prejuízos transitados com os lucros de exercício apurados surgir em primeiro lugar na redação da norma (portanto, antes da obrigação de contribuir para a reserva legal) não poderá ter sido, repentinamente, algo inocente³⁷.

Se o elemento literal suporta a nossa interpretação, o elemento sistemático também o consente. De facto, se, visto o n.º 1, analisarmos depois o n.º 2 do mesmo artigo 33.^o, continuamos a deparar-nos com uma ordem de prioridades na utilização do resultado líquido do exercício, antes, portanto, de o podermos utilizar para a distribuição de lucros.

Decorre deste n.º 2 que – se, depois de feitas as alocações do resultado constantes do n.º 1, sobrar ainda um resultado – este não poderá ser, ainda, distribuído enquanto subsistirem despesas de constituição, de investigação e de desenvolvimento por amortizar, a não ser que estas já se

³⁵ A que, insistimos, o artigo 295.^o não pode ficar alheio, porquanto forma parte de um sistema jurídico mais vasto, não podendo ser lido isoladamente. Adiante abordaremos o elemento sistemático.

³⁶ E da qual resulta, desde já, uma opção legislativa que não tem acolhimento em todos os ordenamentos jurídicos, nem na prática societária portuguesa anterior ao Código das Sociedades Comerciais, que é a de que não pode haver distribuição de lucros enquanto não existirem lucros de balanço.

³⁷ Apesar do uso da conjunção disjuntiva “ou” ao longo do texto do artigo, sendo certo que as alternativas que tal uso estabelece não se excluem, no sentido da redação da norma, umas às outras, pelo menos totalmente.

encontrem cobertas por reservas livres³⁸ ou resultados transitados (obviamente positivos) de anos anteriores³⁹.

Assim – e declarando, desde já, não ser nosso objetivo entrar na discussão concreta do que sejam estas despesas e do seu concreto tratamento, mas apenas servindo-nos do elemento literal da lei para apoiar o nosso percurso interpretativo –, a lei, ao referir-se-lhes, estabelece a sucessão de operações a que deve sujeitar-se o resultado líquido do exercício, não obrigando a alocação de parte do resultado à amortização de despesas, pese embora limite a distribuição de reservas criadas sem que, primeiro, estas despesas se encontrem amortizadas.

Continuando a servir-nos do elemento sistemático, a própria ordem de prioridades estabelecida no artigo 296.º nos parece bastante evidente

³⁸ Ou seja, uma reserva (cuja constituição não é obrigatória nos termos dos estatutos) a que os sócios atribuem um qualquer destino, especificamente declarado ou não declarado, pois, de contrário, atingiriam o mesmo resultado alocando o lucro de exercício na conta de resultados transitados.

³⁹ Os resultados transitados funcionam como uma reserva livre, na medida em que formam uma conta do capital próprio a que os sócios não atribuíram um destino declarado (como o podem fazer quando criam uma reserva livre), mas que são tão “livres” quanto o são as reservas livres (em rigor, todas aquelas que se contraponham à reserva legal). Note-se, aliás, que a própria lei as parece, neste contexto, equiparar, visto que, no n.º 2 do artigo 33.º se refere às mesmas utilizando a conjunção aditiva “e”. Fazemos esta ressalva na medida em que o primeiro autor, no último exemplo que dá na parte 2 do seu capítulo sobre os lucros de exercício, parece, para efeitos do cálculo dos montantes passíveis de distribuição aos sócios, tratar de forma diferente, por um lado, as reservas livres criadas através de resultados de exercício e, por outro lado, os mesmos resultados de exercício a que os sócios apenas não tenham dado um destino específico, através da sua expressa alocação a uma conta de reservas livres. É uma diferença de tratamento que, a existir de facto no pensamento do primeiro autor, não podemos acompanhar, porquanto a origem e natureza livre de uma reserva livre formada com lucros de exercício são exatamente as mesmas que têm os resultados deixados na conta de resultados transitados. Sendo, na essência, idênticos, não se vislumbra motivo para um tratamento diverso, razão pela qual, entendemos nós (e talvez apenas aqui resida a diferença de leitura com o primeiro autor), devem servir para compensar prejuízos transitados quaisquer reservas que tenham sido criadas com resultados positivos de exercícios anteriores, sejam elas contabilisticamente consideradas numa conta de resultados transitados ou numa conta de reservas livres. Reconhecemos, porém, o risco de, na aprovação da aplicação de resultados anuais, se desconsiderar essa necessidade de tratamento igual, fazendo uma leitura algo simplista do balanço, algo que, na prática societária, tende, efetivamente, a acontecer, razão pela qual entendemos a origem do exemplo dado pelo primeiro autor e reconhecemos que, em termos práticos, é provável que o exemplo encontre reflexo na prática societária. Não deixa de ser uma prática errada, a qual não tem, nem deve ter, relevância para efeitos da interpretação jurídica do regime.

quanto a determinar se a lei estabeleceu ou não uma ordem de procedimentos para efeitos da aplicação dos resultados.

Ao estabelecer-se o regime de utilização da reserva legal, ou seja, o modo e a ordem por que podem utilizar-se os fundos alocados à reserva legal⁴⁰, conclui-se que esta só *pode* ser utilizada nos seguintes termos:

- (a) Cobertura de prejuízos do próprio exercício;
- (b) Cobertura de prejuízos transitados; e
- (c) Incorporação no capital social, pelo que, só se e na medida em que a reserva legal não seja necessária para a cobertura daqueles prejuízos (do exercício ou transitados) é que poderá utilizar-se para incorporação no capital social.

Esta hierarquia na utilização da reserva legal apenas será congruente sistematicamente se seguir a mesma ordem de prioridades que conduz à sua própria constituição (cujas regras são estabelecidas, como vimos acima, pela conjugação do artigo 295.º com o artigo 33.º). E não nos parece que aqui existam dúvidas quanto à existência de uma ordenação que estabelece prioridades, o que fica, ainda mais evidente, em virtude da ordenação das hipóteses em várias alíneas. A utilização de alíneas distintas pela lei não significa que a enumeração do artigo 33.º, por não ter sido feita graficamente do mesmo modo, não tenha também implícita uma ordenação.

Podíamos mesmo afirmar ainda a este propósito que, mesmo que a utilização da reserva legal prevista no artigo 296.º não seja automática no caso de se apurarem prejuízos num determinado exercício⁴¹, um princípio, novamente lógico, de mera economia de atos recomendaria que se abatessem diretamente prejuízos transitados com o resultado líquido do

⁴⁰ Esta ordem é, a nosso ver, imperativa. Havendo reservas não legais (ou seja, reservas estatutárias ou livres) e independentemente da sua origem, que possam contribuir para a cobertura de prejuízos, devem estas ser sempre utilizadas antes da reserva legal. Não havendo essas reservas não legais, pode então a reserva legal utilizar-se para cobertura de prejuízos.

⁴¹ Não obstante, esta leitura não é unânime, pois pode defender-se que a administração deve, obrigatória e independentemente da vontade dos sócios, compensar prejuízos com a reserva legal já existente (cf., neste sentido, VENTURA, RAÚL, *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais/Sociedades por Quotas*, op. cit., vol. I, p. 367), conquanto consideremos que tal é competência exclusiva dos sócios e não da administração no quadro legal existente (neste sentido, DOMINGUES, PAULO DE TARSO, «Comentário ao artigo 296.º», op. cit., pp. 325-327). Diferente seria questionarmo-nos se deveria ser assim. Num sistema em que o capital social perde progressivamente relevância, tal poderia ser, efetivamente, uma matéria da competência da administração e não dos sócios.

exercício⁴², em lugar de primeiro se constituir um reserva legal para, ato contínuo, a utilizar para cobertura de prejuízos e, assim, alcançar o mesmo resultado⁴³.

Por fim, temos, ainda, o elemento histórico. Tal como atrás já se deixou dito, na redação do artigo equivalente ao atual artigo 295.º que constava do projeto do Código das Sociedades Comerciais estabelecia-se que a reserva legal se constituía através da vigésima parte do lucro de exercício, mas «depois de deduzidos os prejuízos transportados do ano anterior»⁴⁴.

O exercício de reconstituição do pensamento legislativo a partir dos textos, a que o Código Civil obriga o intérprete, leva-nos, pois, a concluir que, não só a cobertura de prejuízos transitados deve ser o primeiro passo a realizar na aplicação do resultado líquido do exercício anterior, como que tal resulta da própria lei⁴⁵.

3. Hierarquia entre direito aos lucros e formação da reserva legal; hierarquia entre cobertura de prejuízos e formação da reserva legal

Aqui chegados, voltamos à hierarquia de valores estabelecida no nosso Código das Sociedades Comerciais entre o direito aos lucros e a reserva legal.

A reserva legal constitui um reforço da “almofada” que o capital social é suposto representar na perspetiva dos credores, mas é sempre algo acessório e nunca um absoluto⁴⁶. Se há perdas, ainda que transitadas, o nor-

⁴² Assumindo-se que não existem outras reservas, que, novamente, podem ser reservas livres ou resultados transitados.

⁴³ O que constituiria uma situação em que a obrigação de primeiro constituir uma reserva legal, a existir, assumiria um carácter totalmente desnecessário e, por conseguinte, uma mera formalidade.

⁴⁴ Aqui, a nosso ver, a redação do projeto carecia até de aperfeiçoamento, na medida em que os prejuízos a considerar deveriam ser os transitados, não apenas do exercício imediatamente anterior, mas também os de outros exercícios passados.

⁴⁵ Este entendimento é, aliás, parece-nos, acompanhado por diversa doutrina nacional para além daquela a que já fizemos referência, nomeadamente por Fátima Gomes (in GOMES, FÁTIMA, *O direito aos lucros e o dever de participar nas perdas nas sociedades anónimas*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 238) e Paulo Vasconcelos (in VASCONCELOS, PAULO DE ALVES DE SOUSA, *Apuramento e Aplicação de Resultados no Código das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2016, pp.172 e 173).

⁴⁶ Tanto assim que a deliberação de alocação a reserva legal de um montante superior àquele que deva ser, anualmente, retirado dos resultados deve ser (ou, pelo menos, pode ser) considerada irregular, salvo se tomada por unanimidade, o que visa, novamente, a proteção do direito aos lucros, nomeadamente dos sócios minoritários. O mesmo sucede

mal será que, antes de se constituir uma reserva adicional, que, em termos líquidos, não gera um ganho imediato, se reconheça que, assim como no passado se registou uma perda, então também agora, existindo um ganho, ele deve servir, em primeiro lugar, para cobrir perdas passadas.

Mas podemos falar mesmo da hierarquia de valores entre a constituição de uma reserva legal e a mera cobertura de prejuízos.

A respeito da cobertura de prejuízos, já vimos a ordem de prioridades prevista no artigo 33.º, em que os prejuízos surgem destacados. Analisámos já, também, a possibilidade de utilizar a reserva legal para cobrir prejuízos que é determinada pelo artigo 296.º. Vejamos agora a possibilidade que o Código das Sociedades Comerciais prevê quanto à utilização do próprio capital social para cobrir prejuízos.

Com efeito, e sem querermos fazer uma análise detalhada do regime da redução do capital social, é permitido pelo artigo 94.º, n.º 1, alínea a) reduzir o capital social, desde que se invoque uma finalidade, sendo que ela pode ser a cobertura de prejuízos⁴⁷.

E é defendido, a nossa ver bem, pelo menos por uma parte relevante da doutrina, que a limitação prevista no n.º 1 do artigo 95.º não é aplicável à redução do capital social para efeitos de cobertura de perdas (como decorre já também do artigo 35.º⁴⁸)⁴⁹. Assim, no caso de utilização do capital social para efeitos de cobertura de perdas, não é necessário assegurar que a situação líquida da sociedade, após a redução, fique pelo menos igual à soma do novo capital social acrescido de 20%, ou seja, que se crie, simultaneamente com a redução do capital social, a reserva legal.

Privilegia-se, portanto, a cobertura de perdas face à criação de uma reserva legal, sendo certo ainda que, após a redução do capital social, a reserva legal será sempre e necessariamente inferior àquela que a sociedade teria de constituir antes da redução do capital e sem que a atividade

com a criação de uma reserva legal que exceda o limite previsto na lei (ou nos estatutos, se superior a 20%), devendo qualquer excesso ser considerado uma reserva livre.

⁴⁷ De forma congruente com todo o restante regime previsto no Código das Sociedades Comerciais, é novamente esta a primeira finalidade prevista pela lei. Adicionalmente, note-se que a redução do capital social para efeitos de cobertura de prejuízos não gera nenhuma devolução aos sócios, mas apenas alinha o capital social com a situação líquida da sociedade, o que reforça a ideia que temos expressado de que é lógico que os ganhos sirvam, primeiramente, para cobrir perdas.

⁴⁸ Cujo regime é, aliás, a prova cabal de que a lei admite o desgaste do capital social, a ponto de não proibir que a situação líquida da sociedade se torne negativa e não obrigar os sócios a tomar medidas caso tal se concretize.

⁴⁹ DOMINGUES, PAULO DE TARSO, «Comentário ao artigo 95.º» in ABREU, JORGE M. COUTINHO DE (Coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. II, 2.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2015, pp. 143-145.

da sociedade tenha, a partir do momento da redução do seu capital, de mudar ou limitar-se. Logo, não só a sociedade gerou perdas, como a almofada adicional de proteção dos credores passará a ser, e nos termos da lei, mais pequena.

Poderia agora contrapor-se que, pelo menos nos demais casos, nomeadamente o de redução do capital social para libertação de excesso de capital, a lei atribui grande importância à reserva legal, na medida em que obriga a que a situação líquida da sociedade equivalha àquela que existiria se a reserva legal fosse, de imediato, constituída⁵⁰.

É certo o argumento. Mas, perguntamo-nos agora: que “reserva legal”? Uma “reserva legal” reduzida face àquela que resultaria da anterior cifra do capital social.

Consequentemente, o que, verdadeiramente, se privilegiou foi a possibilidade de os sócios libertarem capital social exuberante e, assim, permitir-lhes a distribuição de outros bens que tenham sido fruto de resultados gerados pela empresa em anos anteriores, na medida em que, reduzindo-se o referente do artigo 32.º, se facilita a distribuição de bens aos sócios, seja por via de libertação de excesso de reserva legal (da anterior reserva legal) e de outras reservas, deixando apenas uma parte para proteção dos credores⁵¹.

⁵⁰ O que, porém, considerando a redação da norma, não teria de necessariamente ocorrer, na medida em que, atendendo à letra, mesmo tendo a situação líquida que exceder em 20% o novo capital social – o que é equivalente à reserva legal, em princípio máxima –, esses 20% não teriam obrigatoriamente de alocar-se à reserva legal, visto que se poderá obter o resultado exigido pela letra da lei mediante qualquer outra reserva (incluindo resultados transitados) ou, mesmo, contribuições adicionais dos sócios para o capital próprio (nomeadamente, através de prestações suplementares). Neste sentido, pese embora a lei pudesse ter expressamente obrigado à integração imediata e total da «nova» reserva legal, parece não ter tomado essa opção, permitindo a leitura (que, porém, não é unívoca) de que o «excesso» de situação líquida exigido no momento da redução do capital social poderá vir a ser utilizado, no futuro, sem que se lhe apliquem as restrições previstas no artigo 296.º. Independentemente da leitura que se faça, esta é uma redação que nos parece elucidativa da hierarquia a que nos temos referido neste texto.

⁵¹ Deve dizer-se, aliás, que, na prática societária, a redução de capital social exuberante é, normalmente, feita com um propósito bem determinado e que não é, necessária ou principalmente, o da adequação do capital social da empresa à atividade efetivamente desenvolvida. Com efeito, na maioria dos casos, nomeadamente no âmbito de grupos societários internacionais que tenham uma subsidiária em Portugal, o capital social tipicamente reduz-se, não porque a atividade da sociedade tenha diminuído ou sido alterada, mas apenas porque se pretende distribuir aos sócios o maior montante possível, assim se reduzindo o capital social para o mínimo legalmente permitido (lei que, como referido, não impõe nenhuma adequação entre o capital social e a atividade desenvolvida), de modo a «flexibilizar» os critérios contantes do artigo 32.º.

Continuando na hierarquia de valores entre a cobertura de prejuízos e a criação de uma reserva legal, podemos referir o seguinte:

- (a) Na alínea b) do n.º 2 do artigo 295.º estabelece-se que ficam apenas sujeitos ao regime da reserva legal os saldos positivos de reavaliações monetárias consentidos por lei, «na medida em que não forem necessários para cobrir prejuízos já acusados no balanço»; e
- (b) No n.º 4 do artigo 295.º admite-se a possibilidade de, por portaria, ser dispensada a criação de reservas legais equiparadas nos termos do n.º 2 do mesmo artigo. Ora, a Portaria n.º 160/2003, de 19 de fevereiro, estabelece que «às sociedades submetidas à supervisão da Comissão do Mercado de Valores Mobiliários não se aplica o estabelecido no n.º 2 do artigo 295.º do Código das Sociedades Comerciais relativamente às reservas constituídas pelos valores referidos na alínea a) daquele número, quando destinadas à cobertura de prejuízos ou resultados transitados negativos.»

Nestes dois exemplos volta a sobrepor-se a cobertura de perdas em detrimento da criação de uma reserva legal.

Por isso, afirmar que o nosso regime assenta na existência de um capital social e na sua manutenção, como faz o primeiro autor, embora tenha algum fundamento, perde força se proferida como um absoluto, nomeadamente se considerarmos que, afinal, o acento da lei incide sempre muito mais na possibilidade de cobrir prejuízos e em não limitar a distribuição de lucros aos sócios (desde logo, também, através dessa cobertura de prejuízos) do que em dificultar essa distribuição, nomeadamente colocando os interesses dos credores sociais acima dos interesses dos próprios sócios.

Assim, fazer uma leitura que tenha como propósito a maximização da reserva legal e, por conseguinte, a limitação da possibilidade de distribuição de bens aos sócios (seja de lucros de exercício, seja de lucros de balanço) não nos parece que encontre suporte sólido no Código das Sociedades Comerciais, tal como este se encontra redigido e foi sistematizado, representando, assim, a nosso ver, uma leitura *de jure constituendo* e não *de jure constituto*.

Reconhecemos que essa leitura – que é a que faz o primeiro autor – poderá ser, ainda que de forma normalmente imaterial e acima de tudo aparente (desde logo porque ultrapassável), mais garantística dos credores sociais do que é a nossa⁵². Os exemplos que construiu são, sobre essa matéria, muito sólidos e mesmo irrefutáveis.

⁵² A proteção que assegura é, contudo, objetivamente subtil, o que, novamente, resulta do

A posição entre os autores nunca colide no sentido de que existem (e, até, de que devem existir) limites à distribuição dos lucros. Simplesmente, o pressuposto de que parte o primeiro autor é o da maximização da proteção dos credores, quando, no nosso entender, a lei afirma, em primeiro lugar, o direito dos sócios à remuneração do seu investimento (cujo risco deve ser premiado e não combatido), impondo-lhe, mas depois, alguns limites, a fim de obrigar os sócios a fazer uma utilização razoável da sociedade como forma de atingir o lucro. Porém, a regra é a do direito aos lucros. A exceção é a sua limitação. E, como resulta de um subprincípio básico do princípio da legalidade, que é o da autonomia privada, onde a lei não proibiu não deve o intérprete encontrar proibições. Logo, é preciso respeitar a opção legislativa que resulta da lei.

D. Conclusão

Pelo exposto, somos da opinião de que a lei privilegia o direito abstrato dos sócios aos lucros (que são a causa, ou pelo menos uma das causas, do contrato de sociedade), o que encontra reflexo no modo como a reserva legal é constituída e o capital social preservado. A nosso ver, a lei estabelece uma ordem de prioridades que coloca a cobertura de prejuízos hierarquicamente acima da criação de uma garantia adicional dos credores através da formação de uma reserva legal.

próprio sistema da constituição da reserva legal, que se calcula tendo por base o capital social.

RESUMO: O funcionamento da gerência plural nas sociedades por quotas levanta questões específicas, quer no domínio da sua gestão interna, quer no domínio da sua representação. A (in)existência de reunião entre quem administra e a assunção, por força de lei, dos poderes de gerência por parte de todos os sócios (a par de outros aspetos) são, também, matérias convocadas para a interpretação de normas legais relativas ao funcionamento da gerência plural.

Palavras-chave: sociedade por quotas; gerência plural; deliberação; representação.

ABSTRACT: When a limited liability company has more than one director, some specific legal questions may arise, both internally and externally. This article discusses the main aspects of statutory interpretation when the company has more than one director, in regard to the (in)existence of a meeting between directors, and to the legal recognition of managing powers to all shareholders.

Keywords: limited liability company; plurality of directors; director's resolutions; representation.

CÉSAR PIRES*

O regime supletivo de funcionamento da gerência plural nas sociedades por quotas** ***

1. Notas introdutórias

Os administradores das sociedades comerciais têm o direito de desenvolver a atividade destas, mas, sobretudo, estão sujeitos ao dever de administrar com base em padrões de conduta exigentes, derivados da necessidade de prossecução de um fim que não se confunde, necessariamente, com o interesse individual dos sujeitos que as integram direta ou indiretamente.

A diligência com que os administradores de uma determinada sociedade devem atuar implica conhecimentos e técnicas capazes de fazer face a questões e situações que ora se prendem com a vida interna da sociedade,

* Advogado,
Doutorando da
Faculdade de Direito
da Universidade de
Coimbra

** Texto submetido a revisão por pares (*peer review*).

*** O presente texto teve origem no trabalho apresentado no Seminário Especializado do Curso de Doutoramento em Direito (Especialização em Ciências Jurídico-Empresariais), subordinado ao tema “Governação das PMEs” e vai dedicado ao Senhor Professor Doutor Jorge M. Coutinho de Abreu como reconhecimento por tudo o que me ensinou ao longo dos anos em que fui seu Assistente.

ora com a sua atuação externa. Mas, não obstante o plano em que se situe a atuação dos administradores, esta há de sempre refletir-se no desenvolvimento da atividade que a sociedade visa prosseguir.

Atento à necessidade de refletir no ordenamento jurídico português estas preocupações, o legislador, em 2006, imprimiu no Código das Sociedades Comerciais (de ora em diante CSC¹) uma nova abordagem, no sentido de lhes dar consagração legal. Se, até então, o administrador deveria atuar com *“a diligência de um gestor criterioso e ordenado, no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores”*, a partir de 2006 o legislador passou a consagrar dois deveres fundamentais que servem de guia para a atuação dos administradores: dever de cuidado e dever de lealdade.

Estes poderes-deveres devem considerar-se fundamentados na esfera da sociedade ou no interesse coletivo dos sócios², posto que, antes de mais, os administradores têm o dever de administrar. A administração levada a cabo, neste domínio, tem um referencial de diligência reforçado: o administrador deve ser *“um gestor criterioso e ordenado colocado nas circunstâncias concretas em que atuou e confrontado com as qualidades que revelou de acordo com o exigível”*³.

Ora, é consabido que no domínio das pequenas e médias empresas a forma jurídica maioritariamente adotada é a sociedade por quotas. Nesta, a administração designa-se, no ordenamento jurídico português, de gerência⁴.

Diz-nos o art. 252.º, n.º 1 do CSC que *“a sociedade é administrada e representada por um ou mais gerentes, que podem ser escolhidos de entre estranhos à sociedade e devem ser pessoas singulares com capacidade jurídica plena.”* Pelo que, a este órgão está cometida a função de gerir as atividades sociais

¹ Na falta de referência expressa ao diploma legal em que se insere um determinado artigo, deve considerar-se a referência ao CSC.

² Ramos, Gabriel Freire Silva, «A business judgement rule e a diligência do administrador criterioso e ordenado», in *Revista de Direito das Sociedades*, Ano V (2013), N.º 4, Coimbra: Almedina, p. 847.

³ Costa, Ricardo, «Art. 64.º», in Abreu, Jorge Manuel Coutinho de (Coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. I, 2^a Edição, Coimbra: Almedina, 2017, p. 779.

⁴ Esta designação não é facultativa, sendo imposta pelo princípio da tipicidade que, além de exigir que uma determinada sociedade, para o ser, tenha de adotar um dos tipos elencados no art.º 1º, n.º 2 CSC exige, também, que adote os órgãos administrativo-representativos expressamente previstos para o tipo societário adotado (cf. Ac. STJ de 5 de março de 1992, in BMJ 415 (1992)).

e representar a sociedade perante terceiros, “a quem fazem e de quem recebem declarações de vontade”⁵.

A gerência pode, por isso, ser constituída por uma única pessoa⁶ (gerência singular) ou por mais do que uma (gerência plural).

Ora, a gerência plural, pela sua própria natureza, coloca em si mesma todo um conjunto de questões que se refletem internamente na sociedade, assim como na sua representação orgânica.

Destarte, não pretendendo abrir a «caixa de pandora», tentar-se-ão apontar algumas dessas questões, enunciando-as e, sempre que possível, apontando algumas vias ou itinerários interpretativos sobre o regime legal aplicável. Nesta tarefa a que nos propomos, não deixaremos de tentar estabelecer um diálogo aberto e estreito entre o regime aplicável às sociedades por quotas e o regime aplicável às sociedades anónimas, tendo em conta que se “*do ponto de vista jurídico, a distinção é clara; porém, sob uma perspectiva empresarial, a distinção dilui-se frequentemente.*”⁷

2. A conjunção e a disjunção no funcionamento da gerência plural

A pluralidade de gerentes⁸ é admitida, pelo nosso ordenamento jurídico, como uma das possibilidades de desenvolvimento das tarefas de administração das sociedades por quotas. No entanto, a existência de mais do que uma pessoa no órgão de administração, de um ente que deve atuar de forma unitária e exprimindo a sua vontade de forma clara, levanta, à partida, duas possibilidades: o exercício conjunto dos poderes que conformam o poder-dever de administrar ou o exercício disjunto desses mesmos poderes⁹.

⁵ Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, 6^a Edição, Coimbra: Almedina, 2019, p.68.

⁶ Discute-se na doutrina a possibilidade de uma pessoa coletiva poder ser designada gerente, tendo em conta o regime estabelecido para os cargos de administração das sociedades anónimas e com base no recurso à analogia (cf. Costa, Ricardo, «Art. 252.º», in Abreu, Jorge Manuel Coutinho de (Coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. IV, 2^a Edição, Coimbra: Almedina, 2017, p. 81-82).

⁷ Gonçalves, Diogo Costa, «O Governo das Sociedades por quotas – Breves reflexões sobre a celebração de negócios entre o gerente e a sociedade», in Câmara, Paulo, et al., *Governo das Organizações – A vocação universal do corporate governance*, Coimbra: Almedina, 2011, p. 116-117.

⁸ “Pluralidade” não para expressar a ideia de variedade, de diversidade ou de grande quantidade, mas tão-somente por contraposição à gerência constituída por um único gerente.

⁹ Se na disjunção cada um dos gerentes pode exercer os poderes atribuídos ao órgão e vincular a sociedade, já na conjunção é necessário que se verifique a atuação de mais do

As opções que se colocam ao legislador, neste domínio, não se reconduzem a um mero critério alternativo; o legislador há de optar pela forma mais consentânea com todo o sistema instituído para regular a vida das sociedades, tendo por base a especificidade do tipo societário em causa.

É possível apontar vantagens, quer a um, quer a outro modelo¹⁰, mas aquele que mais se identifica com a atuação unitária do órgão de administração da sociedade é o da conjunção. Coutinho de Abreu¹¹ afirma que “*o método de representação disjunta favorece a rapidez da vinculação societária e facilita a vida dos terceiros (basta-lhes averiguar se determinado sujeito é administrador da sociedade), [mas] os terceiros não ficam desonerados de comprovar a identidade e a qualidade de administrador do sujeito que se lhes apresente como tal*”;] “*por sua vez os métodos da conjunção promovem maior ponderação e controlo reciproco dos administradores: dois ou mais pensam e decidem (por norma) melhor do que um só...*”

Por via deste método, o exercício dos poderes de gerência, sempre que esta seja constituída por uma pluralidade de gerentes, há de ser definido pelo “conjunto” e não por qualquer um dos gerentes de forma isolada ou em conjunto com este ou aquele gerente¹².

