

MARÇO 2022, ANO 14, VOL. 27, SEMESTRAL

DIREITO DAS SOCIEDADES

em Revista

DOCTRINA

Dever de diligência das empresas e responsabilidade civil (A propósito do projeto de Directiva do Parlamento Europeu de 10/3/2021)

J. M. Coutinho de Abreu

Empresas e *Human Rights Due Diligence* – Algumas observações a propósito de desenvolvimentos recentes

Catarina Serra

Proposta de Directiva relativa ao dever de diligência das empresas e à responsabilidade empresarial – Os pressupostos da responsabilidade civil

Maria Inês de Oliveira Martins

Administração de facto indirecta e Direito Penal: perspectivas e prospectivas

Hugo Luz dos Santos

Ainda sobre o artigo 322.º do Código das Sociedades Comerciais

João Cortez Vaz

Corporate Purpose: revolução ou utopia no Direito societário?

Rui Cardinal Carvalho

Distribuição de bens não pecuniários a sócios

Rodrigo Rocha Andrade

NOVIDADES LEGISLATIVAS EM MATÉRIA SOCIETÁRIA

A aceitação dos cargos de administração nas sociedades comerciais

Paulo Olavo Cunha

As alterações introduzidas no Direito das Sociedades Comerciais pela reforma do Código dos Valores Mobiliários

Paulo Olavo Cunha

A transposição, na vertente societária, da Directiva sobre Reestruturação e Insolvência (Directiva (UE) 2019/1023, de 20 de junho de 2019)

Paulo de Tarso Domingues

“Disposições penais e de mera ordenação social” do Código das Sociedades Comerciais: alterações introduzidas pela Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro

Susana Aires de Sousa



ALMEDINA

ÍNDICE

- 5 Abreviaturas

DOUTRINA

- 13 Dever de diligência das empresas e responsabilidade civil (A propósito do projeto de Diretiva do Parlamento Europeu de 10/3/2021)
J. M. Coutinho de Abreu
- 25 Empresas e *Human Rights Due Diligence* – Algumas observações a propósito de desenvolvimentos recentes
Catarina Serra
- 47 Proposta de Directiva relativa ao dever de diligência das empresas e à responsabilidade empresarial – Os pressupostos da responsabilidade civil
Maria Inês de Oliveira Martins
- 85 Administração de facto indirecta e Direito Penal: perspectivas e prospectivas
Hugo Luz dos Santos
- 113 Ainda sobre o artigo 322.º do Código das Sociedades Comerciais
João Cortez Vaz
- 141 *Corporate Purpose*: revolução ou utopia no Direito societário?
Rui Cardinal Carvalho
- 169 Distribuição de bens não pecuniários a sócios
Rodrigo Rocha Andrade

NOVIDADES LEGISLATIVAS EM MATÉRIA SOCIETÁRIA

- 203 A aceitação dos cargos de administração nas sociedades comerciais
Paulo Olavo Cunha
- 211 As alterações introduzidas no Direito das Sociedades Comerciais pela reforma do Código dos Valores Mobiliários
Paulo Olavo Cunha
- 221 A transposição, na vertente societária, da Diretiva sobre Reestruturação e Insolvência (Diretiva (UE) 2019/1023, de 20 de junho de 2019)
Paulo de Tarso Domingues
- 243 “Disposições penais e de mera ordenação social” do Código das Sociedades Comerciais: alterações introduzidas pela Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro
Susana Aires de Sousa

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/seguientes
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: Nos caminhos do dever de diligência e responsabilidade empresarial, entre as recomendações (pouco seguidas) e a lei imperativa, para esta segunda via aponta decididamente o projeto de Diretiva. Este artigo centra-se nos pressupostos da responsabilidade civil das empresas e grupos empresariais previstos naquele projeto.

Palavras-chave: dever de diligência; grupos de sociedades; responsabilidade civil.

ABSTRACT: In matters of corporate due diligence and corporate responsibility, between (scarcely followed) recommendations and mandatory law, the projected Directive firmly points at the latter option. This text deals with the requirements for corporate, and corporate group, civil liability as provided for in that project.

Keywords: corporate due diligence; groups of companies; civil liability.

J. M. COUTINHO DE ABREU*

Dever de diligência das empresas e responsabilidade civil (A propósito do projeto de Diretiva do Parlamento Europeu de 10/3/2021)**

1. Sobre a situação atual e os caminhos para aqui chegar

1.1. Há no mundo «cerca de 25 milhões de vítimas de trabalho forçado, 152 milhões de vítimas de trabalho infantil, 2,78 milhões de mortes por ano devido a doenças relacionadas com o trabalho e 374 milhões de lesões profissionais não mortais por ano»¹. Em um número crescente de países verificam-se horários de trabalho excessivos, salários de miséria, disparidade salarial entre homens e mulheres e outras formas de discriminação².

* Prof. Catedrático, Univ Coimbra, IJ, FDUC

^{*} Texto preparado para o Colóquio *Dever de Diligência das Empresas e Responsabilidade Empresarial*, realizado em 10/12/2021, no âmbito do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

¹ Resolução do Parlamento Europeu, de 10 de março de 2021, que contém recomendações à Comissão sobre o dever de diligência das empresas e a responsabilidade empresarial, considerando M.

² *Ibid.*, considerando O.

No que toca ao ambiente – com dimensões estreitamente conexionadas com os direitos humanos³ –, quotidiana e crescentemente vamos sofrendo os efeitos da poluição difusa, da emissão de gases com efeito de estufa, da produção de resíduos, etc.

Quanto à «governação» pública (de um país, região ou território) influenciada negativamente pelas empresas⁴, bastará dizer que a corrupção continua com valores muito elevados.⁵

O panorama é assustadoramente sombrio. E tem como artífices principais muitas empresas. É certo que muito do pior que se observa está em países (eufemisticamente ditos) em desenvolvimento (ou do «sul global», ainda na versão dos do centro-norte). Mas por (co-)ação de empresas globais (do centro económico, de países desenvolvidos).

1.2. Todavia, há diversos instrumentos (princípios, guias, recomendações, etc.) de organizações internacionais (ONU, OCDE, OIT, etc.) sobre o dever de diligência das empresas em matéria de direitos humanos, ambiente e governação. Porém, não têm caráter vinculativo (são *soft law*) e a grande maioria das empresas não os aplica⁶ (pelo menos a curto prazo, a aplicação implicaria mais custos financeiros e/ou menos oportunidades de negócio).

E quando há lei sobre essas matérias, sucede muitas vezes que ela não é cumprida por ausência de vontade ou capacidade do poder político ou, mais vezes ainda, porque regras de competência jurisdicional impedem a responsabilização das empresas do centro perante lesados de filiais, fornecedoras ou subcontratadas na periferia.

1.3. Centrando o olhar nas empresas (societárias), o quadro não (ou pouco) muda.

Mais visivelmente depois da superação do «sistema da concessão» (em meados do séc. XIX), o fim exclusivo ou principal das sociedades (anónimas) é a maximização dos lucros para os acionistas. Dever geral dos administradores é gerir visando a satisfação dos interesses (comuns) dos sócios, é criar riqueza para estes (*shareholder value*). A generalidade dos acionis-

³ No art. 3.º, 6), do projeto de Diretiva presente no Anexo à citada Resolução (doravante designado Projeto de Diretiva ou Projeto) é recebida, positivamente, uma conceção alargada de direitos humanos. O n.º 7) do mesmo artigo autonomiza os efeitos negativos no ambiente, mas o Projeto reconhece, no considerando 22, a frequente ligação estreita entre riscos ambientais e riscos para os direitos humanos.

⁴ Cfr. o considerando 24 e o art. 3.º, 8), do Projeto.

⁵ Cfr. TRANSPARENCY INTERNATIONAL, *Corruption perceptions index 2020* (2021).

⁶ V. os considerandos 3 e 4 do Projeto.

tas (incluindo os investidores institucionais) quer ganhar o mais possível, habitualmente no mais curto prazo. Os administradores, que devem normalmente aos acionistas a entrada e a permanência no cargo e têm remuneração cujo montante corre em paralelo com a evolução financeira da sociedade (sobretudo quando baseada em ações), alinharam naquela direção. Tudo isto é enquadrado e, mais ou menos naturalmente, potenciado pela lógica dos mercados, designadamente o mercado de capitais e o mercado de aquisições de domínio societário.

Estas realidades, que colocam os *stakeholders* no lado oculto da empresa, não são amigas, já se vê, dos direitos humanos, do ambiente e da boa governação política.⁷ Na ausência de lei proibitiva ou impositiva, ou na falta de efetividade da lei, é lucrativo para as empresas (pese embora os eventuais «danos reputacionais») desrespeitar direitos humanos e marcos ambientais e entrar no jogo da corrupção política.

1.4. Entretanto, durante quase todo o séc. XX e no primeiro vinténio do séc. XXI não foi pequeno o debate acerca dos interesses prosseguíveis pelas sociedades (dirigidas pelos administradores). À conceção do *shareholder value* foi-se contrapondo a do *stakeholder value*: devem ser satisfeitos os interesses não só dos sócios, mas também das «partes interessadas» (variando a extensão destas entre trabalhadores, consumidores, fornecedores, comunidades locais e nacionais).

Na afirmação do discurso *stakeholderist* (não raras vezes pronunciado também por empresas e investidores) teve papel notável o chamado movimento da responsabilidade social das empresas (CSR: *corporate social responsibility*), desenvolvido desde meados do século passado.

As ideias da «responsabilidade social» – que não é jurídico-vinculativa –, depois de ultrapassados os testes da possibilidade (jurídica) de as empresas as porem em prática (tanto mais quanto é certo que alguns atos legislativos como, por exemplo, a Diretiva 2014/95/UE, relativa a demonstrações não financeiras, têm vindo a promovê-las), parece terem recebido consagração em várias leis nacionais. Mas, no essencial, são só aparências⁸

Recentemente, têm-se multiplicado textos institucionais *stakeholderist*.⁹ Estarão as (grandes) empresas no estádio de, voluntariamente, tomarem

⁷ Cfr., sobre algumas consequências do *short-termism* societário, *Study on directors' duties and sustainable corporate governance*, 2020 (relatório preparado por EY para a Comissão Europeia), p. 22, s.

⁸ V. J. M. COUTINHO DE ABREU, "CSR – «Responsabilità senza responsabilità (legale)?", GC (Giurisprudenza Commerciale), 2019, p. 1088/I, s.

⁹ Cfr. J. M. COUTINHO DE ABREU, "Estado de direito e empresa (sociedade) de direito", DSR (Direito das Sociedades em Revista) 26 (2021), p. 25-26.

a sério a defesa de direitos humanos, ambientais, etc.? Duvido. Deixo um exemplo.

Em 2019, a BRT (*Business Roundtable*), que associa CEOs das maiores empresas estadunidenses, publicou novo *Statement on the Purpose of a Corporation*, comprometendo-se a proporcionar valor aos clientes, investir nos empregados, lidar justa e eticamente com os fornecedores, apoiar as comunidades onde as empresas laboram e, por fim, gerar valor de longo prazo para os sócios. E chegou a Covid-19: «Members of the Business Roundtable who took the pledge to look after all their stakeholders went on to cut hundreds of thousands of jobs last year, and are busy campaigning against tax rises to pay for the social cost of the pandemic».¹⁰

2. Para outros caminhos

2.1. O *dever de diligência empresarial* aparece no Projeto de Diretiva como a obrigação de as empresas envidarem esforços para, de modo proporcionado às suas possibilidades e ao contexto em que operam, identificarem, avaliarem, prevenirem, mitigarem ou cessarem os efeitos negativos nos direitos humanos, no ambiente ou na governação pública decorrentes das suas próprias atividades e/ou das de empresas com que se relacionam (cfr. arts. 1.º, 1 e 2, 4.º).¹¹

Esta obrigação das empresas (de algumas delas, apenas: art. 2.º) deve ter expressão em documento escrito, elaborado e reelaborado com a participação das partes interessadas (arts. 5.º e 8.º)¹², e publicitado (art. 6.º).

No direito das sociedades, o dever de diligência ou de cuidado tem longa tradição. Mas é aí, por norma, uma obrigação diretamente dirigida aos membros dos órgãos de administração e de fiscalização, e no interesse das sociedades respetivas. No Projeto, o dever de diligência empresarial impede diretamente sobre as sociedades (e outras empresas) – vale não apenas para os membros dos órgãos – e visa a satisfação de interesses (*imediatamente*) externos, interesses em primeira linha das pessoas que podem ser afetadas por efeitos negativos produzidos pelas sociedades.

¹⁰ *The Economist* de 17/4/2021, p. 10. V. tb. WORLD BENCHMARKING ALLIANCE, *Covid-19 and human rights – Assessing the private sector's response to the pandemic across five sectors*, 2021 (a grande maioria das empresas analisadas não identificou nem tratou os riscos de direitos humanos relacionados com a Covid-19).

¹¹ Esta conceção está em linha com a prevista nos *Guiding Principles on Business and Human Rights* (2011) das Nações Unidas (v. arts. 15.º, 17.º, s.) e no Guia da OCDE de *Devida Diligência para uma Conduta Empresarial Responsável* (2018).

¹² A noção de partes interessadas está no art. 3.º, 1).

Porém, é possível dizer-se que num caso e noutro a obrigação é de esforço (ou de meios), não de resultado: os obrigados comprometem-se a um comportamento cuidadoso para alcançar certos efeitos, mas não asseguram que os mesmos serão conseguidos. Não obstante, no campo da responsabilidade civil, podem ser diferentes as consequências decorrentes do cumprimento ou incumprimento da obrigação em cada um desses âmbitos.

Hipótese de *não cumprimento* da obrigação de diligência devida: apesar do incumprimento, se não houver dano para, respetivamente, a sociedade ou os diretos humanos ou o ambiente, não há responsabilidade civil (não há dever de reparação a cargo dos administradores e fiscalizadores, nem da sociedade); todavia, o incumprimento do dever de diligência empresarial acarreta sanções de natureza administrativa – arts. 13.^º e 18.^º do Projeto.

Hipótese de *cumprimento* da obrigação: se os administradores (ou fiscalizadores) cumprem o dever de cuidado, não respondem civilmente para com a sociedade ainda que das suas opções resultem danos¹³; por sua vez, uma sociedade que cumpre o dever de diligência segundo o Projeto pode, ainda assim, ter de responder pelos danos causados por violação de direitos humanos ou ambientais.

2.2. Esta última afirmação concorda com o estabelecido no n.^º 1 do art. 19.^º do Projeto: «O facto de uma empresa respeitar as suas obrigações em matéria de dever de diligência não a exonera da eventual responsabilidade em que pode incorrer nos termos do Direito nacional». Preceito aparentemente paradoxal e contraditório com o disposto no n.^º 3 do mesmo artigo: não responsabilização das empresas «que provem que tomaram todas as precauções necessárias, em conformidade com a presente diretiva, para evitar os danos em questão».

Dir-se-á, a empresa que respeita o dever de diligência não age ilicitamente, mesmo que cause danos – e a ilicitude é (quase sempre) pressuposto essencial da responsabilidade civil.

No entanto, começemos por notar que a elaboração de uma estratégia de devida diligência envolve sempre alguma *incerteza* quanto à identificação e avaliação dos riscos e alguma *discrição* quanto à seleção e ordenação dos meios de prevenção e mitigação.¹⁴ Uma empresa elaborou

¹³ Esta conclusão é reforçada pela aplicação da *business judgment rule*.

¹⁴ No comentário ao n.^º 22 dos *Guiding Principles* da ONU é dito: «Even with the best policies and practices, a business enterprise may cause or contribute to an adverse human rights impact that it has not foreseen or been able to prevent.» V. tb. a parte final do comentário ao n.^º 17.

de boa fé um plano de devida diligência que vinha aplicando; em uma conjuntura especial, exigiu do fornecedor exclusivo (uma empresa mineira) o aumento extraordinário das mercadorias a entregar; para produzir mais, o fornecedor, que, apesar de estabelecido numa região crítica em matéria de práticas laborais, vinha cumprindo, sob a orientação e supervisão daquela empresa, normas razoáveis, recorreu a trabalho infantil ou aumentou a duração do trabalho de tal modo que causou doença grave em centenas de trabalhadores. Não deve a primeira empresa (fornecida) ser responsabilizada por ter contribuído para a violação de direitos humanos?¹⁵ (Ou este exemplo será ainda um caso de violação do dever de diligência empresarial, por falta de revisão da estratégia e/ou por falhas na aplicação desta?).

Por outro lado, as normas sobre o dever de diligência em matéria de direitos humanos, ambiente e boa governação prescrevem *deveres específicos* que vinculam diretamente as empresas (sem necessidade de mediação, independentemente da estratégia de *due diligence*) e cuja violação há de poder originar sanções (também) civis. Tais normas não estão elencadas no Projeto, que remete para anexos a preencher futuramente (art. 3.º, 6, 7) e 8)).¹⁶ Contudo, repita-se, fica salvaguardada a possibilidade de exclu-

¹⁵ Para a noção de contribuição para danos, v. o art. 3.º, 10), do Projeto.

¹⁶ Apesar de muitas normas referidas nos considerandos 21 e seguintes do Projeto serem de origem internacional e de conteúdo algo indeterminado, não se me afigura tarefa especialmente espinhosa especificar os respetivos deveres a observar pelas empresas. V., a propósito, as listas dos riscos de direitos humanos e dos riscos ligados ao ambiente previstos no § 2 (2) e (3) da (alemã) *Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten* (LkSG), de 16 de julho de 2021. Ainda a propósito desta lei, note-se que o § 3 (3) estatui que a violação dos deveres nela estabelecidos não origina responsabilidade civil. Mas logo acrescenta que não fica afetada a possibilidade de responsabilidade civil fundada em fonte independente da mesma lei (v. p. ex. o § 823 do BGB; v. tb. o § 11 da LkSG; cfr. GERHARD WAGNER, "Haftung für Menschenrechtsverletzungen in der Lieferkette", ZIP – Zeitschrift für Wirtschaftsrecht – 2021, p. 1102-1103). As sanções para o incumprimento dos deveres previstos nessa lei são de ordem administrativa – v. §§ 14, s., 22, s. A talhe de foice, refira-se que foi diferente a opção do legislador francês na lei de 27/3/2017 relativa ao "devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre", que aditou os arts. L. 225-102-4 e L. 225-102-5 no *Code de Commerce*. Depois de o primeiro destes artigos impor a (grandes) sociedades a obrigaçāo de elaborar e pôr em prática plano de vigilância com determinado conteúdo (visando identificar os riscos e prevenir ofensas graves aos direitos humanos e liberdades fundamentais, à saúde e segurança das pessoas, bem como ao ambiente), estatui o segundo que "le manquement aux obligations définies à l'article L. 225-102-4 du présent code engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice que l'exécution de ces obligations aurait permis d'éviter" – v., sobre esta responsabilidade, ANNE DANIS-FATÔME/GENEVIEVE VINEY, "La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre", RD (Recueil Dalloz), 2017, p. 1610, s.

são de responsabilidade no caso de a empresa provar que, por ter elaborado proporcionada e razoavelmente e aplicado com rigor uma estratégia de diligência devida, tomou «todas as precauções necessárias, em conformidade com a presente diretiva, para evitar os danos em questão» (n.º 3 do art. 19.º).

Refira-se ainda, como argumento talvez de maior evidência para compreender o n.º 1 do art. 19.º, que os ordenamentos nacionais consagram casos de *responsabilidade objetiva* ou pelo risco – independentemente de culpa. Uma empresa que explore certa atividade especialmente perigosa pode ter de responder civilmente pelos danos resultantes dessa atividade, não obstante ter cumprido todas as obrigações em matéria de dever de diligência.

2.3. Um outro segmento dos enunciados normativos do art. 19.º do Projeto que suscita dificuldades interpretativas está no n.º 2: as empresas podem ser «responsabilizadas e proceder à reparação de quaisquer danos decorrentes de efeitos negativos, potenciais ou reais, nos direitos humanos, no ambiente ou na boa governação». Como, perguntar-se-á, responsabilizar por «danos» decorrentes de efeitos negativos «potenciais»? Se os efeitos negativos são potenciais, não haveria danos atuais para ressarcir...

Para o caso, de pouco préstimo é o art. 3.º do Projeto quando, nos n.ºs 6), 7) e 8) define «efeito negativo, potencial ou real». Por um lado, porque a expressão que se pretende definir («efeito negativo, potencial ou real») aparece (tautologicamente) tal qual na «definição» dada nos n.ºs 6) e 8). Por outro lado, porque no n.º 7) o «efeito negativo, potencial ou real» aparece como «qualquer violação das normas ()».

Os danos decorrentes de efeitos negativos potenciais são, parece, os *prejuízos futuros*, os danos ainda não presentes mas previsivelmente verificáveis em momento posterior. Imagine-se uma empresa que não instala um equipamento adequado ao tratamento de resíduos perigosos resultantes da sua atividade; é certo que dentro de alguns meses a água consumida na comunidade local vai deixar de ser potável; pelo dano (futuro) decorrente deste efeito negativo potencial poderá a empresa ser já condenada em indemnização provisória (incluindo reparação natural).

2.4. Para terminar, acrescentemos algumas linhas acerca dos *grupos de sociedades* (ou, mais latamente, de empresas).

Uma das principais marcas registadas nas legislações originárias sobre sociedades anónimas (alargada depois a outros tipos societários) foi a «*responsabilidade limitada*»: os sócios, enquanto tais, não respondem pelas dívidas da sociedade.