Dir-se-á que a intervenção do “conjunto” garante, de forma mais efectiva, a salvaguarda da prossecução do interesse societário, enquanto “*relação entre a necessidade de todo o sócio enquanto tal na consecução de lucro e meio julgado apto a satisfazê-la*”¹³.

que um gerente. Note-se que, não obstante o nosso ponto de partida ser a contraposição entre disjunção e conjunção, não se olvida o método do exercício colegial ou deliberativo, ao qual se fará referência ao longo deste trabalho (*vide* Cunha, Paulo Olavo, *Deliberações sociais – Formação e impugnação*, Coimbra: Almedina, 2020, p.159 e ss e p. 303 e ss; Cunha, Paulo Olavo, *Direito das Sociedades Comerciais*, 7^a Edição, Coimbra: Almedina, 2019, p. 776)

¹⁰ Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, «Vinculação das Sociedades Comerciais», in *Separata – Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Vol. II, Coimbra: Almedina, 2008, p. 1217.

¹¹ Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, «Diálogos com a jurisprudência, IV – Vinculação de sociedades», in *Direito da Sociedades em Revista*, Vol. 12, Coimbra: Almedina, 2014, p. 102.

¹² Em Espanha, a *Ley de Sociedades de Capital* estabelece um modo específico de representação das sociedades de responsabilidade limitada; a representação destas faz-se nos termos estabelecidos no ato constituinte, mas sempre que a sociedade tenha mais de dois administradores tem de se verificar a intervenção de dois deles (art. 233, n.º 2, c)).

¹³ Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, «Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social», in *Reformas do Código das Sociedades*, Coimbra: Almedina 2007, p. 37. Note-se que, neste domínio, as conceções de interesse social são várias, sendo, na maior parte das situações, contrapostas as teorias contratualistas relativamente às teorias institucionalistas (José Marques Estaca defende um ressurgimento da conceção institucionalista, in *O Interesse da Sociedade nas Deliberações Sociais*, Coimbra: Almedina, 2003, p.

Não obstante as opções que se colocam ao legislador, a verdade é que a solução adotada é a da conjunção, embora com uma formulação *sui generis*. Pelo que, cabe ao intérprete “*na fixação do sentido e alcance da lei [...] presumir que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados*” (art. 9.º, n.º 3 do CC). Esta tarefa implica, por isso, que o intérprete não procure única e exclusivamente a letra da lei para determinar o seu sentido e alcance, mas, por outro lado, não chegue a resultados que o próprio legislador não pretendeu atingir com a criação da norma.

Desde logo, na fixação do sentido e alcance da(s) norma(s) reguladora(s) do funcionamento da gerência plural, deve o intérprete ter em conta o facto de a gerência exercer poderes de gestão interna e poderes de representação¹⁴. Dito de outro modo, o domínio do exercício dos poderes e os interesses a salvaguardar não são, necessariamente, coincidentes.

3. A especificidade das deliberações da gerência plural

No domínio da opção legislativa pela regra da conjunção, como forma de exercício dos poderes-deveres que compõem a gerência, o n.º 1 do art. 261.º consagra que, no exercício conjunto dos poderes de gerência, se consideram “válidas as deliberações que reúnam os votos da maioria”¹⁵.

A gerência é um órgão representativo (também designado executivo ou externo)¹⁶ e não um órgão deliberativo interno cujas decisões só produzem efeitos no interior da sociedade (assembleia geral). A gerência, agindo

119; no entanto, na tentativa de fundamentar a sua posição com base na autonomização da sociedade, parece esquecer a própria origem da sociedade enquanto meio para atingir um fim por parte de pessoas físicas, inerente ao surgimento de qualquer pessoa coletiva).

¹⁴ Adotamos a terminologia apresentada por Alexandre de Soveral Martins em anotação ao art. 408.º do CSC (*in* Abreu, Jorge Manuel Coutinho de (Coord.), *Código das Sociedades em Comentário*, Vol. IV, 2^a Edição, Coimbra: Almedina, 2017, p. 175-178).

¹⁵ Para efeitos do presente estudo, a referência a deliberação é usada como “vontade de um órgão plural de uma pessoa coletiva ou de um conjunto de pessoas singulares, que corresponde à proposta que obtiver a maioria dos votos, isto é, das declarações dos membros do órgão.” (Correia, Luís Brito, «Deliberações do Conselho de Administração de Sociedades Anónimas», *in Problemas de Direito das Sociedades*, Coimbra: Almedina, 2008, p. 402).

¹⁶ Maia, Pedro, «Tipos de sociedades comerciais», *in Estudos de Direito das Sociedades*, Coimbra: Almedina, 2013, p. 34.

como órgão representativo da sociedade e dentro do limite dos seus poderes, vincula a sociedade¹⁷.

Se, por um lado, há situações em que o que está em causa é a vontade funcional da sociedade (isto é, o ato interno das sociedades sem contacto com terceiros), por outro, esta deliberação pode preceder o ato de representação¹⁸.

A doutrina tem considerado que esta maioria se verifica pelo cômputo do conjunto de votos obtidos por referência à totalidade de gerentes da sociedade. Não obstante, a forma como o preceito se apresenta, em termos literais, possibilita que outra interpretação possa ser equacionada, nomeadamente a necessidade, apenas, de obtenção de uma maioria por referência aos gerentes que se encontram presentes na reunião.

A conformação desta maioria deve ter em linha de conta, por um lado, que a maioria que venha a ser admitida não se confunde com o interesse societário que a gerência deve prosseguir e, por outro lado, sempre ser de equacionar a existência de vários interesses sociais¹⁹. As situações de impasse geradas pelo alheamento, eventual, de algum ou alguns dos gerentes podem ser frequentes, quando se exija a intervenção de todos os gerentes para a formação da maioria.

Por seu turno, será o direito de participar em todas as tomadas de decisão, por parte de todos os gerentes, elemento a ter em conta para fundamentar a necessidade de uma maioria reportada à totalidade dos gerentes?

Embora com as reservas necessárias, que a prudência reclama, será de colocar como admissível que a maioria visada pelo legislador não foi aquela que tem por referente a totalidade dos sujeitos que integram a gerência. A especificidade da expressão do poder executivo, por via de deliberação tomada em reunião do órgão, deve ser levada em conta para a interpretação que se faça da maioria necessária para a tomada de deliberações. Não é verosímil que o legislador não tenha tido em conta o facto de o exercício dos poderes-deveres da gerência ser efetivado, quer por via de reunião do órgão, quer por via da emissão de declarações de vontade sucessivas, manifestadas pelos sujeitos que integram esse mesmo órgão.

Assim, o legislador, colocado perante a referida opção pela regra da disjunção ou pela regra da conjunção, terá pretendido uma solução que

¹⁷ Juglart, Michel de/Ippolito, Benjamin, *Traité de Droit Commercial*, Éditions Montchrestien, 1981, p. 503.

¹⁸ Vasconcelos, Pedro Pais de, «Vinculação de Sociedades Comerciais», in *Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra: Almedina, 2014, Vol. 12, p. 74.

¹⁹ Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, «Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social», in *Reformas do Código das Sociedades*, Coimbra: Almedina 2007, p. 36.

não fosse ao ponto de, por um lado, permitir que cada um dos gerentes, *de per si*, pudesse exercer os poderes atribuídos ao órgão ou, por outro lado, que todos os gerentes tivessem, sempre, de influenciar a determinação da vontade do órgão.

Assim, não será de excluir a possibilidade de o referencial rígido da totalidade do número de gerentes que compõem a gerência ser suscetível de conduzir a resultados não necessariamente condizentes com o interesse societário, assim como a determinados impasses que o contrariem e, sem descartar, à possibilidade de uma minoria poder obstar à prossecução do interesse societário.

A redação do n.º 1 do art. 261.º corresponde quase integralmente ao n.º 1 do art. 258.º do Projeto de Código das Sociedades²⁰, no seguimento do consagrado no art.º 87.º do Anteprojeto de Lei relativo à sociedade por quotas de responsabilidade limitada (2^a redação)²¹. Mas, note-se que a epígrafe do art. 261.º é “Funcionamento da gerência plural” e não “Pluralidade de gerentes”, como acontece no Anteprojeto e no Projeto. Relativamente ao Anteprojeto (2^a redação), escreveu-se em anotação que “quanto à administração, valerá também o princípio maioritário. É esta já hoje a solução adoptada no domínio das sociedades civis (art. 985.º, n.º 3, do Código Civil)”²². Pelo que, quer o Anteprojeto, quer o Projeto refletiam a “velha” configuração da sociedade civil, onde a norma concernente à Administração (art. 985.º do CC) se situava (e continua a situar-se) na “Secção II – Relações entre os Sócios” e sobre a qual se afirma que “as regras que nas pessoas colectivas se referem à competência e ao funcionamento dos conselhos de administração ou fiscal, ou da assembleia geral, são, assim, inaplicáveis às sociedades civis, a não ser que tenham sido criados pelo pacto social órgãos semelhantes, com esferas próprias de administração, caso em que pode justificar-se a aplicação analógica de

²⁰ “Quando haja vários gerentes e salvo cláusula do contrato de sociedade que disponha de modo diverso, os respectivos poderes são exercidos conjuntamente, considerando-se válidas as deliberações que reúnam os votos da maioria. Vinculam a sociedade os negócios jurídicos concluídos pela maioria dos gerentes ou por ela ratificados.” (vide, BMJ, n.º 327, p. 195).

²¹ Correia, A. Ferrer, et al., *Sociedade por quotas de responsabilidade limitada – Anteprojeto de Lei – 2^a Redacção –*, Coimbra: Centro Interdisciplinar de Estudos Jurídico-Económicos da Universidade de Coimbra, 1979, p. 98. A 2^a Redação revista deste Anteprojeto consagrou, sem quaisquer alterações, a mesma norma no art. 88.º (vide, ob. cit., p. 210-211).

²² Correia, A. Ferrer, et al., *Sociedade por quotas de responsabilidade limitada – Anteprojeto de Lei – 2^a Redacção –*, Coimbra: Centro Interdisciplinar de Estudos Jurídico-Económicos da Universidade de Coimbra, 1979, p. 99.

certas disposições (cfr. Art. 157.º)²³. *Prima facie*, “parecem mais fortes os argumentos a favor da tese negatória” da atribuição da personalidade jurídica às sociedades civis²⁴. Por outro lado, a não aplicação analógica referida parece resultar do facto de as sociedades civis não terem (exceto se foram criados no pacto social) órgãos de administração e de fiscalização²⁵.

“Órgão de administração e representação da sociedade é a gerência e não os seus membros”²⁶. Pelo que, o art. 261.º, n.º 1 regula o *funcionamento do órgão* de administração e representação da sociedade por quotas, “não obriga[ndo] a que a gerência plural atue de forma colegial”²⁷. Mas, se a gerência atuar de forma colegial, a letra da lei e a “presença” que os ordenamentos jurídicos alemão e francês²⁸ marcaram na elaboração do CSC permitem admitir, como maioria exigível, a maioria dos presentes na reunião convocada para o efeito.

A lei alemã²⁹ vigente à data da aprovação do CSC não estabelecia (como se escreveu de forma, diga-se, simplista³⁰), como regra supletiva, a gerência conjunta. A lei alemã estabelecia a regra da conjunção *integral*³¹ (§35, (2) do *GmbH*³²), ainda que se admitisse mais do que uma forma

²³ Lima, Fernando Andrade Pires de/Varela, João de Matos Antunes Varela, *Código Civil Anotado*, Vol. II, 3^a Edição, Coimbra: Coimbra Editora, 1986, p. 317-318.

²⁴ Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, 6^a Edição, Almedina, 2019, p. 171.

²⁵ No caso omisso não “procedem as razões justificativas da regulamentação do caso previsto na lei” (art.10.º, n.º 2 do CC).

²⁶ Martins, Alexandre de Soveral, «Art. 259.º», in Abreu, Jorge Manuel Coutinho de (Coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. IV, 2^a Edição, Almedina, 2017, p. 144. No mesmo sentido se expressa Ricardo Costa, na mesma obra, na página 79 e ss.

²⁷ Martins, Alexandre de Soveral, «Art. 261.º», in Abreu, Jorge Manuel Coutinho de (Coord.), *Código das Sociedades em Comentário*, Vol. IV, 2^a Edição, Almedina, 2017, p. 177.

²⁸ Ventura, Raúl, *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais – Sociedades por quotas –*, Vol. I, Coimbra: Almedina, 1987, p. 8-9, 25 e 49.

²⁹ *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – GmbH* – (Lei sobre as sociedades de responsabilidade limitada).

³⁰ Ventura, Raúl, *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais – Sociedades por quotas –*, Vol. III, Coimbra: Almedina, 1991, p. 184.

³¹ Bem distinta da regra da conjunção *maioritária* e da conjunção *minoritária* (vide, Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, 6^a Edição, Almedina, 2019, p. 553). Mas, note-se que esta distinção nem sempre apareceu nos manuais de Direito Comercial (vide, Correia, A. Ferrer, *Lições de Direito Comercial*, Lisboa: LEX, 1994, p. 392; o autor afirma: “Na actuação *conjuntiva* ou *conjunta*, é necessário o acordo de todos os administradores para a prática de qualquer ato. [...] Na actuação *colegial*, por último, o que vale é a vontade da maioria apurada em assembleia (em colégio)”).

³² Bartl, Harald/Henkes, Ulrich, *GmbH-Recht – Handbuch und Kommentar – Mit Gesetz Ober Kapitalerhöhung und Verschmelzung, Teilkomentierung zum Umwandlungsgesetz und*

de submissão das declarações dos administradores³³. Por seu turno, a lei francesa estabelecia a regra da disjunção no art. 49 da Lei 66-537, de 24 de julho de 1966³⁴. Pelo que, o legislador português desviou-se, claramente, das soluções apresentadas por estes dois ordenamentos jurídicos, no que concerne à norma supletiva aplicável.

Acresce que os “ventos” provenientes de Itália “empurram” para Portugal uma grande discussão sobre a necessidade de as decisões serem, ou não, tomadas colegialmente, face à redação do art. 2487, 2.º § do *Codice Civile*³⁵. E nem o facto de também aí se ter discutido a admissibilidade do método disjuntivo³⁶, poderá alterar o modo como era colocado o problema relativamente àquela primeira questão (saber se o órgão constituído por *mais de uma pessoa necessita* de funcionar colegialmente³⁷). E, independentemente de um Conselho poder, ou não, ser formado por duas pessoas³⁸, é certo que o órgão gerência (plural) se considera constituído com o mínimo de dois.

Pelo que, se o legislador português não consagrou, à imagem do legislador alemão, a regra supletiva da conjunção integral, deve o art. 261.º, n.º 1 ser interpretado no sentido de que essa é a regra que se aplica nas situações em que o órgão é composto, apenas, por duas pessoas, dado que uma só dessas pessoas jamais formará a pretendida maioria tendo por base o número total de gerentes?! Se houver reunião do órgão convocada para o efeito e, apenas, um dos seus membros marcar presença, a sua decisão deve ser considerada decisão do órgão, não devendo contabilizar-se

Lösungsgesetz und zu den §§ 142ff. FGG. Über 120 Muster für die tägliche Praxis des Notars, Rechtsanwalts, GmbH-Geschäftsführers und des Registergerichts –, 2ª Edição, Heidelberg: C.F. Juristischer Verlag, 1986, p. 287 e ss.

³³ Zöllner, Wolfgang, in Baumbach, Adolf/Hueck, Alfred, *GmbH-Gesetz: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung* (Beck'sche Kurz-Kommentare, Vol. 20), 14ª Edição (revista por Hueck, Götz e Schulze-Osterloh, Joachim), Munique: C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1985, p. 389-390. Mais recentemente, admitindo a possibilidade de emissão de declarações separadamente, *vide* Baukelmann, Peter, «§35», in Rowedder, Heinz/Schmidt-Leithoff, Christian, *GmbH Kommentar*, 6ª Edição, Munique: Verlag Franz Vahlen, 2017, Nr. 41-42; Beurskens, Michael, «§35», in Baumbach, Adolf/Hueck, Alfred, *GmbH Kommentar*, 22ª Edição, Munique: Verlag C.H. Beck, 2019, Nr. 36-42.

³⁴ Com a redação que lhe foi dada pelo art. 2.º da *Ordonnance* n.º 69-1176, de 20 de dezembro de 1969.

³⁵ Trabucchi, Alberto, et al., *Commentario breve al Codice Civile*, 3ª Edição, Padova: CEDAM, 1988, p. 1872.

³⁶ Ventura, Raúl, *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais – Sociedades por quotas* –, Vol. III, Coimbra: Almedina, 1991, p. 185.

³⁷ Trabucchi, Alberto, et al., *Commentario breve al Codice Civile*, ob. cit., p. 1872.

³⁸ Ventura, Raúl, *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais – Sociedades por quotas* –, Vol. III, Coimbra: Almedina, 1991, p. 191.

o(s) ausente(s). Se da decisão/deliberação resulta, ou não, a prática de “atos necessários ou convenientes para a realização do objeto social”, será uma questão a ter em conta para efeitos de (in)cumprimento dos respetivos deveres perante a sociedade³⁹.

No plano do direito comparado, a lei suíça consagra uma regra supletiva que atende, expressamente, à maioria de que vimos falando. O art. 809.º, n.º 4 do *Code des Obligations* estabelece que, na falta de preceito estatutário em contrário, “se a sociedade tem vários gerentes, estes tomam as suas decisões por maioria dos votos emitidos”. Tal como acontece com o CSC, cada gerente tem um voto, não se atribuindo qualquer relevância ao capital investido na sociedade⁴⁰. Assim, nos termos da lei suíça não há necessidade de qualquer quórum⁴¹, porquanto a maioria exigida é relativa⁴², “não se tendo em conta nem as abstenções, nem os ausentes”⁴³.

Voltando à lei portuguesa. Ainda que se considere que uma “conceção subjetivista-histórica da interpretação das leis” está “perimida desde há muito”⁴⁴, a verdade é que uma interpretação do art. 261.º, n.º 1 no sentido de exigir que a deliberação tenha de ser tomada pela maioria baseada na totalidade do número de gerentes conduzirá a resultados bizarros. Imaginemos uma sociedade por quotas com três sócios e com uma gerência composta por cinco membros (em conformidade com o n.º 1 do art. 252.º os três sócios e mais duas pessoas estranhas à sociedade). Sobre um determinado ato de administração dois sócios podem⁴⁵, nessa mesma qualidade, aprovar uma determinada deliberação que deve ser respeitada pela gerência, mas já não podem, *de per si*, aprovar a deliberação no órgão que, especificamente, existe para administrar a sociedade: a gerência! As

³⁹ Martins, Alexandre Soveral, «Art. 259.º» in Abreu, Jorge Manuel Coutinho de (Coord.), *Código das Sociedades em Comentário*, Vol. IV, 2^a Edição, Almedina, 2017, p. 144-145.

⁴⁰ Handschin, Lukas, *Swiss Company Law*, 2^a Edição, St. Gall: Dike, 2015, p. 153.

⁴¹ Buchwalder, Christophe, in Tercier, Pierre/Amstutz, Marc/Trindade, Rita Trigo, *Code des Obligations – Commentaire Romand* –, Vol. II, 2^a Edição, Basileia: Helbing Lichtenhahn, 2017, p.1773.

⁴² Gnos, Urs P./Vischer, Markus/Caleff, Daniela, *Swiss Law on Limited Liability Companies*, Basileia: Schultess, 2010, p. 57-58.

⁴³ Montavon, Pascal, *Abrége de Droit Commercial*, 5^a Edição, Lausanne: Editions Juridiques AMC, 2011, p. 710.

⁴⁴ Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, Vol. I, 12^a Edição, Coimbra: Almedina, 2018, p. 87-88.

⁴⁵ Exetuando-se as situações (hipotéticas e de difícil verificação) em que os sócios, ao deliberarem sobre um determinado ato necessário e conveniente para a prossecução do objeto social, estão a “esvaziar a esfera de atuação da gerência” (vide Martins, Alexandre de Soveral, «Art. 259.º», in Abreu, Jorge Manuel Coutinho de (Coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. IV, 2^a Edição, Coimbra: Almedina, 2017, p. 146).

mesmas pessoas (os dois sócios com a qualidade de gerentes), em órgãos diferentes, emitindo as mesmas declarações de vontade, obtêm um resultado absolutamente diverso. Esta situação parece fazer surgir, de forma algo inusitada, um interesse orgânico ao lado do interesse social.

Ademais, no domínio das sociedades anónimas, apesar de ser possível a existência de um administrador único (art. 390.º, n.º 2), sempre que haja Conselho de Administração, este pode deliberar desde que esteja presente ou representada a maioria dos seus membros e se obtenha a maioria dos votos dos administradores presentes (art. 410.º, n.ºs 4 e 7).

Ora, se neste tipo societário a dispersão do capital implica que o órgão de administração seja o principal órgão de desenvolvimento da atividade da sociedade e, concomitantemente, o nível de controlo das suas decisões deva ser maior, será de compreender que o legislador tenha estabelecido regras mais exigentes num tipo societário onde os sócios têm, por via de regra, uma maior proximidade e envolvimento no desenvolvimento da atividade societária?

*“O legislador foi sensível à consideração de que, diversamente do que acontece nas anónimas, os sócios das sociedades por quotas estão frequentemente a par dos problemas da empresa, mesmo quando não são eles os seus dirigentes, e podem, por isso, querer influenciar a sua gestão”*⁴⁶. A proximidade dos sócios relativamente aos atos de administração, nas sociedades por quotas, deve implicar uma maior autonomia por parte da gerência, assim como uma maior flexibilidade na tomada de decisões. A esta maior flexibilidade na tomada de decisões, o legislador fez corresponder uma maior intervenção por parte dos sócios, a que não é alheio o facto de, ao contrário do que se verifica a respeito das sociedades anónimas, nas sociedades por quotas nada se consagrar quanto à necessidade de pedido por parte da gerência para que os sócios deliberem⁴⁷.

Destarte, ainda que se considere não ser possível interpretar o n.º 1 do art. 261.º no mesmo sentido que vem estabelecido pelo legislador suíço (deliberação tomada por maioria dos votos emitidos, não se contando as abstenções, nem os ausentes), deve considerar-se válida a deliberação que reúna os votos da maioria dos gerentes presentes⁴⁸, sendo “uma proposta [...] aprovada quando o número de votos a favor supera o número de

⁴⁶ Martins, Alexandre de Soveral, citando António Caeiro, «Art. 259.º» in Abreu, Jorge Manuel Coutinho de (Coord.), *Código das Sociedades em Comentário*, Vol. IV, 2^a Edição, Coimbra: Almedina, 2017, p. 146-147.

⁴⁷ Veja-se, a este respeito, o teor do art. 373.º, n.º 3 CSC: *“Sobre matérias de gestão da sociedade, os accionistas só podem deliberar a pedido do órgão de administração.”*

⁴⁸ Porquanto a relação de gerência tem carácter *intuitus personae*, nos termos do n.º 5 do art.º 252.º do CSC (vide, Cunha, Carolina, «Art. 252.º», in Abreu, Jorge Manuel Coutinho

votos contra e de abstenção (e ainda, em caso de votação secreta, de votos nulos e em branco)⁴⁹.

4. A assunção, por força da lei, dos poderes de gerência por parte de todos os sócios

Segundo o art. 253.º, n.º 1, *“se faltarem definitivamente todos os gerentes, todos os sócios assumem por força da lei os poderes de gerência, até que sejam designados os gerentes.”*⁵⁰ A lei nada refere, nesta situação, sobre qual é a forma de deliberação, atendendo à existência de vários sócios no exercício dos referidos poderes.

Nesta situação, deverão os sócios decidir, por imposição legal, os assuntos que caberiam à gerência de direito (como se estivéssemos perante uma gerência plural) ou os sócios continuam a deliberar nesta qualidade⁵¹ quanto ao exercício dos poderes que, por via de regra, cabem a outro órgão?

Se os sócios deliberaram enquanto tal, a maioria legalmente exigida queda-se pela *“maioria dos votos emitidos, não se considerando como tal as abstenções”* (art. 250.º, n.º 3). Pelo que, não se vislumbrando razões para crer que os sócios sejam mais capazes no exercício dos poderes de gerência do que os gerentes por si nomeados, poderá ser de difícil compreensão que o legislador tenha pretendido impor uma maior exigência quando está em causa uma situação enquadrável no art. 261.º, n.º 1 e uma menor exigência quando os mesmos poderes sejam exercidos nos termos do art. 253.º. Mas, dir-se-á que o busílis da questão reside em saber se o sócio exerce ou não funções administrativas; *“se o faz o sócio adquire a qualidade de administrador de facto reconhecido por lei; se não o faz, fica tão-só com a*

de (Coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. IV, 2^a Edição, Coimbra: Almedina, 2017, p.86-87).

⁴⁹ Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, «Art. 410.º», in *Código das Sociedades em Comentário*, Vol. VI, 2^a Edição, Coimbra: Almedina, 2019, p. 519.

⁵⁰ À data da aprovação do CSC, o ordenamento jurídico italiano estabelecia que, na falta dos administradores, “deve[ria] ser convocada de urgência o *collegio sindacale*, o qual pode[ria] realizar nesse entretanto os atos de administração ordinária” (art.º 2386, §4, aplicável *ex vi* o disposto no art.º 2487º, § 2º do *Codice Civile*)

⁵¹ Situação que poderá tornar “praticamente impossível assegurar a gestão permanente dos negócios sociais, dado que a assembleia geral, quer pela sua estrutura e modo de funcionamento, quer pelo carácter necessariamente intermitente da sua actuação, é um órgão de todo inadequado para o desempenho de tarefas administrativas.” (Correia, A. Ferrer, *Lições de Direito Comercial*, Lisboa: LEX, 1994, p. 390).

qualidade de sócio que, potencialmente, poderia ter sido gerente (ainda que não de direito)”⁵².

Se os sócios assumissem o exercício dos poderes como se estivéssemos perante uma gerência de direito⁵³, estaríamos (se se sufragar a posição de que o referente é a totalidade dos membros que compõem a gerência) perante a necessidade de obtenção de uma maioria mais alargada para deliberar sobre assuntos de administração da sociedade e perante uma maioria menos exigente quando as mesmas pessoas deliberassem, em assembleia, sobre um dos assuntos que a lei reservou para este órgão, nos termos do art. 246.º. Resultado a que se chegará, também, se se sufragar que não se está perante uma gerência de direito, mas sim perante uma situação em que todos os sócios têm “*exactamente a mesma posição* que os anteriores gerentes”⁵⁴, porquanto poder-se-ão considerar aplicáveis as regras de funcionamento da gerência estabelecidas no ato constituinte ou, “se não for possível a sua observância ou elas não existirem, aplica-se o disposto supletivamente no art. 261.º, n.º 1”⁵⁵.

Sendo verdade que os sócios não podem exercer os poderes que estão cometidos ao órgão de administração, a verdade é que numa situação deste tipo não há, verdadeiramente, órgão de administração dissociado da Assembleia Geral, pelo que pouco (ou nada) haverá a tutelar quanto à separação de poderes entre estes dois órgãos.

Os sócios, reunidos em Assembleia Geral, devem poder deliberar sobre todos os aspetos que digam respeito à sociedade, sem necessidade de se estar a verificar se é, ou não, um assunto confiado ao órgão de administração; razões de celeridade e economia procedural poderão justificar esta admissibilidade, sendo os sócios dispensados de fazer uma clara distinção entre dois momentos de atuação: enquanto sócios e enquanto sócios no exercício dos poderes de gerência.

⁵² Costa, Ricardo, *Os administradores de facto das sociedades comerciais*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 477 e ss., Costa, Ricardo, «Art. 253.º», in Abreu, Jorge Manuel Coutinho de (Coord.), *Código das Sociedades em Comentário*, Vol. IV, 2^a Edição, Coimbra: Almedina, 2017 p. 93 (O autor defende que “a lei não confere por esta via ao sócio ou aos sócios a qualidade de gerentes de direito”).

⁵³ Quanto aos “típicos meios de designação previstos na lei que confere a *qualidade jurídico-formal* ao título”, *vide* Costa, Ricardo, *ult. ob. cit.*, p. 93.

⁵⁴ Costa, Ricardo, *Os administradores de facto das sociedades comerciais*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 485.

⁵⁵ Costa, Ricardo, *Os administradores de facto das sociedades comerciais*, *idem*. “Nesta situação que o preceito origina, deverão aplicar-se as regras relativas à gerência plural, previstas no 261.º” (*vide* Duarte, Diogo Pereira, in Cordeiro, António Menezes (Coord.), *Código das Sociedades Comerciais anotado e regime jurídico dos procedimentos administrativos de dissolução e de liquidação de entidades comerciais (DLA)*, 3^a Edição, Coimbra: Almedina, 2020, p. 897).

Os sócios detêm o monopólio⁵⁶ da condução dos assuntos societários e, na prática, não deixarão de atuar como se fossem os únicos atores de uma cena que se há de esgotar em si mesma, sem a necessidade de intervenção com outro papel.

Os sócios podem, em geral, deliberar sobre os atos que competem à gerência, desde que não esvaziem a esfera de atuação desta⁵⁷. Mas, pode perguntar-se, qual a esfera de atuação de uma gerência que não se encontra, nos termos do art. 253.º, separada dos sócios?

Neste domínio não há esfera de atuação que tenha de ser respeitada; a atuação dos sócios não pode constituir uma intromissão na competência de um órgão que não existe enquanto tal.

Nesta situação, não terá o legislador pretendido agrupar os poderes nos únicos sujeitos que se encontram na sociedade e não será de se considerar, por via da previsão do art. 253.º, que nada há para separar, no que concerne à esfera de atuação dos sócios relativamente à gerência?

Prima facie, acaso se considerasse que se está perante uma gerência de facto⁵⁸, seria bizarro considerar que a sociedade tivesse de aceitar ou conformar-se com a atuação dos sócios, porquanto estes poderiam ter de ser chamados a intervir para determinar a posição da sociedade⁵⁹ sobre a sua própria atuação. Aliás, seria ainda mais bizarro se a maioria exigida para a deliberação sobre assunto respeitante à administração da sociedade estivesse sujeita a uma maioria por referência à totalidade dos sócios (no exercício de poderes de gerência por via do art. 253.º) e, posteriormente, surgisse uma maioria mais reduzida de sócios a determinar a posição da

⁵⁶ Manuel Carneiro da Frada, a respeito das sociedades em nome coletivo, fala em monopólio orgânico dos sócios: há uma coincidência subjetiva entre a gerência da sociedade e a assembleia geral (Frada, Manuel Carneiro da, in Cordeiro, António Menezes (Coord.), *Código das Sociedades Comerciais anotado e regime jurídico dos procedimentos administrativos de dissolução e de liquidação de entidades comerciais (DLA)*, 3^a Edição, Coimbra: Almedina, 2020, p. 718.). Note-se que não defendemos uma aplicação das normas reguladoras das sociedades em nome coletivo no âmbito das sociedades por quotas, mas a referida coincidência também existe nas situações reguladas pelo art. 253.º do CSC.

⁵⁷ Martins, Alexandre de Soveral, «Art. 259.º», in Abreu, Jorge Manuel Coutinho de (Coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. IV, 2^a Edição, Coimbra: Almedina, 2017, p. 146.

⁵⁸ A atribuição desta qualidade não «casa bem» com a referência a “por força de lei” ou *ope legis*.

⁵⁹ Martins, Alexandre de Soveral, *Administração de sociedades anónimas e responsabilidade dos administradores*, Coimbra: Almedina, 2020, p. 196-197. Esta referência feita pelo autor constitui um sinal claro de que a qualificação dos sócios como gerentes de facto é duvidosa (na situação que descrevemos).

sociedade sobre a atuação de uma maioria mais ampla (por via da aplicação do art. 250.º, n.º 3).

Na nossa perspetiva a norma ínsita no art. 253.º não espelha uma preocupação específica pela identificação de sujeitos que possam ser qualificados como gerentes de facto⁶⁰, porquanto a norma tem efeitos diretos e imediatos na esfera jurídica dos sócios, que passam, a partir de um momento legalmente previsto (em que faltam definitivamente todos os gerentes)⁶¹, a *assumir os poderes* que, até então, pertenciam à gerência. A partir desse momento, os sócios estão adstritos ao cumprimento de deveres de natureza diferente daqueles que lhes são exigidos cumprir enquanto sócios, independentemente do *"desempenho efectivo das funções e poderes que caracterizam o estatuto de administrador social"*⁶².

Se este puder ser o caminho interpretativo (não expressamente afastado pelo legislador), então, o afastamento de uma maioria por referência a todos os sócios (incumbidos, por força de lei, do exercício dos poderes de gerência) estará em perfeita harmonia com as exigências de maioria no seio da Assembleia Geral.

Acresce o facto de, neste tipo de sociedade, os sócios serem chamados a intervir para autorizar a celebração de negócios com qualquer um dos gerentes, sempre que se considere que não é possível a aplicação analógica do art. 397.º, n.º 2 às sociedades por quotas⁶³. Ora, neste caso, o órgão

⁶⁰ Citando, em parte, Raúl Ventura, *vide* Costa, Ricardo, «Art. 253.º», in Abreu, Jorge Manuel Coutinho de (Coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. IV, 2^a Edição, Coimbra: Almedina, 2017, p. 94. Conforme se desenvolverá ainda neste ponto do nosso trabalho, uma preocupação específica com a qualificação do sócio, como administrador de facto, pode conduzir a resultados não tidos em vista pelo art. 253.º CSC.

⁶¹ Este ponto mereceria um maior desenvolvimento, mas a provável extensão da reflexão sobre o mesmo resultaria em uma dispersão que se entende dever ser evitada no presente trabalho (ficará, por isso, para uma outra oportunidade).

⁶² Em sentido divergente, *vide* Costa, Ricardo, *Os administradores de facto das sociedades comerciais*, Coimbra: Almedina, 2014 (reimp. 2016), p. 646. Aparentemente, o nada fazer pode ser passível de responsabilidade nas duas situações (na situação em que há gerência de direito e naquela em que os sócios têm, por força lei, de *assumir os poderes* da gerência no interesse da sociedade). Ricardo Costa faz, expressa, referência à omissão (*vide*, Costa, Ricardo, «Art. 64.º», in Abreu, Jorge Manuel Coutinho de (Coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. I, 2^a Edição, Coimbra: Almedina, 2017, p. 779) e, *prima facie*, o não fazer pode integrar a previsão da norma do art. 72.º (*vide*, Abreu, Jorge Manuel Coutinho de/Ramos, Maria Elisabete, «Art. 72.º», in Abreu, Jorge Manuel Coutinho de (Coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. I, 2^a Edição, Coimbra: Almedina, 2017, p. 903).

⁶³ Domingues, Paulo de Tarso, «A vinculação das sociedades por quotas no Código das Sociedades Comerciais», in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 303. O autor defende que, não parecendo possível o recurso à

deliberativo pronuncia-se sobre uma matéria que caberia à gerência e há de deliberar por maioria dos votos emitidos (art. 250.º, n.º 3).

Admitindo que estes argumentos possam não ser decisivos, sempre lhes pode ser reconhecida a valia de trazer à colação outra questão, que pode sustentar a posição de que a maioria exigida para a deliberação da gerência deverá ser encontrada por referência aos membros presentes na reunião.

No centro da opção do legislador pela regra da conjunção está a necessidade de impedir que a formação da vontade do órgão (da sociedade) se possa verificar pela intervenção de um único sujeito, que tem um interesse individual que não se confunde, necessariamente, com o interesse (coletivo) dos membros da gerência e que terá de se reconduzir a uma gestão criteriosa e ordenada, tendente à prossecução do interesse coletivo dos sócios. Mas, por outro lado, no «jogo das opções» por um dos métodos possíveis para o exercício dos poderes-deveres de gerência, o legislador não terá deixado de levar em linha de conta que a vontade formada no seio de uma reunião é (como advém da própria natureza da situação) uma vontade mais esclarecida.

Por outro lado, no que concerne aos poderes de representação da sociedade, considerando-se que os sócios assumem os *poderes de gerência*, mas não a posição anteriormente ocupada pelos gerentes que faltaram definitivamente⁶⁴, também não parece existir uma utilidade especial em qualificar os sócios como administradores de facto⁶⁵, na interpretação da norma jus-societária. Aparentemente, no que concerne ao art.º 253.º, isso conduzirá a que se possa admitir uma representação (ativa) disjuntiva⁶⁶.

Consideramos que assim não deverá ser. O art.º 253.º impõe que “todos os sócios assum[am] por força de lei os poderes da gerência” e esta

aplicação analógica do art. 397.º, n.º 2 CSC, deve aplicar-se o regime geral previsto no art. 261.º, n.º 1 C.C. e, consequentemente, ser chamado o órgão deliberativo a expressar-se, por forma a determinar o consentimento da representada: a sociedade.

⁶⁴ Como se deixou dito *supra*, na nossa opinião, a norma não se preocupa com a atribuição de qualquer outra qualidade aos sócios, apenas visa atingir um determinado fim: que a sociedade possa *funcionar*.

⁶⁵ A respeito do art. 409.º, n.º 1 do CSC, Alexandre de Soveral Martins considera que “[q]uem invoca essa qualidade sem a ter quando atua em nome da sociedade não vincula, em regra, esta última, e atua como representante sem poderes” (*vide, Administração de sociedades anónimas e responsabilidade dos administradores*, Coimbra: Almedina, 2020, p. 202). No caso de atuação nos termos do art.º 253º do CSC não bastará, para que a sociedade não fique vinculada, que essa atuação esteja desprovida de qualquer menção à falta definitiva de todos os gerentes? Propendemos para uma resposta afirmativa.

⁶⁶ Costa, Ricardo, *Os administradores de facto das sociedades comerciais*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 944 (n. 2152).

norma surge, segundo Raúl Ventura, após um período em que “[n]a prática portuguesa escogitaram-se [e] aplicaram-se vários meios para obviar às dificuldades ocasionadas pela falta de gerentes [...] e em que n]o domínio da LSQ, um acórdão do STJ, de 26 de Janeiro de 1940, [...] decidiu que, no impedimento de todos os gerentes nomeados, a representação da sociedade cabe a todos *e a cada um dos sócios*”⁶⁷. Terá prevalecido, na solução apresentada pelo CSC, a posição de Raúl Ventura que já vinha defendendo que, no domínio das sociedades por quotas, a lei não conferia a cada sócio o direito de administrar a sociedade⁶⁸.

Os sócios assumem os poderes da gerência *e*, por isso, ao exercício dos poderes de representação aplica-se, sem dúvida, o disposto no art. 261.^º CSC⁶⁹.

5. A reunião dos gerentes como fundamento para uma perspetiva diferente de maioria

⁶⁷ Ventura, Raúl, *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais – Sociedades por quotas*, Vol. III, Coimbra: Almedina, 1991 (reimp. 1996), p. 46. *Itálico nosso*.

⁶⁸ Ventura, Raúl, *ult. ob. cit.* (na mesma página); Ventura, Raúl, «Funcionamento da gerência das sociedades por quotas», *O Direito*, Ano 100.^º, 1968, p. 150 e ss.

⁶⁹ Costa, Ricardo, *Os administradores de facto das sociedades comerciais*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 485. O autor considera que “[n]o que tange às funções representativas (de uma gerência plural), aplicam-se naturalmente as regras que constam do pacto; se não for possível a sua observância ou elas não existirem, aplica-se o disposto supletivamente no art. 261.^º, n.º1”. No sentido da aplicação das regras contratuais *vide*, também, Ventura, Raúl, *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais – Sociedades por quotas*, Vol. III, Coimbra: Almedina, 1991 (reimp. 1996), p. 47-48. Manifestamos, à partida, reservas quanto à aplicação das regras que constam do ato constituinte quando este permita que um número inferior à maioria dos gerentes possa vincular a sociedade. A gerência pode ser constituída por pessoas com especiais conhecimentos sobre a(s) atividade(s) desenvolvida(s) pela sociedade e ter sido esse o fundamento para a existência de uma tal cláusula. Se os sócios não possuírem esses conhecimentos, a aplicação das regras que constam do ato constituinte pode não acautelar, devidamente, o interesse social.

“Sobre a oponibilidade a terceiros das cláusulas do contrato de sociedade que disponham de modo diverso”, *vide* Martins, Soveral Alexandre, «Art. 261.^º» in Abreu, Jorge Manuel Coutinho de (Coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. IV, 2^a Edição, Almedina, 2017, p. 181 e ss.). Ora, também quando “a cláusula do contrato de sociedade exige que a sociedade seja representada por um número superior à maioria” (p. 182), a sua aplicação às situações abrangidas pelo art. 253.^º pode revelar algumas dificuldades, essencialmente em sociedades com vários sócios. Aparentemente, além de ter de “*verificar quantos gerentes têm que intervir e saber contar*” (p. 185), o terceiro terá de saber o que é uma «regra de três simples», saber como a aplicar e saber as regras de «arredondamento».

A redação do n.º 1 do art. 261.º tem elementos suscetíveis de nos fazer formular algumas interrogações no que concerne à concretização do pensamento do legislador.

A possibilidade de a gerência deliberar em reunião convocada para o efeito reflete em si mesma uma maior ponderação e reflexão sobre o interesse social. Desde logo, pode considerar-se que a deliberação tem que ver, maioritariamente, com aspetos internos da sociedade e que a conclusão dos negócios tem que ver com aspetos de representação externa da sociedade⁷⁰.

Esta perspetiva, em si mesma, é suscetível de ser objeto de críticas pela fragilidade do argumento e poder, até, contrapor-se que estranho seria o legislador propor uma obtenção de maioria diferente consoante estivéssemos perante uma e outra situação⁷¹.

No entanto, se atendermos à forma como a conclusão de um negócio⁷², que vincule a sociedade, se pode operar e a forma como a obtenção de uma determinada deliberação convoca o “encontro” entre os membros da gerência, não podemos deixar de retirar desse facto consequências. Se a gerência delibera, tendo para esse efeito debatido a adoção, ou não, de determinado comportamento ou ato, então, neste caso foi possível obter o cabal esclarecimento de todos os sujeitos que a integram, sendo, por isso, de admitir que possam deliberar por maioria dos presentes. Aqui, os gerentes, que formam esta maioria, assumem como boa uma posição, ainda que informados e esclarecidos por parte dos demais gerentes presentes na reunião. Se a gerência, enquanto conjunto de pessoas, expressa uma determinada vontade⁷³, sem debate ou reflexão prévios, então a situação é análoga àquela da conclusão de negócios, pelo que deve considerar-se

⁷⁰ Domingues, Paulo de Tarso, «A vinculação das sociedades por quotas no Código das Sociedades Comerciais», in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p.299. Embora se possa concordar, no essencial, com esta posição, não é de desconsiderar a possibilidade de um determinado ato poder ser exteriorizado num momento distinto da deliberação (nada impede que a representação seja precedida de deliberação).

⁷¹ Embora com contornos diferentes, ao abrigo da Lei das sociedades por quotas de 11 de Abril de 1901 (art.º 30º) estabelecia-se, também, a regra supletiva de que o exercício dos poderes de gerência era independente, bastando a assinatura de um deles para obrigar a sociedade; para o caso das sociedades por quotas com denominação, estas só se obrigavam pela assinatura da maioria (Prazeres, Manuel Augusto Gama, *Das Sociedades por quotas e anónimas*, Porto: Livraria Athena, 1971, p. 73).

⁷² Vejam-se todos os desenvolvimentos em: Pinto, Paulo Mota, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Coimbra: Almedina, 1995.

⁷³ Correia, Luís Brito, «Deliberações do Conselho de Administração das sociedades anónimas», in AAVV, *Problemas do Direito das Sociedades*, Coimbra: Almedina, 2008, p. 408.

que a vontade manifestada não beneficiou da possibilidade de esclarecimento resultante do “encontro” dos membros da gerência, ficando, por isso, sujeita à mesma maioria.

Ora, este “encontro” por parte dos gerentes não pode ser visto apenas como presença física, mas, também, como um momento propício para a adoção de atos mais esclarecidos, que a conclusão de negócios, por si só, pode não permitir. Para que um determinado negócio vincule a sociedade basta que seja concluído pela maioria dos gerentes, ainda que estes não tenham trocado quaisquer ideias ou informações sobre o mesmo, posto que a manifestação de vontade por parte de cada um pode operar-se de forma sucessiva e não de forma simultânea. Neste caso, não há um momento para concertação de estratégias e discussão; a vontade do órgão da sociedade há de formar-se e manifestar-se pelo mero somatório de manifestações de vontade dos gerentes.

As virtudes que se reconhecem à colegialidade⁷⁴ servem, neste domínio, como fundamentos para uma diferença de tratamento de duas situações verificáveis no seio do órgão executivo, ou seja, conforme os sujeitos que o compõem atuem em reunião convocada para o efeito ou sucessivamente⁷⁵.

Aliás, a mera conclusão de negócios é um ato que se esgota em si mesmo e não abarca, necessariamente, fases importantes da celebração de negócios, como a fase pré-contratual (onde se insere todo um conjunto de negociações tendentes à conformação do negócio).

Ora, será de conceber que o legislador não teve no seu pensamento esta diferente conformação das duas situações? Se não houvesse tido em linha de conta esta diferença, bem teria andado se adotasse uma redação diferente para este dispositivo legal, nomeadamente, deixando de parte a referência à conclusão de negócios e optando pela referência a “celebração” ou “formação” de negócios. Estes termos atendem a um processo integrado por um conjunto de atos que, devidamente concatenados, conduzem a um determinado resultado: a conclusão do contrato.

⁷⁴ No âmbito da colegialidade é apontada a função ponderadora como uma vantagem, dado que aquela potencia e promove a contraposição de ideias e a reflexão (Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, *Governação de Sociedades*, Coimbra: Almedina, 2010, p. 110). Para uma posição acentuada sobre a distinção entre a colegialidade e a pluripessoalidade, *vide* Gonçalves, Diogo Costa, *ob. cit.*, p. 116-117.

⁷⁵ No exercício dos poderes de representação, essa atuação sucessiva é amplamente admitida pela doutrina (*vide*, por todos, Martins, Alexandre de Soveral, «Art. 261.º» in Abreu, Jorge Manuel Coutinho de (Coord.), *Código das Sociedades em Comentário*, Vol. IV, 2^a Edição, Almedina, 2017, p. 178).

Acresce que, conforme suprareferido, no domínio do Conselho de Administração das sociedades anónimas, este pode deliberar desde que esteja presente a maioria dos seus membros (quórum constitutivo), considerando-se as deliberações aprovadas desde que reúnam a maioria dos membros presentes (art. 410.º, n.º 4 e n.º 7).

A aplicação analógica de vários preceitos legais, previstos para as sociedades anónimas, às sociedades por quotas é frequente, quer pela doutrina, quer pela jurisprudência. Pelo que, sendo possível verificar que o legislador admite, por um lado, uma gerência singular e, por outro, a designação de administrador único, assim como a designação de gerência plural e de um Conselho de Administração, não podemos deixar de atentar no regime aplicável a este.

Ora, sendo possível, no âmbito do Conselho de Administração das sociedades anónimas, que os administradores deliberem por maioria dos presentes, com base em um argumento *a fortiori* esta maioria deve ser admitida para as deliberações da gerência nas sociedades por quotas. Conforme se referiu *supra*, neste tipo societário os gerentes não exercem poderes muito diferentes dos que os que estão cometidos aos administradores das sociedades anónimas, nem se vislumbra que o interesse social numa e noutra situação não seja o mesmo.

Por outro lado, no que se refere ao órgão deliberativo das sociedades por quotas é apenas exigida a maioria dos votos emitidos para que a deliberação seja considerada aprovada. Embora com diferente natureza e competência, à gerência podem ser aplicadas, por recurso à analogia, as normas regulamentadoras da tomada de deliberações por parte dos sócios⁷⁶.

Aliás, é habitual afirmar-se que uma gestão sem risco não é desejada no comércio, sendo essa gestão sem risco uma gestão mal feita das respetivas sociedades⁷⁷. Assim sendo, não ficam, também, os sócios sujeitos ao risco da nomeação que fazem dos gerentes⁷⁸?

⁷⁶ Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, *Governação das Sociedades*, Coimbra: Almedina, 2010, p. 111. O autor admite a tomada de determinada decisão por parte do Conselho de Administração, sem necessidade de reunião deste órgão, tendo em conta que nada obsta à aplicação analógica do art. 54.º, n.º 1 CSC, ou seja, nada obsta a que “as deliberações unâmines por escrito do Conselho de Administração” sejam admitidas posto que as “razões justificativas da admissibilidade daquelas deliberações [dos sócios] procedem no caso omissio”.

⁷⁷ Vasconcelos, Pedro Pais de, «*Business judgment rule*, deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa e o artigo 64º do Código das Sociedades Comerciais», in *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 1, Vol. 2, Coimbra: Almedina, 2009, p. 61.

⁷⁸ Vasconcelos, Pedro Pais de, «Vinculação das sociedades comerciais», in *Direito das Sociedades em Revista*, Vol. 12, Almedina, 2014, p. 88. Neste estudo, o autor afirma,

Por fim, uma outra questão pode ser convocada para uma perspetiva diferente de maioria quando haja reunião dos gerentes. No domínio do exercício dos poderes de representação por parte da gerência coloca-se a questão de saber se a ratificação é feita pela sociedade ou pela maioria dos gerentes. Esta questão encontra-se devidamente explorada pela doutrina, parecendo unânime que a ratificação deve ser feita pela maioria dos gerentes. Não obstante, é, ainda, levantada a questão de saber se no ato de ratificação têm de intervir a maioria dos gerentes ou se basta apenas que, ao número de intervenientes na conclusão do ato, se junte(m) gerente(s) suficiente(s) para “completar” a maioria estabelecida na lei. Neste último caso, não há uma posição unânime. Se, por um lado, há quem defende que na ratificação tem de intervir a maioria dos gerentes⁷⁹, por outro, há quem defende⁸⁰ (e na nossa modesta opinião bem) que a lei se basta pela intervenção do(s) gerente(s) que, não tendo concluído o ato, possa(m) conduzir à maioria dos gerentes da sociedade exigida na parte final do n.º 1 do art. 261.º, ou seja, independentemente do momento em que possam sufragar o ato e, consequentemente, vincular a sociedade. Nomeadamente porque admitindo-se (quer para a conclusão quer para ratificação do negócio) que as declarações possam não ser simultâneas⁸¹ e possam ser tácitas (nos termos do art. 217.º, n.º 1, *in fine* do CC, a declaração “deduz[-se] de factos que, com toda a probabilidade, a revelam”), poderá, à primeira vista, ser difícil definir quando é que uma determinada declaração de um dos administradores deixa de ser declaração para conclusão do negócio e passa a ser declaração para ratificação, em especial nos negócios consensuais.

categoricamente, que “é a sociedade que elege os seus próprios gestores e que tem de arcar com o risco do seu comportamento na gestão.”

⁷⁹ Domingues, Paulo de Tarso, «A vinculação das sociedades por quotas no Código das Sociedades Comerciais», in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Coimbra: Coimbra Editora, 2004, p. 300. Martins, Soveral Alexandre, «Art. 261.º», in Abreu, Jorge Manuel Coutinho de (Coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. IV, 2^a Edição, Almedina, 2017, p. 188; O autor já, anteriormente, havia defendido isso mesmo no âmbito da sua obra relativa às sociedades anónimas (*Os Poderes de Representação Dos Administradores de Sociedades Anónimas*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 126).

⁸⁰ Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, *Curso de Direito Comercial*, Vol. II, 6^a Edição, Coimbra: Almedina, 2019, p. 564-565. Ventura, Raúl, *Sociedade por quotas*, Vol. III, 3^a Reimpressão da 1^a Edição de 1991, Coimbra: Almedina, 2006, p. 191. Esteves, Tiago Miguel dos Santos, «Vinculação das sociedades anónimas e por quotas: notas sobre o seu regime», *Revista de Direito das Sociedades*, Ano II (2010),1/2, p. 396-397.

⁸¹ Vide, por todos, Martins, Soveral Alexandre, *Os Poderes de Representação Dos Administradores de Sociedades Anónimas*, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 119 e 125.

Seja como for, a conclusão de negócios e a sua ratificação refletem atos de representação e podendo as declarações dos administradores ser sucessivas, a maioria deve ter por referência a totalidade dos gerentes. No exercício dos poderes de representação há que levar em linha de conta a proteção de terceiros e do tráfego jurídico⁸², enquanto nas deliberações o que está em causa é o poder de gestão interna. Pois bem, esta diferente repercussão do exercício dos poderes de representação e dos poderes de gestão interna deve ter-se como outra razão para se considerar que a maioria tida em vista quando há reunião e deliberação da gerência será a que tem como referência a maioria dos presentes.

6. Os atos urgentes/oportunidades de negócio e a delegação de poderes

Questão relacionada com a necessidade de uma interpretação da maioria exigida para as deliberações da gerência, em articulação com os fundamentos supra aduzidos, é a de saber se a regra da conjunção pode ser afastada em situações em que o interesse social impõe a adoção de medidas urgentes ou a celebração de negócios que constituam uma oportunidade momentânea para a sociedade.

Neste domínio, deverá a delegação de competência para a celebração de determinado negócio, ou espécie de negócio, ser considerada um instrumento útil, mas não suficiente. Para o efeito, bastará que a circunstância em que surja a oportunidade de negócio não permita antever a necessidade de delegação de competência, nem possam os gerentes delegar essa mesma competência em tempo útil.

Assim, em situações de impossibilidade de obter a manifestação de vontade por parte de cada um dos gerentes para formação da maioria necessária para vincular uma sociedade, na qual os poderes executivos estão cometidos a uma gerência plural, deve, legitimamente, questionar-se se o interesse social deve ser protegido de qualquer dano irreparável.

Consideramos que, em situações destas, deve prevalecer o interesse social⁸³. No entanto, mais do que aferir se é possível a intervenção de

⁸² Já assim decorria da Primeira Diretiva do Conselho, de 9 de março de 1968 (Diretiva 68/151/CEE). Vide, Albuquerque, Rita, «A vinculação das sociedades anónimas», *O Direito*, Ano 139.^º (2007), I, p. 118-119.

⁸³ Podem ser carreadas para a sustentação desta posição as razões aduzidas, a respeito da mesma matéria, no domínio das sociedades anónimas. Pedro Maia invoca dois argumentos fundamentais para que seja possível algum dos administradores atuar *“imediatamente para impedir um prejuízo iminente, como de resto, o legislador previu expressamente, no art.^º 985º,*

apenas um dos gerentes, seja em que qualidade for, interessa (à reflexão que nos propusemos fazer) retirar alguns efeitos desta admissibilidade de intervenção de apenas um único administrador para vincular a sociedade em determinadas situações de prejuízo iminente para o interesse social.

Se situações excepcionais, como as de necessidade de adoção de um ato urgente ou de aproveitamento de uma oportunidade de negócio, podem justificar a admissibilidade de intervenção de um só gerente apesar do método da conjunção, por que razão se há de interpretar de forma tão restritiva a conformação de uma maioria numa deliberação rodeada de ponderação?!

7. Considerações finais

As reflexões acabadas de expor mais não constituem do que uma tentativa de fazer corresponder o risco inerente ao desenvolvimento da atividade das sociedades ao risco de se dar um passo diferente (que se reconhece como podendo ser demasiado arriscado) na abordagem à referida norma.

Nesse sentido, consideramos que o funcionamento da gerência das sociedades por quotas não pode ficar, excessivamente, onerado com a necessidade do chamamento de todos os gerentes (ou da maioria) a todos os assuntos da competência do órgão. Este deve estar dependente da maioria dos gerentes, apenas, nas situações em que não se possa obter a formação de vontade do órgão em resultado de um cabal esclarecimento dos gerentes, previamente convocados para discutir e deliberar.

Os fundamentos que servem de base à opção pelo método da conjunção (essencialmente, a maior ponderação do interesse social) devem servir, também, para um aligeirar de procedimentos. A gerência, quando reúne, opta por uma via alternativa à mera manifestação de vontade isolada por parte dos sujeitos que a compõem. Nessa reunião será possível “expurgar” a adoção de comportamentos precipitados e que podem colocar em causa o interesse social. A colegialidade não é obrigatória para a tomada de deci-

n.º 5, CCivil, para a sociedade civil”. Desde logo, admite a aplicação analógica desta norma do código civil *“por se afigurar que a sua ratio cobra pleno sentido mesmo no âmbito de uma sociedade anónima: evitar um dano iminente à sociedade em casos de urgência”*. Por outro lado, considera que o instituto da gestão de negócios também permite que o *“administrador, como terceiro e não já como titular do órgão, acautel[e] o assinalado interesse da sociedade.”* (Maia, Pedro, «Função e funcionamento do Conselho de Administração da Sociedade Anónima», in *Boletim da Faculdade de Direito*, Studia Iuridica 62, Coimbra: Coimbra Editora, 2002, p. 290 ss.

sões neste órgão das sociedades por quotas. No entanto, “a função ponderadora da colegialidade, a procura de consensos alargados [e negociados], a «representatividade» das deliberações”⁸⁴ do Conselho de Administração das Sociedades Anónimas são características que marcam, com o mesmo alcance, o funcionamento do órgão de administração das sociedades por quotas, quando há reunião para o efeito. E não nos parece que o art. 261.º do CSC possa ser interpretado no sentido de que “nenhum dos gerentes é obrigado a participar nessas deliberações”⁸⁵, porquanto essa obrigação deve considerar-se decorrente do dever de cuidado⁸⁶ ou de *cuidar da sociedade* e que vincula todos os administradores. Conforme defende Carneiro da Frada, o gerente “está chamado a comandar a sociedade, a geri-la, e a prosseguir o interesse social, fazendo frutificar os meios de que a sociedade dispõe em ordem à criação de lucro para os sócios. Nesse sentido, o que

⁸⁴ Abreu, Jorge Manuel Coutinho de, «Art. 410.º», in *Código das Sociedades em Comentário*, Vol. VI, 2^a Edição, Coimbra: Almedina, 2019, p. 519.