Mas, durante muito tempo (até finais do séc. XIX) não se permitiu que uma sociedade fosse sócia (dominante ou não) de outra sociedade. Ultrapassada essa não permissão, o novo fenómeno dos grupos – a realidade do controlo, direto ou indireto, de uma sociedade (ou empresa) sobre outra(s) sociedade(s) – logo revelou o agravamento dos riscos para terceiros decorrentes das cadeias empresariais. Contudo, a generalidade das legislações não introduziu alterações para neutralizar ou minimizar os efeitos nefastos. A regra permaneceu: cada sociedade é pessoa jurídica com responsabilidade própria, está separada subjetivamente e patrimonialmente dos outros sujeitos jurídicos; por quaisquer obrigações de uma filial, ainda que instrumentalizada pela sociedade-mãe, responde somente ela própria, até ao limite do seu património.

Perante a não adaptação dos ordenamentos societários, dir-se-ia não ser permitido uma sociedade controladora instrumentalizar uma sociedade controlada de maneira a beneficiar-se em detrimento desta e de partes relacionadas. Quer organicamente (em assembleia geral), quer extra-organicamente, nenhum sócio dominante tem o direito de orientar a sociedade contrariando os interesses desta. Pois, mas aqui o poder de facto tem sobrelevado o (não) poder de direito. E o velho princípio de que ao poder deve corresponder responsabilidade é lembrança esmaecida

Apesar disso, é verdade que alguns países procederam à «codificação» de um direito dos grupos que atribui à empresa controladora o direito de dar instruções vinculantes, inclusive desvantajosas, à administração das sociedades controladas, mas, em contrapartida, a responsabiliza perante estas e/ou os credores destas. Papel pioneiro coube à Alemanha, com a *Aktiengesetz* de 1965. Na UE, seguiram o exemplo, em maior ou menor medida, apenas meia dúzia de países, Portugal em primeiro lugar, com o Código das Sociedades Comerciais de 1986.¹⁷

Já se vê que não há na UE harmonização geral quanto ao direito dos grupos. Embora tenha havido nos anos 70 e 80 anteprojetos de uma 9^a diretiva em matéria de sociedades.¹⁸ No entanto, há alguma harmonização sectorial. Destaco aqui a visível no campo do direito de defesa da concorrência. Foi-se consolidando na jurisprudência comunitária, já desde os anos 70, a ideia de imputar à sociedade-mãe o comportamento anticoncorrencial de filial que não se conduz autonomamente no mercado, sendo

¹⁷ Fora da UE, a paisagem parece ser ainda mais minguada.

¹⁸ Cfr. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade – As empresas no direito*, Almedina, Coimbra, 1996 (reimp. 1999), p. 249-250 (sobre as razões para o não aparecimento da diretiva, v. *ibid.*, p. 279) e J. A. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades – Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, 2^a ed., Almedina, Coimbra, 2002, p. 177, s.

antes influenciada determinantemente por aquela; e presume-se (ilidivelmente) que a sociedade-mãe exerce efetivamente uma influência determinante quando detém, direta ou indiretamente, a totalidade ou a quase totalidade do capital da filial.¹⁹ O art. 13.º, 5, da Diretiva 2019/1, de 11 de dezembro de 2018 – «Para efeitos de aplicação de coimas à sociedade-mãe (), os Estados-Membros asseguram que seja aplicável o conceito de empresa» – consagrou legislativamente, pode dizer-se, aquela jurisprudência assente.²⁰

Na falta de lei (especial-excepcional) para responsabilizar as sociedades controladoras por danos diretamente causados pelas controladas a terceiros, tem-se apelado a regras e princípios da responsabilidade civil geral e/ou societária – basta vezas dificilmente aplicáveis ou de eficácia reduzida – como os relativos à desconsideração da personalidade jurídica, à administração de facto e deveres de cuidado, às deliberações abusivas, aos deveres no tráfico, à culpa de organização²¹

¹⁹ Cfr., entre os mais recentes, os Acs. do TJUE de 8/5/2013 (C-508/11, Eni/Comissão) e de 27/4/2017 (C-516/15, Akzo Nobel/Comissão).

²⁰ Para explicitação do citado artigo, v. o considerando 46 da Diretiva: o conceito de empresa «deverá ser aplicado de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça da União Europeia, no sentido de que designa uma unidade económica, mesmo que seja constituída por várias pessoas singulares ou coletivas. Por conseguinte, as ANC deverão poder aplicar o conceito de empresa para responsabilizarem e aplicarem coimas a uma sociedade-mãe pela conduta de uma das suas filiais, quando essa sociedade-mãe e a sua filial constituírem uma unidade económica única».

²¹ Sobre estas figuras (ou algumas delas e outras mais) no contexto referido, v. p. ex. COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade...*, p. 272, s. e “Responsabilidade civil nas sociedades em relação de domínio”, SI (Scientia Iuridica) 329 (2012), p. 223, s., KLAUS J. HOPT, “Groups of Companies – A comparative study on the economics, law and regulation of corporate groups”, 2015 (disponível em <http://ssrn.com/abstract=2560935>), GERHARD WAGNER, “Haltung für Menschenrechtsverletzungen”, *RabelsZ* (Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht) 80 (2016), p. 766, s. (comparando experiências da Holanda, Alemanha e Inglaterra). Mais próxima da linha desenhada no Projeto de Diretiva tem estado jurisprudência minoritária de alguns países de *common law* (Austrália, EUA, RU), que afirma, especialmente para grupos de gestão centralizada, um *duty of care* da sociedade-mãe para com empregados e outros *stakeholders* das filiais. Exemplo recente e significativo é o da sentença de 12/2/2021 do tribunal supremo do Reino Unido no caso *Okpabi and others v Royal Dutch Shell Plc and another* – [2021] UKSC 3. Cerca de duas semanas antes, em 29/1/2021, para um caso semelhante (*Four Nigerian Farmers and Stichting Milieufdensie v Shell*), o tribunal de apelação de Haia (de um país, portanto, da UE e de *civil law*, mas aplicando direito nigeriano) havia já afirmado um *common law duty of care* da sociedade controladora (Royal Dutch Shell) perante terceiros prejudicados por uma subsidiária nigeriana. Para uma análise destas duas sentenças, v. LUCAS ROORDA/DANIEL LEADER, “Okpabi v Shell and Four Nigerian Farmers v Shell: Parent Company Liability Back in Court”, *Business and Human Rights Journal*, 6 (2021), p. 368, s.

Ora, o que diz a este respeito o Projeto de Diretiva?

As empresas devem estabelecer e aplicar uma estratégia em matéria de dever de diligência que *há de contar também com as sociedades controladas*²² ou «filiais» – art. 4.º, 4, i) e ii). Ainda segundo o n.º 6 deste art. 4.º, as filiais não precisam de estabelecer uma estratégia em matéria de dever de diligência se a respetiva empresa-mãe as incluir na sua própria estratégia devida diligência.

Depois, de acordo com o n.º 2 do art 19.º, pelos danos nos direitos humanos, no ambiente ou na boa governação causados pelas sociedades controladas (ou para os quais elas tenham contribuído) *responde (também) a empresa-mãe*. Salvo se, acrescenta o já citado n.º 3 do mesmo artigo, esta provar²³ que tomou todas as precauções necessárias para evitar os danos, ou que eles teriam ocorrido ainda que as tivesse tomado (*v.g.*, os danos resultaram de caso fortuito ou de força maior).

Consequências marcantes defluem desta disciplina, que significará igualmente um alargamento considerável na harmonização comunitário-europeia do direito dos grupos empresariais. Por um lado, consagra-se o *dever de diligência ou de cuidado das empresas-mãe* em matéria de direitos humanos, ambiente e governação pública *para com partes interessadas das sociedades filiais e a responsabilidade correspondente*. Mas também se consagra, por outro lado, e em contrapartida, o *direito (o poder-dever) de as empresas controladoras darem instruções vinculantes às controladas nessas matérias*.

O Projeto avançará? Tem a UE força e vontade de liderar, apesar das condições desiguais de concorrência internacional que enfrentaria – antes, pois, de uma eventual harmonização universal?²⁴

Um novo caminho está traçado. No entanto, já se notam esforços para instalar sinais de trânsito proibido. Mas caminhar por aí é preciso.

²² Uma empresa controla uma sociedade quando, nos termos do art. 3.º, 9), tem a possibilidade de exercer uma influência decisiva sobre esta, porque, p. ex., possui uma participação social que lhe garante determinar a composição do órgão de administração.

²³ Há inversão do ónus da prova em resultado da presunção ilidível de responsabilidade da empresa controladora.

²⁴ V. *Legally Binding Instrument to Regulate, in International Human Rights Law, the Activities of Transnational Corporations and Other Business Enterprises* (Third Revised Draft 17.08.2021), em especial os arts. 6.3. e 6.4., 8.6. e 8.7.

Adenda

Depois de concluir o texto, foi aprovada em 23/2/2022 a *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937 ((COM(2022) 71 final).*

Na impossibilidade de agora analisar essa proposta, será útil transcrever aqui o seu art. 22:

Article 22
Civil liability

1. Member States shall ensure that companies are liable for damages if:
 - (a) they failed to comply with the obligations laid down in Articles 7 and 8 and;
 - (b) as a result of this failure an adverse impact that should have been identified, prevented, mitigated, brought to an end or its extent minimised through the appropriate measures laid down in Articles 7 and 8 occurred and led to damage.

2. Notwithstanding paragraph 1, Member States shall ensure that where a company has taken the actions referred to in Article 7(2), point (b) and Article 7(4), or Article 8(3), point (c), and Article 8(5), it shall not be liable for damages caused by an adverse impact arising as a result of the activities of an indirect partner with whom it has an established business relationship, unless it was unreasonable, in the circumstances of the case, to expect that the action actually taken, including as regards verifying compliance, would be adequate to prevent, mitigate, bring to an end or minimise the extent of the adverse impact.

In the assessment of the existence and extent of liability under this paragraph, due account shall be taken of the company's efforts, insofar as they relate directly to the damage in question, to comply with any remedial action required of them by a supervisory authority, any investments made and any targeted support provided pursuant to Articles 7 and 8, as well as any collaboration with other entities to address adverse impacts in its value chains.

3. The civil liability of a company for damages arising under this provision shall be without prejudice to the civil liability of its subsidiaries or of any direct and indirect business partners in the value chain.

4. The civil liability rules under this Directive shall be without prejudice to Union or national rules on civil liability related to adverse human rights impacts or to adverse environmental impacts that provide for liabi-

lity in situations not covered by or providing for stricter liability than this Directive.

5. Member States shall ensure that the liability provided for in provisions of national law transposing this Article is of overriding mandatory application in cases where the law applicable to claims to that effect is not the law of a Member State.

Sublinho ainda, da perspetiva dos administradores, o art. 15.^º, n.^º 3, quanto à sua remuneração, e os arts. 25.^º e 26.^º, quanto aos seus deveres.

RESUMO: 2021 foi um ano marcante em tema de deveres de cuidado das empresas com os direitos humanos. A Proposta de Directiva relativa ao dever de diligência das empresas e à responsabilidade social ilustra a tendência geral para uma maior vinculatividade dos critérios Ambiental, Social e de Governação. A lei alemã relativa a obrigações de cuidado na cadeia de fornecimento pode funcionar como um modelo para os outros ordenamentos jurídicos. Entretanto, a decisão do caso *Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell* demonstra as virtualidades das cláusulas gerais ou abertas.

Palavras-chave: Empresas; Responsabilidade Social das Empresas; critérios Ambiental, Social e de Governação; direitos humanos; deveres de cuidado; cadeia de valor; interesse social.

ABSTRACT: 2021 was a landmark year in respect to human rights due diligence. The Proposal for a Directive on corporate due diligence and corporate accountability illustrates the general trend towards mandatory human rights and environmental due diligence. The German Act on corporate due diligence obligations may work as a model for other jurisdictions. In the meantime, the ruling on the case *Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell* demonstrates the virtues of open-ended legal standards.

Keywords: Business; Corporate Social Responsibility; Environmental, Social and Governance; human rights; human rights due diligence; value chain; corporate purpose.

CATARINA SERRA

*Empresas e Human Rights Due Diligence – Algumas observações a propósito de desenvolvimentos recentes**

I. Ponto(s) da situação

1. O fenómeno da responsabilidade social das empresas na jurisprudência portuguesa

Mesmo sem fazer uma investigação sistematizada ou exaustiva da jurisprudência portuguesa, é possível afirmar, com alguma segurança, que a

* O presente artigo resulta da conversão em texto das notas de apoio à intervenção no 1.º Congresso Anual de Empresas e Direitos Humanos/*1st Annual Conference on Business and Human Rights*, realizada pela NOVA Business and Human Rights, no painel *Business and Human Rights in Portugal*.

responsabilidade social das empresas (RSE) não adquiriu ainda relevo nas decisões judiciais, existindo, na melhor das hipóteses, referências pontuais¹.

Veja-se, para um dos exemplos encontrados, o Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15 de Junho de 2016², que, a propósito da medida de suspensão dos pagamentos de complementos de pensão aos trabalhadores dos ex-trabalhadores de certas empresas do sector empresarial do Estado prevista na lei do Orçamento de Estado para 2014, reproduz a seguinte a declaração de voto lavrada no Acórdão do Tribunal Constitucional de 30 de Maio de 2014³: “[a]colhendo uma visão jurídico-constitucional da actividade empresarial pública que não tenha como vector único a maximização do retorno do capital investido, e integre na sua racionalidade de gestão políticas responsáveis do ponto de vista social, incluindo na dimensão (interna) de resposta a necessidades sociais dos seus colaboradores – contributo essencial para o desenvolvimento sustentável e comprovadamente gerador de resultados positivos a longo prazo para qualquer empresa, como se sublinha no Livro Verde Promover um Quadro Europeu para a Responsabilidade Social das Empresas, COM(2001) 366 Final, e na resolução do Parlamento Europeu que sobre ele incidiu, onde se afirma que ‘há um consenso global cada vez maior, no seio das empresas e nos círculos de investidores, de que têm uma missão mais vasta do que apenas a de gerar lucros e que o desafio do seu sucesso consiste na combinação entre rentabilidade, sustentabilidade e responsabilidade’ (JO C187E de 07/08/2003, pp. 180-188) – entendo que os complementos de pensão em apreço não estão à margem do sistema de recompensas pecuniárias pela laboração em empresa do SEE, sendo nessa medida indissociáveis da sua operacionalidade (...).”.

Isto não é assim – ou não é assim necessariamente – por alguma falta de sensibilidade da jurisprudência portuguesa. Para dizer a verdade, a jurisprudência portuguesa ainda não foi testada. Sucede que os casos propícios a uma tomada de posição não chegam, simplesmente, aos tribunais portugueses, o que se deve, por um lado, à falta de sensibilidade dos sujeitos afectados – à falta de consciência dos seus direitos/interesses – e, por

¹ A verdade é que tão-pouco são abundantes as referências nas decisões do Tribunal de Justiça da União Europeia. Para um “caso positivo” cfr., por exemplo, o Acórdão do Tribunal de Justiça (Terceira Secção) de 10 de maio de 2012 (Processo C-368/10), em que se faz referência ao “[r]espeito dos ‘critérios de sustentabilidade das aquisições e de responsabilidade social das empresas’”.

² Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15 de Junho de 2016 (Relatora: Maria João Romba), Proc. 2883/4.8TTSB.L2-4.

³ Declaração de voto de Vaz Ventura no Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 413/2014, de 30 de Maio de 2014.

outro, à falta de organização dos sujeitos afectados (em associações ou entidades de defesa dos direitos/interesses em causa).

Depois, há motivos relacionados com as circunstâncias – as circunstâncias objectivas. Portugal não é um país em que estejam sediados os grandes grupos económicos, não é o local da sede das empresas-mãe dos grandes grupos de sociedades. É a actividade destes que é susceptível de causar os grandes impactos nos direitos das pessoas e, consequentemente, dar origem aos casos que reclamam uma intervenção forte por parte dos tribunais.

Não será provável que aconteça em Portugal, por exemplo, aquilo que aconteceu na Holanda, onde o Tribunal de Haia (Juízo de Comércio) foi recentemente chamado a pronunciar-se sobre o impacto ambiental produzido pelo Grupo Shell e proferiu, em 26 Maio de 2021, uma decisão marcante a todos os níveis (“*groundbreaking ruling*” ou “*landmark judgement*”⁴). Vale a pena olhar, ainda que brevemente, para o caso e para a decisão proferida pelo Tribunal holandês⁵.

2. O caso *Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell*

A ré é a Royal Dutch Shell (RDS), a empresa *holding* do Grupo Shell, que tem sede em Haia. Certas entidades lideradas pela Milieudefensie, uma organização ambiental holandesa, propuseram em conjunto, uma *class action*⁶ contra a RDS, requerendo, entre outras coisas, a condenação desta na obrigação de redução das emissões de CO2 do Grupo Shell.

Na sua decisão, o Tribunal de Haia condena a RDS não só numa obrigação de resultado no que respeita a todas as empresas do grupo – a obri-

⁴ Qualificam-na assim, entre outros, CHIARA MACCHI e JOSEPHINE VAN ZEBEN [“Business and human rights implications of climate change litigation: Milieudefensie et al. v Royal Dutch Shell”, in: *RECIEL – Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 2021, 30, p. 409 (<https://onlinelibrary.wiley.com/doi/full/10.1111/reel.12416>)]. Dizem as autoras que esta decisão representa a primeira imposição de uma obrigação específica de mitigação a uma empresa privada além e acima dos objectivos de redução definidos pelas regulações “*cap-and-trade*” e/ou por outras políticas de mitigação oficiais. Sobre o “*cap-and-trade*” veja-se adiante.

⁵ *Vereniging Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell PLC*, Hague District Court, Decision of May 26, 2021 (<https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ELCI:NL:RBDHA:2021:5339>).

⁶ A *class action* é o equivalente da acção popular prevista no artigo 52.º, n.º 3, da Constituição da República Portuguesa e regulada desde 1995 na lei portuguesa (cfr. Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto, que regula a participação procedural e a acção popular). É, contudo, um expediente pouco utilizado.

gação de reduzir as emissões de CO₂ do grupo Shell em 45% até ao final de 2030, de forma a atingir os níveis de 2019 – como também numa obrigação de meios (*best-efforts obligation*⁷) relativamente a todas as entidades da cadeia de fornecimento (*supply chain*) com quem o grupo mantém relações empresariais, incluídos os destinatários finais⁸.

O fundamento central é o dever não escrito de cuidado (*unwritten standard of care*), que decorre do artigo 6.2, n.º 2, do Código Civil holandês. Esta norma tem o seguinte teor: “[a] rule in force between a creditor and his debtor by virtue of law, common practice or a juridical act does not apply as far as this would be unacceptable, in the circumstances, by standards of reasonableness and fairness”.

Como explicou o Tribunal, esta norma encerra uma máxima: qualquer conduta que contrarie uma regra que geralmente se aceita como não escrita contraria a lei. Daqui se retira que, aquando da definição da estratégia do grupo, a RDS deve observar o cuidado que é devido tal como entendido pela sociedade em geral.

A interpretação do dever não escrito de cuidado pressupõe a ponderação de todas as circunstâncias do caso concreto. Na sua interpretação do dever não escrito de cuidado, o Tribunal ponderou, pelo menos, catorze circunstâncias: a posição da RDS como entidade com o poder de definir a estratégia no grupo Shell; as emissões de CO₂ do grupo Shell; as consequências das emissões de CO₂ para toda a Holanda e para a região de Wadden em particular (local onde o grupo Shell desenvolve actividades); o direito à vida e o direito ao respeito pela vida privada e familiar dos residentes na Holanda e dos habitantes da região de Wadden; os *United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs)*⁹; o controlo e a influência da RDS nas emissões de CO₂ do grupo Shell e as suas relações empresariais; o que é necessário para prevenir as alterações climáticas perigosas; os caminhos para a possível redução; o duplo desafio de impedir as alterações climáticas perigosas e satisfazer a procura crescente de energia por parte da população mundial; o sistema de *Emissions Trading*

⁷ Enfatizando-se o que deve enfatizar-se, poder-se-ia traduzir: obrigação de *enviar todos os esforços ou empregar todos os meios ao seu alcance*.

⁸ Para comentários a esta decisão cfr. CHIARA MACCHI/JOSEPHINE VAN ZEBEN, “Business and human rights implications of climate change litigation: Milieudefensie et al. v Royal Dutch Shell”, cit., pp. 409 e s., ANDREAS HÖSLI, “Milieudefensie et al. v. Shell: A Tipping Point in Climate Change Litigation against Corporations?!” , in: *Climate Law*, 2021, 11, pp. 195 e s. (https://brill.com/view/journals/clla/11/2/article-p195_195.xml), e ANDREW SANGER, “From ambition to obligation: Royal Dutch Shell ordered to reduce CO₂ emissions in line with Paris Agreement”, in: *The Cambridge Law Journal* , 2021, 80 (3), pp. 425 e s.

⁹ Falar-se-á dos UNGPs adiante no texto.

*System (ETS)*¹⁰ e outros sistemas de emissões “*cap-and-trade*”¹¹ que sejam aplicáveis noutras locais do mundo, as licenças e as obrigações actuais do grupo Shell; a eficácia da obrigação de redução; a responsabilidade dos Estados e da sociedade em geral; a onerosidade para a RDS e o grupo Shell do cumprimento da obrigação de redução; e a proporcionalidade da obrigação de redução da RDS.

A decisão de condenar a RDS a uma obrigação de resultado e a uma obrigação de meios com o alcance descrito foi, de forma consensual, qualificada como um marco fundamental na “jurisprudência ambiental”¹². Mas, vendo bem, ela transcende o aspecto ambiental, sendo o ambiente só um dos aspectos/domínios que são abrangidos pelo cuidado que cabe às empresas dispensar, no exercício da sua actividade, aos direitos humanos/direitos das pessoas¹³.