⁸⁵ Cunha, Paulo Olavo, *Deliberações sociais – Formação e impugnação*, Coimbra: Almedina, 2020, p. 184. O autor refere, também, que “quando o contrato de sociedade por quotas é omissivo, a gerência funciona apenas conjuntamente – pela intervenção da maioria dos seus membros –, podendo facultativamente formar decisões coletivas e plasmá-las em ata” (p. 183 e 184). A referência a “decisões coletivas” é algo estranha face à letra da lei, que consagra, expressamente, uma referência literal a “deliberações” (cfr. art. 261.º, n.º 1 do CSC). Pretendendo ter o mesmo significado, então, não pode considerar-se que essa(s) deliberação(ões) depende(m) da vontade manifestada por todos os gerentes em deliberar (não é facultativa), porquanto essa possibilidade de deliberação decorre, expressamente, da lei e a vontade dos gerentes pouco vale face à previsão legal. Afora este facto, concordamos com o autor quando afirma, a respeito do funcionamento da gerência plural como órgão colegial na decorrência de previsão do ato constituinte nesse sentido, que “a gerência da sociedade por quotas pode então atuar internamente – em conformidade com as disposições do respetivo contrato de sociedade – como funciona habitualmente o órgão de gestão da sociedade anónima (com composição plural), o que significa que os limites legais que a este são impostos em função da colegialidade devem ser respeitados no âmbito das sociedades por quotas” (p. 184).

⁸⁶ Note-se que nos termos do art. 64.º, n.º 1, al. a) do CSC o dever de cuidado vincula quer os administradores presentes na reunião, assim como os ausentes, porquanto estes devem revelar a disponibilidade necessária no âmbito do exercício das suas funções. Sobre o dever de cuidado *vide* Cordeiro, António Menezes, «Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades», in ROA, Ano 2006 (Ano 66), Vol. II, Setembro de 2006, disponível em: <<https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2006/ano-66/vol-ii-set-2006/doutrina/antonio-menezes-cordeiro-os-deveres-fundamentais-dos-administradores-das-sociedades/>>; Gomes, Fátima, «Reflexões em torno dos deveres fundamentais dos membros dos órgãos de gestão (e fiscalização) das sociedades comerciais à luz da nova redacção do artigo 64.º do CSC» in AA.VV., *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais – Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier –*, Vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 562 e ss.

tem de dizer-se é que ao administrador cabe, não um simples dever de *cuidado* (na sua actividade de administração), mas o dever de *cuidar* da sociedade, ou seja, o dever de tomar conta, de assumir, o interesse social⁸⁷.

Pelo que, não nos parece suficiente apontar a falta de rigor terminológico da norma contida no art. 261.º, n.º 1 CSC e, a partir daí, concluir que o legislador visou, apenas, consagrar o método da conjunção e que isso impede que as deliberações da gerência possam ser, pelo menos, tomadas pela maioria dos votos dos gerentes presentes em uma determinada reunião. Note-se que, hoje, o ordenamento jurídico italiano estabelece, como regra supletiva, que, sempre que a administração da sociedade de responsabilidade limitada seja confiada a mais do que uma pessoa, estas constituem o conselho de administração (art.º 2475, § 3 do *Codice Civile*). Nesta norma “não são previstos *quorum* constitutivo e deliberativo⁸⁸, mas entende-se que “a maioria dos princípios e critérios estabelecidos [...] com referência à S.p.A [(Società per azioni)] também se aplicam à S.r.l [(Società a responsabilità limitata)]”⁸⁹. Para colmatar a lacuna considera-se como admissível a aplicação analógica da norma legal aplicável à sociedade por ações⁹⁰ (art. 2388 do *Codice Civile*), nos termos da qual o quórum constitutivo é constituído pela maioria dos administradores em exercício de funções e o quórum deliberativo constituído pela maioria absoluta dos presentes⁹¹.

Julgamos que o legislador português pretendeu, também, diferenciar a manifestação de vontade da gerência através da intervenção sucessiva dos gerentes da manifestação de vontade da gerência em reunião convocada para o efeito. Neste último caso, verifica-se um processo contínuo tendente à formação da vontade da gerência, que se inicia na decisão de convocação

⁸⁷ Frada, Manuel A. Carneiro da, «A business judgment rule no quadro dos deveres gerais dos administradores», in AA.VV., *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais – Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Vol. III, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 213 e 214.

⁸⁸ Panzani, Luciano, in Ruperto, Cesare, *La Giurisprudenza sul Codice Civile coordinata con la dottrina – Libro V – Del Lavoro* (artt. 2462-2554), Coord. Ruperto, Saverio, Milão: Giuffrè Editore, 2012, p. 150.

⁸⁹ Fagnano, Gabriele, in Loos, Alexander, *Directors' Liability – A Worldwide Review –*, 3^a Edição, Países Baixos: Kluwer Law International B.V., 2016, p. 276.

⁹⁰ Busani, Angelo, *La riforma delle società S.r.l: il nuovo ordinamento dopo il D. lgs. 6/2003*, EGEA, 2003, p. 435 (disponível em: <https://www.notaiobusani.it/handlers/downloader.ashx?file=%5Cdott_angelo_busani%2FScritti+giuridici%5CSOCIETA+-+Societ%C3%A0+a+responsabilit%C3%A0+limitata%5CLa+s.r.l.+-+Monografia+2003+-+Capitolo+5.pdf>).

⁹¹ Também neste sentido, *vide* Cocianich, Roberti, in Maitland-Walker, Julian, *Guide to European Company Laws*, 3^a Edição, Londres: Sweet & Maxwell, 2008, p. 508.

da reunião, passa pela própria convocação, tem seguimento na decisão de participar (ou não) na reunião e que culmina na reunião em si mesma (na qual os gerentes presentes avaliarão as motivações da inserção de determinados pontos na ordem de trabalhos, assim como todos os comportamentos subjacentes ao processo tendente à realização da reunião).

A deliberação será precedida de reflexão e ponderação, quer pela própria natureza de todo o processo deliberativo, quer pelo resultado da troca de informações, ideias e pontos de vista, antes da decisão de votar em um ou outro sentido. Não se vislumbram interesses que devam ser protegidos, quando todos os gerentes são chamados a deliberar, mas não comparecem. Se a deliberação da gerência é aprovada pela maioria dos membros presentes na reunião, mas constitui violação dos respetivos deveres, haverá responsabilidade nos mesmos moldes em que existiria se se exigisse que a maioria fosse apurada tendo por base o número total de gerentes.

Aliás, no âmbito do cumprimento dos deveres a que estão adstritos os administradores das sociedades, “a informação razoavelmente disponível em que [o administrador] assentará a decisão”⁹² será tanto mais acessível quanto maior for o tempo disponível e os contributos carreados para a reunião do órgão. Antes e durante a reunião pode potenciar-se o acesso à informação necessária para a decisão razoável de cada um dos membros do órgão de administração. A decisão de cada membro do órgão de administração é individual, mas o exercício dos poderes e observância dos deveres a que se encontram vinculados é mais facilitado mediante contribuição mútua para declarações de vontade esclarecidas.

Acaso assim não se considere, em que ponto ficariam, no âmbito do órgão de administração das sociedades por quotas, as sempre apontadas virtudes da colegialidade? Se elas existem (como defendemos) e potenciam a prossecução do interesse social, então, a interpretação restritiva do art. 261.º, n.º 1 do CSC deve ser afastada. Afinal, o interesse social nem sempre é o interesse de uma maioria quantitativamente alargada (por vezes alheada da “vida” da sociedade), mas bem pode confluir com uma maioria mais presente na “vida societária”.

⁹² Abreu, Jorge Coutinho de, «Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social», in AA.VV., *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Colóquios n.º 3, Coimbra: Almedina, 2007, p.21.

RESUMO: Admitindo como lícita a atuação dos sócios em matéria de gestão, revela-se premente determinar quando tal atuação se revela ilícita e, consequentemente, os termos da responsabilidade civil a que se encontram estes sujeitos: o que nos conduzirá a uma passagem pela responsabilidade deliberativa do art. 58.º, n.º 3, pelo regime do administrador de facto, pelo art. 80.º e, por último, pelo art. 83.º, n.º 4 do CSC, enquanto meios de responsabilização dos sócios pela gestão ou influência exercidas.

Palavras-chave: sócio; administração; gerência; gestão; influência; responsabilidade civil.

ABSTRACT: Admitting that the role of the partners in management matters is lawful, it is urgent to determine when such action proves to be unlawful and, consequently, the terms of the civil liability to which the partners are subject: which will lead us to a passage through the deliberative responsibility of the art. 58, no. 3, by the De Facto Director's regime, by art. 80 and, finally, by art. 83, no. 4 of the CSC, as means of accountability for the management or influence exercised.

Keywords: partner; administration; direction; management; influence; civil liability.

RENATA MELO ESTEVES*

O sócio gestor – da responsabilização direta e da responsabilidade por influência**

SUMÁRIO: Introdução | I. O dever de lealdade do sócio enquanto agente inserido na gestão societária | II. A responsabilidade deliberativa do art. 58.º, n.º 3 | III. Os poderes de gestão dos sócios – demarcação de competências | IV. Da ilicitude da gestão e da ilicitude da influência | V. A responsabilização por meio da qualificação como administrador de facto | VI. A responsabilidade do art. 80.º do CSC | VII. A responsabilidade pela influência do art. 83.º, n.º 4 do CSC | VIII. Conclusões

* Assistente Convidada
da Faculdade de Direito
da Universidade de
Coimbra, Advogada

Introdução

O atual estádio do direito societário permite-nos reconhecer um conjunto ou um núcleo de competências próprias e exclusivas de cada órgão social, cuja inobservância ou desrespeito não deve ser tolerado. No entanto, cumulativamente a esse núcleo restrito e particular de cada órgão

** Texto submetido a revisão por pares (*peer review*).

social, existe um conjunto de matérias que hoje se reconhecem como partilhadas, *maxime* entre o órgão administrativo-representativo e o órgão deliberativo interno.

A partilha de competências, isto é, a convivência funcional entre sócios – enquanto proprietários da empresa social – e gerentes ou administradores – enquanto derradeiros titulares do órgão administrativo-representativo – mormente no que tange à gestão societária, faz-nos questionar necessariamente qual o tratamento a ceder, em matéria de responsabilidade civil, quando em virtude da atuação de um sócio sejam provocados danos à sociedade ou terceiros? É que, conforme consabido, os sócios gozam de um importante e reforçado escudo, que aos gerentes das sociedades por quotas e aos administradores das sociedades anónimas é vedado: a responsabilidade limitada.

Embora se admita como real a repartição funcional entre órgãos sociais, têm o legislador, doutrina e jurisprudência plena consciência da imiscuição dos sócios em matérias de gestão, principalmente nas sociedades cuja “dimensão da empresa(-objeto)” revela ser a pequena e média empresa (PME)¹, como se revela ser a matriz da sociedade comercial portuguesa.

Por outro lado, a gestão protagonizada pelos sócios poder-nos-á chegar por duas vias: a direta – quando o próprio sócio, em seu nome e nessa qualidade, atua diretamente em matérias de gestão – ou, ainda, por via

¹ Ricardo Costa, *A Administração da Sociedade PME e o Sócio Gestor*, in *O Sócio Gestor*, Almedina, Coimbra, 2017, pp. 6-8. Como realça o autor, “*fora da grande sociedade por quotas, da grande sociedade anónima e da “sociedade aberta”*”, teremos como *fenomenologia típica no tráfico jussocietário* [português], PME exploradas por (sociedades PME): – sociedades por quotas unipessoais ou pluripessoais, com maior ou menor pendor subjetivo e personalista (especialmente quando se exploram empresas com laços familiares, com um regime mais ou menos próximo da posição e atuação dos sócios quotistas – nomeadamente, *em matéria de gestão* (...); – sociedades anónimas compostas por um único acionista (sociedade-mãe) ou por um número reduzido de acionistas, geralmente ligados (também) por relações familiares ou “relações de domínio”- (...) – *sociedades fechadas*”. Também J. M. Coutinho de Abreu, *Governação das Sociedades*, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2010, pp.14-16: “O movimento da *corporate governance* teve a matriz nos EUA; alastrou-se à Europa, entrando pelo RU. Ora, a realidade societária destes dois países apresenta importantes afinidades. Quase todas as grandes sociedades estão cotadas (...); a propriedade das ações é difusa, dispersa (são ratos os acionistas controladores nessas grandes sociedades); os investidores institucionais possuem mais de metade das ações cotadas (o que não elimina, embora atenuar, a dispersão da propriedade acionária). (...) É diferente a realidade societária na Europa continental (ao menos nos países mais relevantes da UE). É menor (em termos absolutos e relativos) o número de sociedades cotadas; a propriedade acionária está muito mais concentrada, há na maioria das grandes sociedades acionistas controladores; os investidores institucionais possuem percentagem de ações cotadas assaz menor do que no RU ou nos EUA”.

indireta – quando o sócio, porque controlador mais das vezes, influencia o órgão administrativo-representativo a atuar de acordo com os seus desígnios. Pelo que, no presente artigo tentaremos definir os contornos da licitude ou ilicitude desta partilha funcional e da influência referenciada a fim de, num segundo momento e olhando para o quadro normativo regulador da matéria, consigamos analisar quais as vias possíveis de responsabilização quando a esta haja lugar.

Partindo, desde já, com o reconhecimento dos sócios enquanto agentes sociais capazes e aptos para decidir os destinos das suas sociedades, veremos como é que tal é exequível, para *a posteriori* demarcar os termos da correlativa responsabilidade, associada naturalmente a estas grandes responsabilidades.

I. O dever de lealdade do sócio enquanto agente inserido na gestão societária

A fim de delimitar o campo de atuação lícita dos sócios em matéria de exercício de poderes de gestão demonstra-se como inevitável definir quais as competências que lhe são reconhecidas, bem como e naturalmente, a sua vinculação a um conjunto de deveres, que deverão pautar o exercício das competências visadas.

E, como tal, revela-se impreverível a passagem pelo dever de lealdade dos sócios. Mas não só. Consideramos que hoje se encontra superada a conceção segundo a qual apenas gerentes e administradores estariam obrigados ao dever em discussão. O dever de lealdade a todos os agentes societários diz respeito e, a todos eles afeta.² Traduz-se, assim, num dever de conteúdo negativo, que impede sobre todos os sócios de não atuar de

² António Menezes Cordeiro, *A lealdade no direito das sociedades*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 66, 2006, pp.1034 a 1065. Contrariamente, entre nós, Cassiano dos Santos, *Estrutura associativa e participação societária capitalística*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp.527 e ss. O Autor nega o reconhecimento dos deveres de lealdade societários, alicerçado na falta de fundamento dogmático válido, apontando a “falta de conteúdo dispositivo autónomo, a diminuta determinação e determinabilidade dos respetivos contornos e limites e o caráter duvidoso do seu fundamento dogmático.” Não podemos, como vimos a defender, concordar com a posição ora prescrita. O dever de lealdade, embora de forma não concentrada num só preceito normativo, encontra suporte dogmático alargado e sus-tentável, bem como diversas manifestações além *legis*, que postulam e pugnam por um verdadeiro dever de lealdade dos sócios para com a sociedade. Ainda, Paulo Olavo Cunha, (*Acerca da*) *inexistência do dever (específico) de lealdade dos sócios e acionistas*, V Congresso Direito das Sociedades em Revista, Almedina, Coimbra, 2018, pp. 17-32. O autor perfilha do entendimento de que inexiste um dever geral de lealdade dos sócios, que se traduza

modo contrário ao interesse social, considerado como o interesse de todos os sócios enquanto tais, ou de modo incompatível com os interesses de outros sujeitos com a sociedade relacionados.³ À semelhança do que se constata no ordenamento jurídico alemão⁴, não existe no ordenamento português uma norma que explícita e indubitavelmente estabeleça o dever de lealdade a que os sócios estão obrigados, ao contrário do que sucede, por exemplo, para com os administradores. Ao invés, o mesmo é consequência de um conjunto de normas, das quais é possível inferir tal obrigação. Destacam-se, nomeadamente, os arts. 58.º, n.º 1, al. b); 83.º; 184.º e 187.º; 242.º; 251.º e 384, n.º 6 do CSC.⁵

No entanto, o dever de lealdade dos sócios não se esgota nas previsões normativas ora elencadas e nas demais previstas. O dever de lealdade consubstancia um dever de conduta transversal, que se manifesta nas mais diversas atuações dos sócios.⁶ São exemplos o dever do sócio não aproveitar em benefício próprio as oportunidades de negócio da sua sociedade, o dever de não impugnar judicialmente deliberações sociais, a fim de, designadamente, pressionar a sociedade ou sócios dominantes a pagarem somas em dinheiro, o dever, principalmente nas sociedades personalísticas, dos sócios não difundirem opiniões negativas sobre a socie-

numa obrigação de assumir e praticar determinados atos, no entanto, reconhecendo que, em alguns casos o interesse social poderá justificar o *sacrifício dos seus interesses pessoais*.

³ J. M. Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial – Das Sociedades*, Vol. II, 6.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 294. Rui Pereira Dias, *Responsabilidade por exercício de influência sobre a administração de sociedades anónimas: uma análise de direito material e direito de conflitos*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 121.

⁴ Ana Perestrelo de Oliveira, *Dos fundamentos dos deveres de lealdade dos acionistas*, in *Acionistas e Governação das Sociedades*, coord. Paulo Câmara, Almedina, 2019, p. 60: “Também não existe, diversamente do que sucede com os administradores, uma previsão de âmbito geral. O fenómeno – que não deve causar surpresa – não é exclusivo do ordenamento jurídico português: também na Alemanha, por exemplo, onde maior desenvolvimento obtiveram os deveres de lealdade, não se prevê senão regras de conduta singulares a partir das quais foi possível, por labor interpretativo, extrair um princípio jurídico mais vasto”.

⁵ J. M. Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial...*, ob.cit., pp. 295-296.

Doravante, os artigos mencionados em texto desacompanhados de referência ao diploma legal do qual promanam são do CSC.

⁶ Maria de Fátima Ribeiro, *A tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, Almedina, Coimbra, 2016, p. 545: “Este dever de lealdade do sócio para com a sociedade resulta da própria relação de membro que se estabelece entre cada sócio e a pessoa coletiva, impondo-lhe o respeito pelo seu fim e pelo seu interesse, como limites da sua atuação”.

dade ou ainda o dever do sócio não transmitir a sua participação social a um “terceiro predador”.⁷

Ao dever ora em escrutínio é, mais das vezes, referido como seu fundamento a boa-fé. No entanto, embora seja inegável reconhecer também a sua presença na consagração de tal dever, a lealdade imposta aos sócios em muito que ultrapassa os ditames da boa-fé e não só a esta se reduz.⁸ O seu efetivo e primeiro fundamento passará, antes, pela ideia de interesse social: na própria “natureza da sociedade, enquanto instrumento para a consecução de determinado fim ou satisfação de interesses sociais”⁹ e, por isso, mais intenso e demarcado nas sociedades de tipo personalístico do que nas sociedades de capital.¹⁰ Ainda como decorrência do conteúdo negativo do dever de lealdade dos sócios é apontada alguma proximidade com os deveres de proteção. A ideia descrita encontrou certamente inspiração alemã. No ordenamento jurídico alemão, anteriormente à vigência da lei de modernização do direito das obrigações, os deveres de proteção eram expressamente delimitados em função dos deveres de lealdade – *Schutzpflichten e Treupflichten*.¹¹

No entanto, se é possível concluir pela presença de determinados deveres de proteção no conteúdo do dever de lealdade, torna-se simplificador

⁷ J.M. Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial...*, ob.cit., p. 297.

⁸ Ana Perestrelo de Oliveira, *Dos fundamentos dos deveres de lealdade dos acionistas...*, ob.cit., p. 77: “Na verdade, afirmação de que os deveres de lealdade são expressão da boa fé é importante mas não suficiente.” Em sentido tendencialmente convergente, contudo a propósito do dever de lealdade dos administradores, cujas considerações consideramos passíveis de extensão e aplicabilidade ao entendimento sufragado, crf. Manuel Carneiro da Frada, *A business judgement rule no quadro dos deveres gerais dos administradores*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 67 – Vol. I, 2007, disponível em: <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2007/ano-67-vol-i-jan-2007/doutrina/manuel-a-carneiro-da-frada-a-business-judgement-rule-no-quadro-dos-deveres-gerais-dos-administradores/>: “o dever de lealdade do administrador perante a sociedade ultrapassa certamente a medida de conduta genericamente reclamada em nome da boa fé pelo art. 762.º, n.º 2 do Código Civil. Este visa promover apenas uma forma de concordância prática de interesses contrapostos das partes numa relação de troca. Não proíbe que se prossigam interesses próprios: tal não faria sentido nos contratos onerosos ou com interesses opostos. Apenas impõe padrões e limites de razoabilidade, atenta a existência concomitante de interesses.”. Ainda, J.M. Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial...*, ob.cit., p. 297.

⁹ J.M. Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial...*, ob.cit., p. 297.

¹⁰ J.M. Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial...*, ob.cit., p. 298. Ainda, Maria de Fátima Ribeiro, *Responsabilidade dos sócios pelo voto*, in II Congresso do Direito das Sociedades em Revista, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 522-524.

¹¹ Ana Perestrelo de Oliveira, *Dos fundamentos dos deveres de lealdade dos acionistas...*, ob.cit., p. 60.

igualar ambos.¹² Em rigor, o dever de lealdade abrange um conjunto de obrigações que extravasam o conteúdo dos deveres de proteção. Questiona-se, ainda, se representará efetivamente o dever de lealdade apenas e somente um dever de conteúdo negativo, ou se, inversamente, hoje se deve reconhecer uma dimensão positiva ao mesmo? Isto é, se o dever de lealdade ao qual se encontram os sócios adstritos impõe não só que estes se abstêm de adotar comportamentos incompatíveis com o interesse social, mas também lhes impõe a adoção de comportamentos, uma conduta ativa, no sentido de o prosseguir. E, na esteira do que se tem vindo a expor, no reconhecimento de que hoje o sócio é e deve ser um agente societário dotado de poder de decisão poderíamos ser tentados a ceder uma resposta positiva.

No entanto, acreditamos que falar de um dever *stricto sensu*, de pendor positivo, equiparável à sua dimensão negativa revela-se excessivo.¹³ Reconhecemos que o ativismo dos sócios deve ser hoje um caminho a tomar e a reconhecer como legítimo, na ótica em que o mesmo seja analisado como o exercício de um conjunto de direitos com consequente responsabilidades e, não impô-lo como um dever. Nesta medida, e não obstante acreditarmos numa intensificação do dever de lealdade dos sócios, na decorrência do seu crescente ativismo social, não nos parece correto afirmar que fundamentos, funções, conteúdo e consequências do dever de lealdade dos sócios seja totalmente coincidente com o dever de lealdade dos administradores.¹⁴

¹² Ana Perestrelo de Oliveira, *Dos fundamentos dos deveres de lealdade dos acionistas...* ob.cit., p. 61.

¹³ Ana Perestrelo de Oliveira, *Manual de Governo das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2017, pp.85 e ss.

¹⁴ Em sentido convergente, v.g. J. M. Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial...*, ob.cit., p. 294 e Michael Lower, *Good faith and partly-owned subsidiary*, JBL, 2000, pp. 232 a 253. Sobre o dever de lealdade dos administradores, v. anotação ao art.º 64.º, Ricardo Costa/Gabriela Figueiredo Dias, "Código das Sociedades Comerciais em Comentário", J. M. Coutinho de Abreu (coord.), Vol. I, 2.ª Edição, Almedina, 2017, pp. 726-750: fundados na "relação fiduciária" estabelecida (p. 726), os autores reconhecem um conjunto de deveres aos administradores, cujo conteúdo se revela manifestamente distinto do ora defendido para os sócios. Aos primeiros reconhece-se, desde logo, o dever genérico de administração e representação da sociedade, do qual decorrem natural e necessariamente dois deveres fundamentais: o dever de cuidado e o dever de lealdade, postulados pelo art. 64.º. Destes resultarão deveres mais específicos, que pautarão os contornos da licitude ou ilicitude da atuação dos administradores. A par do mencionado dever geral, encontramos os deveres gerais legais, deveres legais específicos, deveres específicos não legais – contratuais – (destacando os deveres estatutários ou decorrentes de contratos de administração ou de gerência, caso existam). Na descrição dos deveres visados, demonstra-se patente que as obrigações deles decorrentes revestem um conteúdo positivo, o que sempre resultaria do

Cumulativamente à aludida intensificação, constata-se hoje uma crescente densificação do conceito. Isto é, inerente aos riscos decorrentes dos acionistas ou quotistas assumirem também uma posição central no governo societário, encontra-se a elevada probabilidade de lesão do interesse social, em benefício dos próprios. Por isso, falamos numa crescente densificação do conceito de dever de lealdade, na medida em que os casos de possibilidade de violação do mesmo são atualmente infindáveis e impossíveis de tipificar taxativamente.

O contributo alemão¹⁵ mostrou-se insubstituível para tal consolidação generalizada. Pioneiros no reconhecimento do dever de lealdade enquanto elemento imprescindível do atual direito societário, atestaram primeiramente a sua presença nas sociedades de pessoas, para posteriormente o virem reconhecer nas sociedades de responsabilidade limitada (GmbH), até que finalmente admitiram igualmente a sua manifestação nas sociedades anónimas (AG), *ab initio* sob as condições da existência de uma efetiva estrutura personalística e somente em relação ao sócio maioritário, para *a posteriori*, abandonarem tais exigências.¹⁶¹⁷ Na linha do que

primeiro dever genérico aludido, o qual exige a atuação positiva por parte do órgão visado na dimensão de administração e representação da sociedade, que embora emerge da relação interna estabelecida, projeta-se incontornavelmente para o exterior, dirigindo-se a sujeitos terceiros.

¹⁵ Ana Perestrelo de Oliveira, *Dos fundamentos dos deveres de lealdade dos acionistas...* *ob.cit.*, p. 65: "A jurisprudência alemã teve o papel decisivo neste processo evolutivo. (...) deve apontar-se que foi o BGH que teve o mérito inegável de firmar os deveres de lealdade como componente inalienável do atual direito societário" Em nota de rodapé (n.º 18, p. 65) acrescenta a autora: "Papel decisivo em matéria de lealdade coube a W. Stimpel, juiz do BGH e seu presidente de 1978 a 1985, justamente apelidado como "pai da lealdade" ("geistige Vater der Treupflicht") no direito das sociedades de capitais (cf. LUTTER, *Treupflichten* cit., 164)."

¹⁶ Na jurisprudência alemã é notória a distinção entre dois lapsos temporais: antes de 1975, período durante o qual a existência do dever de lealdade era atestada e reconhecida, no entanto não encontrava aplicação nos tribunais e, depois de 1975, período a partir do qual, o dever de lealdade logrou de aplicação e de *relevância operativa* na resolução de casos concretos. – cfr. Ana Perestrelo de Oliveira, *Manual de Governo...*, *ob.cit.*, pp. 89 e ss..

¹⁷ Semelhante consolidação, em termos tão nitidamente demarcados, não encontra, por exemplo, o ordenamento jurídico inglês. Neste, ao invés, a questão do dever de lealdade dos sócios é matéria fragmentada, não se reconhecendo amplamente um dever dos sócios, perante a sociedade, de serem leais. Aqui, de um paradigma defensor da total ausência de interferência na gestão social empreendida pelos sócios (caso *Foss vs Harbottle*) e que via o direito de voto como manifestação do direito de propriedade, ao serviço dos interesses próprios e exclusivos dos sócios (caso *Carruth vs Imperial Chemical Industries. Ltd.*) passou-se para um modelo que, embora não reconheça a vigência de tal dever, impõe determinados limites, no sentido de temperar a atuação principalmente de sócios controladores ou maioritários face aos minoritários. De diferente modo ocorre, por exemplo, no direito

temos vindo a expor, defendemos, como tal, que a violação deste dever de lealdade, por parte dos sócios, constitui um ato ilícito, sindicável em juízo e suscetível de desencadear responsabilidade contratual ou extracontratual.¹⁸ A questão emerge quando atentamos nas concretas vias de responsabilização, na decorrência de tal violação.

II. A responsabilidade deliberativa do art. 58.º, n.º 3

Pensemos primeiramente no art. 58.º, n.º 1, al. b). Quando a violação do dever em análise se manifeste por via de deliberação social, esta é anulável nos termos do referido normativo. O n.º 3 do mesmo preceito estabelece ainda a responsabilidade solidária, perante a sociedade e restantes sócios, daqueles que tenham votado abusivamente na deliberação anulável. O dilema surge, no entanto, na decorrência da constatação de que nem toda atuação abusiva, oriunda dos sócios, tem a sua génese em deliberação social. O que, *per si*, afasta, desde logo, a possibilidade de responsabilização, por via do n.º 3 do art. 58.º.¹⁹

E pese embora o mérito e função fundamental que acabamos de reconhecer ao princípio da lealdade, nem todo o exercício de gestão ou influência ilícitas – seja ela por via de deliberação ou não – contende com ele. Pelo que, quando falamos em abuso do poder de influir na gestão social, reportamo-nos a um comportamento abusivo em sentido muito mais lato

norte-americano. Se aqui a conceção primordial se aproximava do entendimento inglês, depressa se constatou que também acionistas deveriam estar subjugados aos *duty of loyalty* e *duty of care*, inicialmente apenas previstos para administradores. Assim, os deveres mencionados, enquanto componentes de um *fiduciary duty*, emergiram como obrigações a observar pelos sócios de controlo na sua conduta societária, graças ao reconhecimento generalizado que, mais das vezes, estes desempenhavam tantas ou mais funções de gestão ou administração como os administradores, para tal designados. Mais tarde, também tais deveres foram estabelecidos em relação aos sócios minoritários, por via do caso *Donahue vs Rodd Electrotypes*. – Ana Perestrelo de Oliveira, *Manual de Governo...*, *ob.cit.*, pp.92 e ss.

¹⁸ Também assim, J. M. Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial...*, *ob.cit.*, p. 301. E com a evolução jurisprudencial alemã em matéria de responsabilização neste domínio, v. Ana Perestrelo Oliveira, *Dos fundamentos dos deveres de lealdade dos acionistas...*, *ob.cit.*, pp. 66-69. Maria de Fátima Ribeiro, *Responsabilidade dos sócios pelo voto...*, *ob.cit.*, pp. 537 e ss.

¹⁹ Maria de Fátima Ribeiro, *Responsabilidade dos sócios pelo voto...*, *ob.cit.*, pp. 543 e ss. A autora acrescenta: “Está arredada a possibilidade de interferência dos credores sociais no próprio processo de anulação da deliberação em causa, bem como a existência de qualquer direito da sociedade a ser indemnizada, nesta sede, quando a deliberação tivesse sido aprovada sem os votos abusivos (uma vez que, assim sendo, ficaria afastado o nexo de causalidade entre a emissão de voto abusivo e o dano causado).”

do que o previsto pelo art. 58.º, n.º 3 e, por isso, não abrangido pelo mesmo.²⁰ Ideia que sai reforçada quando procedemos a um juízo comparatístico com a ilicitude da atuação dos administradores: desde logo, a ilicitude reportada à atuação destes não se esgota somente na violação do dever de lealdade, mas também, e por exemplo, no dever de cuidado, cujo conteúdo é distinto.

E, como tal, revela-se imperioso reconhecer quais os limites impostos aos sócios, pelo dever de lealdade no processo deliberativo, mas não só, porquanto hoje reconhece-se e tolera-se que não só por via deliberativa atuam os sócios em matéria de gestão e porque nem toda a conduta ilícita nesta matéria se reporta à violação do dever de lealdade. Ou seja, se por um lado, o art. 58.º, n.º 3 revela-se como solução completa para alguns dos casos de deliberação dos sócios em matéria de gestão quando esta se venha a revelar danosa, por outro, o mesmo não sucede em todos os casos. Estamos, relembramo-nos, perante uma responsabilidade por voto abusivo, no entanto, dependente da verificação de um conjunto de pressupostos cumulativos.²¹

²⁰ Assim, veja-se igualmente, António Menezes Cordeiro; David de Oliveira Festas, *Código das Sociedades Comerciais Anotado e Regime Jurídico dos Procedimentos Administrativos de Dissolução e Liquidação de Entidades Comerciais*, coord. António Menezes Cordeiro, Art. 58.º, Almedina, 2020, p. 303: “O art. 58.º/1/b) advieio do projeto de Coimbra sobre sociedades por quotas, para reprimir as deliberações abusivas. Para tanto usou-se, porém, o § 243 (2) da lei alemã das sociedades anónimas, que não esgota o abuso e a contrariedade à boa fé: esta é reconduzida à lei, para efeitos de invalidade das deliberações. (...) O 58.º/1/b) não atinge, em si, pela origem, pela letra, pelo espírito e pelo sistema todo o abuso de direito. Queda-se pelo exercício danoso de voto com propósitos extrasocietários e pelos atos emulativos, desde que reunidos os requisitos objetivos e subjetivos.”

²¹ São eles: a) da adequação para a satisfação de um dos sócios; b) de o conseguir através do exercício do direito de voto; c) vantagens para si ou para terceiros; d) em prejuízo da sociedade ou demais sócios; e) de prejudicar simplesmente a sociedade e outros sócios; f) a menos que se demonstre que as deliberações seriam tomadas sem o voto abusivo. Maria de Fátima Ribeiro, *O papel do acionista empresário no governo societário*, Direito e Justiça. – Lisboa, Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa. – Vol. Especial, n.º 2 (2015) – Estudos dedicados ao Professor Doutor Bernardo da Gama Lobo Xavier, pp. 527-529: “Cabe acrescentar, neste âmbito, que não será necessária a efetiva anulação da deliberação para que possa ser exercido este direito à indemnização pela via sub-rogatória: a norma estabelece claramente que é requisito para que nasça o direito à indemnização que a deliberação seja anulável (pelo que é imperativo que fique demonstrado que ela não sobreviveria ao “teste de resistência”, ou seja, não teria sido aprovada sem o voto abusivo, ou os votos abusivos, da sociedade dominante), não que tenha sido realmente anulada (e a legitimidade para requerer a anulação de deliberação social anulável não caberá, em caso algum, aos credores sociais); Maria de Fátima Ribeiro, *A tutela dos Credores da Sociedade por Quotas...*, ob.cit, pp. 557 e ss. e ainda, *Responsabilidade dos sócios pelo voto...*, ob.cit., pp. 536 e ss.

Pelo que, revela-se necessária a convocação de outros expedientes de direito jus-societário e civil, a fim de efetivar, nos demais casos, a responsabilidade dos sócios por exercício de poderes de gestão e correspetiva violação dos deveres a que se encontram adstritos. E, nessa decorrência, demonstra-se pertinente aludir a outros mecanismos jus-societários – como o art. 80.º, 83.º, n.º 4 ou regime do administrador de facto – que, alternada ou cumulativamente respondem às questões elencadas.

III. Os poderes de gestão dos sócios – demarcação de competências

Revelamo-nos naturalmente concordantes com a admissão, ainda que delimitada, do exercício de poderes de gestão por banda dos sócios.²² Trata-se este de um entendimento não só fundado na realidade empresarial portuguesa – a pequena e média empresa, onde muitas vezes a pessoa dos sócios se confunde com a pessoa dos gerentes –, mas também e mormente no regime legal vigente. É o próprio legislador que não só confere poderes de gestão, em determinadas matérias, aos sócios, como de idêntico modo tolera tal exercício fora das matérias visadas, no entanto, estabelecendo, ainda que indiretamente, canais de responsabilização dele decorrentes.

Consequentemente, nas sociedades por quotas, o art. 246.º acaba por denotar uma bivalência funcional, atuando simultaneamente como limite negativo à atuação dos gerentes e como limite positivo às competências dos sócios. Aqui, “a intervenção do quotista na gestão é manifestação do personalismo do tipo”.²³ Por outras palavras, nas sociedades por quotas, na decorrência do seu cariz maioritariamente personalista, dimensão pequena e derivado da circunstância de mais das vezes a qualidade de sócio se demonstrar cumulada com as funções de gerente, a regra é a de que o quotista intervenha ativamente na gestão societária.

²² Identicamente, Maria de Fátima Ribeiro, *O papel do acionista empresário no governo societário...*, *ob. cit.*, p. 520: “Sendo então certo que o controlo mais eficiente (em termos de custos e de eficácia) é aquele que os próprios acionistas levem a cabo, é ainda mais certo que os acionistas empresários são aqueles de quem pode e deve esperar-se uma atuação mais capaz. Por um lado, porque estão motivados: cada um deles investiu na sociedade, em regra, mais do que cada um dos acionistas minoritários, o que significa que cada um deles tem mais a perder; o absentismo não caracteriza, de modo algum, o seu modo de estar na mesma. Por outro lado, eles estão mais habilitados para o fazer, pois o facto de estarem presentes, acompanhando e fiscalizando o andamento dos negócios da empresa societária, torna-os mais competentes para o efeito.”

²³ Ricardo Costa, *A Administração da Sociedade PME...*, *ob. cit.*, p.22.

Tal não equivale à constatação ou ao reconhecimento do órgão deliberativo-interno, constituído pelos sócios, como órgão *maxime* competente em matéria gestão, nem tão-pouco à subtração de todas ou quase todas as competências à gerência, tornando-a num mero veículo de atuação do primeiro.²⁴ A soberania da assembleia de sócios ora pugnada não deve e não pode ser confundida com uma “supremacia absoluta e destruidora da divisão de poderes”²⁵ dos órgãos sociais. Adiante-se, inclusive que, o imiscuir absoluto, por parte do órgão deliberativo-interno, no âmago das competências próprias e exclusivas do órgão administrativo-representativo será também ele, fundamento de ilicitude.

O poder de direção dos quotistas encontra apoio, desde logo, no art. 259.º, 2.ª parte, na medida em que se estabelece o dever de respeito dos gerentes pelas deliberações sociais. Será este um dever legal que deverá em todo caso ser mediado por outros que impendem, com idêntica força, sobre os gerentes, especialmente o de não cumprir deliberações que, pelo seu conteúdo, possam nomeadamente acarretar a sua responsabilização cível, porque contrárias ao dever estatuído pelo art. 64.º.

Seguidamente, ancoram os sócios quotistas as correspondentes atribuições gestionárias também no art. 246.º. Este normativo traduz três gêneros de casos: aqueles em que os estatutos fazem depender de deliberação social prévia a prática, pelos gerentes, de determinado ato ou categoria de atos; aqueles em que carecem os gerentes *a posteriori* de consentimento para a prática de determinado ato que foi por eles deliberado ou; por último, aqueles casos em que é o estatuto a prever como sendo da esfera

²⁴ No sentido delineado, cfr. Ricardo Costa, *A sociedade por quotas unipessoal no direito português. Contributo para o estudo do seu regime jurídico*, Almedina, Coimbra, 2002, pp.593 a 610. O autor avança que será nula a cláusula estatutária que confie aos sócios todo ou quase todo o poder de decisão em matéria de gestão – sendo, nomeadamente, inalienável o espaço da gerência em matéria de representação –, e que evazie o “círculo mínimo de atribuições da gerência”, pois tal traduzir-se-ia em colocar em “questão a prescrição legal sobre a existência necessária do órgão administrativo e em desrespeitar o domínio de execução privativo dos administradores, exatamente por envolver a sua responsabilidade por esses atos de execução”. Do mesmo autor, *Sócios como Administradores de Facto das “suas” Sociedades*, in *O Sócio Gestor*, Almedina, Coimbra, 2017, pp.55-60, concretamente nt. 26. Ou ainda, Pinto Furtado, *Deliberações dos sócios*, Comentário ao Código das Sociedades Comerciais, Artigos 53 a 63, Almedina, Coimbra, 1993, pp.34 e ss. para quem “não poderá o contrato de sociedade levar a sua limitação ao ponto de substituir por completo a gerência pelo plenário dos sócios”. Bem como, J.M. Coutinho de Abreu, *Governação...*, *ob.cit.*, p. 56: “não será lícita a cláusula estatutária que atribua aos sócios praticamente todo o poder decisão em assuntos de gestão, fazendo da gerência simples órgão executivo (e dos gerentes simples empregados subordinados)”.

²⁵ Pinto Furtado, *Deliberações dos sócios*, *ob. cit.*, p.34.

de competências dos sócios a decisão sobre as estratégias genéricas e políticas de exploração da empresa social.²⁶

O exercício de competências em matéria de gestão pelos sócios quotistas encontra sustento legal, quer nas normas que lhe atribuem tal competência especificamente, imperativa e dispositivamente – cfr. arts. 246.º, n.º 1, als. a); b), d); e); i) e n.º 2, als. a); c) e d) – quer nas normas gerais, constantes na parte geral do CSC, quer nas particulares – cfr. arts. 252.º, n.º 2; 254.º, n.º 1; 255.º, n.º 1; 257.º, n.º 1; 260.º, n.º 2; 263.º; 270.º; 270.º-D, n.ºs 1 e 4; 270.º-E, n.º 1.²⁷ Contudo, saliente-se que as normas apontadas pouco mais traduzem do que a confirmação da competência genérica, já atestada pelo art. 246.º Tal não constamos nas sociedades anónimas.

Ao invés do que ocorre com os quotistas, nas sociedades anónimas, a concretização a fazer das competências atribuídas aos acionistas em matéria de gestão carece de maior atenção e rigor, porque também nestas os riscos inerentes a tal possibilidade são mais avultados. Nesta medida, tendemos igualmente neste tipo societário para a admissibilidade dos acionistas deliberarem válida e legitimamente sobre matérias de gestão, sempre tendo em mira que de tal competência não deverá resultar a total absorção de competências próprias do órgão administrativo. E, consequentemente, torna-se imperioso decifrar quais as matérias sobre as quais poderá recuar a deliberação social.

Seguindo de perto Ricardo Costa²⁸, podemos identificar os seguintes grupos de matérias, mediante a “desconstrução” dos arts. 373.º, n.ºs 2 e 3 e art. 405.º.²⁹ A saber:

²⁶ Ricardo Costa, *A administração da Sociedade PME...*, ob. cit., p.23.

²⁷ Ricardo Costa, *Os administradores de facto das sociedades comerciais*, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 249 e ss.

²⁸ Ricardo Costa, *A administração da Sociedade PME...*, ob. cit., pp.25 a 29.

²⁹ As normas referidas suscitam, contudo, diferentes correntes ou opiniões na doutrina. A primeira delas poderemos identificar como a *tese da supletividade*. Esta diz-nos que os acionistas podem deliberar sobre matéria de gestão social, desde que previsto na lei ou contrato social. Ou seja, a repartição de competências entre órgão administrativo-representativo e deliberativo-interno seria meramente dispositiva e, como tal, poderia ser afastada por vontade das partes que participassem na elaboração dos estatutos. A permissão estatutária poderia, assim, ser mais ou menos ampla, ou por seu turno limitar-se a determinados atos ou categorias de atos. – Albino de Matos, *Constituição das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 241-242 e ainda Cassiano dos Santos, *Estrutura associativa e participação societária capitalística...*, ob.cit., pp. 376 e ss. A segunda tese interpretativa, a *tese da imperatividade*, é aquela que mais seguidores acolhe e sustenta que a ponto de partida deverá ser o art. 373.º, n.º 3. Ao art. 405.º cabe tão-somente a tarefa de impor a subordinação do conselho de administração às deliberações

Teremos primeiramente as competências *legais imperativas*, resultantes do prescrito pelo art. 373.º, n.º 2 no segmento: "especialmente atribuídas por lei".³⁰ Às quais acrescerão as competências *legais dispositivas*, isto é, que serão de competência dos acionistas, se nada em contrário resultar dos

da assembleia de acionistas, quando haja previsão estatutária nesse sentido. Para estes autores, o art.373.º, n.º 3 é imperativo e, como tal, aos acionistas estão vedados poderes deliberativos em matéria de gestão social, salvo os casos diretamente permitidos por lei ou em caso de pedido do órgão de administração. Sendo uma norma imperativa, ter-se-á como nula a cláusula estatutária que a contrarie e que atribua poderes aos acionistas em matérias da competência do Conselho de Administração ou que imponha a este o dever de consultar o órgão deliberativo-interno sobre assuntos da sua exclusiva competência. Isto é, a supletividade do regime legal diria respeito apenas à subordinação do conselho de administração às deliberações da assembleia de acionistas uma vez que, seria sempre e somente o primeiro a deter a competência para questionar a segunda sobre a vida e gestão social. – Pedro Maia, *Função e funcionamento do conselho de administração da sociedade anónima*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp.137 e ss. Com entendimento semelhante, embora com desenvolvimentos diferentes v. Maria Augusta França, *A estrutura das sociedades anónimas em relação de grupo*, AAFDL, Lisboa, 1990, pp.150 e ss.; Nogueira Serens, *Notas sobre a Sociedade Anónima*, 2.ª ed., Studia Iurídica 14, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, pp.34; 98 e ss.; Alexandre Soveral Martins, *Os poderes de representação dos administradores nas sociedades anónimas*, Studia Iurídica 34, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pp. 193 e ss. e 203 e ss., ainda do mesmo autor, *Administradores-delegados e comissões executivas, Algumas considerações*, 2.ª ed.. Cadernos n.º 7 – IDET, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 32 e ss. Concomitantemente, Coutinho de Abreu pugna por uma *terceira via interpretativa*: o preceito é imperativo, mas tão-só para as sociedades de tipo germânico ou dualista. Há que fazer apelo a uma interpretação restritiva desta norma. Já nas sociedades com a chamada organização tradicional ou de tipo monístico poderão os estatutos deixar aos sócios poderes em matéria de gestão social (373.º, n.º 2). Nas sociedades comerciais com estrutura orgânica de tipo germânico, o Conselho Geral e de Supervisão detém poderes de administração na sociedade e, uma vez que este órgão é eleito pelos acionistas, também estes participam na gestão da sociedade: não por via direta, mas por via do Conselho Geral e de Supervisão ("longa manus dos sócios"). Tal ideia resulta claramente do art. 442.º, n.º 1. Ora, se nas sociedades com estrutura dualística, os acionistas ou sócios participam na gestão societária, por meio desta intervenção indireta, porquê negar tal atribuição nas restantes? Demonstrando os argumentos subjacentes a tal interpretação, de ordem histórica, formal e substancial, bem como desenvolvimentos sobre as demais teses interpretativas, v. J. M. Coutinho de Abreu, (coord.), "Código das Sociedades Comerciais em Comentário", Vol. VI, 2.ª Edição, Almedina, 2019, pp. 20-25.

³⁰ Aqui se incluirão as matérias constantes das normas 11.º, n.º 2 e n.º 3; 29.º, n.º 1; 31.º, n.º 1; 35.º, n.º 1 e n.º 3; 74.º, n.º 2 e n.º 3; 75.º, n.º 1; 76.º, n.º 1, 2.ª parte; 85.º, n.º 1, 1.ª parte; 87.º, 91.º; 94.º; 100.º, n.º 2; 102.º; 103.º; 117.º-F; 120.º; 132.º, n.º 4; 133.º; 134.º; 141.º, n.º 1, al. b); 463.º, n.º 1; 464.º, n.º 1 e n.º 2; 142.º, n.º 3; 155.º, n.º 2; 161.º; 319.º, n.º 1, com a ressalva do n.º 3; 320.º, n.º 1; 344.º, n.º 1; 376.º, n.º 1, al. a) e b) (e 65.º, n.º 5 com o 68.º, n.º 1); 376.º, n.º 1, al. c) e d); 391.º, n.º 1; 393.º, n.º 3, al. d) e n.º 4; 425.º, n.º 1, al. b) e n.º 4; 398.º, n.º 3; 403.º, n.º 1; 419.º, n.º 1; 423.º-E, n.º 1; 399.º, n.º 1; 422.º-A, n.º 2, 440.º, n.º 2; 409.º, n.º 2, 412.º, n.º 1 e n.º 3; 415.º, n.º 1 e n.º 2; 423.º-C, n.º 1; 435.º,

estatutos ou, se assim o dispuserem.³¹ Detêm ainda os sócios, competência *legal residual*, alicerçada no art. 373.º, n.º 2 no segmento que dispõe “que não estejam compreendidas nas atribuições de outros órgãos”, bem como as competências “estatutárias permitidas por norma legal específica”.³² Na enumeração em causa prossegue o autor acrescentando ainda “as competências estatutárias permitidas em geral”³³, fundamentadas pelos arts. 373.º, n.º 2 – “matérias especialmente atribuídas pelo contrato” – e 405.º, n.º 1 – “Compete ao Conselho de Administração gerir as atividades da sociedade, devendo subordinar-se às deliberações dos acionistas (...) apenas nos casos em que a lei ou o contrato de sociedade o determinarem.” Isto é, aqueles casos em que cláusula estatutária prevê a necessidade da administração de uma sociedade anónima com sistema organizativo tradicional ou monístico obter, prévio ou posterior, consentimento para a deliberação, ou execução de determinado ato ou categoria de atos.³⁴

Cumulam-se com o leque de competências elencadas, ainda a competência de atuação a pedido do órgão de administração (arts. 373.º, n.º 3 e 406.º)³⁵, bem como a competência de atuação “implícita” ou “não escrita”.³⁶ Nesta incluir-se-á toda a competência não assente em norma

n.º 1; 438.º, n.º 2; 446.º; 455.º; 489.º, n.º 2 e n.º 3; 492.º, n.º 3; 496.º; 505.º e 506.º. V., Ricardo Costa, *A Administração da Sociedade PME...*, *ob.cit.*, p.25.

³¹ Assim sucede, por exemplo, com as matérias previstas nos arts. 12.º, n.º 2; 13.º, n.º 2; 329.º, n.º 1 (conjugado com o art. 328.º); art. 345.º, n.º 1, *in fine*, 350.º, n.º 1 e ainda com nos arts. 85.º, n.º 1, 2.^a parte com os arts. 456.º, n.º 1, n.º 3 e n.º 4. Ricardo Costa, *A Administração da Sociedade PME...*, *ob.cit.*, p.25.

³² V. arts. 11.º, n.º 4 e nº 5; 395.º, n.º 1; 425.º, n.º 1, al. b) e 429.º. Ricardo Costa, *A Administração da Sociedade PME...*, *ob.cit.*, p. 25.

³³ Ricardo Costa, *A Administração da Sociedade PME...*, *ob.cit.*, p.26.

³⁴ A este propósito fala-se de uma “lógica sequencial” entre o art. 373.º, n.º 2 e o art. 405.º, n.º 1. Isto é, o primeiro habilita os estatutos a preverem competências em matéria de gestão como competências próprias dos sócios acionistas – *habilitação prévia* –, ao passo que o segundo impõe um dever de obediência e vinculação a essas mesmas deliberações, adotadas de acordo com a previsão estatutária ou de acordo com disposição legal aplicável – *subordinação ulterior*. Ricardo Costa, *Os Administradores de Facto...*, *ob.cit.*, pp.253 e ss. Bem como, J.M. Coutinho de Abreu, *Governação...*, *ob.cit.*, p.53.

³⁵ Ricardo Costa, *A Administração da Sociedade PME...*, *ob.cit.*, p.27. Sobre as competências em causa cumpre realçar que relativamente a assuntos que possam revestir especial importância para a sociedade, o pedido de deliberação social, por parte da administração poderia constituir verdadeiramente um dever. Ricardo Costa fala, nestes casos, de um dever, decorrente do dever de diligência que impede sobre os administradores, na execução da relação administrativa, de “selecionar e submeter aos sócios a pronúncia sobre matérias de interesse estratégico para a sociedade”. Ricardo Costa, *Os Administradores de Facto...*, *ob.cit.*, p.253, n.537.

³⁶ Ricardo Costa, *A Administração da Sociedade PME...*, *ob.cit.*, p.28.

legal positivada, mas antes ancorada em princípio semelhante. Decisões que incidam sobre matérias de "importância equivalente (pelo menos) às decisões de alteração dos estatutos sociais, isto é, modificações relevantes e significativas da estrutura organizativa, da posição jurídica (em especial responsabilidades) e da consistência patrimonial da sociedade (e empresa social) e, dessa forma, no valor das participações e no estatuto dos sócios."³⁷ Diferentes conceções surgem a propósito da mencionada categoria de competências, no entanto, a tendência é de reconhecer como legítima e lícita a intervenção dos acionistas em tais matérias.³⁸ Ou seja, é o próprio legislador que reconhece a legitimidade e competência gestor-nárias dos sócios, quotistas e acionistas, estabelecendo simultaneamente qual o núcleo de matérias em que os mesmos estarão habilitados a decidir. No entanto, a verdade é que tal exercício de competências gestionárias encontra-se pensado para ser efetivado por via deliberativa.

Isto é, os dilemas, em matéria de responsabilidade, emergem quando somos confrontados por um dos seguintes cenários:

- a) A gestão empreendida pelos sócios, embora exercida por via deliberativa e dentro do núcleo de competências que a lei reconhece, ainda assim, não deixa de evidenciar a violação de determinados deveres – fundamentalmente o de lealdade, mas não só –, bem como, acarreta consigo danos à sociedade ou terceiros;
- b) Quando tal exercício advinha por canal extraorgânico, isto é, não seja antecedido ou posteriormente habilitado por deliberação social adotada para o efeito – o que, desde logo, afasta a convocação do

³⁷ Ricardo Costa, *A Administração da sociedade PME...*, *ob. cit.*, p.28. Ressaltam neste âmbito decisões que respeitem à venda de ativos patrimoniais, reestruturação de partes ou ramos das empresas exploradas, transmissão de participações sociais equivalentes à transmissão da empresa, aquisição de empresa com elevado passivo, prestação de fianças ou penhor, bem como de mútuos gratuitos, constituição de sociedade anónima unipessoal dominada e da subsequente relação de grupo. Ricardo Costa, *Os Administradores de Facto...*, *ob. cit.*, pp.270 e ss.

³⁸ De igual modo, ancorado na boa-fé, António Menezes Cordeiro, *SA: assembleia geral e deliberações sociais*, Almedina, Coimbra, 2007, pp.134 e ss., ou Pedro Caetano Nunes, *Dever de gestão dos administradores de sociedades anónimas*, Almedina, Coimbra, 2012, p.220 e ss., onde o autor pugna pelo "conjunto de competências não escritas do conjunto de sócios, assentes no caráter estrutural ou fundamental de determinadas medidas". João Dias Lopes, *Governo da sociedade anónima e negócios com acionistas de controlo*, in RDS, 2013, n.ºs 1 e 2, pp.162 e ss, fala a este propósito de "competências implícitas para atos que afetam de forma profunda a estrutura patrimonial da sociedade e os direitos sociais dos acionistas." e mais recentemente, Ana Perestrelo de Oliveira, *Manual de Governo...*, *ob. cit.*, pp. 106 e ss.

- já referenciado art. 58.º, n.º 3 –, mas ainda assim, se situe dentro do núcleo de competências gestionárias aos sócios reconhecidas. Ou seja, do ponto de vista procedural, a decisão é adotada por canal extraorgânico e do ponto de vista substancial, embora a decisão se insira no espectro de competências aos sócios atribuídas, o seu conteúdo é contrário aos deveres que lhes são impostos e, como tal, consequentemente ocasionadora de dano.
- c) Ou, por último, quando o sócio extravase o núcleo de competências referenciadas e, naturalmente, se encontrem verificados todos os demais pressupostos gerais da responsabilidade civil. Hipótese esta última que se subdivide no cenário de tal atuação ser direta por parte do sócio – há uma *apropriação e atuação diretas* do sócio – ou poderá ser resultado da influência exercida pelo sócio, mor das vezes, controlador, sobre o órgão administrativo-representativo.

O que nos leva à questão de saber, então, quais os contornos da ilicitude nesta matéria e quais os desvios que ditarão a convocação das diversas vias de responsabilização.

IV. Da ilicitude da gestão e da ilicitude da influência

Chegados aqui, importa sistematizar: a responsabilidade do sócio por exercício de poderes de gestão poderá advir dos casos em que o sócio atua dentro das competências que a lei lhe confere – seja esta atuação por via deliberativa, seja por via de ordens ou instruções diretas ao órgão administrativo-representativo – mas, de algum modo, tal atuação refletiu uma violação dos deveres a que se encontra adstrito, trouxe consigo dano social, bem como todos os demais requisitos da responsabilidade civil. E, um outro grupo de casos, em que o sócio extravasa por completo aquele núcleo de competências e matérias em que pode atuar e, por via direta ou por meio da sua influência – seja ela exercida por via deliberativa ou por meio de ordens ou instruções – provoca dano à sociedade, credores ou demais terceiros, desencadeando igualmente a sua responsabilização cível.