Diga-se, aliás, que um dos pressupostos em que assenta o raciocínio do Tribunal de Haia é o de que (são) os direitos humanos (que) oferecem protecção contra as alterações climáticas perigosas e (que) estes devem ser respeitados pelas empresas (i.e., as empresas devem evitar ofensas aos direitos humanos e resolver os impactos negativos nos direitos humanos em que estejam envolvidas). Além disso, na sua interpretação do dever não escrito de cuidado, o Tribunal de Haia ponderou os direitos humanos e os valores a que eles estão associados, em especial quando ponderou o direito à vida e o direito ao respeito pela vida privada e familiar dos residentes na Holanda e dos habitantes da região de Wadden.

¹⁰ O sistema de *ETS* é um sistema que permite aos Estados e às empresas que produzem emissões de gases com efeito de estufa comprar e vender entre si licenças para estas emissões. Na União Europeia já existe há algum tempo legislação nesta matéria, tendo a Directiva 2003/87/CE de 13 de Outubro de 2003 criado um regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa, a fim de promover a redução das emissões de gases com efeito de estufa em condições que ofereçam uma boa relação custo-eficácia e sejam economicamente eficientes.

¹¹ O princípio “*cap-and-trade*” estabelece limites de emissões de gases com efeito de estufa e baseia-se em licenças para poluir como, por exemplo, as *ETS*.

¹² Cfr., neste sentido, MARIA REGINA REDINHA, “Clima estável: a urgência de um direito, a propósito do caso *Milieodefensie et al. v. Royal Dutch Shell* – Editorial”, in: *RED – Revista Electrónica de Direito*, Outubro de 2021, volume 26, n.º 3, p. 3.

¹³ Cfr., porém, CHIARA MACCHI/JOSEPHINE VAN ZEBEN, “Business and human rights implications of climate change litigation: Milieodefensie et al. v Royal Dutch Shell”, cit., pp. 413 e s.. As autoras expressam dúvidas sobre se a imposição de deveres às empresas em matéria de direitos humanos é suficiente para que elas assumam a conduta devida em matéria ambiental. Cfr. ainda CHIARA MACCHI, “Due Diligence in Global Value Chains: Conceptualizing “Adverse Environmental Impact”, in: *RECIEL – Review of European, Comparative & International Environmental Law*, 2021, 30, pp. 297 e s.

Merece ainda referência – e reflexão – o amplo recurso à *soft law* (por exemplo, aos UNGP) na interpretação do dever não escrito de cuidado. Isto só foi possível porque o quadro era especialmente propício: na interpretação de cláusulas gerais (“*open-ended legal standards*”¹⁴) os tribunais holandeses admitem atender às normas de Direito internacional. No Direito holandês entende-se, de facto, que a regra do dever não escrito de cuidado se presta à aplicabilidade indireta da lei internacional, nos termos do princípio da interpretação das regras internas em conformidade com as normas internacionais (tese do “efeito indirecto”¹⁵ ou do “efeito reflexo”). Isto é especialmente importante no âmbito da litigância contra empresas: não estando as empresas directamente vinculadas pelos tratados internacionais sobre direitos humanos, o recurso a estes tratados para interpretar o dever de cuidado estabelecido na lei doméstica é essencial para conseguir a sua responsabilização pela violação de direitos humanos¹⁶.

3. Responsabilidade Social das Empresas/*Environmental, Social and Governance* no Direito

Dito isto, há que reconhecer que o facto de os conceitos de “Responsabilidade Social de Empresas” (RSE) ou, mais recentemente, de “*Environmental, Social and Governance*” (ESG)¹⁷ se manterem extranormativos ou

¹⁴ Cfr. ANDREAS HÖSLI, “*Milieudefensie et al. v. Shell: A Tipping Point in Climate Change Litigation against Corporations?*”, cit., p. 198.

¹⁵ Apreciando a litigância para defesa dos direitos humanos no quadro do ordenamento jurídico holandês, explicam NICOLA JÄGERS e MARIE-JOSÉ VAN DER HEIJDEN [“Corporate Human Rights Violations: The Feasibility of Civil Recourse in The Netherlands”, in: *Brooklyn Journal of International Law*, 2008, 33 (3), p. 857 (<https://research.tilburguniversity.edu/en/publications/corporate-human-rights-violations-the-feasibility-of-civil-recour>)] que, além da aplicação directa das normas internacionais, estas podem ser aplicadas a casos de responsabilidade extracontratual de uma forma indirecta. Isto pode ocorrer quando a conduta danosa viola uma regra relativa a um dever não escrito de cuidado, tal como interpretado por referência à lei internacional. Esta via é especialmente relevante para a aplicabilidade de normas internacionais que carecem de efeito directo, incluindo normas internacionais não vinculativas ou de *soft law*.

¹⁶ Cfr., neste sentido, CHIARA MACCHI/JOSEPHINE VAN ZEBEN, “Business and human rights implications of climate change litigation: Milieudefensie et al. v Royal Dutch Shell”, cit., pp. 412 e s.

¹⁷ Os ESG são critérios de desenvolvimento sustentável que remetem para os aspectos do ambiente, social e da governação da empresa. É usual falar-se também em ODS (Objectivos de Desenvolvimento Sustentável) mas estes têm uma aplicação mais ampla, direcionada a toda a sociedade (empresas, pessoas, organizações sociais) enquanto os ESG estão mais orientados para o contexto empresarial. Em suma, em matéria de empresas, é mais

permanecerem mesmo fora do espaço jurídico não ajuda à “sensibilização” da jurisprudência¹⁸.

Os juízes aplicam a lei. Quando tomam posse, aliás, juram que aplicarão e farão cumprir a lei. Sendo aqueles conceitos estranhos à lei, não são muito grandes as probabilidades de serem convocados para a fundamentação da decisão judicial.

Isto é assim não só em Portugal mas também noutras países europeus. Alguns legisladores resistem ainda – resistem desde sempre – a uma regulação inequívoca da RSE, o que se comprehende tendo em conta a ligação conceptual e genética entre a criação de uma empresa e a expectativa de lucro¹⁹.

Apesar de tudo, já vão existindo sinais da receptividade do Direito a este tipo de fenómenos, salientando-se, naturalmente, na lei portuguesa, o disposto no artigo 64.º, n.º 1, al. b), do Código das Sociedades Comerciais (CSC), introduzido na reforma legislativa de 2006.

A interpretação do art. 64.º, n.º 1, al. b), do CSC tem dado aso a alguma controvérsia. Desde o início os juristas portugueses divergem sobre

correcto falar-se em ESG do que em ODS. Recorde-se que os (17) ODS estão definidos na Agenda 2030, aprovada pela ONU na cimeira realizada, em 2015, em Nova Iorque.

¹⁸ Sobre a RSE no Direito, em particular no Direito português, cfr. CATARINA SERRA, “A Responsabilidade Social das Empresas — Sinais de um instituto jurídico iminente?”, in: *Questões Laborais*, 2005, n.º 25, pp. 42 e s., ou in: *Estudos em homenagem ao Professor Doutor Manuel Henrique Mesquita*, vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 835 e s.; “O novo Direito das Sociedades: para uma governação socialmente responsável”, in: *Scientia Juris – Revista do Curso de Mestrado em Direito Negocial da Universidade Estadual de Londrina*, 2010, 14, pp. 155-179 (<https://www.uel.br/revistas/uel/index.php/iuris/article/view/7655/6749>); “A Responsabilidade Social das Empresas através do Direito (e o Direito à luz da Responsabilidade Social das Empresas)”, in: *Responsabilidade Social – Uma visão ibero-americana*, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 599 e s.; e “Responsabilidad social corporativa: un cambio de rumo en el Derecho de sociedades”, in: Ángel Fernández-Albor (dir.)/Elena Pérez Carrillo (coord.), *Empresa responsable y crecimiento sostenible: aspectos conceptuales, societarios y financieros – Monografía Asociada a Revista de Derecho de Sociedades*, Número 38, Cizur-Menor (Navarra), Thomson Aranzadi, 2012, pp. 79 e s.

¹⁹ Sobre esta ligação e para algumas conclusões em tema do fim lucrativo das empresas sob a forma societária cfr. CATARINA SERRA, “A aplicação do artigo 980.º do Código Civil às sociedades comerciais – Sobre a (remanescente) utilidade da definição de contrato de sociedade para a estabilização da categoria da sociedade comercial”, in: NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA/AGOSTINHO CARDOSO GUEDES (coord.), *O Código Civil 50 Anos Depois: Balanço e Perspectivas – I Colóquio de Direito Civil de Santo Tirso*, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 307 e s., ou in: *Liber Amicorum Pedro Pais de Vasconcelos – Edição Especial da Revista de Direito Comercial*, 2020, pp. 401 e s. (<https://www.revistadireditocomercial.com/a-aplicacao-do-artigo-980-do-codigo-civil-as-sociedades-comerciais>).

o significado da norma e alguns encararam-na mesmo com ceticismo²⁰. Vejam-se os primeiros comentários à norma, logo em 2007.

Manifestando uma concepção ampla da lealdade, como um dever de coerência nas condutas adoptadas pelo administrador, afirmava, por exemplo, MANUEL CARNEIRO DA FRADA: “[o]s administradores devem portanto ser leais a todos: à sociedade, aos sócios, aos credores, aos trabalhadores e aos clientes. Não podem ser ‘mais leais a uns do que a outros’. Se o são, já são desleais”²¹.

Com uma visão mais restrita, que valoriza o enquadramento na relação de administração estabelecida entre os administradores e a sociedade e configura a lealdade como um dever de servir com fidelidade os interesses da sociedade, contrapunha, certeiramente, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO: “[e]xigir ‘lealdade’ no interesse da sociedade e, ainda, atentando aos interesses (a longo prazo) dos sócios, e ponderando os de outros sujeitos, entre os quais os trabalhadores, os clientes e os credores, é permitir deslealdades sucessivas. Quem é ‘leal’ a todos, particularmente havendo sujeitos em conflito, acaba desleal perante toda a gente”²².

Revelando alguma abertura à RSE mas expressando enfáticas reservas quanto aos efeitos da norma, dizia JORGE COUTINHO DE ABREU: “formulações como aquela que a alínea contém são, em grande medida, quanto ao interesse dos não sócios, expressão de retórica balofa e potencialmente desresponsabilizadora dos administradores. Na verdade, se os administradores, na sua actuação, não ponderarem os interesses dos trabalhadores, clientes, credores, etc., a que sanções ficam sujeitos? E quem pode requerer a aplicação de sanções?... (...) Ainda assim, é bom que se promova a responsabilidade social das empresas (...). Mas sem que essa promoção obnubile o carácter essencialmente ‘individual’-egoístico da empresa capitalista. E de modo que à afirmação da responsabilidade social das empresas não vá correspondendo a desresponsabilização social do Estado (cada vez menos ‘social’)...”²³.

²⁰ Sobre a norma e a sua interpretação cfr. CATARINA SERRA, “Entre corporate governance e corporate responsibility: deveres fiduciários e ‘interesse social iluminado’”, in: I Congresso – Direito das Sociedades em Revista, Coimbra, Almedina, 2011, pp. 211 e s.

²¹ Cfr. MANUEL CARNEIRO DA FRADA, “A business judgement rule no quadro dos deveres gerais dos administradores”, in: AA.VV., Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raul Ventura – A Reforma do Código das Sociedades Comerciais, Coimbra, Almedina, 2007, p. 73.

²² Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades (artigo 64.º/1 do CSC)”, in: AA.VV., Jornadas em Homenagem ao Professor Doutor Raul Ventura – A Reforma do Código das Sociedades Comerciais, Coimbra, Almedina, 2007, p. 41.

²³ Cfr. JORGE COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, volume II – Das sociedades, Coimbra, Almedina, 2007 (2.ª edição), p. 299 e pp. 309-310 (sublinhados do autor e interpoção nossa).

No final, embora se reconheça que a norma não consagra, de facto, um dever de RSE em sentido próprio, é possível interpretar a norma de forma a retirar dela alguma utilidade – utilidade no plano do comportamento (procedimental) devido pelos administradores.

Mais precisamente, a norma constitui os administradores no dever (procedimental) de ponderar os interesses dos *stakeholders*, que releva, sobretudo, para o *decision-making process* e se desdobra no *dever de obter* a informação relevante para a tomada de decisão, no *dever de considerar* tal informação e no *dever de justificar* a decisão adoptada. Na prática, isto tenderá a assegurar que os administradores se abstêm de agir quando a sua acção, orientada, em regra, para a realização dos interesses de longo prazo dos sócios, importe um sacrifício desproporcionado dos interesses dos outros *stakeholders*, garantindo-lhes uma certa protecção contra as acções de responsabilidade (da sociedade e dos sócios) que poderiam ser equacionadas nestes casos²⁴.

Mas mais de quinze anos passados sobre a introdução do art. 64.º, n.º 1, al. b), do CSC talvez seja altura de ir mais longe.

No Direito da União Europeia e no Direito estrangeiro há desenvolvimentos recentes e relevantes para esta linha de acção. No Direito da União Europeia surgiu a Resolução do Parlamento Europeu, de 10 de Março de 2021, que contém recomendações à Comissão sobre o dever de diligência das empresas e a responsabilidade empresarial²⁵ e, na prática, se consubstancia numa Proposta de Directiva²⁶. No Direito estrangeiro, não obstante existirem outras iniciativas legislativas²⁷, merece destaque a lei alemã relativa a obrigações de *due diligence* na cadeia de fornecimento.

²⁴ Cfr., neste sentido, CATARINA SERRA, “Entre corporate governance e corporate responsibility: deveres fiduciários e ‘interesse social iluminado’”, cit., pp. 250 e s.

²⁵ Disponível em https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-9-2021-0073_PT.html.

²⁶ Já depois da conclusão deste estudo, foi conhecida a Proposta de Directiva em que se corporiza esta iniciativa – a *Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Corporate Sustainability Due Diligence and amending Directive (EU) 2019/1937*, de 23.02.2022 (disponível em inglês em https://ec.europa.eu/info/publications/proposal-directive-corporate-sustainable-due-diligence-and-annex_en) – que, por razões óbvias, já não é possível comentar aqui.

²⁷ Existem leis (já em vigor ou propostas) impondo deveres (jurídicos) de cuidado no domínio dos direitos humanos e do ambiente [*mandatory Human Rights and Environmental Due Diligence (HREDD)*] em diversos países europeus (França, Noruega, Áustria, Bélgica, Finlândia, Luxemburgo e Holanda). Para uma visão geral cfr. European Coalition for Corporate Justice, “Map: Corporate Accountability Legislative Progress in Europe” (<https://corporate-justice.org/publications/map-corporate-accountability-legislative-progress-in-europe/>).

4. A Proposta de Directiva relativa ao dever de diligência das empresas e à responsabilidade empresarial

A Proposta de Directiva relativa ao dever de diligência das empresas e à responsabilidade social ilustra bem a tendência geral para a maior vinculatividade dos ESG.

O ponto de partida é o de que o carácter voluntário dos instrumentos internacionais em matéria de dever de diligência é suceptível de prejudicar a sua eficácia e que o seu efeito se revela limitado, o que é agravado pelo facto de muitas empresas se centrarem excessivamente na maximização dos lucros a curto prazo (cfr. considerando 4 da Directiva). É preciso, em suma, uma abordagem diferente – vinculativa e harmonizada – neste domínio (cfr. considerandos 5 a 13 da Directiva).

A Directiva adopta, então, como finalidade garantir que as empresas abrangidas pelo seu âmbito de aplicação que operem no mercado interno cumpram o seu dever de respeitar os direitos humanos, o ambiente e a boa governação e não causem efeitos negativos, potenciais ou reais, nos direitos humanos, no ambiente e na boa governação, ou para eles contribuam, através das suas próprias actividades ou das actividades directamente relacionadas com as suas operações, os seus produtos ou os seus serviços de uma relação empresarial ou nas suas cadeias de valor, e que previnam e atenuem esses efeitos negativos (cfr. art. 1.º, n.º 1, e considerando 14 da Directiva).

O dever de diligência, a que devem ficar sujeitas a grandes empresas e as pequenas e médias empresas cotadas em bolsa ou de alto risco (cfr. art. 2.º e considerando 12 da Directiva), é um mecanismo essencialmente preventivo (visa evitar certos efeitos negativos). Deve ser entendido como a obrigação que incumbe a uma empresa de tomar todas as medidas proporcionadas e adequadas e de envidar todos os esforços ao seu alcance para, primeiro, evitar efeitos nefastos nos direitos humanos, no ambiente e na boa governação nas suas cadeias de valor; e, segundo, corrigir esses efeitos negativos sempre que estes ocorram e consiste, na prática, num processo instituído por uma empresa para identificar, avaliar, prevenir, mitigar, cessar, monitorizar, comunicar, prestar contas, resolver e corrigir os efeitos negativos potenciais e/ou reais nos direitos humanos, incluindo nos direitos sociais, sindicais e laborais, no ambiente, o que inclui o contributo para as alterações climáticas, e na boa governação decorrentes das suas próprias actividades e nas suas relações empresariais na cadeia de valor (cfr. art. 1.º, n.º 2, e considerando 20 da Directiva).

A expressão “cadeia de valor” (“value chain”) designa todas as actividades, operações, relações empresariais e cadeias de investimento de uma

empresa, incluindo as entidades com as quais a empresa tenha uma relação empresarial direta ou indireta, a montante e a jusante, e que forneçam produtos, partes de produtos ou serviços que contribuam para os próprios produtos ou serviços da empresa ou recebam produtos ou serviços da empresa [cfr. art. 3.º, 5), da Directiva]²⁸.

O “*efeito negativo, potencial ou real, nos direitos humanos*” deve ser entendido como qualquer efeito negativo, potencial ou real, susceptível de prejudicar o pleno usufruto dos direitos humanos por pessoas ou grupos de pessoas no que respeita aos direitos humanos, incluindo os direitos sociais, laborais e sindicais, tal como definidos no anexo da Directiva [cfr. art. 3.º, 6), da Directiva]. São exemplos as ofensas aos direitos humanos das pessoas pertencentes a grupos ou comunidades particularmente vulneráveis bem como os associados à liberdade de associação e ao reconhecimento efectivo do direito à negociação colectiva, à eliminação de todas as formas de trabalho forçado ou obrigatório, à abolição efectiva do trabalho das crianças e à eliminação da discriminação em matéria de emprego e profissão (cfr. considerando 21 da Directiva).

O “*efeito negativo, potencial ou real, no ambiente*” significa qualquer violação das normas ambientais internacionalmente reconhecidas e das normas ambientais da União, tal como definidas no anexo da Directiva [cfr. art. 3.º, 7), da Directiva]. Ilustram tais efeitos a produção de resíduos, a poluição difusa e as emissões de gases com efeito de estufa que conduzam a um aquecimento global superior a 1,5.º C em relação aos níveis pré-industriais, a desflorestação e quaisquer outros efeitos no clima, no ar, no solo e na qualidade da água, na utilização sustentável dos recursos naturais, na biodiversidade e nos ecossistemas (cfr. considerando 23 da Directiva).

O “*efeito negativo, potencial ou real, na boa governação*” refere-se a qualquer efeito negativo, potencial ou real, na boa governação de um país, região ou território, tal como definida no anexo da Directiva [cfr. art. 3.º, 8), da Directiva]. Integram-se aqui, entre outras, situações de corrupção e

²⁸ As expressões “cadeia de fornecimento” e “cadeia de valor” são usadas, muitas vezes, como sinónimas. Tradicionalmente, fala-se em “cadeia de fornecimento” para referir o processo entre a extracção da matéria-prima, a produção e a distribuição ou colocação do produto/serviço no mercado e em “cadeia de valor” para designar qualquer actividade da empresa que aumente o valor dos produtos/serviços aos olhos do adquirente. Em rigor, elas têm um sentido oposto: a cadeia de valor parte do cliente/consumidor final e a cadeia de fornecimento parte da extracção da matéria-prima ou da produção do produto/serviço. A razão pela qual são associadas é a de que, em última análise, as actividades compreendidas na cadeia de fornecimento são uma oportunidade directa para acrescentar valor aos produtos e serviços e, consequentemente, distribuir valor aos clientes/consumidores finais.

suborno em que uma empresa exerça uma influência indevida sobre os agentes públicos ou canalize para estes vantagens pecuniárias indevidas, para obter privilégios ou um tratamento favorável injusto em violação da lei, nomeadamente sempre que uma empresa participe indevidamente em actividades políticas locais, faça contribuições ilegais para uma campanha ou não cumpra a legislação fiscal aplicável (cfr. considerando 24 da Directiva).

A Directiva estabelece ainda, entre outras coisas, um dever de publicação (em plataforma europeia centralizada supervisionada pelas autoridades nacionais) da estratégia actualizada da empresa em matéria de dever de diligência, ou da declaração em que conclui que não causa quaisquer efeitos negativos, potenciais ou reais, nos direitos humanos, no ambiente ou na boa governação, nem para eles contribui, nem a eles está diretamente ligada; e um dever de comunicação daquela estratégia, inclusivamente aos representantes dos seus trabalhadores, aos sindicatos, às suas relações empresariais (cfr. art. 6.º da Directiva).

A Directiva prevê também que as empresas adoptem mecanismos de reclamação legítimos, acessíveis, previsíveis, seguros, equitativos, transparentes, compatíveis com os direitos e adaptáveis, do tipo alerta precoce, permitindo a qualquer parte interessada manifestar preocupações com um efeito negativo, potencial ou real, nos direitos humanos, no ambiente ou na boa governação (cfr. art. 9.º da Directiva).

O cumprimento do dever de diligência e, consequentemente, das obrigações específicas em que ele se desdobra, deve ser assegurado através de sanções e de mecanismos de responsabilização. Por um lado, devem prever-se sanções efectivas, proporcionadas e dissuasivas para as infracções às disposições nacionais adoptadas nos termos da Directiva (cfr. art. 18.º da Directiva). Por outro lado, as empresas devem poder ser responsabilizadas pelos efeitos negativos nos direitos humanos, no ambiente e na boa governação que causem ou para os quais contribuam na sua cadeia de valor, e as vítimas devem ter acesso a vias de recurso; esta responsabilização pode assentar nos regimes de responsabilidade já existentes ou passar mesmo pela introdução de legislação adicional (cfr. arts. 1.º, n.º 3, e 19.º e considerando 58).

5. A lei alemã relativa a obrigações de *due diligence* na cadeia de fornecimento

Com a *Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen in Lieferketten (Lieferkettengesetz)* (LkSG), de

22 de Julho de 2021, a lei alemã impõe, pela primeira vez, às empresas um dever (jurídico) em matéria de direitos humanos – o dever de as empresas que têm a sua administração central, o seu estabelecimento principal, a sede do órgão de administração ou a sua sede estatutária no território alemão respeitarem os direitos humanos na sua cadeia de fornecimento.

Para os efeitos da lei, a cadeia de fornecimento (*Lieferkette*) abrange todas as fases do processo dirigido à produção dos bens ou à prestação dos serviços, desde a extração das matérias-primas até à entrega ao consumidor final, o que inclui, naturalmente, a actividade da empresa na sua própria área empresarial, mas também a actividade dos fornecedores directos (parceiros contratuais) e a actividade dos fornecedores indirectos [cfr. § 2 (5) da *LkSG*]. Numa palavra: a responsabilidade da empresa não é limitada pelo “portão da fábrica”.

As obrigações de *due diligence* (*Sorgfaltspflichten*) legalmente previstas [cfr. § 3 (1) da *LkSG*] não são nem poucas nem pouco exigentes, compreendendo a criação de um sistema de gestão de riscos para identificar, evitar ou minimizar os riscos de violações dos direitos humanos e danos ao ambiente [cfr. § 4 (1) da *LkSG*], a designação de uma ou mais pessoas responsáveis dentro da empresa [cfr. § 4 (3) da *LkSG*], a realização de análises de risco periódicas (cfr. § 5 da *LkSG*), a apresentação de uma declaração sobre a estratégia da empresa [cfr. § 6 (2) da *LkSG*], a adopção de medidas preventivas no que respeita à actividade da empresa na sua própria área empresarial mas também à actividade dos fornecedores directos [cfr. § 6 (4) da *LkSG*], a adopção de medidas reparadoras [cfr. § 7 (1) a (3) da *LkSG*], a criação de um sistema de reclamações (cfr. § 8 da *LkSG*), a promoção da adopção de obrigações de *due diligence* relativamente aos riscos dos fornecedores indirectos (cfr. § 9 da *LkSG*) e a documentação e a apresentação de relatórios [cfr. § 10 (1) e (2) da *LkSG*].

A *LkSG* contém, em anexo, uma lista de onze convenções sobre direitos humanos reconhecidas internacionalmente (cfr. *Anlage*), funcionando os interesses aí protegidos como referência para a interpretação das normas que enunciam os requisitos do comportamento devido ou as proibições de certas práticas, como a proibição de recurso a trabalho infantil, à escravatura ou outras formas de trabalho forçado, de desconsideração das obrigações de saúde e segurança no trabalho, de pagamento de remunerações desadequadas, de desconsideração do direito de criação de associações sindicais ou representativas dos trabalhadores, de proibição de práticas discriminatórias injustificadas, de proibição de causar danos ambientais e outros [cfr. § 2 (2) da *LkSG*].

Se a empresa não cumprir as obrigações legalmente fixadas fica sujeita ao pagamento de coimas, que podem ir de oito milhões de euros até 2%

do seu lucro médio anual (cfr. § 23 da *LkSG*). O critério da percentagem do lucro médio anual aplica-se exclusivamente às empresas cujo lucro anual seja superior a quatrocentos milhões de euros. Quando a empresa é sujeita a uma coima acima de certo valor, ela pode ficar excluída da possibilidade de participar em concursos públicos (cfr. § 22 da *LkSG*).

Uma autoridade pública – a Direcção Federal de Economia e Controle de Exportação (*Bundesamt für Wirtschaft und Ausfuhrkontrolle*) – terá amplos poderes para monitorizar a cadeia de fornecimento da empresa (cfr. §§ 19 a 21 da *LkSG*), podendo, por exemplo, entrar nas instalações, solicitar informação e analisar documentos assim como pedir à empresa que adote medidas concretas para cumprir as obrigações legais (cfr. §§ 19 a 21 da *LkSG*) e promover o seu cumprimento através da imposição de sanções pecuniárias (cfr. § 23 da *LkSG*).

A lei aplica-se, na globalidade, a partir de 1 de Janeiro de 2023 às empresas alemãs que tenham, pelo menos, três mil trabalhadores e a partir de 1 de Janeiro de 2024 às empresas que tenham, pelo menos, mil trabalhadores [cfr. § 1 (1) da *LkSG*]. O universo empresarial atingido pela *LkSG*, logo o impacto desta lei, não é insignificante, antes pelo contrário.

II. Pistas para o contributo da lei

6. Human rights due diligence

Tudo visto, talvez tenha chegado a altura, como se disse, para uma intervenção (mais) firme do legislador.

Com efeito, ainda são escassos os diplomas específicos no domínio da RSE. Sobressaem os diplomas existentes em matéria de divulgação de informação não financeira²⁹ (representa a transposição da Directiva sobre divulgação de informações não financeiras³⁰), de divulgação da política da diversidade³¹ e de igualdade de género nos órgãos de administração e

²⁹ Cfr. arts. 66.º-B, n.ºs 1 e 2, e 508.º-G, n.º 2, do CSC, aditados pelo DL n.º 89/2017, de 28 de Julho.

³⁰ Directiva 2014/95/UE, de 22 de Outubro de 2014, relativa à divulgação de informações não financeiras e de informações sobre a diversidade por parte de certas grandes empresas e grupos.

³¹ Cfr. art. art. 245.º-A, n.º 1, al. r), e n.º 2, do Código dos Valores Mobiliários (CVM), na redação do DL n.º 89/2017, de 28 de Julho.

de fiscalização das entidades do sector público empresarial e das empresas cotadas em bolsa³² ³³.

A intervenção deveria ter um alcance (mais) alargado e a área privilegiada para esta intervenção é a da *human rights due diligence*, entendida como o processo em que as empresas identificam, previnem, minimizam e prestam contas sobre os potenciais e actuais impactos negativos nos direitos humanos em que possam estar envolvidas.

A noção de "*human rights due diligence*" encontra as suas origens nos Princípios Orientadores da Organização das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos ou, no original, *UN Guiding Principles on Business and Human Rights (UNGPs)*, apresentados em 2011³⁴.

Os UNGPs visam criar e promover a adopção de um padrão de comportamento adequado a prevenir e solucionar o risco de ofensas aos direitos humanos associadas à actividade das empresas³⁵.

Assentam, em síntese, num princípio tripartido – "*Protect, Respect and Remedy*" – que expressa o reconhecimento de que: os Estados têm obrigações de respeitar, proteger e realizar os direitos humanos e as liberdades fundamentais; as empresas, enquanto entidades especiais da sociedade, devem cumprir todas as regras aplicáveis e respeitar os direitos humanos; é preciso sanções adequadas à violação dos direitos³⁶.

O dever de respeito das empresas é versado directamente no UNGP 17, onde se estabelece que todas as empresas devem exercer *human rights due diligence*, para identificar, prevenir, mitigar e prestar contas sobre a forma como as empresas abordam o impacto da sua actividade nos direitos humanos. O procedimento de *due diligence* desdobra-se em quatro passos:

³² Cfr. Lei n.º 62/2017, de 1 de Agosto, que estabelece o regime da representação equilibrada entre mulheres e homens nos órgãos de administração e de fiscalização das entidades do sector público empresarial e das empresas cotadas em bolsa (conhecida como "lei da representação equilibrada").

³³ Sobre isto cfr. CATARINA SERRA, "Diversidade de género nos conselhos de administração das sociedades – uma primeira abordagem", in: *Direito das Sociedades em Revista*, 2021, 26, pp. 45 e s.

³⁴ Disponíveis em <https://www.business-humanrights.org/en/big-issues/un-guiding-principles-on-business-human-rights/text-of-the-guiding-principles/>.

³⁵ Sobre a aplicação dos UNGPs cfr. DANIEL AUGENSTEIN/MARK DAWSON/PIERRE THIELBÖRGER, "The UNGPs in the European Union: The Open Coordination of Business and Human Rights?", in: *Business and Human Rights Journal*, 2018, 3 (1), 2018 , pp. 1 e s.

³⁶ Passados dez anos, o Grupo de Trabalho das Nações Unidas sobre Empresas e Direitos Humanos traçou o plano para uma nova década de acção em matéria de empresas e direitos humanos. O documento, apresentado em Novembro de 2012, denomina-se "UNGPs 10+ – A Roadmap for the Next Decade of Business and Human Rights (<https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/WG/ungps10plusroadmap.pdf>).

avaliar os riscos actuais e potenciais de impactos nos direitos humanos (cfr. UNGP 18); internalizar e reagir adequadamente aos resultados (cfr. UNGP 19); confirmar e actualizar a informação recebida (cfr. UNGP 20); e informar de que forma a empresa aborda os impactos (cfr. UNGP 21).

A União Europeia adoptou, logo em 2011, os UNGP e, na sequência disso (em 25 de Outubro de 2011), apresentou a sua Comunicação sobre Responsabilidade Social das Empresas³⁷. A verdade é que demorou algum tempo a apresentar o *EU Action Plan on the Implementation of the UNGPs (Shadow EU Action Plan)*³⁸ – só apresentado em 2019.

O documento é oriundo do Parlamento, mais precisamente do *European Parliament Working Group on Responsible Business Conduct*, e visa uma abordagem sistemática e coerente na aplicação dos UNGP em todas as áreas relevantes e suficientemente flexível para responder aos novos desafios que surjam no período de 6 anos (2019-2024). Entre outras accções, prevê-se a criação de regras de *human rights due diligence* nas operações das empresas, cadeias de fornecimento e relações empresariais, o reforço da protecção das entidades defensoras dos direitos humanos; a concepção de mecanismos que previnam as violações dos direitos humanos nas operações comerciais e de investimento dentro da União Europeia, incluindo a definição de um quadro legal de sanções.

Entretanto, e à margem disto, muitos foram os países que desenvolveram os seus próprios *action plans*, definindo processos para a defesa dos direitos humanos contra os abusos por parte das empresas. No entanto, em Portugal aguarda-se (ainda) a conclusão do Plano de Acção sobre Empresas e Direitos Humanos (*National Action Plan*), em preparação desde há alguns anos. Espera-se que o Plano de Acção nacional enfatize o papel da *human rights due diligence*.

7. Dever(es) de cuidado com os direitos das pessoas

Considerando o dever de diligência previsto na Proposta de Directiva e as obrigações de cuidado (*Sorgfaltspflichten*) definidas na recente lei alemã, um caminho possível para a lei portuguesa é o da imposição às empresas

³⁷ Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões – Responsabilidade Social das Empresas: uma nova estratégia da UE para o período de 2011-2014 (<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52011DC0681>).

³⁸ Disponível em [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/578031/EXPO_STU\(2017\)578031_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2017/578031/EXPO_STU(2017)578031_EN.pdf)

de dever(es) de cuidado com os direitos das pessoas. Mas é preciso pensar bem na técnica e no conteúdo da actividade legislativa.

Não basta, desde logo, criar dever(es) ou criar dever(es) de qualquer forma. As normas que consagram deveres devem ser dotadas de alguma elasticidade. Lembre-se que o carácter aberto ou de cláusula geral ("open-ended legal standard") do dever não escrito de cuidado previsto no Direito holandês foi crucial para a (boa) decisão do caso *Milieundefensie et al. v. Royal Dutch Shell*.

Há, depois, que assegurar o cumprimento do(s) dever(es), o que se faz, em regra, através de sanções. Mas, mais uma vez, sanções não bastam. O ideal seria mesmo construir um sistema em que as empresas fossem simultaneamente persuadidas da desejabilidade das condutas e dissuadidas de se desviarem delas, o que implica, simultaneamente, uma certa firmeza (monitorização, comunicação, instrumentos de alerta, fiscalização, prestação de contas, responsabilização e sanções pecuniárias) e uma certa flexibilidade (aconselhamento e assistência e admissibilidade de condutas alternativas do tipo *comply or explain*³⁹).

³⁹ Quer dizer: permitir o incumprimento do dever mediante justificação/substituir o cumprimento por uma justificação. O *comply or explain* é uma técnica muito frequente no âmbito da *corporate governance*, que permite uma maior flexibilidade na definição dos quadros legais e evita as normas excessivamente detalhadas, susceptíveis de violação material. Na realidade, apesar do nome (traduzido à letra: cumpre ou explica), o que está em causa é um dever (constante e não alternativo) de prestar informação sobre o grau de cumprimento de certas práticas: as empresas devem declarar quais são as normas que cumprem e justificar a situações de não cumprimento. Segundo PAULO CÂMARA ("Códigos de governo de sociedades", in: AA. VV., *Código das Sociedades Comerciais e governo das sociedades*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 65-90), "o dever de informação assim configurado desdobra-se por duas vertentes: de um lado, obriga a dar notícia sobre o grau de cumprimento das normas recomendatórias constantes do código; além disso, em relação às normas que não são observadas, postula um dever de apresentação do fundamento dessa preferição da indicação recomendatória. Percebe-se, assim, que a designação corrente de comply or explain, que se reporta a este duplo dever informativo, corresponde a uma simplificação. Com efeito, a prestação de informação não corresponde a uma alternativa ao cumprimento do código; mesmo as sociedades que cumprem as regras do código devem informar que o fazem. Por isso, numa formulação mais extensa, deveria dizer-se: disclose if you comply with the code or explain why you don't" (sublinhados do autor). Não obstante as suas virtualidades, o *comply or explain* tem sido criticado. Diz-se, por um lado, sendo a informação fornecida *ex post* aos sócios, não permite uma intervenção *ex ante* de forma a que os sócios possam ter alguma influência nas opções de *corporate governance* e, por outro lado, que as explicações tendem a ser padronizadas e meramente formais, o que transforma o *comply or explain* num instrumento sem grande utilidade ou fiabilidade. É pacífico que o princípio *comply or explain* só deverá funcionar se existirem instrumentos aptos a garantir o cumprimento, ou seja, um sistema eficaz de fiscalização e de aplicação de sanções nos casos de incumprimento. Mesmo aqui existem dificuldades: a auditoria externa, que seria o modelo mais indicado para a fiscalização, tem custos elevados e isso

Os dados da experiência demonstram que a imposição de deveres demasiado rígidos estimula sempre a imaginação dos seus destinatários para a concepção de mecanismos dirigidos a contornar as regras e conduz a um cumprimento formal (*lip service*), o que não é de todo pretendido. E o mesmo acontece quando os deveres são autoimpostos por pressões extrajurídicas.

O que se pretende dizer pode ser ilustrado com os resultados de um estudo levado a cabo por dois professores da Universidade de Harvard a propósito do *Business Roundtable* (reunião periódica dos CEO das maiores empresas dos EUA), realizado em 2019.

8. Corporate Purpose e lip service

Em Agosto de 2019, cento e oitenta e um CEO de grandes empresas norte-americanas reuniam-se no *Business Roundtable* e assinavam uma nova declaração sobre o interesse social (*corporate purpose*)⁴⁰ – o *Statement on the Purpose of a Corporation*⁴¹.

Lembrava-se aí que desde 1997 era consensual no *Business Roundtable* que as empresas existiam principalmente para servir os interesses dos sócios ("the paramount duty of management and of boards of directors is to the corporation's stockholders"). Esta declaração já não encontrava, contudo, plena correspondência na realidade, pelo que era preciso actualizá-la, redefinindo o *corporate purpose*.

E explicava-se: as empresas desempenham um papel fundamental na economia criando emprego, promovendo a inovação e fornecendo bens e serviços. As empresas produzem e vendem bens, fabricam equipamentos e automóveis, apoiam a defesa nacional, cultivam e produzem bens alimentares, fornecem cuidados de saúde, geram e distribuem energia, oferecem serviços financeiros, de comunicação e outros que contribuem para o desenvolvimento económico. Enquanto cada uma das empresas indivi-

pode levar a que a actividade dos auditores se transforme numa actividade meramente formal, ou seja, se reduza à verificação da emissão de uma declaração sobre o cumprimento.

⁴⁰ Sobre o interesse social ou interesse da sociedade, em particular a sua relação com os deveres dos administradores na hipótese de pré-insolvência da sociedade, cfr. CATARINA SERRA, "O dever de prevenção da insolvência na perspectiva dos deveres fundamentais dos administradores (a crescente encruzilhada do Direito das Sociedades e do Direito da Insolvência)", in: ALEXANDRE SOVERAL MARTINS ET AL. (org.), *Didlogos com Coutinho de Abreu – Estudos Oferecidos no Aniversário do Professor*, Coimbra, Almedina, 2020 pp. 167 e s.

⁴¹ Business Roundtable, *Statement on the Purpose of Corporation* (Aug. 19, 2019) (<https://www.businessroundtable.org/business-roundtable-redefines-the-purpose-of-a-corporation-to-promote-an-economy-that-serves-all-americans>).

dualmente consideradas serve o seus próprios fins, devem todas contribuir para o bem-estar dos seus *stakeholders*.

Atendendo a isto, aqueles CEO comprometiam-se a: distribuir valor aos seus clientes e, na tradição das empresas americanas, a tentar exceder as expectativas dos seus clientes; investir nos seus trabalhadores, o que começa com o pagamento de remunerações justas e a atribuição de benefícios e passa por apoiar a formação e a educação de forma a desenvolver as competências dos trabalhadores como exige um mundo em constante transformação; negociar em termos justos e éticos com os fornecedores; apoiar as comunidades em que a empresa desenvolve a sua actividade, com respeito pelas pessoas e pelo ambiente e adoptando práticas sustentáveis; gerar valor de longo prazo para os sócios, que é quem disponibiliza o capital e o investimento que, por sua vez, permite o desenvolvimento e a renovação das empresas.

Em síntese: “*companies should serve not only the shareholders, but also deliver value to their customers, invest in their employees, deal fairly with suppliers and support the communities in which they operate*”.

A declaração foi encarada com ceticismo, desde o primeiro momento, por parte de diversos especialistas⁴².

Durante o ano que se seguiu, LUCIAN A. BEBCHEUCK e ROBERTO TALLARITA, professores na Universidade de Harvard, conduziram uma investigação que envolveu algumas destas empresas. No final, descobriram, em primeiro lugar, que das quarenta e oito empresas respondentes ao inquérito só uma afirmou que o *Statement* assinado pelo CEO havia sido subscrito pelo conselho de administração (*evidence from lack of board approval*) e, em segundo lugar, que as orientações de governo dessas empresas se mantiveram fiéis aos objectivos tradicionais/lucrativos (*evidence from corporate governance guidelines*)⁴³ 43.

⁴² Este foi o caso, designadamente, do Professor de Direito das sociedades da Universidade de Oxford, LUCA ENRIQUES [“The Business Roundtable CEOs’ Statement: Same Old, Same Old”, 12 September 2019 (<https://www.law.ox.ac.uk/business-law-blog/blog/2019/09/business-roundtable-ceos-statement-same-old-same-old>)]. “*Is there anything other than rhetoric there?*” – interroga-se ele.

⁴³ O estudo foi publicado sob a forma de artigo: LUCIAN A. BEBCHEUCK/ROBERTO TALLARITA “The Illusory Promise of Stakeholder Governance” (February 26, 2020). *Cornell Law Review*, Volume 106, 2020, pp. 91-178, Harvard Law School John M. Olin Center Discussion Paper No.1052, Harvard Law School Program on Corporate Governance Working Paper 2020-1 (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3544978). Existe já um novo estudo dos mesmos dos autores em curso de publicação: LUCIAN A. BEBCHEUCK/ROBERTO TALLARITA, “Will Corporations Deliver Value to All Stakeholders?” (August 4, 2021). Forthcoming, *Vanderbilt Law Review*, Volume 75 (May 2022) (https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3899421).

Se se atender a estes dados, parece que tudo não terá passado de um grande (e lamentável) “fogo de vista”⁴⁵.

9. Observações finais

Depois de tudo, e como se tem dito⁴⁶, é inegável que a introdução de preocupações ESG na política empresarial depende de uma mudança de mentalidades.

Mas, em primeiro lugar, a mudança de mentalidades é lenta e não se faz (só) por força ou mediante a ameaça de sanções.

Porque é lenta, a mudança de mentalidades faz-se com insistência. E faz-se com sucessivas demonstrações de que o comportamento em causa é bom – é o único comportamento admissível numa comunidade global que se pauta por valores humanitários. Isto porque é necessário que algo vá mudando no plano axiológico (que exista uma consciencialização/interiorização dos valores em causa pela comunidade).

Em segundo lugar, a mudança de mentalidades não é só das empresas mas de todos os sujeitos, designadamente, dos investidores⁴⁷, dos trabalhadores, dos consumidores, dos cidadãos, do Estado. Haverá, por conseguinte, que conformar os comportamentos de todos, não só das empresas.

Quando todos os sujeitos se convencerem que o comportamento/as práticas são boas estes tornam-se, naturalmente, exigíveis, numa espécie de círculo virtuoso: o consumidor exige à empresa, o investidor exige

⁴⁴ O estudo foi amplamente noticiado, entre outros, pela revista *Fortune*: “America’s top CEOs didn’t live up to their promises in Business Roundtable letter, researchers find” (August 5, 2020) (<https://fortune.com/2021/08/05/business-roundtable-letter-statement-on-the-purpose-of-a-corporation-stakeholder-capitalism-american-ceos/>).

⁴⁵ Preven(in)do estes casos adverte-se na Directiva relativa ao dever de diligência das empresas e à responsabilidade social que o dever de diligência aí regulado não pode ser um mero exercício burocrático (cfr. considerando 34 da Directiva).