Importa definir onde residirá, portanto, a ilicitude da conduta dos sócios. Hoje é possível afirmar que o papel central no que ao governo societário diz respeito foi assaltado pela figura do sócio controlador, maioritário ou não, que gera ou influencia a conduta da administração, em proveito próprio e, mais das vezes, em detrimento dos interesses sociais remanescentes. Será no *proveitamento* referido, da posição social ocupada, que residirá a ilicitude da gestão e da influência exercidas.

Nem toda a gestão ou influência exercida sobre a administração social, oriunda dos sócios, se demonstrará ilícita, até porque tal influência poder-se-á denotar como exercida por via deliberativa, dentro dos poderes legitimamente reconhecidos aos sócios. Na verdade, o que foge aos contornos legais será tão-somente a gestão e influência exercidas em benefício próprio e prejuízo do interesse social ou interesses dos sócios minoritários ou não controladores e, danosa.³⁹ O legislador societário demonstra-se, como tal, anuente com o exercício de influência dos sócios sobre administradores ou gerentes, tolera tal realidade até ao momento em que a mesma provoque danos e, por tal via, desencadeie a aplicação do regime de responsabilidade civil.⁴⁰

Isto é, o legislador até poderá tolerar o exercício de gestão ou a influência dos sócios, por meio de canal não admitido para o efeito, isto é, por via extraorgânica, sem deliberação social habilitante para o efeito. No entanto, será o dano o *prius* da responsabilidade. E, uma vez constatado dano social, cumprirá indagar qual o derradeiro agente social que desencadeou tal prejuízo social.

E, é no contexto assinalado que importa distinguir entre os *shared benefits* e os *private benefits*. Como salienta Ana Perestrelo de Oliveira⁴¹, “muitos dos benefícios, associados ao controlo pertencem, na verdade, à sociedade como um todo, sendo partilhados, proporcionalmente às participações sociais”. São estes os benefícios partilhados – *shared benefits* – e que representam o ótimo social. Isto é, todos participam na vida e gestão sociais, na

³⁹ Ricardo Costa, *Sócios como Administradores de Facto das “suas” Sociedades...*, ob.cit., p.71: “Mas esse poder tem balizas para ser exercido, nomeadamente se se viola o campo legítimo de atuação do procedimento da assembleia e/ou ultrapassa o diafragma desse mesmo procedimento – não deve ser exercido abusivamente fora do respeito pelos instrumentos que a lei confere e em violação dos vínculos legais e estatutários de repartição de competências entre órgãos para cada um dos tipos; rectius (em vez de abuso), não deve esse poder ser exercido em violação da lei (e dos eventuais limites estatutários) que proíbem aquelas condutas”.

⁴⁰ “E, também aqui, o legislador societário, além de reconhecer, tolera esta situação, levando a doutrina a concluir que não existe uma proibição genérica de exercício de influência sobre o órgão de administração e que nem toda a influência é ilícita. Na verdade, o ordenamento jurídico apenas reage claramente ao exercício da influência do sócio sobre o administrador quando conduza à prática de um ato prejudicial, i.e., um ato que faça este último incorrer em responsabilidade para com a sociedade ou os restantes sócios – caso em que o influenciador será igualmente responsável. Como pertinente sublinha Teresa Anselmo Vaz, o legislador não responsabiliza o acionista controlador “pelo simples facto de utilizar a sua influência”” – Carolina Cunha, *Acordos Parassociais e Relações dos sócios com os administradores: Análise de algumas cláusulas frequentes*, in AB INSTANTIA, Ano III, n.º 5, 2015, pp. 82 a 86.

⁴¹ Ana Perestrelo de Oliveira, *Manual de Governo...*, ob. cit., p. 51.

estrita proporcionalidade da participação social da qual são proprietários, retirando identicamente e em proporção semelhante à mesma, benefícios, tendo simultaneamente custos em função de tal participação. Semelhante distinção podemos, desta feita, reconhecer no que concerne aos custos. A Autora começa por referenciar, desde logo, como custos partilhados aqueles que “diretamente resultam dos benefícios privados extraídos pelo controlador como sucede, v.g., na aquisição de bens à sociedade abaixo do seu valor de mercado.”⁴²

O problema emergente do exercício ilícito dos poderes de gestão pelos sócios encontra-se intrinsecamente conexo não só a extração dos já aludidos benefícios privados, mas particularmente com a extração dos mesmos e imposição simultânea de custos aos acionistas minoritários.⁴³ Assim, aos *extracted private benefits* contrapõe-se os *independently created private benefits*, ou seja, ao passo que, os primeiros envolvem necessariamente custos para os restantes sócios, os segundos embora traduzam proveitos para os sócios controladores, não compreendem tais imposições aos restantes acionistas.⁴⁴

Assim, a influência e controlo detidos por um sócio ou a gestão por este efetivada assumem especial relevância quando os mesmos se denotam como meios de atingir proveitos ou benefícios próprios, em detrimento dos interesses sociais e de interesses dos sócios minoritários, emergindo conflitos de interesses, quer entre administradores/acionistas, quer entre acionistas de controlo/acionistas minoritários. Mas, mais: o mero prejuízo social, em detrimento dos credores ou terceiros da sociedade, bastará para qualificar como ilícita a gestão ou influência exercidas, quando ostensivo de uma violação do dever de lealdade já abordado. Quando, movidos por interesses empresariais próprios, acionistas, mais do que quotistas, se servem do controlo detido, como veículo de obtenção de vantagens indivi-

⁴² Ana Perestrelo de Oliveira, *Manual de Governo...*, ob. cit., p.51.

⁴³ Adiante-se, inclusive, que foi precisamente a obtenção de tais benefícios privados, à custa dos sócios minoritários, que ditou o colapso financeiro constatado no término do século passado Na Europa, evidencia-se o caso *Parmalat*, no qual a sua origem “foi precisamente a concentração acionista e a obtenção de benefícios privados pelos sócios dominantes, para além da razão conjuntural constituída pelos incentivos à conivência dos *gatekeepers* com as fraudes contabilísticas”. Ana Perestrelo de Oliveira, *Manual de Governo...*, ob. cit., p.51.

⁴⁴ Adiantando distinções acrescidas a propósito dos benefícios em discussão, v. Ronald J. Gilson/Jeffrey N. Gordon, *Controlling controlling shareholders*, 152 U.Pa. L. Rev. (2003) 785-843. Autores que distinguem três modalidades de benefícios privados: os resultantes do exercício do poder de gestão sobre a sociedade, os emergentes da venda do controlo que detém ou ainda os benefícios do *freezing-out* dos acionistas controladores.

duais, poderemos, então, falar de ilicitude, por violação do referenciado dever. Podemos, portanto, concluir que a ilicitude residirá, por um lado, na violação do *dever de lealdade* que os mesmos apresentam para com a sociedade, mas também na violação dos *direitos sociais* dos demais sócios.⁴⁵

De um paradigma que somente conhecia a figura do sócio maioritário *vs* a figura do sócio minoritário, passamos hoje para um modelo societário que conhece também o sócio gestor, que intervém ativa e legitimamente na vida e decisões sociais, quer a sua participação seja maioritária ou não e o sócio gestor que intervém por via ilegítima no governo social, tendo fins ou interesses ilícitos, porque contrários ao *interesse social*, aos *direitos dos demais sócios* ou aos *direitos de credores e terceiros*. A propósito da *heterogeneidade dos sócios* ora descrita, Ana Perestrelo de Oliveira avança com uma categorização distinta, mas atendível igualmente.⁴⁶ Como assertivamente salienta a Autora, não podemos, atendendo à conjuntura jus-societária atual, pretender alcançar uma categorização universal, fechada e taxativa de sócios, em que uma qualificação exclui necessariamente uma outra.

Atualmente o prato da balança do governo societário tende para a regulação da posição e estatuto do sócio. E, nessa medida, a função hoje a reconhecer às regras de governo societário deverá passar incontornavelmente pelo estabelecimento de limites, que permitam a defesa dos sócios, mormente acionistas, face à administração, mas também pela delimitação da atuação legítima, que poderá ser reconhecida aos primeiros, a fim de criar um mecanismo de defesa dos minoritários, em face dos maioritários ou controladores. Só através da limitação pugnada poderá o modelo descrito lograr sucesso, quer da perspetiva do interesse social, considerado no seu conjunto, quer da perspetiva dos interesses dos sócios minoritários, considerados na sua individualidade, quer ainda da perspetiva de terceiros que com a sociedade se relacionem.

Destarte, numa época em que o governo societário surge protagonizado pelo sócio – *shareholder centric model* – a preocupação e os objeti-

⁴⁵ A propósito do tema, v. J. M. Coutinho de Abreu, *Curso de Direito Comercial...*, ob. cit., p. 301: “Ensejo, pois, para mais uma pergunta: impõe o dever de lealdade que os sócios tenham também em consideração os interesses extra-sociais ou particulares dos consócios (para além da hipótese há pouco vista)? Sim, em alguns casos, tratando-se de sociedade com forte estrutura personalística. Ou ainda, Ana Perestrelo de Oliveira, *Dos fundamentos dos deveres de lealdade dos acionistas...*, ob.cit., p. 82: “Em suma, a integração na sociedade cria uma ligação especial entre os sócios (e não apenas entre sócios e sociedade), importando um particular poder de influência sobre a esfera jurídica alheia, com a consequente imposição de um dever de prevenção de danos agravado em relação ao *neminem laedere* e, em determinadas hipóteses, deveres positivos provenientes do princípio da lealdade”.

⁴⁶ Ana Perestrelo de Oliveira, *Manual de Governo...*, ob. cit., p.50.

vos dever-se-ão traduzir na delimitação de tal protagonismo. Se primeiramente foram os acionistas de controlo que espoletaram o interesse nesta nova regulação, mais tarde, o mundo jus-societário apercebeu-se que também os minoritários – mormente as designadas minorias de bloqueio – poderiam interferir na vida e gestão societárias, provocando danos nas mesmas.⁴⁷

O sentido por nós perfilhado tem vindo a ser o de reconhecer um papel interventivo ao sócio, seja ele quotista ou acionista, fomentando o *empoderamento do sócio*. No entanto, há que igualmente fazer apelo aos limites ora referidos. E, na linha sustentada, não se demonstra como possível definir um limite mais adequado que não seja consequente responsabilização, associada aos poderes conferidos aos sócios. Isto é, sabendo que, ao contrário de outros tempos, o sócio pode vir a ser responsabilizado em termos

⁴⁷ Movimentos norte americanos pugnam no sentido do *shareholder empowerment* e a nível europeu fala-se da chamada *stewardship theory*. Esta última contrapõe-se à Teoria da Agência. Com a *stewardship theory* o foco é localizado no aspeto liderança: inicialmente seria o proprietário que o geriria o negócio e, quando este atingisse determinado nível de maturação, a gestão e, consequentemente, a responsabilidade seria movida para um gestor que cuidaria da sua organização. Transposta para o domínio societário, a *stewardship theory* representa um conjunto de regras de *soft law*, dirigido a investidores institucionais, delimitando as suas responsabilidades e formas de envolvimento sustentáveis dos mesmos nas sociedades investidas (*engagement*). No fundo, corresponde à versão europeia da *shareholder empowerment* norte-americana, no entanto mais centrada na questão da responsabilidade dos agentes do governo societário. A *stewardship theory* entrou na Europa pelas portas do Reino Unido, por via do *UK Stewardship Code*, promulgado pelo *Financial Reporting Council* em 2010, tendo sido revisto em 2012. Com o mote *comply or explain*, buscou fomentar o envolvimento ativo e sério dos gestores de ativos nas empresas, com vista ao retorno, a longo prazo, dos acionistas. Em Portugal, dirigindo-se à mesma regra *comply or explain* encontramos o Código de Governo das Sociedades, de 2018, revisto em 2020, no qual é possível ler “*Sem assumir carácter injuntivo, o Código procura induzir nas sociedades práticas que se revelem conformes com as orientações que, no plano nacional e internacional, são reconhecidas como de bom governo: neste sentido, o Código constitui, por um lado, um complemento à ordem jurídica e, por outro, um guia de bom governo societário.*” – preâmbulo à 1.^a edição. Mais recentemente salienta-se a Lei n.º 50/2020, de 25 de agosto, que transpõe a Diretiva (UE) n.º 2017/828 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 17 de maio de 2017, relativa a direitos dos acionistas de sociedades cotadas no que concerne ao seu envolvimento a longo prazo. Como se demonstra facilmente perceptível, novos valores constituem a preocupação societária atual. A presente proposta demonstra-se assente, nomeadamente, nos valores da comunicação, da informação, da efetiva participação e envolvimento e, da transparência. Este último é, inclusive, patente no considerando 4), no qual se pode constatar, nomeadamente, a preocupação com a real identificação dos acionistas. Todas as medidas de fundo visam, em último termo, evitar os conflitos de interesse, emergentes das relações societárias, mormente os fenómenos de “*short termism*”. Ana Perestrelo de Oliveira, *Manual de Governo...*, ob.cit., p.25.

equiparáveis ao administrador ou gerente pelas suas ações, a cautela que imprimirá nas suas condutas será certamente acrescida. Alargar as hipóteses e vias de responsabilização dos sócios só tende a ser vantajoso para os interesses de todos os envolvidos no comércio.

Concluindo, a ilicitude da atuação do sócio em matéria de gestão parte da dicotomia *"aproveito vs detimento dos demais agentes sociais"*. Não é o simples facto da atuação do sócio se desviar do já analisado núcleo de competências que lhe está reconhecido que será bastante para fundar a sua responsabilização. Ao invés, esta depende outrossim do referenciado aproveitamento, seja ele verificado em virtude de uma atuação dentro núcleo de competências em causa, seja em virtude de uma atuação que extravase essas mesmas atribuições. Ora, o que diferirá será, então, a via de responsabilização.

Das hipóteses tradicionais de responsabilização destacam-se a aplicação do art. 58.º, n.º 3, a qual se revela bastante limitativa, desde logo, dada a sua inaplicabilidade nos casos em que a atuação do sócio não provenha do exercício do direito de voto, mas sim de uma atuação direta e, a desconsideração da personalidade jurídica. Também esta, no entanto, revela-se de parca aplicabilidade transversal no domínio da responsabilização do sócio. Além de limitada a um circunscrito grupo de casos, a figura de construção doutrinal tem vindo a ser residualmente canalizada e aplicada pela jurisprudência pátria, sendo vista com a *ultima ratio* das vias de responsabilização.⁴⁸ Ou seja, quando tudo o demais se demonstrar inaplicável ou desadequado, a desconsideração será chamada à colação. O que, nos leva inevitavelmente a questionar: o que é tudo o demais?

A qualificação e consequente responsabilização enquanto administrador de facto; a convocação do art. 80.º do CSC quando os poderes de gestão do sócio sejam pelo mesmo exercidos diretamente ou, a aplicação do art. 83.º, n.º 4 quando tal advenha do exercício de uma influência dominante sobre o órgão administrativo-representativo demonstram-se as

⁴⁸ Entre muitos, v. nomeadamente Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de junho de 2019, proferido no âmbito do processo n.º 446/11.9TYLSB.L1.S1, onde foi relatora Exma. Sra. Dra. Juíza Conselheira Graça Amaral: "O recurso ao instituto do levantamento da personalidade coletiva é de carácter subsidiário, só assumindo cabimento caso não exista outro fundamento legal que invalide a conduta desrespeitosa.;" Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 9 de maio 2019, proferido no âmbito do processo n.º 1669/14.4TBSTS.P1.S2, onde foi relator Exmo. Sr. Dr. Juiz Conselheiro Ilídio Sacarrão Martins e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 7 de novembro de 2017, proferido no âmbito do processo n.º 919/15.4T8PNF.P1.S1, onde foi relator Exmo. Sr. Dr. Juiz Conselheiro Alexandre Reis, neste último aplicando o expediente doutrinal visado.

vias que entendemos como aplicáveis, em primeira linha, em matéria de responsabilização dos sócios.

V. A responsabilização por meio da qualificação como administrador de facto

Seja por via de atuação direta no domínio da gestão societária – “administrador de facto direto ou na primeira pessoa”⁴⁹ –, seja por via indireta, mediante a instrução e manipulação do órgão administrativo-representativo – “administrador de facto indireto, por interposta pessoa ou na sombra”⁵⁰ –, a verdade é que reunido um conjunto de condições, que atendem à dimensão da sociedade, ao seu número de sócios, à posição social relativa de cada um deles e à participação efetiva nos destinos sociais, o sócio que se imiscui ilegitimamente na administração societária poderá ser qualificado como administrador de facto, submetendo-se, por tal via, ao regime de responsabilidade civil estatuído para os administradores de direito, deixando de estar no âmbito da impunidade.

A capacidade de deter uma influência determinante no domínio social pode advir de diversificadas fontes, não tendo de passar, obrigatoriamente, pela detenção da maioria do capital social pelo sócio.⁵¹ Atento tudo o que temos vindo a despender, poder-se-á concluir que, uma vez detendo a possibilidade de atuar ao nível da gestão social e/ou de influenciar a conduta e atuação administrativa da empresa social, o sócio que apresente tal condição demonstra-se como um sujeito facilmente reconduzível à figura de administrador de facto. E, nessa medida, dever-se-á considerar que o primeiro pressuposto para que um sujeito seja qualificado como administrador de facto será, portanto, a atuação *real e positiva* no domínio da administração societária, sem título formal para o efeito – ou porque nunca o deteve, ou porque denota tal atuação depois de extinto, caduco ou suspenso o título formal de investidura orgânica ou ainda, porque o mesmo é nulo.⁵² No entanto, a mera intervenção em matéria de gestão/administração, quer por via direta, que por via da influenciação, não se demonstra como suficiente para concluir pela presença de um administrador de facto. Atestada tal ingerência nas competências próprias e exclu-

⁴⁹ Ricardo Costa, *Os Administradores de Facto...*, *ob. cit.*, pp.648.

⁵⁰ Ricardo Costa, *Os Administradores de Facto...*, *ob. cit.*, pp.648.

⁵¹ Neste sentido, cfr. também Fabrizio Guerrera, *La responsabilità «deliberativa» nelle società di capitali*, Giappichelli, 2004, p. 122 e ss.

⁵² Ricardo Costa, *Os Administradores de Facto...*, *ob. cit.*, pp.646 e ss.

sivas do órgão administrativo-representativo, por parte de um sócio ou terceiro, estaremos perante um potencial administrador de facto, a comprovar, mediante a verificação de um conjunto adicional de pressupostos, necessariamente cumulativos, que nos permitirão chegar à categoria administrador de facto jussocietariamente relevante.⁵³ Só a passagem e comprovação de todos os requisitos visados poderão suprimir a falta de título e legitimação formais, por via da legitimação material, passando o sujeito em discussão – sócio ou terceiro –, então, a dispor de um título executivo funcional que, permitirá “a constituição de uma relação orgânica com a sociedade e sua equiparação tendencial ao administrador de direito.”⁵⁴

Assim sendo, concomitantemente aos pressupostos primeiros que nos permitem chegar à qualificação de um sujeito como administrador de facto – o negativo: omissão de um título de investidura orgânica formal válido e eficaz; e o positivo: atuação positiva no círculo e núcleo de funções próprias da administração gestionária –, toda a mencionada atividade terá de revestir uma caracterização que permitirá que, naquele caso, aquele terceiro ou aquele sócio possa ser reconduzido à categoria de administrador de facto, tendencialmente equiparável a um administrador de direito. Isto é, não basta a mera proximidade de funções, é necessária que tal intervenção na gestão ou administração da empresa social se desenvolva com a designada “intensidade qualitativa”.⁵⁵ Ou seja, que vise a decisão em matérias consideradas como de alta direção. Acresce que, tal atuação ter-se-á de demonstrar desenvolvida com a autonomia que é legitimamente reconhecida, por norma, a um administrador. Trata-se, portanto, aqui do pressuposto que exige “o exercício da administração gestionária com a autonomia decisória que é própria dos administradores de direito”, ou seja o administrador de facto “terá de dispor de um poder soberano, ilimitado e pleno”⁵⁶ na sua atuação. Esse poder terá de traduzir-se, em última análise, numa atuação à qual é inerente um poder equivalente ao do administrador de direito enquanto tal – “intensidade da política estratégica e global”.⁵⁷ Ademais, a atuação do sujeito potencialmente qualificável como administrador de facto terá de ser demonstrar revestida da “intensidade quantitativa”⁵⁸. Isto é, tal atuação terá de se denotar como sistemática e continuada, ou ainda

⁵³ Ricardo Costa, *Responsabilidade civil societária dos administradores de facto*, Temas Societários, Colóquios n.º 2 – IDET, Almedina, Coimbra, 2006, pp. 29, n. 4; 31, n.5; 39, n.12.

⁵⁴ Ricardo Costa, *Sócios como Administradores de Facto das “suas” Sociedades...*, ob.cit., p.46.

⁵⁵ Ricardo Costa, *Os Administradores de Facto...*, ob. cit., pp.732 e ss e 745 e ss.

⁵⁶ Ricardo Costa, *Os Administradores de Facto...*, ob.cit., pp. 782 e ss.

⁵⁷ Ricardo Costa, *Os Administradores de Facto...*, ob. cit., pp.782 e ss.

⁵⁸ Ricardo Costa, *Os Administradores de Facto...*, ob.cit., p. 829 e ss.

que, excepcionalmente possa ser esporádica, desde que expressiva o suficiente para alcançar a qualificação de administrador de facto. Por último, impõe-se, a aceitação ou tolerância da sociedade – nas pessoas dos seus sócios e/ou administradores de direito – da conduta empreendida por este sujeito não formalmente habilitado para o exercício de funções administrativas mas, que ainda assim, as executa materialmente.

Idêntico grau de exigência se constata relativamente à categoria do administrador de facto indireto. Assim sendo, a exigente passagem pelo crivo dos pressupostos elencados demonstra-se igualmente necessária, a fim de qualificar um sujeito como administrador de facto indireto. E, nessa medida, a influência, caracterizadora destes sujeitos, dever-se-á demonstrar como destinada a atos da já aludida “alta direção” dos administradores de direito, influência esta que dever-se-á demonstrar, de igual modo, como verdadeiramente estranguladora da autonomia dos administradores de direito, de modo a que, não estejamos perante um plano meramente sugestivo ou consultivo, mas de ordem e injunção, condicionando totalmente a autonomia, liberdade e poder decisório dos titulares do órgão administrativo-representativo e, de modo, a que a regra seja o “acatamento habitual e sistemático” por parte destes.⁵⁹

Quando atestadas todas as condições ora explanadas estaremos, então, perante um sujeito que ocupa uma posição que, materialmente, o habilitará e sujeitará ao regime de responsabilidade civil estatuído para os administradores de direito. Podemos, então, falar nestes casos da tendencial equiparação entre agentes, seja por via da apropriação e realização direta e efetiva de atividades ou funções positivas de gestão ou administração, seja por via da influência decisiva exercida sobre os sujeitos que, formalmente e de direito, detêm tais incumbências.⁶⁰

⁵⁹ Ricardo Costa, *Os Administradores de Facto...*, ob.cit., pp.778 e ss.

⁶⁰ Categoria semelhante encontramos, por exemplo, estabelecida na dogmática italiana, a propósito da aludida ingerência ilegítima ou ilícita em matéria de gestão: o sócio abusivo ou tirano. A este propósito v., Dario di Gravio, *quando l'amministratore di fatto ed il socio occulto, sovrano e tiranno sono la stessa persona*”, Dir.fall., 1995, pp.746 e ss. e Francesco Ferrara Jr./Francesco Corsi, *Gli imprenditori e le società*, 11.^a ed., Giuffrè Editore, Milano, 1999, p.584. Já na esteira alemã, aditivamente aos pressupostos já elencados, parte da jurisprudência e doutrina pugnam pela exigibilidade de uma aparência da qualidade de administrador. O próprio BGH, em 2002, fixou o princípio segundo o qual “*para a responsabilidade de um sujeito como administrador de facto, nos termos do §43 II GmbHG não basta que este influencie internamente os administradores: é necessário que externamente pratique atos associados à administração*”. – BGH 25 de fevereiro de 2002. Também na Alemanha, a qualificação de um sujeito como administrador de facto está dependente do mesmo se demonstrar uma pessoa singular, na decorrência da obrigatoriedade de o administrador ter de ser uma pessoa singular com capacidade jurídica plena. Parece-nos, todavia, que

No entanto, a cumulação requerida revela-se exigente e rigorosa e, nem sempre é passível de ser atestada, mesmo estando perante uma gestão ou influência ilícita exercida pelo sócio. Isto porque, a qualidade de administrador de facto requer, desde logo, determinado grau da intensidade da influência/administração empreendida que, nem sempre é possível constatar. Ou seja, nem sempre a influência ou ação exercidas permitem afirmar que a administração daquela sociedade já não pertence aos seus administradores de direito, mas a estes outros agentes que se apropriaram de tais competências.

Acresce que, como salienta Ana Perestrelo de Oliveira, não será "administrador de facto aquele que exerce o poder de influência sobre a sociedade no âmbito dos poderes de que é titular enquanto sócio, assim se excluindo, à partida, do universo da administração de facto um conjunto alargado de situações que se encontram abrangidas pelas competências dos sócios."⁶¹ Ou seja, no domínio das competências de gestão próprias do sócio, quando verificada conduta ilícita, não podemos afirmar que existe uma *apropriação*, seja por via direta, seja por via da influenciação, das competências próprias do órgão administrativo-representativo. O sócio, nestes casos, atua dentro do domínio e limites da gestão que a lei lhe reconhece como própria, no entanto, fá-lo ilicitamente. Não existindo tal apropriação ou imiscuição no âmago de competências próprias e exclusivas da administração, a responsabilização como administrador de facto revelar-se-á frustrada, porquanto as decisões tomadas são-no dentro do núcleo reconhecido aos sócios.

Faltando algum dos pressupostos elencados de legitimação material que permite suprir a carência de um título de investidura orgânica, a qualificação do sócio gestor como administrador de facto está condenada ao fracasso. E, como tal, cumpre chamar à colação alguns dos demais expedientes jus-societários que nos permitirão efetivar tal responsabilização, como é o caso da norma contida no art. 80.º.

Ora, anteriormente à análise que se impõe, demonstra-se imprescindível esclarecer que a convocação do art. 80.º, nos termos que formularemos, para a responsabilização do sócio gestor não se demonstra como norma fundamentadora da responsabilidade civil do administrador de

tal entendimento não deve merecer, entre nós, acolhimento. Além dos legítimos meios de controlo da administração exercida por pessoa coletiva, negar a qualificação como administradoras de facto a estas revelar-se-ia uma incomensurável, desproporcionada e injustificada vantagem quando analisado o regime destinado a pessoas singulares nas mesmas circunstâncias e, naturalmente, conduziria à fuga para a personalidade jurídica coletiva, a fim de contornar uma eventual responsabilização a este título.