⁴⁶ Cfr., por exemplo, CATARINA SERRA, “Diversidade de género nos conselhos de administração das sociedades – uma primeira abordagem”, cit., pp. 69-70.

⁴⁷ O investimento socialmente responsável (ISR) ou, como se diz mais recentemente, o investimento sustentável tem hoje uma posição muito relevante. Antes pensava-se que o ISR limitava o lucro potencial do investidor; ao contrário, actualmente, pensa-se que o ISR pode evitar gastos extraordinários ou danos irreversíveis (evita custos relacionados com o dano reputacional). Uma prova da relevância do ISR é o Regulamento (UE) 2020/852, de 18 de Junho de 2020 sobre investimento sustentável, que estabelece os critérios para determinar se uma actividade económica é qualificada como sustentável do ponto de vista ambiental, com vista a estabelecer em que grau um investimento é sustentável do ponto de vista ambiental.

à empresa, a empresa exige ao cliente, a empresa exige ao investidor, a empresa exige a outras empresas, *etc.*

É um desafio difícil mas que com medidas bem pensadas no plano da política legislativa e com o empenho geral acabará por ser superado.

O certo é que se a Proposta de Directiva relativa ao dever de diligência das empresas e à responsabilidade empresarial for aprovada alguma coisa terá de mudar na lei portuguesa e, consequentemente, nas ponderações decisórias da jurisprudência nacional.

RESUMO: O presente texto analisa a proposta de Directiva sobre dever de diligência das empresas e responsabilidade empresarial, recomendada pelo Parlamento Europeu em Resolução de 10 de Março 2021, na parte tocante à criação de um regime harmonizado de responsabilidade civil das empresas (art. 19.º). Apesar da proclamada intenção de harmonização máxima (Considerando 59), tendo em conta o carácter vago e lacunoso das normas propostas, tal regime será em qualquer caso fortemente dependente dos quadros nacionais de responsabilidade civil. Contra este pano de fundo, debatem-se alguns aspectos do regime que resultaria desta combinação das normas da Directiva com o Direito português, quanto aos requisitos da ilicitude e da causalidade.

Palavras-chave: dever de diligência; responsabilidade social das empresas; responsabilidade civil; ilicitude; causalidade.

ABSTRACT: This text analyses the proposal for a Directive on corporate due diligence and corporate accountability, as recommended by the European Parliament by resolution of 10 March 2021, where it sets out a harmonised regime of corporate liability (Article 19). Despite the Directive's announced purpose of maximum harmonisation (Recital 59), its provisions on civil liability are vague and fragmentary, which makes the harmonised regime heavily reliant on the domestic systems of civil liability. The text focuses on the outcome of embedding the provisions of the Directive in Portuguese civil liability law, specifically in regard of the requirements of unlawfulness and causation.

Keywords: corporate due diligence; corporate accountability; corporate social responsibility; civil liability; unlawfulness; causation.

MARIA INÉS DE OLIVEIRA MARTINS*

Proposta de Directiva relativa ao dever de diligência das empresas e à responsabilidade empresarial – Os pressupostos da responsabilidade civil**

* IJ, Univ Coimbra.

I. Introdução

1. A 10 de Março de 2021, o Parlamento Europeu aprovou uma resolução, recomendando à Comissão Europeia a adopção de uma Directiva

** Além das abreviaturas de uso corrente, serão utilizadas em especial as seguintes: PETL: Principles of European Tort Law; PONU: Princípios Orientadores das Nações Unidas rela-

sobre dever de diligência das empresas e responsabilidade empresarial, e, em antecipação dos poderes de iniciativa legislativa da Comissão, propondo inclusivamente o respectivo articulado (que adiante referiremos em geral simplesmente como a “Directiva”)¹⁻².

A resolução do Parlamento Europeu tinha sido precedida de um Projecto de Relatório, contendo recomendações à Comissão sobre o dever de diligência das empresas e a responsabilidade empresarial, e compreendendo um primeiro articulado de Directiva³.

A primeira versão da proposta continha já uma norma sobre responsabilidade civil, se bem que de conteúdo particularmente limitado. Tratava-se do art. 20.º, prevendo, sob a epígrafe “responsabilidade civil” que “[o] facto de uma empresa ter cumprido o dever de diligência em conformidade com os requisitos estabelecidos na presente diretiva não exonera a empresa da eventual responsabilidade civil em que incorre nos termos do direito nacional”. Se a norma não obrigava os Estados-membros à criação de uma fonte de imputação de responsabilidade civil, tão-pouco podia ser considerada totalmente inócuia. Sempre clarificava que o cumprimento dos deveres impostos pelo Direito europeu não era fundamento de exoneração face a regimes domésticos de responsabilidade. Ao lado desta previsão, viviam regimes de índole sancionatória, e não já resarcitória. Assim, o art. 19.º vinculava os Estados-membros à cominação de sanções, mesmo penais, uma vez ultrapassados certos limiares de gravidade da conduta.

Com a versão definitiva da resolução do Parlamento, e a apresentação da proposta de Directiva, a previsão do anterior art. 20.º foi completada

tivos às Empresas e aos Direitos Humanos, adoptados pelo Conselho de Direitos Humanos das Nações Unidas na sua resolução 17/4 de 16 de Junho de 2011.

¹ Recomendações sobre proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao dever de diligência das empresas e à responsabilidade empresarial, anexas à Resolução do Parlamento Europeu, de 10 de março de 2021, que contém recomendações à Comissão sobre o dever de diligência das empresas e a responsabilidade empresarial (2020/2129(INL)). Todos os artigos citados de que não se indique outra fonte pertencem a esta proposta.

² Cfr. os arts 289.º, n.º 1, do TFUE, e 17, n.º 2, do TUE, quanto aos poderes de iniciativa legislativa da Comissão. É, porém, frequente que o impulso surja do Parlamento ou do Conselho (PAUL-JOHN LOEWENTHAL, “Article 289 TFEU”, in *The EU Treaties and the Charter of Fundamental Rights: A Commentary*, Manuel KELLERBAUER/Marcus KLAMERT/Jonathan TOMKIN (coord.), Oxford University Press, Oxford, 2019, 1912-1915, p. 1916, nm. 18).

³ Recomendações sobre proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao dever de diligência das empresas e à responsabilidade empresarial, anexas ao Relatório do Parlamento Europeu de 11 de Setembro de 2020, que contém recomendações à Comissão sobre o dever de diligência das empresas e a responsabilidade empresarial (2020/2129(INL)).

com uma série de desenvolvimentos. Ao tempo que se aguçava a responsabilidade civil, recedia a responsabilidade penal, à qual a proposta de Directiva deixou de se referir.

A matéria da responsabilidade civil consta agora do art. 19.º, que mantém a epígrafe do antecessor. Nos seus termos:

1. O facto de uma empresa respeitar as suas obrigações em matéria de dever de diligência não a exonera da eventual responsabilidade em que pode incorrer nos termos do Direito nacional.

2. Os Estados-Membros devem assegurar que dispõem de um regime de responsabilidade ao abrigo do qual as empresas podem, nos termos do Direito nacional, ser responsabilizadas e proceder à reparação de quaisquer danos decorrentes de efeitos negativos, potenciais ou reais, nos direitos humanos, no ambiente ou na boa governação que tenham causado ou para os quais tenham contribuído por atos ou omissões.

3. Os Estados-Membros devem assegurar que o seu regime de responsabilidade a que se refere o n.º 2 seja de molde a que as empresas que provem que tomaram todas as precauções necessárias, em conformidade com a presente diretiva, para evitar os danos em questão, ou que o dano teria ocorrido mesmo que tivessem sido tomadas todas as precauções necessárias, não sejam responsabilizadas por esses danos.

4. Os Estados-Membros devem assegurar que o prazo de prescrição para intentar ações de responsabilidade civil relativas a danos resultantes de efeitos negativos nos direitos humanos e no ambiente seja razoável.

Antes de mais, deve alertar-se para que o cotejo entre as diferentes versões linguísticas da proposta revela um lapso na versão portuguesa do art. 19.º, n.º 2. Com efeito, onde esta apenas prevê a responsabilidade por danos que as empresas “tenham causado ou para os quais tenham contribuído por atos ou omissões”, as demais versões agregam a responsabilidade também por danos que outras empresas sob o seu controlo (art. 3.º, 9)) tenham causado⁴. Olhemos agora a norma no seu todo.

O n.º 1 do art. 19.º retoma em boa medida o anterior art. 20.º. Porém, os n.ºs seguintes chegam exactamente onde este não chegava, obrigando os Estados-membros à *introdução de um novo fundamento de responsabilidade, e à sua introdução em certos termos*.

É sobre este novo regime de responsabilidade civil que se debruça o presente escrito.

⁴ Pelo menos, no que nos é possível verificar, em língua alemã, espanhola, francesa, inglesa, ou italiana.

2. Nos termos do respectivo Considerando 59, a Directiva visa a uma harmonização máxima⁵. Ou seja, não só se impõe um patamar mínimo, como se fixa um *alcance máximo* aos regimes nacionais que estabeleçam regras de responsabilidade civil por violação de direitos humanos, ou de deveres em relação ao ambiente ou à boa governação.

Um tal escopo de harmonização máxima quadra mal com a chancela dada ao funcionamento das normas de responsabilidade dos Estados-membros logo no n.º 1 do art. 19.º. Do funcionamento das normas internas pode resultar, por exemplo, a responsabilização de outros sujeitos para além das empresas que são o sujeito central da regulação proposta, ou das que se define como sendo por elas controladas. Basta pensar que toda esta matéria se enxerta nos temas da responsabilidade por violação de deveres de prevenção do perigo, ou por omissão em termos mais amplos, que dependem fortemente não só de direito legislado, mas de construções dogmáticas e jurisprudenciais quanto às regras vigentes.

Uma tal referência à harmonização máxima poderá, porém, ter sentido útil face às defesas invocáveis pela empresa accionada, nos termos do art. 19.º, n.º 3. Do escopo de harmonização máxima decorrerá então que o Estado-membro não poderá deixar de exonerar a empresa que logre provar que actuou com o cuidado devido, ou que o dano sempre se teria produzido ainda que tivesse actuado. Não obstante, o sentido destas cláusulas abertas sempre dependerá criticamente dos quadros gerais do ordenamento em matéria de culpa e causalidade.

Em todo o caso, torna-se manifesto que as regras propostas, quando vertidas num ordenamento nacional, estão longe de viver por si. Integram-se, sim, no sistema de responsabilidade civil do Estado-membro em causa. Como tal, os seus efeitos variarão significativamente em função dos diferentes ordenamentos.

Olharemos, pois, pois, a particular simbiose entre as regras da Directiva e o sistema português de responsabilidade civil, focando dois âmbitos em particular: o da ilicitude e o da causalidade. Não nos deteremos especialmente sobre o requisito do dano, que não deixará, porém, de surgir associado ao funcionamento dos requisitos focados. Sublinhe-se, ainda assim, que a Directiva configura os danos como resultado de efeitos negativos reais ou meramente potenciais, nos direitos humanos, ambiente ou governação (art. 19.º, n.º 2). Abrem-se, assim, as portas à *reparação de danos* com

⁵ No referido Considerando 59, lê-se que “[a] presente diretiva deverá ter por objetivo a plena harmonização das normas entre os Estados-Membros”. Cotejando a versão inglesa, confirma-se que “[t]his Directive should aim for full harmonization of standards among Member States”.

escopo preventivo, como é conhecida do direito do ambiente, e tem sido especialmente testada no Direito francês⁶.

II. Construção

A. Ilícitude: a conduta devida

1. Abertura do preceito e enunciação de possibilidades interpretativas

3. Uma questão basilar é a de saber qual a *conduta devida*, cuja violação configura ilícito. A referência a uma conduta devida é aqui cimeira, já que não há dúvida de que nos movemos nos quadros de uma responsabilidade por culpa, assente num desvalor de conduta. Diferentes seriam as coisas se a Directiva previsse uma hipótese de responsabilidade objectiva; aí, o dano a reparar não teria sequer que ter por causa um facto, menos ainda um facto desvalioso, do agente.

Desde logo, abrir-se-iam duas grandes possibilidades para sua concretização: ser devido (apenas) estabelecer ex ante e implementar uma estratégia em matéria de dever de diligência (art. 1.º, n.º 2, art. 4.º); ou serem devidas as acções necessárias a prevenir do dano em concreto.

Destrinçaremos abaixo o alcance de cada uma destas fórmulas. Para já, adiantamos que não é claro qual o parâmetro adoptado pela Directiva. Assim, se alguns autores criticam a regra sobre responsabilidade nela prevista, considerando-a demasiado incisiva⁷, outros duvidam mesmo de que se tenha criado uma efectiva norma de responsabilidade pela violação de direitos humanos, ou standards ambientais ou de governance⁸.

⁶ ANNE DANIS-FATÔME/GENEVIÈVE VINEY, "La responsabilité civile dans la loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre", *Rec. Dall.*, 28, 2017, pp. 1610-1618, pp. 1614-1615; em geral, GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAIN/SUZANNE CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, 4 Ed, LGDJ, Paris, 2013, pp. 6-10.

⁷ THE EUROPEAN COMPANY LAW EXPERTS GROUP, *Commentary: The European Parliament's Draft Directive on Corporate Due Diligence and Corporate Accountability*, 2021, disponível em <https://ecgi.global/news/commentary-european-parliament's-draft-directive-corporate-due-diligence-and-corporate> (consultado pela última vez a 11.11.2021) propondo a sua eliminação no n.º 35.

⁸ Assim, Radu Maresh, em manifestação oral disponível em <https://rwi.lu.se/2021/06/15/webinar-iii-iii-recording-on-the-new-eu-directive-on-human-rights-due-diligence/>. Cfr. também ANNA BECKERS, "Globale Wertschöpfungsketten: Theorie und Dogmatik unternehmensbezogener Pflichten", *ZfPW*, 2021, pp. 220-251, pp. 235 e 237-238.

Esta última perspectiva mobiliza, como termo de comparação para apurar o alcance da Directiva, um outro texto internacional. Trata-se do Instrumento juridicamente vinculativo da ONU para regulamentar, no que diz respeito aos direitos humanos, as atividades das empresas transnacionais e de outro tipo (*Legally Binding Instrument to regulate, in international human rights law, the activities of transnational corporations and other business enterprises*). Preparado sob a égide da Organização das Nações Unidas, encontra-se actualmente na sua terceira versão⁹. O contraponto directo do art. 19.º da Directiva seriam os arts. 8.6 e 8.7. Em tradução livre do original em inglês¹⁰:

8.6. Os Estados-parte asseguram que a sua lei interna prevê a responsabilidade de pessoas jurídicas ou físicas que levem a cabo actividades económicas, incluindo as de carácter transnacional, por não prevenirem que outra pessoa jurídica ou física com que tenham uma relação de negócios cause ou contribua para violações de direitos humanos, nos casos em que as primeiras controlem, administrem, ou supervisionem a pessoa em causa, ou a actividade relevante que tenha causado ou contribuído para a violação de direitos humanos, bem como por, *sendo-lhes cognoscível o risco de violação de direitos humanos na condução das suas actividades económicas*, incluindo as de carácter transnacional, ou então nas suas relações de negócios, não terem adoptado *medidas adequadas para prevenir a violação*.

8.7. O cumprimento com as medidas de “due diligence” de direitos humanos não exonera automaticamente da responsabilidade uma pessoa jurídica ou física que leve a cabo actividades económicas e que cause ou contribua para a violação de direitos humanos, ou que não previna tal

⁹ Em concreto, pelo *Open-ended intergovernmental working group on transnational corporations and other business enterprises with respect to human rights* (OWIG), que funciona junto do Conselho de Direitos Humanos da ONU. A terceira versão é de 17 de Agosto de 2021.

¹⁰ 8.6. *States Parties shall ensure that their domestic law provides for the liability of legal and/or natural persons conducting business activities, including those of transnational character, for their failure to prevent another legal or natural person with whom they have had a business relationship, from causing or contributing to human rights abuses, when the former controls, manages or supervises such person or the relevant activity that caused or contributed to the human rights abuse, or should have foreseen risks of human rights abuses in the conduct of their business activities, including those of transnational character, or in their business relationships, but failed to take adequate measures to prevent the abuse.*

8.7. Human rights due diligence shall not automatically absolve a legal or natural person conducting business activities from liability for causing or contributing to human rights abuses or failing to prevent such abuses by a natural or legal person as laid down in Article 8.6. The court or other competent authority will decide the liability of such legal or natural persons after an examination of compliance with applicable human rights due diligence standards.

violação por parte de uma pessoa física ou jurídica, nos termos previstos no artigo 8.6. O tribunal ou outra entidade competente decidirá sobre a responsabilidade dessa pessoa jurídica ou física após examinar o seu cumprimento com os standards aplicáveis em matéria de “due diligence” de direitos humanos (*realce nosso*).

Logo de uma primeira leitura do art. 8.6, resulta claro que o regime de responsabilidade assenta num dever de prevenção de danos-lesão (violações de direitos humanos), que existe desde o risco da sua ocorrência seja cognoscível ao sujeito. O art. 8.7 confirma a este respeito que o cumprimento das medidas de “due diligence” de direitos humanos não tem por efeito exonerar automaticamente o sujeito de responsabilidade.

4. Para que possamos devidamente destrinçar e explorar diferentes possibilidades interpretativas, devemos retirar do caminho algumas fontes de confusão. Estas surgem a propósito da convocação, com sentidos nem sempre constantes ou concordantes com os que geralmente cabem às categorias, de expressões como “dever de diligência”, “dever de adopção de melhores esforços”, “dever de adopção de uma estratégia de boa fé”, de um lado, e “dever de resultado”, ou “dever de garantir” que nenhum direitos ou interesses protegidos pelos standards aplicáveis é violado¹¹. Na verdade, esta ambiguidade já rodeia desde a sua origem, no Direito das Nações Unidas, a construção de um dever de diligência a cargo das empre-

¹¹ Assim, A. BECKERS, “Globale Wertschöpfungsketten...”, cit., p. 235, contrapõe um dever de adopção de melhores esforços, que corresponderia ao desenvolvimento de medidas de cuidado (que descreve como “*due diligence*”) – e que encontra ilustrado no dever de adoptar um plano de diligência previsto no ordenamento francês, ou no que ao tempo era o projecto de lei alemã – a um dever de resultado, obrigando as empresas à protecção de certos interesses, sendo a adopção de medidas de cuidado um mero indicador do seu cumprimento – e que encontra ilustrado no Instrumento juridicamente vinculativo da ONU. Também EVA-MARIA KIENINGER/MARKUS KRAJEWSKI/FRANZiska WOHLTMANN, *Rechtsgutachten und Entwurf für ein Gesetz zur Umsetzung menschenrechtlicher und umweltbezogener Sorgfaltspflichten. Im Auftrag der Bundestagsfraktion Bündnis 90/Die Grünen*, FAU University Press, 2022, disponível em <https://opus4.kobv.de/opus4-fau/home> (consultado pela última vez a 22.02.22), p. 19, consideram que a referência, no projecto de lei apresentado a 24 de Março de 2021, a um dever de cuidado (“Sorgfaltspflicht”) identifica um dever de conduta, por contraposição a um dever de resultado; NICOLAS BUENO/CLaire BRIGHT, “Implementing human rights due diligence through corporate liability”, *International and Comparative Law Quarterly*, 2020, pp. 1-30, p. 15, a propósito da lei francesa, consideram que a obrigação de previsão e implementação de um *plan de vigilance* é uma obrigação de meios, cabendo ao lesado provar que não foram adoptadas as medidas necessárias para sua implementação – e contrapõem a este regime a um regime de “strict liability” com possibilidade de exoneração por prova do cumprimento do dever de prever e implementar um *plan de vigilance*;

sas¹²; e o próprio Alto-Comissariado para os Direitos Humanos reconhece abertamente que a “*due diligence*” de direitos humanos pode corresponder a desenhos variados, inclusivamente quanto à identificação das obrigações que dão lugar a responsabilidade civil¹³.

Com efeito, as fontes de ruído são pelo menos duas. De um lado, o facto de o dever de adoptar uma estratégia de mapeamento de riscos e actuação face a eles ser designado um dever de “*due diligence*”, ou dever de diligência. Surge daí desde logo uma potencial amálgama entre o *referente do dever* e o *critério de cumprimento desse ou de outro dever*. Assim, a menção a um “dever de diligência” ou de “cuidado” seria, no seu sentido mais imediato, referente à *adopção do cuidado* devido no cumprimento do dever que se impusesse ao sujeito – o de adopção da estratégia de “*due diligence*”, ou qualquer outro. Todavia, acaba por ser usada, de modo nem sempre claro, para referir o dever de previsão e adopção de uma estratégia de “*due diligence*” – separando-a de um dever de prevenção de lesões nos direitos e interesses protegidos. Esta convergência impede que se descortine com clareza qual é, afinal, o dever a cargo da empresa.

Outra fonte de ruído diz respeito à distinção entre *obrigações de meios* e *obrigações de resultado*. A distinção instalou-se no ordenamento francês pela mão de Demogue¹⁴, e tem curso também no recorte de obrigações

¹² Cfr., por todos, apontando a ambiguidade da referência a uma “*due diligence*”, que tanto significa um standard de conduta, como um processo de gestão de riscos empresariais, JONATHAN BONNITCHA/ROBERT MCCORQUODALE, “The concept of “*due diligence*” in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights”, *EJIL*, 3, 2017, pp. 899-919, *passim*; em resposta, levando o significado para um terreno intermédio relativo a um processo complexo de prevenção de danos a bens jurídicos de terceiros, JOHN GERARD RUGGIE/JOHN F. SHERMAN III, “The concept of ‘*due diligence*’ in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A reply to Jonathan Bonnitcha and Robert McCorquodale”, *EJIL*, 3, 2017, pp. 921-928, pp. 923-925; JONATHAN BONNITCHA/ROBERT MCCORQUODALE, “The concept of ‘*due diligence*’ in the UN Guiding Principles on Business and Human Rights: A rejoinder to John Gerard Ruggie and John F. Sherman, III”, *EJIL*, 3, 2017, pp. 929-933, pp. 932-933, apontando convergências entre as abordagens, no sentido de ambas responsabilizarem as empresas para lá dos processos de “*due diligence*”.