⁶¹ Ana Perestrelo de Oliveira, *Grupos de sociedades e deveres de lealdade...*, ob. cit., p.561.

facto. Isto é, não partilhamos da ideia de que o art. 80.º seja fundamento do regime ora descrito. Outrossim, o que reconhecemos é que, por vezes, a passagem pelo crivo dos pressupostos de legitimação material, que nos permitirá a *equiparação tendencial*, não é lograda e, nem assim, dado o grau de ilicitude em causa deverá tal agente deixar de estar submetido às regras da responsabilidade civil. Pelo que, o art. 80.º demonstra-se como sucedâneo ou alternativo ao regime do administrador de facto e não como seu fundamento quando estejamos perante um sócio a quem sejam confiadas funções de gestão. Tanto assim é que, embora o regime do administrador de facto se demonstre mais exigente de comprovação do que aquele que defendemos para o art. 80.º, a verdade é que o primeiro se demonstra extensível a um âmbito subjetivo de aplicação muito mais vasto do que o segundo, o qual limitaremos à figura do sócio gestor *legítimo* ou *ilegítimo*, mas direto em ambos os casos. A questão será, a final, a de saber quando é que são *confiadas funções de gestão* ao sócio visado.⁶²

⁶² Maria de Fátima Ribeiro afirma que “o artigo 80º alarga o alcance das disposições respeitantes à responsabilidade dos gerentes ou administradores a “outras pessoas a quem sejam confiadas funções de administração”, acrescentando a expressão “a quem sejam confiadas funções de administração” faz pressupor um ato de vontade de alguém que se encontra legitimado, excluindo-se possibilidade de essas funções serem espontaneamente assumidas ou tomadas por essas outras pessoas. Mais defende que “o abandono de uma interpretação declarativa do artigo 80º do CSC poderia permitir abranger na sua letra estes últimos casos, mas isso apenas será possível se eles puderem ser contidos no seu espírito”. Conforme defenderemos no ponto V. Acrescenta ainda que, na hipótese de o administrador de facto ser um sócio, “não repugna assumir tal conteúdo, pois se o preceito responsabiliza o sócio/gerente de facto em situações em que a este, de algum modo, as funções de administração foram “confiadas”, por maioria de razão deverá responsabilizá-lo nas situações em que o sócio assumiu tais funções por sua própria iniciativa, quantas vezes para tentar precisamente iludir os preceitos que estabelecem a responsabilidade do gerente de direito”. Maria de Fátima Ribeiro, *A tutela dos Credores da Sociedade por Quotas...*, ob.cit, pp. 468-470. J. M. Coutinho de Abreu e Elisabete Ramos reconhecem pouca utilidade ao preceito no que concerne aos administradores de facto, na medida em que, aos administradores aparentes sem qualquer título ou aos administradores na sombra não foram “confiadas” funções de administração, sendo insuficiente nomeadamente para responsabilizar o administrador de facto indireto. J. M. Coutinho de Abreu, Elisabete Ramos, *Responsabilidade Civil de administradores e de sócios controladores (Notas sobre o art. 379.º do Código do Trabalho)*, Miscelâneas n.º 3 – IDET, Almedina, Coimbra, 2004, p. 45. No entanto, relativamente a estes últimos (administradores de facto indiretos), a verdade é que excluímos identicamente a sua submissão ao art. 80.º, devendo outrossim, ser responsabilizados por força do art. 83.º, n.º 4, conforme o demonstraremos. A propósito da questão de saber se foram ou não confiadas funções de administração, v. ponto VI com a proposta de interpretação extensiva. Por último, Ricardo Costa, *Administrador de Facto e o artigo 80.º do CSC*, in E Depois do Código das Sociedades Comerciais em Comentário, Almedina, 2016, pp. 240-241: “Claro que a norma não deixa de ser um afloramento no

VI. A responsabilidade do art. 80.º do CSC

Sendo confiadas funções de gerência aos sócios, ainda que num plano meramente consultivo, de consentimento ou deliberativo, e não executório, deverá também a correspondente responsabilidade ser-lhes aplicada. Sendo tais funções e atribuições fundadas em lei ou estatutos, sendo-lhes confiadas tais competências, a via de responsabilização que nos assemelha como aplicável é a vertida no art. 80.º. Admitindo como lícita a atuação dos sócios em matéria de gestão, demarcada nos termos *supra* enunciados, há que concluir que também aos sócios são confiadas funções de gestão e, nessa medida, e partindo da premissa legal “a outras pessoas a quem sejam confiadas funções de administração”, a outra solução não poderemos chegar que não seja o chamamento do regime estatuído pelos arts. 72.º a 79.º, a fim de os responsabilizar nos mesmos termos.⁶³ Assim, sócio gestor será: 1) todo o sócio, quotista ou acionista; 2) controlador ou não; 3) que intervenha no governo societário; 4) fundamentando a sua intervenção em disposição legal ou estatutária habilitante ou na natureza das decisões a adotar; 5) e ao qual se aplicará o regime da responsabilidade civil previsto para os administradores, por força do art. 80.º. Note-se que o preceito normativo visado aplicar-se-á ao sócio gestor (legítimo ou ilegítimo, conforme veremos). O âmbito subjetivo do preceito é, então, estabelecido como sendo os sócios gestores, sendo neste que revela verdadeiramente o seu sentido útil.⁶⁴

CSC da figura e da responsabilidade de (alguns) sujeitos que podem ser qualificados como administradores de facto. Mas não de todos – é forçado entender que «foram confiadas funções de administração» a espécies (ou subespécies) de administradores de facto, nomeadamente as funções *realmente exercidas sem qualquer ato de designação ou depois de extinto, caduco ou suspenso o título e por quem as exerce indiretamente (nomeadamente sob a forma oculta) através dos administradores de direito*. O art. 80.º, em parte, até poderia ser útil, mas não é manifestamente para o efeito suficiente no que respeita a uma grande parte dos administradores de facto – o que não abona à sua posição *internormativa* na sistemática da responsabilidade civil societária”.

⁶³ Também no sentido perfilhado, Ricardo Costa, *Os Administradores de Facto...*, ob. cit., pp. 978 e 979.

⁶⁴ Ricardo Costa, *Administrador de Facto e o artigo 80.º do CSC...*, ob.cit., pp. 237-239. Sobre o âmbito de aplicação subjetivo do art. 80.º, refere o autor: “Porém: a) se estivermos a aludir aos gerentes ou administradores-encarregados especiais (delegação estrita ou imprópria) ou aos administradores delegados ou da comissão executiva (delegação típica ou própria), a sua qualidade de administradores e a atuação administrativa legalmente imputada (arts. 261.º, n.º 2, 407.º, n.os 1, 3) é o bastante para os sujeitar à *responsabilidade própria da e pela administração*; b) se estivermos a aludir a terceiros não administradores a quem sejam confiadas funções de gestão (trabalhadores assalariados/subordinados, particularmente diretores gerais e diretores sectoriais incluídos nos quadros superiores

Deste modo, e sustentados no mote *com grandes poderes vêm grandes responsabilidades*, concluímos pela aplicabilidade dos arts. 72.º a 79.º, *ex vi*, do art. 80.º ao sócio gestor. Ou seja, o sócio que atue em matéria de gestão, por canal deliberativo ou não, mas circunscrito às competências que lhe são confiadas, mas ainda assim, a sua conduta não deixe de evidenciar uma materialidade reflexa do *aproveitamento próprio* em *detrimento dos demais agentes sociais* será responsabilizado como se de um administrador de direito se tratasse (arts. 72.º a 79.º), por força da função habilitadora que reconhecemos ao art. 80.º para o efeito.

que não fazem parte do órgão de administração, “gerentes de comércio”, mandatários e/ou procuradores, empresários, singulares ou coletivos, com funções auxiliares em áreas sectoriais das empresas exploradas pela sociedade, agentes comerciais, etc.), (...) a sua atuação e os direitos e obrigações entre eles e a sociedade deve ser vista à luz das regras dos respetivos negócios e contratos (procuração, mandato, trabalho, agência, etc.) e a sua responsabilidade, em regra, deve ser averiguada de acordo com os pressupostos da responsabilidade civil negocial (na relação com a sociedade) e extranegocial (nos ilícitos que afetam terceiros). Só não será assim se for o caso de, considerando essa “qualidade de relação” com a sociedade – como lhe chamo – e um grau suficiente de independência e intervenção na “alta direção”, poderem ser responsabilizados como administradores de facto – e, como veremos, se assim for, poderia ser convocado o art. 80.º, mas só para *quem o veja como norma de responsabilização dos administradores de facto* a quem «foram confiadas funções de administração».” Acrescenta o mesmo autor, a p. 243: “Aplicar-se-á o art. 80.º em primeira linha ao sócio na função de gestor (...)”, adiantando “Ou seja, quando a lei e/ou os estatutos atribuem ao(s) sócio(s) – enquanto titulares do órgão deliberativo-interno e não enquanto administradores, mesmo que acumulem o ofício – poderes de administração e de gestão empresarial, em especial ou em geral (desde que legitimamente exercidos fora da órbita de possível administrador de facto).” (p. 244). Este último entendimento tendemos a concordar parcialmente com o autor, na medida em que a convocação do art. 80.º se dá, segundo o entendimento ora sufragado, sim quando os poderes são exercidos fora da órbita da possível administrador de facto, no entanto tendemos a alinhar na sua convocação não só quando os poderes sejam legitimamente exercidos, como também quando o sócio entre no domínio da ilegitimidade. Sem que com isso se concretize o *perigo* a que alude o autor ora citado: “Este é o perigo nuclear que importa evitar: ser o art. 80.º a válvula que permitiria dispensar a *necessária qualificação (ou reconhecimento legal) do administrador de facto*, nomeadamente naquelas hipóteses em que houve ou ainda há relação ou ligação do sujeito a qualificar com a sociedade (um sócio “controlador”, um diretor geral com amplas atribuições, um procurador geral com poderes ilimitados, um administrador que renunciou, os administradores do banco credor que influencia, etc.).” Ricardo Costa, *Administrador de Facto e o artigo 80.º do CSC...*, *ob.cit.*, p. 242. Exemplificativamente, na nossa opinião não é por um sócio esporadicamente (e por isso não sujeito ao reconhecimento como administrador de facto por omissão de um dos pressupostos de legitimação) se imiscuir e atuar diretamente em matérias próprias do órgão administrativo-representativo que deverá deixar de ser responsabilizado. A entrada no domínio da ilegitimidade, quando não permita a aplicação do regime da administração de facto, deverá, no limiar mínimo, legitimar a ponderação do art. 80.º enquanto canal habilitante de responsabilização.

No entanto, a temática da responsabilização convida a considerações mais profundas quando pensamos não no sócio *gestor*, cuja solução é a já avançada, mas quando o sócio acaba por se demonstrar um sócio *gestor ilegítimo*, porque extravasa o núcleo de competências sobre as quais tem poder de influir e subsequentemente entra no domínio da ilicitude – temos, então, uma gestão ou influência ilícita e, naturalmente, geradora de dano. Geradora de dano, porque não bastará que o sócio atue ou influencie a atuação do órgão administrativo-representativo fora das competências que a lei ou estatutos lhe reservam, conforme já referenciado. A partir desta atuação que extravase tais limites teremos indubitavelmente de ter a ela associado um dano: dano social, dano aos interesses dos sócios, credores ou outros terceiros.

Assim, e levantando já a ponta do véu cumpre, desde já, salientar que, para a cabal compreensão da posição firmada, na presente sede, há que proceder à distinção entre sócio *gestor legítimo* – habilitado para o exercício de funções gestionárias, as quais desempenha nos limites já desenhados, e a quem será aplicado o regime da responsabilidade civil dos administradores, por força do art. 80.º, nos casos em que tal gestão se venham a demonstrar ilícita, porque patenteadora de um aproveitamento próprio – do sócio *gestor ilegítimo* – quer nos casos em que reúna todos os pressupostos para que possa ser reconhecido como administrador de facto da sociedade e responsabilizado por esta via ou ainda, nos casos em que tais pressupostos de verificação do administrador de facto não encontram total preenchimento e, em tal decorrência, terá de ser submetido a uma responsabilização distinta.

O que derradeiramente nos questionamos agora é se o art. 80.º apenas de demonstra canalizável nos casos em que estejamos perante um sócio *gestor legítimo*, o qual atua dentro dos limites legais ou estatutários que lhe estão cedidos em matéria de gestão ou se também tal normativo é passível de ser convocado quando a ilicitude da atuação se reporte não só ao resultado da mesma, mas também e fundamentalmente à matéria sobre a qual incidiu a decisão, conduta ou atuação direta daquele sócio, porque fora dos referenciados limites. Isto porque, a lei é clara ao postular que a responsabilização por via do art. 80.º é aplicada a todos a que *sejam confiadas funções de administração*. Se relativamente ao sócio *gestor legítimo* poderemos afirmar que é o próprio legislador que lhe confia tais incumbências – diretamente ou habilitando os estatutos para o efeito, relativamente ao sócio *gestor ilegítimo* tal não sucede. Relembremo-nos que este atua extravasando as matérias para as quais se encontra apto, legal ou estatutariamente, a decidir.

Pelo que, urge questionar: Qual o sentido a conferir ao segmento normativo *“a quem sejam confiadas funções de administração”*? A confiança aqui surge somente como reportada aos casos em que tal atribuição de competências seja legal ou estatutariamente conferida ou, ao invés, trata-se aqui de uma percepção lata do segmento normativo *“confiança”*, aplicável também aos casos em que o sócio atue com a tolerância da sociedade nas visadas matérias, as quais extravasam o domínio que lhe seria legítimo?

Inclinamo-nos veemente para a segunda opção. Quando afirmamos que administradores e demais sócios detêm conhecimento, que toleram e permitem que aquele sócio atue em domínios de gestão, então, estaremos simultânea e implicitamente a reconhecer que a este último são confiadas funções de gestão pelos demais agentes sociais. Aliás, a ideia de a inatividade, passividade ou tolerância dos demais atores sociais contribuir para a responsabilização do agente que atue na esfera gestionária não é nova. Se pensarmos no pressuposto de legitimação material da tolerância da sociedade para a qualificação de um agente como administrador de facto já analisado, concluímos que também aqui esta condescendência culmina na responsabilização do visado agente.

Equivale o exposto a reconhecer, como tal, que quando o sócio atue diretamente na esfera gestionária da sociedade, seja por canal admitido para o efeito ou por canal extraorgânico, quer esta atuação incida sobre matérias que a lei ou estatutos sociais lhe reconhecem como próprias ou em matérias que extravasam tal núcleo, havendo ilicitude – traduzida no aproveitamento próprio em detrimento de demais agentes sociais – e, subsequentemente, dano, então, ver-lhe-á aplicado o art. 80.º porquanto, seja explícita ou implicitamente, aquelas funções de gestão são-lhe confiadas pelo legislador, estatutos ou demais sócios. Em tal decorrência, ficarão o sócio gestor *legítimo* e o sócio gestor *ilegítimo* submetidos ao regime da responsabilidade civil previsto para os administradores de direito, ou seja, aos arts. 72.º a 79.º.

No entanto, a verdade é que nem toda a gestão protagonizada pelos sócios advém de uma atuação direta por banda destes. Na verdade, não raras as vezes, o sócio, tendo como alicerce o peso do seu estatuto ou preponderância sociais influencia o órgão primeiro competente em matéria de gestão – o órgão administrativo-representativo. Traduzindo-se, como tal, esta numa gestão *indireta* e não, ao contrário da ora analisada, numa gestão *direta*. Pelo que, sem prejuízo do exposto, importa igualmente atender aos meios de responsabilização do sócio perante este cenário de influência sobre o órgão administrativo-representativo.

VII. A responsabilidade pela influência do art. 83.º, n.º 4 do CSC

Tivemos já oportunidade de desenvolver a qualificação do sócio como administrador de facto indireto, ou seja, quando a atuação deste advenha não de forma direta, mas sim pro meio da influência exercida sobre o órgão primeiro em matéria de administração. No entanto, e não obstante o que ficou dito, outra norma assume particular relevo quando atentamos na responsabilização de um agente societário por força da influência exercida: o art. 83.º, n.º 4. Uma e outra via de responsabilização não se confundem nos seus pressupostos, finalidades e fundamentos, embora à semelhança do que ocorre outros expedientes jussocietários ou civis, possam eventualmente ser cumuladas.⁶⁵

O dano é um aspecto que assume especial relevância quando atentamos na atuação dos administradores, que enquanto titulares do órgão administrativo-representativo da sociedade, têm o poder e dever de atuar em nome da sociedade. São eles que projetam a imagem da sociedade para fora e atuam em seu nome. Pelo que, nos casos visados pela norma em apreço, o dano terá de partir de um ato ou omissão deste órgão, ainda que influenciado pelo órgão deliberativo-interno.

Todavia, a formulação genérica da responsabilidade dos administradores, prevista no art. 72.º, n.º 1 conjuntamente com a *business judgment rule*, prevista no n.º 2 do mesmo preceito, parece deixar para segundo plano o pressuposto do dano. Aliás, o último normativo vem excluir a responsabilidade em certas situações e verificados determinados requisitos, mesmo que tenha ocorrido dano.

⁶⁵ Distinguindo a figura do sócio influenciador do art. 83.º da figura do administrador de facto (indireto), v. Ricardo Costa, *Os administradores de facto das sociedades comerciais...*, *ob. cit.*, pp. 234 e ss. e ainda do mesmo autor, *Sócios como Administradores de Facto das "suas" Sociedades...*, *ob.cit.*, pp. 117 e ss. O autor realça que "... a tutela do art. 83.º, n.º 4 não exigirá tanto como se poderá (e urgirá) demandar à identificação e à caracterização juridicamente relevante da administração de facto: (i) a atuação e o voto do sócio através de deliberações gestionárias lícitas (na relação interorgânica, sem administração de facto) são veículo para a influência sancionada no art. 83.º, desde que haja ilicitude (independentemente da tomada em si da deliberação) no ato ou omissão determinados (por imposição ou autorização) ao administrador ou gerente; (ii) os meros conselhos, recomendações e pareceres contam para a determinação do comportamento do administrador⁴ que se fiscaliza no art. 83.º; (iii) a influência do art. 83.º, n.º 4 não está restringida a atos de maior dignidade na dicotomia essencial "alta direção" vs "direção corrente"; (iv) a influência não tem de ser sistemática e habitual, basta ser pontual e episódica".

De facto, na responsabilidade civil, o dano é o “*prius*”⁶⁶, uma vez que atendendo à sua função reparatória pressupõe sempre uma comparação entre um estado real e um estado hipotético em que se estaria sem o dano.⁶⁷ Apurar qual o dano relevante, qual o dano indemnizável, dependerá em muito da norma que estatui a responsabilidade civil e os fins que esta serve. É sabido que, os administradores se encontram adstritos a deveres de conduta, aplicáveis nas relações que estabelecem, quer com credores e terceiros, quer no que concerne à sua atuação societária interna. Neste campo, assume especial relevância o art. 64.º. Este estabelece o dever de cuidado e o dever de lealdade que os administradores devem observar no desenvolvimento das suas incumbências. Para o efeito, importa atender ao disposto na al. b) do seu n.º 1. A tónica aqui é colocada novamente no interesse social. O que nos conduz a afirmar que este preceito atua simultaneamente como critério limitador da ilicitude e do dano.

No entanto, não será correto afirmar que são critérios coincidentes: “o interesse social enquanto critério de conduta difere do interesse social enquanto critério de dano”.⁶⁸ Com efeito, é diferente falarmos do ato ou da omissão que foi causa necessária e adequada à violação dos deveres a que os administradores estão adstritos ou da repercussão que tal ofensa provocou. É possível, então, identificar vários exemplos de danos societários: a perda da capacidade de gerar lucro, a dissipação do património social, a privação de oportunidades de negócio,⁶⁹ bem como o não exercício por parte dos administradores dos direitos da sociedade. A ocorrência dos danos referidos gerará um interesse da sociedade, o interesse no cumprimento, *rectius*, o interesse contratual positivo. O que não quer dizer que a responsabilidade dos administradores tenha lugar sempre que haja uma diminuição patrimonial em virtude de determinada conduta, como bem

⁶⁶ Manuel Carneiro da Frada, *Danos societários e governação de sociedades: corporate governance*, Cadernos de Direito Privado. Braga, Nº Esp. 2, 2012, p.33.

⁶⁷ De notar, que não podemos confundir dano e lesão. Esta deverá ser vista na responsabilidade delitual como, por exemplo, a violação do direito absoluto ou de um interesse legalmente protegido, aqui o interesse social; já na responsabilidade obrigacional, como a violação do direito de crédito. O dano corresponderá, por seu turno, às consequências que essa lesão venha a ter, quer na esfera patrimonial, quer na esfera não patrimonial do lesado.

⁶⁸ Manuel Carneiro da Frada, *Danos societários e governação de sociedades...*, ob.cit., p.36.

⁶⁹ Podemos afirmar que estaremos, nestes casos, perante uma responsabilidade pela perda de chance. Esta será indemnizável “enquanto dano autónomo sempre que a sua preservação constitua um conteúdo da prestação debitória ou um dever de proteção” – Manuel Carneiro da Frada, *Danos societários e governação de sociedades...*, ob.cit., p.37 e do mesmo autor, *Direito Civil – Responsabilidade Civil (o método do caso)*, Almedina, Coimbra, 2011, p.103.

o demonstra a já referida *business judgment rule*, prevista no art. 72.º, n.º 2. Assim, teremos sempre de estar perante a violação de um dever, bem como a não verificação dos pressupostos de que depende a aplicação da última regra, para que a responsabilização ocorra.

Lembremo-nos que, a atividade societária envolve sempre riscos e, se os administradores tivessem de suportar todo e qualquer dano decorrente desse risco, a sua iniciativa sairia frustrada, o que também seria prejudicial para o tráfico comercial. O que nos leva necessariamente a tender para a regra de que a *business judgment rule* encontrará aplicação e o administrador poderá eventualmente ser desresponsabilizado – por exclusão da ilicitude – quando em causa esteja um desvio ao dever de cuidado, mas já não quando em causa esteja uma violação do dever de lealdade, de deveres específicos, legais, estatutários ou contratuais dos administradores: aqui, inexistirá discricionariedade e as decisões são vinculadas ao interesse social.⁷⁰

Cumpre ainda dizer que não só dano direto à sociedade é indemnizável por via do art. 83.º, n.º 4. Este preceito estatui que não só a sociedade pode reagir contra administradores e sócios influenciadores, mas também os restantes sócios, por danos a eles causados. Os credores poderão igualmente reagir a título subsidiário. Ou seja, os credores substituem-se à sociedade e intentam a ação de responsabilidade, com vista a obter o aumento patrimonial suficiente para a satisfação dos seus créditos. O que patenteia já uma diferença relativamente à via de responsabilização do art. 80.º: os credores sociais não podem lançar mão diretamente da ação prevista pelo art. 78.º, em caso de responsabilização por via do art. 83.º, n.º 4.

O artigo em análise vai beber em muito ao § 117 AktG.⁷¹ A influência do ordenamento jurídico alemão sobre regime da responsabilidade civil

⁷⁰ J. M. Coutinho de Abreu, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, n.º 5 da Coleção da Série Cadernos do IDET, 2.ª ed., Almedina, 2010, p. 38. Maria de Fátima Ribeiro, *O dever de os administradores não aproveitarem, para si ou para terceiros, oportunidades de negócio societárias*, in *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Heinrich Ewald Hörster*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 638. Pedro Pais de Vasconcelos, *Business judgment 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*, 2009, pp. 61. e ss..

⁷¹ J. M. Coutinho de Abreu, Elisabete Ramos, *Responsabilidade Civil de administradores e de sócios controladores ...*, ob.cit., p. 53, n.º 89. Cujo teor é o seguinte: “§ 117 – Dever de indemnização (1) Quem, intencionalmente, utilizando a sua influência sobre a sociedade, determinar um membro do órgão de administração ou do órgão de fiscalização, um procurador ou um gestor geral de negócios a atuar em detrimento da sociedade ou dos seus acionistas, é responsável para com a sociedade pelos prejuízos resultantes dessa ação. É ainda obrigado a indemnizar os acionistas dos prejuízos que daí resultarem, se

português não escapou ao domínio societário. A doutrina tradicional e maioritária alemã tende a reconhecer no §117 AktG uma manifestação da responsabilidade delitual. A norma em causa desempenharia uma dupla função: a preventiva, no sentido de evitar práticas abusivas por parte do acionista (e não só⁷²), e ainda, a compensatória, destinada a ressarcir a sociedade e/ou acionistas pelos danos causados em virtude de tais práticas.

A natureza do preceito em causa é querela não recente e que passou por desvendar se este se trataria de uma manifestação da responsabilidade delitual ou, por seu turno, de uma manifestação do dever de lealdade. A última proposta acabou por ser abandonada com a introdução do §101 na Lei das Sociedades por Ações de 1937, o qual alargou a responsabilidade a terceiros influenciadores, não sujeitos obviamente a tal dever de lealdade. Assim, têm vindo a ser apontadas três grandes finalidades à norma em questão: *a proteção do património da sociedade e dos acionistas, a integridade na conduta da administração e a autonomia da formação de vontade da sociedade, perante influências violadoras das regras de repartição de competências entre os órgãos sociais*.⁷³

eles, independentemente dos prejuízos que lhes tenham advindo através do prejuízo da sociedade, também foram prejudicados. (2) Respondem ainda solidariamente os membros do órgão de administração ou de fiscalização, se houverem agido em violação dos seus deveres. Caso seja discutível, se eles usaram da diligência de um gestor ordenado e consciencioso, incumbi-lhes o ónus da prova. Não existe dever de indemnizar a sociedade ou os acionistas, por parte dos membros do órgão de administração ou de fiscalização, quanto a atuação se baseie numa deliberação válida da assembleia geral. O consentimento do órgão de fiscalização para a prática do ato não exclui o dever de indemnizar. (3) Responde também solidariamente aquele que através do ato prejudicial tiver obtido uma vantagem, desde que tenha propositadamente determinado o exercício da influência. (4) À exclusão do dever de indemnizar aplica-se, com as devidas adaptações, o §93, parágrafo (4), 3.^a e 4.^a frases. (5) O direito de indemnização da sociedade pode também ser exercido pelos seus credores, desde que estes não consigam desta a satisfação dos seus créditos. Relativamente aos credores, o direito de indemnização não pode ser excluído, nem através de renúncia ou transação da sociedade, nem pela circunstância de o ato se basear numa deliberação da assembleia geral. Se tiver sido iniciado processo de insolvência sobre o património da sociedade, o direito dos credores é exercido pelo administrador de insolvência na sua pendência. (6) Os direitos resultantes destes preceitos prescrevem no prazo de cinco anos. (7) Estes preceitos não se aplicam, se o membro do órgão de administração ou de fiscalização, procurador ou gestor geral de negócios foi determinado à prática do ato prejudicial através do exercício 1) do poder de direção com base em contrato de subordinação ou 2) do poder de direção de um sociedade principal [*Hauptgesellschaft*] (§ 319), na qual a sociedade esteja integrada [*eingegliedert*]” – Rui Pereira Dias, *Responsabilidade por exercício de influência...*, ob.cit., pp. 25-26.

⁷² Lembremo-nos que o §117 AktG aplica-se também a entidades externas à sociedade.

⁷³ Assim, Rui Pereira Dias, *Responsabilidade por exercício de influência...*, ob.cit., pp. 114-116, com referência a doutrina alemã no mesmo sentido, nomeadamente, “Hans-Christoph

No que concerne à primeira e à segunda finalidades ambas se encontram igualmente espelhadas no art. 83.º, n.º 4 e mais não reproduzem do que uma tutela do dever de lealdade dos sócios e do dever de lealdade dos administradores, respetivamente. Por seu turno, relativamente à terceira finalidade parece ser esta a que mais prepondera. A partir do momento em que se reconhece a existência de uma sociedade, de um ente jurídico diferente e autónomo relativamente aos sócios, é igualmente de reconhecer que essa entidade terá uma vontade própria, que passará essencialmente pela consecução do interesse social, ainda que enquanto interesse de todos sócios, enquanto tais. Partindo, então, desta conceção contratualista de interesse social, deverá ser de censurar todo aquele que, com o seu comportamento, vise satisfazer os seus interesses próprios ou interesses de terceiros, nos termos já desenvolvidos. Aquele que pela sua conduta vise distorcer ou derrogar o sistema legal de divisão de competências entre órgãos, desvirtuando o funcionamento societário, com vista à satisfação de interesses não protegidos pelo fim social, deverá ser chamado à responsabilidade.⁷⁴ E, nesta última finalidade estará em causa não somente a tutela do interesse social, enquanto interesse dos sócios enquanto tais, mas a própria sociedade, no seu plano organizativo, funcional e orgânico.

O que mais demonstra que a regra do art. 83.º, n.º 4 corresponde também uma manifestação do dever de lealdade dos sócios. Mas, não só do dever de lealdade vive o art. 83.º, n.º 4. O que nos leva à questão se o mesmo materializará uma responsabilidade obrigacional ou delitual? A resposta a tal questão surge dificultada se pensarmos que a norma se insere na Parte Geral do CSC, logo aplicar-se-á a todos os tipos societários. Vaz Serra⁷⁵ avançou com uma série de diferenças entre os dois modelos, saliente-se: a culpa seria exigida na responsabilidade aquiliana e teria que ser provada pelo lesado, mas já não na obrigacional que seria presumida; à primeira interessaria qualquer tipo de culpa, já na segunda a bitola seria colocada na diligência de um bom pai de família; enquanto na responsabilidade delitual a culpa seria apreciada em abstrato, na obrigacional

Voight, *Haftung aus Einfluss auf die Aktiengesellschaft* (§§117, 309, 317 AktG), Verlang C. H. Beck, 2004, p. 39; Uwe Hüffer *Aktiengesetz*, 6., Aufl., Verlang C. H. Beck, München, 2004, p. 579 e Hildegard Ziemons, *Die Haftung der Gesellschafter für Einflussnahmen auf die Geschäftsführung der GmbH*, Carl Heymanns Verlag, 1996, p. 213."

⁷⁴ "...o risco da atividade societária terá de ser partilhado com o sócio [...] na medida em que esse sócio tenha usado de meios jurídico-societariamente ilegítimos de fazer valer a sua vontade". Rui Pereira Dias, *Responsabilidade por exercício de influência* ..., ob. cit., pp. 117-118.