¹³ OHCHR, *Improving accountability and access to remedy for victims of business-related human rights abuse: The relevance of human rights due diligence to determinations of corporate liability*, A/HRC/38/20/Add.2, 2018, disponível em <https://media.business-humanrights.org/media/documents/files/documents/G1814330.pdf> (consultado pela última vez a 22.02.22), n.ºs 12-31, pp. 5-9; OHCHR, *UN Human Rights “Issues Paper” on legislative proposals for mandatory human rights due diligence by companies*, 2020, disponível em https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/MandatoryHR_Due_Diligence_Issues_Paper.pdf (consultado pela última vez a 22.02.22), especialmente, ponto 5.3., pp. 12-16.

¹⁴ RENÉ DEMOGUE, *Traité des obligations en général*, V, Librairie Arthur Rosseau, Paris, 1925, pp. 536 e ss.; PHILIPPE MALAURIE/LAURENT AYNÈS/PHILIPPE STOFFEL-MUNCK, *Droit des obligations*,

de “*best efforts*” que é corrente nos contratos da *common law* e do comércio internacional¹⁵.

O seu significado não é constante nestes vários contextos. Desde logo, há uma diferença importante entre os ordenamentos que exigem a culpa como requisito separado da ilicitude, como regra geral na responsabilidade contratual – caso do português, ou do alemão – e os ordenamentos que não o fazem. É o que acontece na *common law*, onde a responsabilidade contratual é fundamentalmente objectiva¹⁶; e o que acontece no ordenamento francês, onde o desvalor de conduta está amalgamado numa categoria base, da “*faute*”¹⁷. Ora, nestes ordenamentos, a distinção acaba por separar as hipóteses em que o devedor não é responsável se tiver cumprido com o cuidado devido, de hipóteses em que o devedor apenas se exonera por causas externas, de força maior, facto de terceiro ou do credor, ou então responde mesmo em qualquer caso. A distribuição do ónus da prova acompanha esta definição do critério de cumprimento: num caso, é necessário ao credor provar a falta da adopção das devidas diligências, ao passo que no outro basta ao credor provar a falta de um resultado. Já no caso dos ordenamentos que requerem sempre a culpa como requisito separado, dir-se-ia que afinal todas as obrigações seriam *obrigações de meios*. Nestes, porém, a categoria é importante para clarificar o conteúdo do dever de prestar, identificar a verificação de cumprimento ou de não cumprimento, e a distribuição do ónus da prova associado. E, no tocante a deveres de consideração – sobretudo, de protecção –, tem sido usada como critério de *distribuição de riscos probatórios*.

Ora, como decorre da própria referência a obrigações, a distinção entre estas categorias coloca-se em relação à responsabilidade contratual. Porém, vemo-la também referida a respeito da fundação de uma responsabilidade por violação de direitos humanos e standards ambientais e de boa governação – que, concebida em termos gerais, é de índole extracon-

11. Ed., LGDJ, Paris, 2020, pp. 533 e ss.; YVES PICOD, “Obligations”, in *Répertoire de droit civil* – Dalloz, Paris, 2017, n.º 76 e ss.

¹⁵ ERICH SCHANZE, “Best efforts in the taxonomy of obligation – The case of the EU vaccine contracts”, *German Law Journal*, 2021, pp. 1133-1145, 1139 e ss. Cfr. o art. 5.1.4 dos Princípios Unidroit relativos aos Contratos Comerciais Internacionais de 2016.

¹⁶ KONRAD ZWEIGERT/HEIN KÖTZ, *Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1996, pp. 501 e ss.; MARCO TORSOLLO, “Remedies for breach of contract”, in *Elgar Encyclopedia of comparative law*, 2 Ed, Jan SMITS (coord.), Edward Elgar, Cheltenham/Northampton, 2012, 754-776, p. 768. No tocante aos serviços, a regra geral é já inversa.

¹⁷ JACQUES FLOUR/JEAN-LUC AUBERT/ÉRIC SAVAUX, *Droit civil, Les obligations*, III, *Le rapport d'obligation*, Dalloz-Sirey, Paris, 2013, nm. 189 e ss.

tratual¹⁸. Perguntar-se-ia, pois, se a referência a *deveres de resultado* quereria significar nesta sede hipóteses de responsabilidade objectiva, enquanto que os deveres de diligência, ou melhores esforços, se reportavam a uma responsabilidade dependente de culpa – como é claramente a prevista na Directiva (art. 19.º, n.º 3). Tal teria necessariamente reflexo na distribuição do ónus da prova.

5. Melhor se fará, pois, se, em vez de conceitos sintéticos, que nem sempre são claros nas suas implicações, se destrinçar entre diferentes degraus do raciocínio.

Pensando no que tem fundamentalmente pertinência para a discussão da norma da Directiva, haverá que separar duas questões.

Em primeiro lugar, a de saber se o dever por cujo incumprimento a empresa pode ser responsabilizada é apenas o de desenvolver e implementar uma estratégia de “dever de diligência”; ou se vai para além dele, sendo um dever de prevenção de danos concretos, quando haja risco de se verificarem. Dentro de cada uma destas hipóteses, haverá que distinguir as mais relevantes possibilidades de distribuição de riscos probatórios.

Para evitar o ruído causado pela designação do dever de adopção de um conjunto complexo de condutas – como é o dever de diligência – através de um termo que designa um standard geral de conduta – a “diligência” –, usaremos também a expressão dever de “due diligence” para nos referirmos ao primeiro.

2. O dever de adoptar e implementar uma estratégia de *due diligence*

6. Neste conjunto, o dever esgota-se na adopção e implementação da estratégia de *due diligence*. A empresa é responsável pelo dano causado pela violação deste dever.

Tudo o que importa aqui é que, *ex ante, do ponto de vista do momento da sua adopção ou revisão*, a estratégia se revele conforme com os preceitos legais que lhe são aplicáveis; e que esta estratégia seja implementada. Se ex

¹⁸ Claro está que haverá responsabilidade contratual *tout court* quando as vítimas tiverem uma relação negocial com a empresa responsável, ou então quando for de mobilizar em relação a elas a figura do contrato com eficácia de protecção em relação a terceiros (vg., quando a empresa integrar códigos de conduta nos contratos com os seus fornecedores, face a trabalhadores destes). O que as normas de responsabilidade em debate pretendem, porém, justamente, é ir além destes âmbitos.

*post, em concreto, se relevar que esta era afinal insuficiente para a prevenção de dano, tal não engendra a responsabilidade da empresa*¹⁹.

Numa primeira versão, mais rigorosa, tratar-se-ia aqui de um dever de adoptar e implementar uma estratégia de “*due diligence*” que esteja em condições de prevenir a ocorrência de dano. Ou seja, neste caso, a prova do resultado danoso faria presumir desde logo que a estratégia *não havia sido adequada, tendo tal sido causa do dano*. Para que se exonerasse, a empresa teria que provar que: (i) tinha adoptado uma estratégia para a prevenção de dano; (ii) tal estratégia era, *ex ante*, do ponto de vista da sua concepção, *adequada à prevenção de dano*; e que (iii) tal estratégia tinha sido implementada.

Estaríamos aqui perante um dos casos referidos pelo Alto Comissariado das Nações Unidas como de “*strict liability*”, num dos sentidos matizados que o termo comporta²⁰. Aqui, a empresa imputada poderia exonerar-se provando o cumprimento pleno do seu dever de “*due diligence*”.

Numa segunda versão, mais branda, tratar-se-ia de um *dever de usar de esforços razoáveis* para adoptar e implementar *uma estratégia que pudesse prevenir a ocorrência de dano*. Um tal modelo seria o correlato, em termos de responsabilidade civil, da proposta do *European Company Law Experts Group*, referindo-se a um *dever de conceber e rever, em boa fé, uma estratégia de prevenção e controlo de dano*²¹. A cláusula geral da boa fé, que num ordenamento como o português ou o alemão apenas tem pertinência no campo das relações especiais, vem aqui usada em sentido mais geral, correspondendo aos “*good faith efforts*”. Trata-se de modular o dever a cargo da empresa, que passa a ser apenas o de *tentar gerar certo resultado usando de normal seriedade e diligência*.

Deve dizer-se que os autores apenas concebem o dever em conjugação com reacções administrativas; porém, não excluem a sua associação à responsabilidade civil, considerando desejável que os Estados-membros a prevejam também, de acordo com o seu direito interno.

Neste modelo, caberia ao interessado em estabelecer o incumprimento o ónus de provar: a ocorrência de dano; que a estratégia era logo *ex ante*,

¹⁹ THE EUROPEAN COMPANY LAW EXPERTS GROUP, *Commentary*, cit., n.º 35.

²⁰ Por contraposição à “*absolute liability*” configurada como uma responsabilidade pela produção de um certo resultado, sem que se aceitem fundamentos exoneratórios – na linha da responsabilidade que vem associada a obrigações de garantia. OHCHR, *Improving accountability and access to remedy*, cit., n.º 26, p. 7. BERNHARD A. KOCH/HELMUT KOZIOL, “Comparative conclusions”, in *Unification of tort law: Strict liability*, Bernhard A. Koch/Helmut Koziol (coord.), Kluwer Law, The Hague, 2002, 395-435, p. 395, nm. 2.

²¹ THE EUROPEAN COMPANY LAW EXPERTS GROUP, *Commentary*, cit., n.ºs 36 e ss. É também esse o alcance dado ao *devoir de vigilance*, e à responsabilidade que lhe vem associada na lei francesa, por N. BUENO/C. BRIGHT, “*Implementing...*”, cit., p. 15.

do ponto de vista da sua concepção, desadequada à prevenção de dano, não cumprindo com a diligência razoavelmente exigível para o alcançar²².

7. Esta segunda versão não parece ser compatível com a Directiva, atento o disposto no art. 19.º, n.º 3, que atribui às empresas o ónus da prova da adopção de todas as precauções necessárias para evitar danos. Com efeito, uma vez que o dever de diligência é, em boa medida, um dever de *fattispecie* aberta, colimado ao resultado da previsão de certos danos, *provar que este dever não foi cumprido* equivale fundamentalmente a estabelecer que a estratégia de “*due diligence*” não foi definida ou implementada com o devido cuidado – numa palavra, que não foram adoptadas as devidas precauções²³.

A redução da responsabilidade civil aos casos de violação do dever de diligência é defendida por quem considera que a Directiva regula fundamentalmente uma responsabilidade administrativa pelo cumprimento do dever de adoptar uma estratégia de “*due diligence*”, remetendo a regulação da responsabilidade civil para o direito interno. Nessa medida, o regime da responsabilidade civil não haveria de referir-se a um dever mais amplo do que o de adopção de uma estratégia de “*due diligence*”, regulado pela Directiva²⁴.

Esta argumentação não parece convincente. Não se poderá colocar a Directiva ao lado de actos legislativos que apenas regulam efectivamente reacções administrativas ao incumprimento (como ocorre com o regime alemão). Acresce que a Directiva funciona em solidariedade com os regimes internos, não sendo necessário que regule de modo completo os regimes, ou que o faça com igual densidade nos vários aspectos da regulação.

Ora, a Directiva não deixa a criação de regimes de responsabilidade ao critério dos Direitos nacionais (art. 19.º, n.º 1); exige a criação de regimes de responsabilidade civil, e exige-a em certos termos (art. 19.º, n.ºs 2, a 4). É certo que o único dever que regula com mínima densidade é o “dever de diligência” (art. 4.º). Mas tal não parece ser revelador, já que este é

²² Assim, segundo a proposta do THE EUROPEAN COMPANY LAW EXPERTS GROUP, *Commentary*, cit., n.º 37, caberia claramente a uma entidade de supervisão determinar se a estratégia cumpria ou não com a razoabilidade ínsita no parâmetro da boa fé e não à empresa provar que assim fosse (“[...]public authorities be given a role in supervising the discharge by companies of their good faith obligation. If a lack of good faith was found by the supervisory body [...]”).

²³ Tal como acontece em relação às obrigações de meios, com que boa parte do conteúdo do dever de diligência tem grande semelhança, o standard de cumprimento equivale à adopção do cuidado externo.

²⁴ A. BECKERS, “Globale Wertschöpfungsketten...”, cit., pp. 235, 237-238.

colocado como a chave da resposta ao problema da prevenção de dano, e que ao seu incumprimento vêm associadas sanções administrativas (art. 18.º). Não é anómalo que, a par deste regime, estabeleça apenas os marcos gerais de harmonização de um regime de responsabilidade civil mais amplo, ligado porventura à violação de um dever de prevenção de danos.

É, pois, para os termos em que a Directiva harmoniza o regime da responsabilidade civil que há que olhar.

Em primeiro lugar, a Directiva prevê justamente que o dever de diligência não é exoneratório face a regimes de responsabilidade do Direito interno (art. 19.º, n.º 1). Ou seja, o cumprimento do dever de diligência não vale como “*safe harbour*” perante normas de responsabilidade previstas no Direito interno. Num processo regulatório que se proclama de “harmonização máxima”, é relevante que a Directiva deixe claro que os regimes de Direito interno poderão proteger os direitos e interesses em causa interferindo mesmo quando houve cumprimento do dever de diligência.

A Directiva é menos clara em relação ao que deveria ser o cerne da sua regulação: o regime de responsabilidade directamente regulado no art. 19.º, n.º 2 a 4.

A pouca clareza manifesta-se logo no plano literal, com divergências entre as várias versões linguísticas. Na versão linguística portuguesa do art. 19.º, n.º 3, admite-se que a empresa se exonere provando que adoptou “todas as precauções necessárias, em conformidade com a presente directiva, para evitar os danos em questão”. Pareceria aqui haver um argumento literal probante para distinguir entre o dever de diligência e a conduta exigida da empresa. Com efeito, não se compreenderia porque a Directiva usou a referência tão clara ao dever de diligência no art. 19.º, n.º 1, e evitou usá-la no n.º 3. A mesma distinção terminológica – e portanto o mesmo argumento – valeria para outras versões linguísticas da Directiva, como a inglesa ou a francesa. Porém, já não vale para as versões espanhola, italiana ou alemã, onde os termos usados no n.º 3 se amoldam ao usado para referir o dever de diligência²⁵. Em presença do problema comum da diversidade das versões linguísticas, não se poderá optar por

²⁵ Assim, a versão inglesa distingue entre as «*due diligence obligations*» (art. 19.º, n.º 1), e a prova de que as empresas «*took all due care in line with this Directive*» (art. 19.º, n.º 3); a versão francesa, entre «*devoir de vigilance*» e «*toutes les mesures de précaution requises en vertu de la présente directive pour éviter le préjudice en question*». A versão alemã reporta-se às «*Sorgfaltspflichten*» e a «*im Einklang mit dieser Richtlinie alle gebotene Sorgfalt*»; a espanhola às «*obligaciones de diligencia debida*» e a «*toda la diligencia debida con arreglo a lo dispuesto en la presente Directiva*»; a italiana, entre «*obblighi in materia di dovuta diligenza*» e «*tutta la dovuta diligenza, in linea con la presente direttiva*».

nenhuma, em nome da igualdade entre todas, impondo-se manter as possibilidades interpretativas em aberto²⁶.

O elemento literal da interpretação reclama neste caso especialmente²⁷, pois, o complemento através de outros elementos da interpretação. Descontamos outros argumentos formais²⁸ – que não podem cobrar peso excessivo, num instrumento que não parece pautado por cuidados especiais de redacção. Descontamos igualmente argumentos puramente funcionais-teleológicos relativos a uma finalidade de protecção de direitos humanos e standards ambientais e de boa governação – evidentemente, não está em causa um juízo de protecção de uma finalidade em exclusivo, mas sim um *juízo delicado de ponderação*, onde entram do outro lado bens jurídicos dotados de protecção fundamental, como a liberdade de empresa e o direito de propriedade (arts. 16.^º e 17.^º da Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia)²⁹. Focamo-nos na parte do texto que se mostra incontornável a este respeito, e que pareceria erradicar de plano qualquer dúvida que se pudesse acalentar.

Trata-se do Considerando 52, em cujos termos “[e]m conformidade com os PONU, o facto de aplicar o dever de diligência não deverá exonerar, por si só, as empresas da responsabilidade por causarem ou contribuírem para abusos dos direitos humanos ou danos ambientais. No entanto, a existência de um processo de dever diligência sólido e adequado pode ajudar as empresas a evitar a ocorrência de danos”.

²⁶ KARL RIESENHUBER, “§10 Die Auslegung”, in *Europäische Methodenlehre*, 3. Ed, Karl RIESENHUBER (coord.), Walter de Gruyter, Berlin/München/Boston, 2015, 199-224, pp. 205-206; KOEN LENEAERTS/JOSÉ A. GUTIERREZ-FONS, “To say what the law of the EU is: Methods of interpretation and the European Court of Justice”, *Columbia Journal of European Law*, 20(2), 2014, pp. 3-61, pp. 8-16. De resto, tão-pouco é clara a articulação entre as precauções necessárias e a “conformidade com a presente directiva”. Com efeito, com efeito, é justamente essa a questão que se mostra duvidosa, e a que se procura responder: a de saber se a exigência de adoptar precauções em conformidade com a directiva se basta ou não com o cumprimento do dever de diligência.

²⁷ Na metodologia do Direito europeu (como do doméstico), a clareza é já um resultado do processo de interpretação no seu todo, sendo ele apenas em certos casos especialmente aproblemático K. RIESENHUBER, “§10 Die Auslegung”, cit., pp. 220 (nm. 51).

²⁸ Pode retirar-se um argumento sistemático formal do art. 1.^º, n.^ºs 2 e 3, onde a Directiva diferencia entre o dever de diligência criado especificamente pela Directiva – com assento no n.^º 2 – e, para além deste as regras de responsabilidade civil que esta requer que sejam implementadas no Direito doméstico (art. 1.^º, n.^º 3, e 19.^º, n.^º 3). Descolando estes dois mecanismos um do outro, cria-se assim espaço para que tenham âmbitos de aplicação diferentes entre si.

²⁹ Sobre a importância de não reduzir juízos teleológicos a argumentos simplistas de protecção de apenas um dos bens em conflito K. RIESENHUBER, “§10 Die Auslegung”, cit., pp. 215-220

Ora, tomados os seus termos por aquilo que eles podem razoavelmente significar, temos que a Directiva prevê que o mero cumprimento do dever de diligência não exonera as empresas da responsabilidade por lesão dos direitos ou interesses protegidos. O art. 19.º, n.º 1, prevê que é assim quando a responsabilidade resultar de disposições radicadas no Direito interno. Porém, o Considerando 52 não se dirige apenas à responsabilidade regulada pelo Direito interno, mas a todo o espectro da responsabilidade civil tratada pelo Directiva. Nada nele inculca uma tal limitação; pelo contrário, este é o Considerando que centralmente trata a matéria da responsabilidade civil.

“Aplicar o dever de diligência” não pode equivaler a “aplicar defeituosamente o dever de diligência” – aplicar um certo dever de conduta não significa cumpri-lo defeituosamente. Trata-se, sim, de efectivar, implementar na prática, um certo standard normativo. Esta conclusão é – mesmo desnecessariamente – reforçada pela segunda frase do Considerando, que prevê que o papel de um processo de diligência de qualidade é *meramente auxiliar* face à finalidade de prevenção de danos.

Esta tranquilidade argumentativa é, porém, interrompida pela referência aos Princípios das Nações Unidas. O excerto directamente interpelado é o último parágrafo do comentário ao Princípio 17. Em tradução livre dos seus termos, “a realização de uma “*due diligence*” de direitos humanos adequada deverá auxiliar as empresas a enfrentar o risco de acções judiciais, permitindo-lhes provar que adoptaram todo os cuidados razoáveis para evitar o envolvimento numa alegada violação de direitos humanos. Contudo, as empresas que levem a cabo tal “*due diligence*” não devem assumir que por si tal os absolverá automática e totalmente da responsabilidade por causarem ou contribuírem para violações de direitos humanos”.

Embora o texto se mostre claro, a verdade é que a sua interpretação tem sido rodeada de ambiguidade. Como referimos acima, o próprio Alto Comissariado para os Direitos Humanos tem frisado que as relações entre a responsabilidade civil e o dever de condução de uma “*due diligence*” de direitos humanos podem ser as mais variadas. Neste contexto, a “realização de uma “*due diligence*” que não absolveria por si a empresa da sua responsabilidade” tem sido interpretada como referindo a escolha de estratégias desadequadas, que permitam invocar o cumprimento de modo meramente formal e vazio (uma mera “*check-box due diligence*”)³⁰.

Não parece, todavia, que a fluidez na compreensão dos PONU deva de qualquer modo ser importada para a interpretação da Directiva. Desde

³⁰ OHCHR, *Improving accountability and access to remedy*, cit., n.º 17, p. 6; cfr. o Considerando 34 da Directiva. N. BUENO/C. BRIGHT, “Implementing...”, cit., p. 6.

logo, porque se trata de uma ambiguidade que não encontra qualquer respaldo nos *termos directos de um instrumento ou de outro* – reitera-se que cumprir defeituosamente um dever não equivale a cumprir um dever. Mais ainda quando é a própria letra do Comentário aos PONU a esclarecer que se refere a uma “*due diligence*” de direitos humanos *adeuada*. Depois, porque os PONU configuram meras recomendações, de adopção estritamente voluntária pelas empresas. Neste contexto, uma tal flexibilidade interpretativa torna-se compreensível – trata-se de encorajar a adesão aos parâmetros, e não de identificar com segurança situações de incumprimento a sancionar. Ora, uma tal fluidez de abordagem, sem esteio num qualquer sentido razoável das formulações, não é transponível para um instrumento de natureza coactiva, como uma Directiva. Não por acaso, o European Company Law Experts Group fala, a respeito desta transição para texto legal coactivo, numa “passagem do Rubicão”. E note-se que mostra subscrever a interpretação da Directiva que nos parece preferível³¹.

Em suma: o cumprimento do dever de diligência pode apenas “ajudar as empresas a evitar a ocorrência de danos”. É esta prevenção do dano que se afigura, afinal, o verdadeiro dever das empresas. E isto implica uma exigência de que a empresa vá para lá da estratégia traçada, quando tal corresponda ao nível de precaução (razoavelmente) necessária para a prevenção de danos em concreto³².

³¹ Parece ser esta a leitura de THE EUROPEAN COMPANY LAW EXPERTS GROUP, *Commentary*, cit., decorrendo do que afirmam no n.º 35: “we propose that the provisions imposing direct liability on companies for breaches of the international standards (ie not via the strategy the company adopts) should be removed from the Directive” (realçados nossos).

³² Parece ser esta a leitura também de BENOÎT LECOURT, “Vers une directive sur le devoir de vigilance des sociétés”, *Revue des sociétés*, 5, 2021, pp. 335-342, p. 341, que considera que a proposta vai mais longe do que o Direito francês. Tal como A. DANIS-FATÔME/G. VINEY, “La responsabilité civile dans la loi...”, cit., pp. 1612-1614, o autor contrapõe a responsabilidade estabelecida pela *Loi relative au devoir de vigilance*, que se atém à violação das obrigações que compõem o dever de vigilância (L. 225-102-5 do Code de commerce, remetendo para o L. 225-102-4 do mesmo código), à responsabilidade pela violação de deveres amplos construídos pela jurisprudência – destacando o dever de vigilância associado ao princípio da precaução, ao passo que as duas outras autoras citadas destacam o dever de segurança, informação ou conselho. A responsabilidade estabelecida pela *Loi relative au devoir de vigilance* é limitada, valendo apenas para os casos de omissão de elaboração de um plano de vigilância, insuficiência, inexecução ou execução defeituosa do plano (B. LECOURT, “Vers une directive...”, cit., p. 341). O autor considera já que o direito europeu vai mais longe, prevendo responsabilidade por qualquer falha à vigilância – no que parece aproximar esta constelação da que vale para os deveres gerais de vigilância do direito comum.

Diga-se que A. DANIS-FATÔME/G. VINEY, “La responsabilité civile dans la loi...”, cit., p. 1614, vêm margem para que a jurisprudência venha a estender o âmbito do dever de vigilância,

3. Dever de não causar ou de prevenir o dano

8. Em primeiro lugar, cabe um esclarecimento terminológico, relativo ao uso dos termos causar e prevenir. Com efeito, ambos os termos têm um sentido comum que é um sentido lato: “causar dano” engloba todas as formas de produção de um dano, por acção ou omissão, e de modo directo ou indirecto. Prevenir um dano ajusta-se aos casos em que o sujeito não evita o dano, devendo fazê-lo: às situações, portanto, de causação por omissão – incluindo os casos, neste contexto salientes, em que o sujeito não impede que outra pessoa cause dano –, ou de causação mediata, por violação de um dever de conduta. Por um argumento de maioria de razão, o termo pode também aplicar-se à causação directa: quem causa directamente um dano, também não o previne.

Ambos os termos apenas são já deslocados nos casos de responsabilidade objectiva, onde o dano não se deve à conduta do sujeito, mas sim a certa fonte de risco pela qual este responde³³. Aí, o nexo de causalidade estabelece-se entre esta fonte de risco e o dano, não se podendo dizer que “o sujeito o causou”, embora responda por ele.

Como melhor veremos abaixo (B.1.a)), na esteira dos PONU, o conceito de *causação* é usado num sentido mais restrito, contraposto à *contribuição* para o dano (art. 3.º, 10), da Directiva; Captítulo II. A, n.º 11, das Orientações da OCDE sobre multinacionais, e comentário n.º 14; 6.3.-b), 8.3, 8.6 do Instrumento legalmente vinculativo). Refere-se aos casos em que a empresa produz o dano por si só, sem conjugação com as actividades de outra entidade. Por sua vez, o termo *prevenção* surge associado à omissão no contexto da produção do dano por terceiro: aos casos em que a responsabilidade não se deve a uma conduta positiva de incentivo à produção de dano, mas antes da falta de condutas pelas quais a empresa não procure evitá-lo (artigo 8.6 do Instrumento legalmente vinculativo).

previsto na lei francesa, para efeitos de responsabilidade, mobilizando a fórmula geral constante do L. 225-102-4, I, al. 3.

³³ Usamos a referência a “uma fonte de risco” em termos amplos, no sentido de fonte de danos resarcíveis. O fundamento da responsabilidade objectiva nem sempre é de reconduzir à criação de riscos especiais para terceiros; podem estar em causa outros fundamentos, como a imposição de uma posição de garante face a uma fonte de danos potenciais não especialmente perigosa, mas de onde se retira vantagem, ou a protecção do consumidor (JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Relatório sobre o programa, conteúdo e métodos de uma disciplina de responsabilidade civil (Curso de mestrado)*, s. ed., Coimbra, 2001, pp. 12-13).

Uma vez que, neste escrito, não nos detemos a debater diferenças de regime entre a causação em sentido estrito e a contribuição para o dano³⁴ – limitamo-nos a apontar alguns aspectos do estabelecimento da contribuição –, e que tão-pouco debatemos o alcance da contribuição por omissão, os termos “causar” e “prevenir” serão em geral usados no seu sentido comum, mais amplo. Usa-se os dois termos de modo tendencialmente sobreponível, exprimindo “prevenir” com mais intensidade o dever de não causar o dano por omissão ou por processos indirectos.

9. Situados num dever de não causar o dano, perguntar-nos-íamos, antes de mais se, da interpretação combinada do Considerando 52 e do art. 19.º resultaria a atribuição a esta norma de um conteúdo idêntico ao dos arts. 9.6 e 9.7 do Instrumento juridicamente vinculativo das Nações Unidas. Deveremos considerar que as previsões afinal se equivalem?

A resposta é negativa. Desde logo, os arts. 9.6 e 9.7 do Instrumento juridicamente vinculativo deixam margem para que à sua sombra se criem regimes de responsabilidade objectiva no Direito interno. Com efeito, as normas nem incorporam um standard de diligência razoável, nem referem a sua invocação a título de defesa. A referência à “cognoscibilidade”, que supõe já uma razoável possibilidade de tomar conhecimento, concerne à limitação da responsabilidade da empresa, nos casos em que esta responde apesar de não controlar, administrar, ou supervisionar a pessoa ou actividade em causa.

Tal não acontece face ao regime da Directiva. O cumprimento com o cuidado devido foi abertamente inscrito como fundamento de exoneração do agente (art. 19.º, n.º 3); e, tratando-se de uma directiva de harmonização máxima, não poderá o Estado-membro suprimir a possibilidade de invocar esta excepção.

Por outro lado, o Instrumento juridicamente vinculativo aponta com clareza para um dever de *prevenir a causação de danos por terceiros*. Já a Directiva é muito mais vaga no tocante ao desenho da responsabilidade por danos causados por terceiros. O conceito chave para fundar a *responsabilidade pela actuação de terceiros* é aqui o da *contribuição para o dano* (art. 19.º, n.º 2; art. 3.º, 10). A contribuição para o dano enquadraria as hipóteses de co-causação de dano. Estas decorrem tanto de uma co-autoria directa do dano, como da sua *causação mediata*, por *via da conduta de terceiro*. Nestes

³⁴ Para além da aplicação das normas relativas à existência de vários causadores, no Direito português, estas diferenças podem decorrer da aplicação do art. 494.º do Código civil à empresa, levando ao estabelecimento de uma indemnização mais baixa em casos de contribuição.

últimos casos, há responsabilidade quando as atividades da empresa *provocarem, facilitarem ou incentivarem a produção de um efeito negativo por outra entidade*. A simples *abstenção de interferir na conduta danosa* de terceiro não se enquadraria, à primeira vista, em nenhuma dessas hipóteses.

Todavia, é também verdade que a norma de responsabilidade (art. 19.º, n.º 2) se refere à contribuição por acção, como *por omissão*. Seriam, pois, hipotizáveis situações em que a empresa, *omitindo-se de interferir sobre a conduta de outra entidade, facilita ou incentiva a produção de um efeito negativo por esta*. É bem sabido que as orientações das Nações Unidas, como da OCDE, a este respeito, recomendam um papel activo por parte da empresa mesmo em relação a más práticas dos seus parceiros negociais adoptadas à sua total revelia³⁵. Tem aqui especial utilidade o uso do “poder de influência” (“leverage”) da empresa sobre o causador directo dos danos (19 dos PONU) – devendo lembrar-se que o Alto Comissariado para os Direitos Humanos censurou a Directiva por ter sido muito restritiva a respeito do papel dado a este poder de influência (art. 4.º, n.º 7)³⁶. Mesmo assim, a fronteira não se mostra nítida. Tudo está em saber quais são os deveres de conduta que assinalam os casos de *facilitação ou incentivo da produção de um efeito negativo por outra entidade* – e que poderão não estar tão distantes assim do uso de um “poder de influência”.

10. Seja como for, vejamos como a Directiva recorta as condutas lesivas: como se definem os “efeitos negativos nos direitos humanos, no ambiente ou na boa governação” por cujos danos haverá direito a reparação, nos termos dos Direitos dos Estados-Membros (art. 19.º, n.º 2). Estaremos então em condições de saber como se poderão enquadrar nas categorias da ilicitude delitual portuguesas.

Os “efeitos negativos” relevantes têm a sua definição no art. 3.º, n.os 6) a 8), da Directiva, e estarão, na sua versão definitiva da Directiva, especificados nos seus anexos.

No que toca aos efeitos negativos nos direitos humanos, estará em causa o *prejuízo do pleno gozo dos direitos humanos*, incluindo os direitos sociais, laborais e sindicais, tal como *definidos em anexo à Directiva* (art.

³⁵ OCDE, *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, OECD Publishing, 2011, disponível em <https://www.oecd.org/daf/inv/mne/48004323.pdf> (consultado pela última vez a 22.02.22), Capítulo IV, Comentário 43 (foi consultada a versão oficial inglesa); N. BUENO/C. BRIGHT, “Implementing...”, cit., pp. 4 e 10.

³⁶ OHCHR, *EU Mandatory Human Rights Due Diligence Directive: Recommendations to the European Commission*, 2021, disponível em <https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Business/ohchr-recommendations-to-ec-on-mhrdd.pdf> (consultado pela última vez a 22.02.22), n.º 4, p. 4.

3.º, 6)). No que toca aos efeitos negativos no ambiente, estará em causa *violação das normas ambientais internacionalmente reconhecidas e das normas ambientais da União*, tal como definidas em anexo à Directiva (art. 3.º, 7)³⁷). No que toca aos efeitos negativos na boa governação, tem-se em conta a boa governação de um país, região ou território, tal como definida igualmente por anexo (art. 3.º, 8)). Não se torna aqui evidente qual o standard cujo respeito se impõe; o Considerando 24 dá, porém, indicações quanto à sua concretização, prevendo que “esses efeitos deverão incluir o incumprimento do capítulo VII, relativo ao combate ao suborno, à solicitação de suborno e à extorsão, das Linhas Diretrizes da OCDE para as Empresas Multinacionais e dos princípios da Convenção da OCDE sobre a Luta contra a Corrupção de Agentes Públicos Estrangeiros nas Transações Comerciais Internacionais”, bem como outras situações de corrupção e suborno especificadas.

Podemos agora considerar como um dever de não causar ou contribuir para “danos decorrentes de efeitos negativos, potenciais ou reais, nos direitos humanos, no ambiente ou na boa governação” se inscreveria no sistema da ilicitude delitual portuguesa.

11. Em primeiro lugar, cumpre enquadrar os casos em que os danos decorrem da violação de uma *norma internacional constante dos anexos à Directiva*, quando essa norma não atribua directamente direitos a indivíduos, mas se limite a *impor deveres institucionais de conduta às empresas* (vg., proibindo a emissão de certo tipo de resíduos ou a aquisição de matérias primas provindas de área desflorestada, ou seja, sem certificação do contrário). Nestes casos, estaríamos perante uma constelação similar à da segunda modalidade de ilicitude, prevista no art. 483.º, n.º 1, 2.ª parte, do Código civil. Aqui, a ilicitude decorre da violação de uma disposição legal de protecção: de uma *disposição legal impondo deveres de conduta* face à qual, por interpretação, se conclua que também comprehende no seu escopo a protecção de interesses individuais, e do tipo dos ofendidos³⁸.

Em primeiro lugar, caberia aqui perguntar se esta convocação da segunda modalidade de ilicitude seria sequer necessária. Ao incluir estas normas na definição dos efeitos negativos, dir-se-ia que a Directiva as pro-

³⁷ Note-se que, nos Considerandos 22 e 23, relativos à noção de efeitos negativos no ambiente, pareceria antes apontar-se para uma definição por via de cláusula geral – o que não seria de estranhar, dadas as insuficiências do Direito convencional internacional em matéria de ambiente (E.-M. KIENINGER/M. KRAJEWSKI/F. WOHLTMANN, *Rechtsgutachten...*, cit., p. 34).

³⁸ J. SINDE MONTEIRO, *Relatório...*, cit., p. 28.

movia de plano a fundamento da responsabilidade, cabendo aos Estados-Membros assegurar vias de reparação de todos os danos daí decorrentes. Não parece, porém, que um regime que depende de tal modo dos quadros jurídicos dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade civil possa querer desfigurar os sistemas nacionais, criando tão amplos fundamentos de reparação de “quaisquer danos”. E, decisivamente, são de convocar aqui todas as preocupações que rodeiam a qualificação de disposições legais de protecção, e que *visam evitar uma total abertura das comportas da responsabilidade*, que tornasse inabarcáveis os riscos associados às actividades económicas³⁹.

Como tal, parece-nos que as normas internacionais referidas na Directiva apenas podem ser fundamento de responsabilidade nos termos da segunda modalidade de ilicitude: quando *sejam de qualificar como disposições legais de protecção*, para efeitos de protecção contra danos de certo tipo.

Na verdade, a viabilidade de qualificar normas de convenções e cláusulas de códigos de conduta internacionais como disposição legal de protecção neste contexto tem sido especialmente debatida na doutrina alemã, cujo sistema delitual inspirou o sistema português neste aspecto. E tem sido por esta fundamentalmente recusada, considerando-se, por um lado, que as empresas não são destinatárias das convenções internacionais – são-nos os Estados; e que aos códigos de conduta internacionais faltaria, desde logo, o carácter de norma jurídica cogente requerido pela qualificação como disposição legal de protecção⁴⁰. Não cumpre aqui analisar tais objecções, já que através da Directiva, mudaria um dado fundamental: todos os instrumentos internacionais indicados pela Directiva passariam a ser *Direito directamente vinculativo das empresas*⁴¹.

Será, sim, fundamental determinar se a norma impondo certa conduta preventiva visava, a par dos interesses da colectividade, servir também os interesses de um certo grupo. E, na base de uma interpretação cuidada, mobilizando sobretudo argumentos sistemáticos e teleológicos, determinar quais os interesses privados que a norma protege – sendo que

³⁹ CLAUS-WILHELM CANARIS, “Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten”, in FS Larenz zum 80. Geburtstag, C. H. Beck, München, 1983, 27-110, pp. 47-48, 58 e ss..

⁴⁰ MARC-PHILIPPE WELLER/LUCA KALLER/Alix SCHULZ, “Haftung deutscher Unternehmen für Menschenrechtsverletzungen im Ausland”, AcP, 2016, pp. 387-420, p. 406; THERESA GÖRGEN, Unternehmerische Haftung in transnationalen Menschenrechtsfällen, Nomos, Baden-Baden, 2019, pp. 349-353.

⁴¹ THE EUROPEAN COMPANY LAW EXPERTS GROUP, *Commentary*, cit., n.º 10.

a protecção de intereresses puramente patrimoniais é em primeira linha restritiva⁴².

Do ponto de vista da prova dos factos, caberia aos lesados provar que a empresa tinha violado a conduta prescrita; e que se tinha produzido na sua esfera um dano do tipo dos protegidos. Normalmente, da violação da conduta prescrita, associada à prova de um dano que lhe esteja tipicamente associado, decorre uma prova de primeira aparência ou presunção judicial de que o facto foi culposo⁴³; neste caso, haveria uma inversão legal do ónus da prova da culpa (19.º, n.º 3).

12. Em segundo lugar, cumpre olhar os casos efecto negativo seja a *violação de um certo direito* – o que acontecerá, como é bom de ver, especialmente em matéria de direitos humanos, podendo também haver normas em matéria ambiental que atribuam direitos subjectivos. No Direito delitual português, estaríamos situados na primeira modalidade de ilicitude (art. 483.º, n.º 1, 1.ª parte, do Cód. civil).

Poderíamos enquadrar estes casos através de pelo menos *duas construções diferentes*.

De acordo com a primeira, conceberíamos o ilícito como a verificação de um resultado proibido. Em causa estaria, portanto, um dever de não causar, ou contribuir para a causação de, dano – vg., de não violar o direito a não ser sujeito a escravatura, ou contribuir para esta violação. De acordo com as regras gerais, caberia ao autor da acção provar o dano-lesão, a sua ilicitude – aqui, a violação de um seu direito protegido pelas normas internacionais referidas nos anexos da Directiva –, bem como a respectiva imputação causal à conduta da empresa. Caber-lhe-ia ainda provar a culpa; porém, o art. 19.º, n.º 3, da Directiva atribui o ónus da prova a este respeito à empresa lesante.

Estaria em causa a *responsabilidade por um certo resultado*, admitindo-se que o acusado provasse certas circunstâncias exoneratórias – que, em função do

⁴² C.-W. CANARIS, "Schutzgesetze...", cit., pp. 58 e ss.; JORGE FERREIRA SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Almedina, Coimbra, 1989, GERHARD WAGNER, "BGB § 823 Schadensersatzpflicht", *MüKo BGB*, VII, 8 Ed., C. H. Beck, München, 2020, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 22.02.2022), pp. 255-256; nm. 476 e 504; MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Direito civil, Responsabilidade civil, O método do caso*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 75.

⁴³ G. WAGNER, BGB § 823, cit., nm. 91-92; J. Sinde Monteiro, *Responsabilidade...* cit., pp. 260-267 (sobre a distinção entre a prova de primeira aparência e a prova por indícios, ULRICH FOERSTE, "ZPO § 286 Freie Beweiswürdigung", *ZPO*, 18 Ed, Hans-Joachim MUSIELAK/Wolfgang Voit (coord.), Franz Vahlen, München, 2021, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 22.02.22), nm. 24-25).

que se encontrasse previsto, poderiam ser objectivas, como a ocorrência de força maior, ou subjectivas, como o cumprimento de um certo standard de cuidado.

De acordo com a segunda construção, a empresa teria o *dever de adoptar as condutas que, perante as circunstâncias concretas, se revelassem necessárias para evitar a lesão do direito em causa, por causação ou por contribuição*. O ilícito estaria, pois, na *violação de certo dever de conduta apto a prevenir a lesão*.

Nesta configuração, caberia ao *ofendido provar que tinha sofrido danos nos seus direitos protegidos pelas normas internacionais aplicáveis*, e que a empresa infractora *não tinha adoptado uma conduta que se revelava*, perante as circunstâncias, exigível para evitar danos nesses direitos ou interesses. Esta hipótese acaba, pois, por se aproximar em grande medida da construção que vale para a mobilização da segunda modalidade de ilicitude.

Ora, mesmo nos quadros da primeira modalidade de ilicitude, há que ter em conta que o juízo de ilicitude tem por objecto *a conduta do agente*, e *não um resultado danoso*. Quando a conduta produz *directamente uma lesão no bem jurídico* (esta lesão ocorre no decurso da acção), podemos dizer que esse comportamento é em si reprovado⁴⁴. Quando a lesão é apenas um *resultado mediato da conduta*, então a conduta só merece a reprovação própria do juízo de ilicitude quando tenha *violado um dever de prevenção do dano (dever do tráfico)*. Haverá aqui que provar que o dever foi violado;

⁴⁴ Resulta do exposto que não fazemos sequer a tentativa de qualificar as normas internacionais de protecção de direitos humanos como disposições legais de protecção – exercício que, como referido, vem fazendo alguma doutrina alemã recente (de resto, rematando-o com a recusa da qualificação: M.-P. WELLER/L. KALLER/A. SCHULZ, "Haftung deutscher...", cit., p. 406; T. GÖRGEN, *Unternehmerische Haftung...*, cit., pp. 352-353). A qualificação como disposição legal de protecção cabe, em qualquer caso, a normas que proíbem ou prescrevem certas condutas (C.-W. CANARIS, "Schutzgesetze...", cit., 48, 51; J. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade...* cit., p. 247); não às normas que protegem certos bens jurídicos jussubjectivados, em si. O lugar da protecção de direitos subjectivos por si próprios é a primeira modalidade de ilicitude. Ou o direito está em condições de ser absorvido por esta modalidade, ou então apenas será protegido por si se o atentado configurar abuso do direito, à luz da terceira modalidade de ilicitude. Qualificar normas que protegem certos direitos como disposições legais de protecção equivaleria a afirmar que toda a conduta que atentasse contra esse bem era afinal ilícita – o que é *contrário à lógica tendencialmente restritiva* da segunda modalidade de ilicitude, rodeada da preocupação de não sobre-estender as hipóteses de responsabilidade. E corresponderia mesmo a um campo mais amplo do que o atribuído à primeira modalidade de ilicitude, onde apenas as ofensas directas a direitos subjectivos gozam de tamanha protecção. O domínio da segunda modalidade de ilicitude é o da reacção antecipada *aos riscos que certas condutas devidamente especificadas em normas jurídicas colocam para interesses dos sujeitos*. Não por acaso, o lugar por exceléncia das disposições legais de protecção é atribuído às normas de perigo abstracto (J. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade...* cit., pp. 239-241).

e, em sede de causalidade, que foi o perigo de que o dever visava proteger que se materializou no dano⁴⁵.