⁷⁵ Adriano Vaz Serra, *Responsabilidade Contratual e Extracontratual*, BMJ 85, 1959, pp.118-119.

só poderia ser em concreto; acresce que, na responsabilidade aquiliana a responsabilidade seria solidária entre os vários agentes, ao passo que na obrigacional, a solidariedade só se constataria se fosse solidária a obrigação violada e, por último, enquanto na primeira eram tidos em conta os danos morais, o mesmo não se passava na segunda.

Jorge Fernando Pessoa⁷⁶ reduziu esta longa lista de diferenças a três, atualizando-as: a culpa é presumida na responsabilidade obrigacional (799.º, n.º 1 do CC), mas já não na aquiliana, com exceção das presunções de culpa existentes (491.º, 492.º, 493.º do CC); a regra da solidariedade na responsabilidade delitual mantém-se hoje igualmente (497.º do CC), sendo que só atua na responsabilidade obrigacional no caso mencionado e, ainda surgem diferenças a nível de competência territorial judicial e normas de conflito espacial.

Contudo, esta diferenciação mostra-se insuficiente. Hoje, o termo obrigação – e por conseguinte a responsabilidade obrigacional – abrange o dever de prestar, deveres secundários e deveres acessórios. Assim, se a responsabilidade obrigacional visa, em primeira linha, dar cumprimento a uma prévia vinculação, já a responsabilidade aquiliana dirige-se à observância dos “deveres genéricos de respeito, estruturalmente distintos e variáveis em função das circunstâncias.”⁷⁷ Numa conceção mais restrita, fundamentada tão-somente no dever de lealdade dos sócios, a responsabilidade do art. 83.º, n.º 4 apresenta-se como uma regra consagradora de uma responsabilidade obrigacional. No entanto, o dever de lealdade não será suficiente, *per si*, para alicerçar o regime da responsabilidade solidária entre sócio e administrador. Será bastante, quando atentamos apenas no plano contratual do fim da norma – no dever de lealdade dos sócios e no dever de lealdade dos administradores.

Relembrando a terceira finalidade apontada para a norma em análise, o seu âmbito de proteção desempenha ainda uma função no plano institucional e funcional: visa o respeito e o cumprimento do sistema organizativo-funcional da sociedade em causa. Pelo que, o desrespeito por tal estrutura reflete-se não apenas no âmbito contratual, mas também institucional. Rui Pereira Dias denota que falar de responsabilidade contratual *tout court* nestes casos não seria o mais correto, reconhecendo o dever de lealdade como um “ponto de partida”, mas reconhecendo simultaneamente que a norma e a sua finalidade e fundamento não se cinge ao sobre-

⁷⁶ Jorge Fernando Pessoa, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Almedina, 1995, pp.40-41.

⁷⁷ António Menezes Cordeiro, *Tratado de Direito Civil*, Vol. VIII, Almedina, Coimbra, 2014, p.390.

dito dever.⁷⁸⁷⁹ A questão é se devemos, de todo, considerá-la como uma responsabilidade contratual, ainda que com certas particularidades.

Daqui, já concluímos que certamente seria melhor aproximarmo-nos da formulação alemã, reconhecendo uma manifestação da responsabilidade aquiliana nestes casos, podendo, por vezes, verificar-se certas notas típicas da responsabilidade obrigacional. Este é um dos argumentos, a par dos restantes critérios distintivos entre responsabilidade obrigacional e delitual, que nos leva a afirmar que não estamos perante uma manifestação da primeira modalidade.

De facto, existem situações de concurso entre responsabilidade obrigacional e aquiliana. Não partilhando da ideia que a primeira absorve a segunda, devemos sim olhar para cada pretensão em concreto, cabendo ao devedor repelir cada uma dessas pretensões do lesado. De notar que, considerar esta uma responsabilidade aquiliana não prejudica as regras sobre ónus da prova. De facto, na responsabilidade delitual, a prova da culpa cabe ao lesado, salvo quando exista presunção legal em sentido contrário. O sócio, autor da influência determinante, responde assim por culpa própria, mas pressupondo uma atuação do órgão de administração ou fiscalização.

A nosso ver, a responsabilidade postulada pelo art. 83.º, n.º 4 não passa por uma concretização da responsabilidade obrigacional. Desde logo, para tal contribui a própria *adaptação extensiva*, proposta nomeada-

⁷⁸ Rui Pereira Dias, *Responsabilidade por exercício de influência ...*, ob. cit., pp. 125 e ss.

⁷⁹ Mesmo no direito alemão, no qual a tendência maioritária, como vimos, é a de reconhecer no §117 uma manifestação da responsabilidade delitual, há autores que afirmam que quando em causa esteja a influência exercida por acionistas, a responsabilidade pode ser fundamentada na violação do dever de lealdade. Rui Pereira Dias, *Responsabilidade por exercício de influência ...*, ob. cit., p. 125, n. 328. Estamos, nestes casos, perante um “concurso ideal entre o §117 e pretensões baseadas na violação do dever de lealdade de direito das sociedades por ações”. Tal entendimento tornou-se também possível por força da reforma alemã no direito das obrigações, a qual veio alargar a noção de relação obrigacional (§241 II BGB). Esta passou a abranger não apenas as obrigações em sentido estrito, como também as relações decorrentes dos deveres de conduta próprios de relações especiais. Em Portugal, Carneiro da Frada chamou igualmente à atenção para este entendimento, afirmando que o movimento alemão “reconheceu a violação de deveres de proteção como forma de sujeitar a uma responsabilidade de tipo obrigacional toda a causação de prejuízos conexos com o contacto contratual mas insuscetível de desencadear a aplicação das regras gerais do incumprimento porque alheia à relação de prestação”. De notar que, o autor não defende uma unificação dogmática, mas por razões de “pragmática regulativa” sujeita tal categoria de relações às regras das obrigações em sentido estrito. Carneiro da Frada, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2004, pp.762-764.

mente por Rui Pereira Dias⁸⁰ e da qual perfilhamos, onde inclui na previsão normativa outros sujeitos que não sejam sócios. Desde logo, o sujeito com poder de nomear ou destituir gerente, que não apresente a qualidade de sócio. Este, não sendo sócio, não terá qualquer dever de lealdade para com a sociedade, pelo menos no plano contratual. Pelo que, podemos dizer que o dever de lealdade está concretizado no artigo em causa, mas este não se esgota nessa manifestação de lealdade. Tem sim em vista outras finalidades relativamente às quais, a responsabilidade obrigacional parece ser insuficiente.

No contexto descrito, a norma postulada pelo art. 83.º, n.º 4 revela-se tuteladora do dever de lealdade dos sócios, mas dirige-se a uma finalidade extra: a proteção ou conservação, no plano institucional e orgânico, da própria sociedade. Pelo que, esta bivalência, bem as propostas de aplicação da norma a sujeitos que não sejam sócios, mas que detenham o poder de influenciar o órgão administrativo-representativo levam-nos a concluir que a responsabilidade em causa será delitual e não obrigacional. Ademais, conforme referenciado, na responsabilidade aquiliana, havendo vários responsáveis, a regra é da solidariedade, regra aqui reforçada, porque prevista no artigo em estudo. A ideia subjacente hoje ao juízo da solidariedade é largamente reconhecida como representando um juízo assente na culpa.

No entanto, cremos que não poderemos cingir a aplicabilidade do preceito visado a um juízo de culpa. Isto porque, o art. 83.º, n.º 4 parece fazer depender a responsabilização do sócio gestor influenciador da simultânea responsabilidade do administrador. Imaginemos, por seu turno, que o administrador em causa afasta a sua responsabilidade, por exemplo, por força do art. 72.º, n.º 2, demonstrando, por exemplo, que com a sua atuação concretizou um desvio ao dever de cuidado, concretamente ao dever de controlo, mas sem que com tal atuação o dever de lealdade tenha sido violado – demonstrou correção quando contratou com a sociedade, não exerceu atividade concorrente por conta própria ou alheia, de tal atuação não retirou benefícios, nem tão-pouco abusou da sua posição ou estatuto – no entanto e simultaneamente, a influência exercida pelo sócio, enquanto ato voluntário autónomo e atuação distinta da do administrador, é patenteadora de violação, por exemplo, do dever de lealdade deste, tendo com isso retirado benefício em prejuízo dos demais agentes sociais. Será automática e consequentemente o sócio gestor influenciador desresponsabilizado? Ou seja, a aplicabilidade da norma do art. 72.º, n.º

⁸⁰ Rui Pereira Dias, *Responsabilidade por exercício de influência ...*, ob. cit., pp. 51 e ss.

2 aproveitará ainda que indiretamente o agente influenciador? Não nos parece.⁸¹

O art. 72.º, n.º 2 atua ao nível da ilicitude.⁸² Isto é, exclui a própria ilicitude da atuação do administrador. No entanto, os termos de definição

⁸¹ Contrariamente, Maria de Fátima Ribeiro, *O papel do acionista empresário no governo societário...*, ob. cit., pp. 526-527: "Para que possa ser responsabilizado o sócio controlador, é desde logo necessário que o(s) administrador(es) sejam responsáveis, ou seja, que estejam preenchidos todos os pressupostos de que depende a responsabilidade dos membros do órgão de administração da sociedade (o que sempre decorreria do facto de a responsabilidade do sócio controlador ser solidária com a dos membros do órgão de administração que influenciaram para a prática do ato danoso)."

⁸² Neste sentido, Manuel Carneiro da Frada, *A business judgement rule no quadro dos deveres gerais dos administradores ...*, ob.cit.. António Fernandes de Oliveira, *Responsabilidade dos Administradores*, Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades, Almedina, 2008, p. 259. Ana Perestrelo de Oliveira, *A responsabilidade civil dos administradores nas sociedades em relação de grupo*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 146-150. Gabriela Figueiredo Dias, *A Fiscalização Societária Redesenhada: Independência, Exclusão de Responsabilidade e Caução obrigatória dos Fiscalizadores*, Reformas do Código das Sociedades, IDET, Colóquio n.º 3, Almedina, Coimbra, 2007, pp.310-311. Em sentido oposto, pugnando por uma atuação ao nível da culpa, António Menezes Cordeiro, *Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades (artigo 64.º/1 do CSC)*, in *A Reforma do Código das Sociedades Comerciais*, Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura, Almedina, 2007, p. 27 e João Calvão da Silva, *Corporate Governance – Responsabilidade civil de administradores não executivos, da comissão de auditoria e do conselho geral de supervisão*, Revista da Ordem dos Advogados, Ano 67, Vol. I, 2007, disponível em: <https://portal.oa.pt/publicacoes/revista/ano-2007/ano-67-vol-i-jan-2007/doutrina/joao-calvao-da-silva-responsabilidade-civil-dos-administradores-nao-executivos-da-comissao-de-auditoria-e-do-conselho-geral-e-de-supervisao/>. Numa posição intermédia, J. M. Coutinho de Abreu defende que se o administrador provar que cumpriu os pressupostos mencionados no artigo 72.º n.º 2 não só ilidirá a presunção de culpa, estabelecida no n.º 1 do art. 72.º, como também demonstrará afastar a ilicitude da sua conduta – J. M. Coutinho de Abreu, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades...*, ob.cit., p. 43. Identicamente, Ricardo Costa entende que "decaíndo a responsabilidade pelo requisito da ilicitude, decai de forma sequencial a culpa do agente – Ricardo Costa, *Responsabilidade dos Administradores e Business Judgment Rule*, Reformas do Código das Sociedades, IDET, Colóquios n.º 3, Almedina, 2007, p. 77 e, mais recentemente, Ricardo Costa, *A business judgment rule na responsabilidade societária: entre a razoabilidade e a racionalidade*, in Colóquio Internacional "Governação das Sociedades, Responsabilidade Civil e Proteção dos Administradores", (coord.) Maria João Antunes, Alexandre Soveral Martins, Instituto Jurídico, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2018, p. 118, consultável: https://www.ricardo-costa.com/data/FILEP_66_201943102720.pdf e com entendimento no qual alinhamos: "Isto quer dizer que a ilicitude decorrente do incumprimento do dever legal de conduta – dever de cuidado, de prestação mais exigente – previsto pelo artigo 64.º, 1, a), pode ser afastada pelo cumprimento desse dever (legal) mínimo de conduta, individualizado e imposto pelo artigo 72.º, 2. Como se refere juscivilisticamente, esta causa justificativa não legitima a prática do dano, constitui antes a expressão de uma "faculdade de agir", que, para este

da ilicitude do administrador e do sócio gestor influenciador serão distintos, desde logo, porque a ela subjacentes deveres igualmente distintos. Nessa medida, se por um lado a ilicitude da conduta do administrador se reporta à atuação; a ilicitude do sócio gestor influenciador reportar-se-á à influência exercida. E, como tal, conclui-se que reduzir os termos de responsabilização à dimensão da culpa torna-se simplificador.

Pelo que, o que determinará a coresponsabilização neste caso será uma dupla ilicitude: a da influência exercida pelo sócio e violadora dos deveres deste e cumulativamente a atuação do órgão administrativo-representativo, violadora dos deveres (distintos) agora deste último. E, ainda que por força, nomeadamente, do art. 72.º, n.º 2, o(s) titular(es) do órgão administrativo-representativo logrem afastar a ilicitude da sua conduta tal não aproveitará a ilicitude patenteada na influência *ante* exercida pelo sócio, a qual reflete um ato ilícito distinto. O papel reconhecido à culpa será, então, *ex post* – depois de atestadas ambas as ilicitudes –, de determinar a medida da responsabilização, o seu *quantum*. Ao passo que a ilicitude determinará o ponto de partida para a coresponsabilização (se mútua e respeitante a ambos os agentes societários) ou somente para a responsabilização de um deles (porque o outro logrou demonstrar que não violou os deveres a que estaria adstrito, afastando, assim, este fundamental pressuposto da responsabilidade civil). Tese que parece sair reforçada, quando atentamos no teor da “norma inspiração” do art. 83.º, n.º 4 – o § 117 AktG – (relembrando a nota de rodapé n.º 71), na medida em que a norma alemã determina a responsabilidade primeira do sujeito influenciador e só depois alude à responsabilidade solidária do órgão de administração ou fiscalização se este tiver violado os deveres a que este estaria

efeito, corresponde às precauções exigidas pela norma jussocietária de exclusão de responsabilidade” (p. 117). No entanto, ainda que se sustente a tese de que o art. 72.º, n.º 2 atua somente ao nível da culpa ou simultaneamente ao nível da culpa e ilicitude, a verdade é que tal conceção não afasta o que ora se defende. Com efeito, ainda que a responsabilização do administrador influenciado inexista por força do afastamento do pressuposto da culpa e não da ilicitude, tal não deverá aproveitar o sujeito influenciador, desde logo, mantém-se os termos diferenciados de responsabilização: tanto ilicitude, como culpa devem ser objeto de considerações e juízos distintos conforme estejamos a atentar na atuação do sujeito influenciador ou na do gerente/administrador. Ora, se o este último afastar a sua responsabilização por força da exclusão da culpa, a verdade é que segundo o elemento literal do art. 83.º, n.º 4 (“caso esta, por tal ato ou omissão, incorra em responsabilidade para com a sociedade ou sócios, nos termos desta lei.”), parece também excluir-se a responsabilidade daquele. Desresponsabilização com a qual não podemos perfilhar, por quanto também o juízo de culpa dirigido ao sujeito influenciador tem de ser necessariamente distinto e não só o da ilicitude.

adstrito. E não o contrário, ou seja, não faz depender a responsabilização do primeiro da simultânea e cumulativa responsabilidade do segundo.

Assim, o preceito contido no art. 83.º, n.º 4 dita que A responde solidariamente com B, caso este seja também responsável. Ora, excluindo B a sua responsabilização, o que a norma nos diz é que será afastada a solidariedade, respondendo somente A pela influência ilícita exercida, à semelhança do que acontece com a “norma mãe”: o § 117 AktG, a qual estabelece a responsabilidade pela influência (1) e, independentemente desta, a solidariedade nessa mesma responsabilidade, caso também o administrador influenciado tenha violado os seus deveres (2).

VIII. Conclusões

Partindo do mote de que atualmente a realidade demonstra que o sócio é e deve ser um agente social também ele inserido na gestão da(s) sua(s) sociedade(s), a verdade é que simultaneamente torna-se imprescindível apurar quais as eventuais vias de responsabilização do mesmo. A primeira questão à qual foi possível ceder resposta foi, então, a de saber se esta partilha, enquanto coexistência de competências partilhadas em matéria de gestão pelo órgão deliberativo-interno e pelo órgão administrativo-representativo, seria ou não possível e admissível do ponto de vista do direito jus-societário positivado. Averiguamos que sim. O legislador português, mais amplamente nas sociedades por quotas do que nas sociedades anónimas – até, em virtude do cariz maioritariamente familiar e pessoal das primeiras – tolera e colhe a possibilidade de também sócios, em conjunto com administradores, gerirem as suas sociedades. Vimos, de igual modo, em que termos e em que medida poderá tal ocorrer, demarcando os termos de ilicitude da atuação destes sócios.

No entanto, a consciência e tolerância perante o exercício de funções gestionárias por parte dos sócios que, como exposto, reconhecemos como legítimos agentes capazes e habilitados para o efeito, representa igualmente uma via para eventuais ou possíveis abusos, derivados mormente do controlo detido por esse(s) sócio(s) gestor(es). Isto porque, reconhecer poderes em matéria de gestão aos sócios não poderá, jamais, representar simultaneamente a subtração total do núcleo de competências próprias e exclusivas do órgão administrativo-representativo, enquanto primeiro órgão competente nas matérias ora em discussão. As dúvidas erguem-se quando atentamos que são infundáveis as possíveis manifestações de ilicitude neste domínio, o que *per si* obsta a uma via de responsabilização

unânime e transversal, o que inclusive é corroborado mediante as diversas vias que a lei comercial positiva como canalizáveis nestes casos.

Ponto inicial é que o dever de lealdade que sobre os sócios impende desempenhará também aqui um papel fulcral mas não isolado: será o dever de lealdade a determinar a ilicitude da gestão ou da influência do sócio, no entanto não somente ele. A ilicitude ora analisada extravasa o campo do dever de lealdade dos sócios, não se cingindo a este. A ideia de aproveitamento em detrimento dos demais agentes sociais não só consubstanciará uma violação do sobredito dever, como também uma derradeira violação da figura jurídica de sociedade, enquanto ente jurídico distinto dos seus sócios, com vontade autónoma e díspar, que atua no comércio jurídico em nome próprio com terceiros.

A primeira passagem pela responsabilização cifrou-se no art. 58.º, n.º 3. Ora, o normativo visado, pese embora o mérito que lhe há que reconhecer, acaba por se demonstrar insuficiente. Desde logo, a sua aplicabilidade depende da verificação de um conjunto de pressupostos, o que inviabiliza a sua chamada à colação nos casos em que não se constatem. Ademais, nem toda a ilicitude na gestão societária protagonizada pelos sócios deriva do sentido restrito querido pelo art. 58.º, n.º 3. E, por fim, demonstra-se uma via convocável quando a gestão advenha de via deliberativa, mediante o exercício do direito de voto, encontrando-se vedada em todos os demais casos analisados. Pelo que, a fim de lograr a análise que se pretendia tornou-se necessário o estabelecimento, prévio e em abstrato, dos cenários possíveis na presente matéria:

1. A gestão pelos sócios levada a efeito, embora exercida por via deliberativa e dentro do núcleo de competências que a lei reconhece, ainda assim, não deixa de evidenciar a violação de determinados deveres – fundamentalmente o de lealdade, mas não só –, bem como, acarreta consigo danos à sociedade ou terceiros;
2. Ou, quando tal exercício provenha de canal extraorgânico, mas ainda assim se situe dentro do núcleo de competências gestionárias aos sócios reconhecidas, no entanto o seu conteúdo é contrário aos deveres que lhes são impostos e ocasionadora de dano.

Em ambos os presentes casos, encontramos a categoria do *sócio gestor*: 1) todo o sócio, quotista ou acionista; 2) controlador ou não; 3) que intervenha no governo societário; 4) fundamentando a sua intervenção em disposição legal ou estatutária habilitante ou na natureza das decisões a adotar; 5) e ao qual se aplicará o regime da responsabilidade civil previsto para os administradores, por força do art. 80.º. Ou seja, todo

o sócio que desenvolve as competências em matéria de gestão que lhe estão legal e/ou estatutariamente cedidas, dentro dos correspondentes limites que lhe são impostos, a par dos direitos de informação e participação que qualquer sócio é detentor. Isto é, a par do plano meramente consultivo ou informativo de que qualquer sócio poderá dispor, na decorrência dos direitos mencionados, o sócio gestor exerce um leque variado de competências gestionárias que, no entanto, não implicam qualquer violação ou perturbação à organização, estrutura e funcionamento societários.

No entanto, e porque mesmo assim, a temática da responsabilização poderá ser convocada, não obstante o respeito pelos termos impostos, a verdade é que se revelava necessário concluir por um meio de responsabilização deste sócio gestor. Concluiu-se pela aplicabilidade ao mesmo do art. 80.º, na medida em que a conduta pelo mesmo denotada se demonstra como legítima e admissível, bem como cumpridora do esquema organizativo-funcional societário e respeitadora do interesse social – *sócio gestor legítimo*.

No entanto, encontramos um cenário adicional:

3. Quando o sócio ultrapassa o núcleo de competências referenciadas e, naturalmente, se encontrem verificados todos os demais pressupostos gerais da responsabilidade civil. Hipótese esta última que se subdivide no cenário de tal atuação ser direta por parte do sócio – há uma *apropriação e atuação diretas* do sócio – ou poderá ser resultado da influência exercida pelo sócio, mor das vezes controlador, sobre o órgão administrativo-representativo.

E, nestes casos, teremos também um potencial administrador de facto, a comprovar nos termos já desenvolvidos. Mas também um *sócio gestor ilegítimo*. O qual, em caso de decesso da aplicação do regime do administrador de facto, terá naturalmente ainda de ser responsabilizado. Este poderá exercer a sua atividade gestionária por via direta – que convocará igualmente a aplicabilidade do art. 80.º e consequente responsabilização ao abrigo dos arts. 72.º e ss. – ou, ainda, por via da influência sobre o órgão administrativo-representativo – casos em que será chamado à colação o art. 83.º, n.º 4.

Quanto ao *sócio gestor ilegítimo* por atuação direta concluímos por idêntica aplicação do art. 80.º e responsabilização como se de um administrador de direito se tratasse, porquanto o segmento normativo “a quem sejam confiadas funções de administração” deverá, no nosso entender, ser entendido em sentido lato. A confiança aqui reporta-se não só à habilitação legal ou estatutária para a atuação em matéria de gestão por parte de

determinado sócio – sócio *gestor legítimo* – mas também, à própria tolerância e permissão dos demais agentes sociais que consentem na atuação daquele sócio gestor, que se imiscui em competências próprias e exclusivas do órgão administrativo-representativo.

Já no que tange à responsabilidade do sócio *gestor ilegítimo* por influência, *ie*, no que concerne à chamada gestão *indireta* analisamos os termos de responsabilização do art. 83.º, n.º 4. Começando por caracterizá-la como uma responsabilidade delitual, a fim de concluirmos que os termos de responsabilização previstos no normativo em questão não poderão cingir-se a um juízo de solidariedade, fundado na culpa. Por referência ao artigo em questão, afastamos a conceção de que a exclusão da responsabilidade do administrador influenciado afastará, sem mais, a responsabilização do sócio influenciador.

Isto porque, perante a estatuição de que administrador e agente influenciador serão solidariamente responsáveis a tendência tem sido a de afirmar que a desresponsabilização do primeiro eliminará, consequentemente, a responsabilização do segundo. Contudo, foi-nos possível alcançar: a) se a norma se dirige igualmente a agentes que não sejam sócios, mas que ainda assim tenham a capacidade de influir sobre o órgão administrativo-representativo, então, o fim da norma não se esgota no dever de lealdade dos sócios e, como tal, teremos uma responsabilidade delitual e não meramente contratual; b) o juízo de solidariedade que ordena que as ambas partes respondam na medida das suas culpas pressupõe a passagem prévia pelo crivo da ilicitude, *ie*, a regra da solidariedade apenas será convocável, na medida em que se constate a ilicitude do agente influenciado e do agente influenciador; c) no entanto, ao contrário de algumas vozes, tendemos a afirmar que o facto do administrador excluir a sua responsabilidade (nomeadamente, por exclusão da ilicitude da sua conduta) tal não implica sem mais a exclusão da responsabilidade do agente influenciador, isto porque, d) se o juízo de ilicitude que incide sobre a conduta de um agente social tem por referência deveres diversos daqueles que impedem sobre o outro, então, os termos da consideração dessa mesma ilicitude terão necessariamente de ser igualmente distintos, jamais devendo operar uma exclusão como que automática e indistinta da ilicitude da atuação (influência) do, aqui, sócio, por força da exclusão de uma ilicitude que é iminentemente diferente, nos seus fundamentos, limites e caracterização.

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.º 76-80
3000-167 Coimbra

Regulamento da revisão por pares (*peer review*)

1.º Os textos apresentados para publicação na DSR, com exceção dos da autoria de membros da Redação e dos que sejam solicitados pela própria DSR, serão objeto de apreciação prévia («revisão»), feita anonimamente (i.e., sem que aos revisores seja dada a conhecer a autoria dos textos e sem que aos autores dos textos seja dada a conhecer a identidade dos revisores).

2.º Os critérios de revisão serão, principalmente: a inserção do tema na vocação editorial da DSR; a importância e a atualidade do tema; a qualidade, substancial e formal, da exposição; a relevância das referências bibliográficas e jurisprudenciais.

3.º A apreciação será feita por, pelo menos, dois revisores, que trabalharão separadamente.

4.º Os pareceres dos revisores são sucintamente fundamentados, devendo apresentar uma de três conclusões: existência de interesse na publicação, inexistência de interesse na publicação, existência de potencial interesse na publicação subordinadamente a condições.

5.º Os pareceres serão dados a conhecer aos autores.

6.º Sempre que uma das apreciações conclua pela existência de potencial interesse na publicação do texto subordinadamente a condições, o autor será convidado a reformulá-lo de acordo com as sugestões do(s) revisor(es).

7.º Apresentando um autor um texto reformulado, o mesmo será objeto de nova apreciação, pelos mesmos revisores.

8.º Serão revisores:

- a) Os membros da Redação;
- b) Especialistas externos convidados pela Direção.

9.º Todos os textos sujeitos a revisão e todos pareceres dos revisores serão dados a conhecer a todos os membros da Redação.

10.º A gestão dos procedimentos de revisão competirá à Direção da DSR, a qual poderá delegar esse encargo num ou mais membros da Redação.

11.º Dos textos publicados na DSR submetidos a revisão constará menção do facto.



DIREITO DAS SOCIEDADES EM REVISTA

DIRETOR: JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU

CUPÃO DE ASSINATURA

NOME												
MORADA												
CÓD. POSTAL			-				LOCALIDADE					
TELEFONE							Nº CONTRIBUINTE					
PROFISSÃO												
EMAIL												

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.,
Rua Fernandes Tomás, n.º 76 - 78 - 80, 3000-167 Coimbra, ou via email para assinaturas@almedina.net.

PARA ESCLARECIMENTOS ADICIONAIS
Telefone: 239 851 903 Fax: 239 851 901 Email: editora@almedina.net

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

DATA

--	--	--	--

 -

--	--

 -

--	--

ASSINATURA(S) CONFORME BANCO

BENS/SERVIÇOS	VALOR	REGULARIDADE ⁽¹⁾	INICIA A		TERMINA A	
			MÊS	ANO	MÊS	ANO

(i) REGULARIDADE: MENSAL, TRIMESTRAL, SEMESTRAL, ANUAL

PROCEDIMENTOS

- Preencher completamente e assinar Autorização de Débito, de acordo com a ficha de assinatura do Banco. No caso de ser empresa carimbar ADC com carimbo da empresa.
 - Remeter a ADC para:
EDIÇÕES ALMEDINA SA, Rua Fernandes Tomás, n.ºs 76, 78, 80, 3000-167 Coimbra, ou via email para ddd@almedina.net.
 - Qualquer alteração que pretenda efetuar a esta autorização basta 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 agradecemos informação escrita sobre as alterações efectuadas.
 - Esta autorização destina-se a permitir o pagamento de bens/serviços 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.

RARA ESCLARECIMENTOS ADICIONAIS

PARA ESCLARECIMENTOS ADICIONAIS
Telefone: 229 851 003 Fax: 229 851 001 Email: sdd@almedina.net