A razão decisiva para esta exigência é a de que, de outro modo, haveria um tratamento desigual dos bens e interesses tutelados pela primeira e pela segunda modalidades de ilicitude. De resto, a violação de um dever de cuidado é requisito para a identificação de hipóteses de responsabilidade por omissão – das quais os processos de causação indirecta ou mediata nem sempre se distinguem com rigor. E, na verdade, quanto aos casos sobrantes, de *causação directa de uma lesão*, pode dizer-se que a violação de um dever de prevenção do perigo é por si evidente⁴⁶.

Também aqui essas preocupações gerais de equilíbrio sistemático devem valer. O esforço de prova da violação de um dever de prevenção do dano poderá ser de algum modo minorado pelos deveres de prestação de informação, em termos gerais, ou a pedido, por parte das empresas (art. 6.º, n.º 1 e 2, e art. 15.º da Directiva); acrescem os deveres gerais de colaboração na produção de prova, e as consequências da sua violação (art. 417.º do Cód. proc. civil; art. 344.º, n.º 2, do Cód. civil). Estabelecendo-se a violação do dever, e sendo o dano consequência típica da sua violação daí decorrerá a presunção de facto de que o dano, sendo consequência típica da violação dos deveres em causa, foi por ela causado. O mesmo valeria em relação ao pressuposto da culpa; porém, neste ponto, a Directiva estabelece uma verdadeira inversão do ónus da prova (art. 19.º, n.º 2). Na verdade, a contraprova será aqui particularmente dificultada, por aos lesados ter cabido antes provar a violação de um dever de prevenção do dano. Dir-se-ia, pois, que esta vantagem que o legislador lhes quis atribuir, presumindo a culpa, seria tornada inócuia por se requerer a prova prévia da violação do dever. O raciocínio seria, porém, excessivo; à empresa será viável trazer à causa informações mais detalhadas que, num quadro mais completo, demonstrem que actuou com cuidado. De resto, uma articulação dos riscos probatórios nestes moldes não é inédita: encontrava-se também prevista no projecto alemão de 24 de Março de 2021 (§14, I), considerando-se que a presunção de culpa mais não era do que o acolhimento legal do efeito indiciário que sempre decorria da prova da violação dos deveres de cuidado⁴⁷.

13. Em conclusão: na interpretação que parece mais correcta, o art. 19.º, n.ºs 2 a 4, da Directiva impõe que os Estados-membros disponham

⁴⁵ C.-W. CANARIS, "Schutzgesetze...", cit., pp. 77-81; J. SINDE MONTEIRO, *Relatório...*, cit., pp. 44-45.

⁴⁶ J. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade...* cit., pp. 301 e ss.

⁴⁷ E.-M. KIENINGER/M. KRAJEWSKI/F. WOHLTMANN, *Rechtsgutachten...*, cit., pp. 83-85.

de um regime interno que responsabilize as empresas pela causação de dano nos direitos ou interesses protegidos, não se bastando com o mero cumprimento do dever de diligência. No ordenamento português, uma tal *previsão geral de responsabilidade* perante os terceiros titulares daqueles direitos e interesses viria inserir-se no sistema de responsabilidade delitual. Poderão vir a estar aqui em causa hipóteses correspondentes à segunda modalidade de ilicitude, quando o efeito negativo em causa seja identificado pela violação de uma norma que mereça a qualificação de disposição legal de protecção dos interesses lesados. Quando o efeito negativo corresponda à violação de um direito subjectivo atribuído pelas normas internacionais convocadas pela Directiva, devem ser mobilizados os parâmetros próprios da primeira modalidade.

B. Causalidade

14. Analisamos agora a sinergia entre as normas europeias e o direito interno na construção do requisito da causalidade. Debruçamo-nos sobre dois aspectos em particular. Em primeiro lugar, sobre a categoria da contribuição, para cujo recorte a Directiva fornece múltiplos subsídios. Em segundo lugar, sobre o fundamento de exoneração da empresa por apelo a processos causais hipotéticos; previsto no art. 19.º, n.º 3, convoca na dogmática interna a figura da causa virtual e do comportamento lícito alternativo.

1. Causalidade por contribuição

a) Noção e delimitação do critério

15. A Directiva distingue duas formas pelas quais a empresa pode causar o dano: através da sua *causação em sentido estrito*, ou através de mera *contribuição* para o dano (art. 19.º, n.º 2 e art. 3.º, 10)).

Temos *contribuição* quando as actividades da empresa causam o dano *por combinação com as actividades de uma outra entidade*. Por contraposição, a *causalidade em sentido estrito* refere-se aos casos em que a actividade da empresa *produz o dano por si só*, sem necessitar da conjugação com as actividades de outra entidade⁴⁸. Usando um exemplo fornecido pela OCDE:

⁴⁸ Cfr. OCDE, *Guia da OCDE de devida diligência para uma conduta empresarial responsável*, OECD Publishing, 2018, disponível em <http://mneguidelines.oecd.org/guia-da-ocde>

pense-se no uso de critérios discriminatórios de minorias étnicas para contratação dos trabalhadores da empresa.

Em qualquer hipótese descrita como de contribuição, a solução do direito português é a mesma. Todas as empresas que tiverem participado na produção do dano respondem solidariamente perante as vítimas (art. 490.º e 497.º, n.º 1, do Cód. civil), dispondo depois de direito de regresso contra as co-responsáveis, na medida das respectivas culpas e contribuição para o dano (art. 497.º, n.º 2).

A *contribuição* pode decorrer – horizontalmente, se se quiser – da combinação de *actividades levadas a cabo paralelamente pela empresa e por outra entidade* (art. 3.º, 10), 1.ª frase, 1.ª parte). A empresa não causa o dano por interferência sobre outra entidade; as actuações de ambas conjugam-se, sim, na produção do dano. É o que acontece, dando um exemplo simples, nas hipóteses em que ambas as actuações são *condiciones sine quibus non* do dano ocorrido – pense-se no caso em que se produz um dano ambiental porquanto certos materiais poluentes, que não tinham sido devidamente selados pelo produtor, tão-pouco foram devidamente acondicionados pelo transportador. Trata-se das hipóteses ditas de concausalidade, causalidade complementar ou concurso necessário de causas⁴⁹. Próximas destas hipóteses são as de causalidade cumulativa ou dupla, em que a actuação de cada uma das empresas é bastante para causar por si o dano, e as duas actuações efectivamente produziram os seus efeitos. À luz das valorações do ordenamento português, bem como do Direito comparado mais próximo, a solução é idêntica: ambas as empresas serão responsabilizadas⁵⁰. Nada tem, aliás, de incomum que as duas situações estejam presentes no mesmo evento, em relação a diferentes dimensões de um dano complexo.

Numa segunda modalidade, a *contribuição* decorre – verticalmente, se se quiser – do facto de as atividades da empresa *provocarem, facilitarem ou*

de-devida-diligencia-para-uma-conduta-empresarial-responsavel-2.pdf (consultado pela última vez a 22.02.2022), p. 70, P29.

⁴⁹ FRANCISCO MANUEL PEREIRA COELHO, *O problema da causa virtual na responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 1998, p. 25, nota 7; para os restantes termos, PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, I, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 652, n. 1858.

⁵⁰ Ainda que falhe neste contexto o critério da *condictio sine qua non*. Face ao Código de Seabra, F. PEREIRA COELHO, *O problema...*, cit., p. 47, n. 41. Perante o Código vigente, P. MOTA PINTO, *Interesse...I*, cit., p. 653, n. 1858; No Direito comparado, cfr. o art. 3:102 dos PETL, em cujos termos “in case of multiple activities, where each of them alone would have caused the damage at the same time, each activity is regarded as cause of the victim’s damage.”.

incentivarem a produção de um efeito negativo por outra entidade (art. 3.º, 10), 1.ª frase, 2.ª parte). Diferentemente do que acontece no caso anterior, aqui há já um exercício de influência sobre processos de decisão de outra entidade.

Esta possibilidade de influenciar a conduta de outra entidade vai para lá dos casos de controlo, definidos no art. 3.º, 9). Conforme aí se prevê, configura “controlo” a “possibilidade de uma empresa exercer uma influência decisiva sobre outra empresa, nomeadamente através da propriedade ou do direito de utilizar a totalidade ou parte dos ativos desta última, ou através de direitos, contratos ou quaisquer outros meios, tendo em conta todas as circunstâncias factuais, que conferem uma influência determinante na composição, na votação ou nas decisões dos órgãos de decisão de uma empresa” (itálicos nossos).

Parecem enquadrados no conceito de controlo tanto modos formais de exercício de influência decisiva na composição, votação ou decisões dos órgãos de decisão de uma outra empresa, como modos informais de exercício de tal influência, de molde a configurar *administração de facto*.

Neste ponto, lembre-se que o conceito de controlo é um conceito chave para determinação do alcance da responsabilidade da empresa – para além dos danos que causou ou para que contribuiu, esta responde por danos causados directamente ou por contribuição das empresas sob o seu controlo. Como tal, não faz sentido levar o conceito de controlo, em acréscimo às hipóteses de controlo formal, para lá dos limites da *administração de facto*, incluindo qualquer possibilidade, ainda que pontual, de exercício de influência. Tal conduziria a uma sobre-expansão da responsabilidade – bastaria que uma empresa pudesse influenciar uma outra entidade de modo pontual para responder pelos danos causados por uma terceira entidade, que a segunda pudesse influenciar de modo também pontual, *ainda que a actuação da terceira nada tivesse que ver com os condicionamentos gerados pela primeira*⁵¹. E, do mesmo passo, conduziria ao esvaziamento das hipóteses de contribuição da segunda modalidade, através do exercício de influência sobre outra entidade; estas hipóteses seriam absorvidas pelo conceito de controlo.

Assim, parecem ser absorvidas pelo conceito de contribuição através do exercício de influência, mas já não pelo de controlo, situações como a do exem-

⁵¹ Por exemplo, a empresa (A) que fizesse uma encomenda vultuosa a uma outra (B), que absorvesse muitos dos recursos desta e por isso condicionasse a sua actuação, responderia pelos danos causados por uma outra empresa (C) sobre a qual a segunda (B) exercesse influência pontual, mesmo que sem qualquer relação com o modo como a primeira (A) tivesse condicionado a actividade da segunda (B).

plo comumente referido no qual um cliente de relevo requer do seu fornecedor o envio de certa quantidade de mercadoria em prazo de tal modo curto que não é possível o seu cumprimento sem violação de standards de segurança e saúde no trabalho; bem assim, o caso em que o preço unilateralmente fixado pelo comprador é tal modo baixo que inviabiliza o cumprimento de tais standards⁵².

b) Estabelecimento da contribuição

16. A contribuição para o dano situa-se, pois, no âmbito da *causação por intervenção de vários agentes*. O âmbito é consabidamente gerador de incerteza, e exige soluções que em alguns aspectos desafiam as linhas gerais da dogmática da causalidade.

Um primeiro caso, mais simples, concerne aos casos em que *há certeza quanto ao facto de todos os potenciais agentes terem co-causado o dano*, mesmo que não haja certeza quanto à proporção da contribuição causal de cada um. Nesse caso, todos respondem solidariamente pelo dano, presumindo-se nas relações internas que a sua contribuição foi idêntica (arts. 490.^º e 497.^º do Cód. civil)⁵³. Não releva, para estes efeitos, o título a que se deu a participação de cada um no facto – a causação tanto pode ser directa, como pode ser meramente instrumental para a causação de dano por outra entidade.

O caso é diferente quando há incerteza quanto a qual dos potenciais agentes causou o dano, sendo apenas *certo que um deles o causou*, ou quando *há incerteza sobre se sequer algum dos potenciais agentes causou o dano*, sendo apenas plausível que um deles o tenha causado.

O Direito civil geral não fornece uma resposta para estes casos⁵⁴. A doutrina e os tribunais (peste embora a escassez de julgados que tratem

⁵² OCDE, *Guia de devida diligência...*, cit., p. 70, P29; cfr. ainda, para o primeiro exemplo, em termos gerais, E.-M. KIENINGER/M. KRAJEWSKI/F. WOHLTMANN, *Rechtsgutachten...*, cit., pp. 37-38; para o segundo, em termos gerais também, A. BECKERS, "Globale Wertschöpfungsketten...", cit., p. 237.

⁵³ A solução é similar no regime dos PETL – cfr. o art. 9:101 dos PETL e W. V. HORTON ROGERS, "Multiple tortfeasors – Introduction", in *Principles of European tort law*, EUROPEAN GROUP ON TORT LAW (coord.), Springer, Wien, 2005, 138-141, p. 140, nm. 8, W. V. H. ROGERS, "Art. 9:101-9:102", cit., pp. 143-145, e JAAP SPIER, "Art. 3:102. Concurrent causes", in *Principles of European tort law*, EUROPEAN GROUP ON TORT LAW (coord.), Springer, Wien, 2005, 44-47, p. 47, nm. 15-18

⁵⁴ Diga-se que o Regime jurídico da responsabilidade por danos ambientais, aprovado pelo Decreto-lei 147/2008, de 29 de Julho contém um regime especial para superar a incerteza quanto ao estabelecimento da causalidade no plano fático, que permite alargar as situações de imputação e o funcionamento da regra sobre comparticipação (art. 4.^º). Trata-se do art. 5.^º que, em interpretação crítica cuidadosamente fundamentada, revela

directamente o tema) propuseram, sim, várias estratégias para os abordar. De um modo geral, destacam-se, de um lado, propostas que actuam em sede de prova – diminuindo a fasquia do grau de prova exigido, ou alterando a distribuição do ónus da prova. Do outro lado, propostas que alteram o próprio critério de estabelecimento da causalidade, por apelo, na senda de Roxin, à ideia de incremento do risco permitido⁵⁵.

Ora, um dos âmbitos em que a incerteza quanto ao estabelecimento de causalidade especialmente se manifesta é o da responsabilidade por exercício de influência no processo de decisão de outra entidade. Encontramos aqui problemas similares aos que se colocam a propósito da violação de deveres de informação. Em qualquer um dos casos, é difícil a aplicação do critério da condicionalidade, uma vez que permanece a dúvida sobre se a decisão adoptada a final teria sido a mesma sem a intervenção do alegado responsável⁵⁶. Com efeito, um processo decisório pode ser afectado por uma multiplicidade de factores e, ao nível das pessoas físicas, é um *processo fundamentalmente interno, psicológico*⁵⁷.

a conjugação de um aligeiramento do grau de prova requerido para estabelecer a probabilidade de criação de um risco concreto, e uma inversão do ónus da prova quanto à sua manifestação no resultado lesivo (ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, "A prova do nexo de causalidade na lei da responsabilidade ambiental", in *Actas do Colóquio "A responsabilidade civil por dano ambiental"*, Carla Amado GOMES/Tiago ANTUNES (coord.), Instituto de Ciências Jurídico-Políticas, Lisboa, 2010, 172-193, pp. 177 e ss.) No Direito comparado, cfr. o art. 3:103 dos PETL, sobre causalidade alternativa, relativo aos casos em que ocorrem múltiplas actividades, cada uma por si bastante para causar o dano, sendo porém incerto qual delas o causou, que determina que cada uma delas é tida como causa do dano na medida da probabilidade de o ter causado (J. SPIER, "Art. 3:102", cit., pp. 46-47, nm. 8 e ss.)

⁵⁵ Para uma panorâmica doutrinal e jurisprudencial sobre o tema, PATRÍCIA LEAL CORDEIRO DA COSTA, "Causalidade alternativa e a jurisprudência dos tribunais superiores", *Novos olhares sobre a responsabilidade civil*, Centro de Estudos JUDICIÁRIOS (coord.), Centro de Estudos Judiciários, 2018, disponível em https://www.ministeriopublico.pt/sites/default/files/documents/pdf/eb_reponscivil_2018.pdf (consultado pela última vez a 22.02.22), pp. 98 e ss.

⁵⁶ Cfr. CLAUS-WILHELM CANARIS, "Die Vermutung "aufklärungsrichtigen Verhaltens" und ihre Grundlagen", in *Festschrift für Walther Hadding zum 70. Geburtstag am 8. Mai 2004*, Franz HÄUSER/Horst HAMMEN/Joachim HENNICHES, et al. (coord.), De Gruyter Recht, Berlim, 2004, 3-24, pp. 15 e ss. propondo uma via de superação destes problemas através da integração de cada um dos elos na cadeia do processo decisório na descrição do resultado danoso. Esta solução não é, porém, transponível para lá do âmbito da responsabilidade por violação de deveres de informação.

⁵⁷ Trabalhando, a propósito da responsabilidade pela confiança, a especificidade de uma causalidade psíquica, relativa aos processos de decisão, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 618 e ss.

17. Para superar esta dificuldade, a Directiva apoia-se nas propostas da OCDE quanto à devida diligência para uma conduta empresarial responsável⁵⁸. Os critérios não são, pois, especificamente probatórios. A julgar pelos factores exemplificativamente elencados pelo art. 3.º, 10), trata-se, sim, de trazer *para o estabelecimento da causalidade* critérios relativos à criação ou *aumento do risco ilícito da ocorrência de dano*.

Destes factores, interessa aos autores/vítimas estabelecer os dois primeiros, interessando à empresa estabelecer o terceiro.

O primeiro factor concerne à “medida em que uma empresa é suscetível de incentivar ou motivar a produção de um efeito negativo por outra entidade, ou seja, a medida em que a atividade aumentou o risco de ocorrência do efeito”. Atende-se aqui ao *grau de influência da empresa sobre a entidade directamente actuante*, mas também ao *risco colocado pela actividade desta*. Como a própria norma condensa o critério – que apura “a medida em que a atividade aumentou o risco de ocorrência do efeito” –, este revela-se atinente à medida da criação de um risco proibido.

O segundo factor concerne à “medida em que uma empresa poderia ou deveria ter tido conhecimento do efeito negativo ou potencial de efeito negativo, isto é, o grau de previsibilidade”. O critério da previsibilidade é, com efeito, noutros ordenamentos jurídicos –de que se destaca o inglês –, o critério central para estabelecimento da causalidade⁵⁹. Não assim no ordenamento português, embora alguns autores advoguem a sua aplicação no âmbito da responsabilidade contratual⁶⁰. Em todo o caso, onde se sufraga o recurso a um juízo de previsibilidade para estabelecer a imputação causal, mobiliza-se o *parâmetro objectivo de um observador experimentado* colocado na posição do agente, tendo-se em consideração os conhecimentos científicos e regras de experiência disponíveis no momento do juízo de adequação. É diferente o critério da Directiva, que se reporta ao que a *concreta empresa em causa deveria ter previsto*. No sistema português da responsabilidade civil, seria pertinente em sede de juízo de culpa, mostrando-se fora de lugar em sede de imputação objectiva⁶¹.

Por seu lado, a empresa visada pode demonstrar que adoptou medidas que “atenu[aram] efetivamente o efeito negativo ou reduzi[ram] o risco da sua ocorrência”. No caso deste factor, o juízo parece referir-se tanto à dimi-

⁵⁸ OCDE, *Guia de devida diligência...*, cit., p. 70, P29.

⁵⁹ CES VAN DAM, *European tort law*, 2 Ed., Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 316-318.

⁶⁰ M. Carneiro da FRADA, *Teoria...* cit., pp. 318 e ss.

⁶¹ Para uma comparação entre o critério da adequação e o da previsibilidade em concreto, PAULO MOTA PINTO, *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo*, II, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, p. 930.

nuição da probabilidade de levar outra entidade a uma decisão danosa, como à adopção de medidas mitigatórias uma vez adoptada uma tal decisão. Pense-se, por exemplo, na empresa que requer da sua fornecedora um aumento extraordinário da produção a curto prazo, que não seria exequível sem compressão indevida dos standards laborais, mas que, do mesmo passo, ajuda a organizar sub-contratação da parte da fornecedora, ou que pelo menos o faz no decurso do processo produtivo.

Se, a partir da consideração conjunta destes e de outros factores, o tribunal considerar que *a atividade da empresa visada aumentou substancialmente o risco de efeito negativo*, deve afirmar a sua contribuição para o dano. Ou seja, vale aqui uma presunção de que o risco criado se materializou no resultado danoso.

Nota-se que o tribunal goza de uma grande margem de discricionariedade neste juízo. Não só os critérios mobilizáveis não se esgotam nos especialmente previstos, como mesmo estes são de natureza diferente. Na verdade, alguns proponentes de um sistema de estabelecimento da imputação objectiva através de critérios de aumento do risco ilícito postulam o recurso a um sistema móvel. Assim, por exemplo, considera-se que a grande previsibilidade da causação pode compensar o facto de esta ocorrer através de um processo pouco usual; o facto de certo resultado ser a consequência típica de uma certa actuação pode permitir a imputação causal na base da mera probabilidade; e é também admitido que a maior gravidade do juízo de culpa possa contrabalançar um juízo de imputação mais lasso⁶².

Porém, como decorre do precedente, as propostas de sistema móvel não se bastam com a simples remissão para este, apontando já para os factores a ter em conta, e para os mecanismos de compensação entre estes. É uma sistematicidade que falta na proposta da Directiva, que se limita a apontar alguns de entre os factores a considerar, e tão-pouco os põe em relação.

2. Excepções fundadas em processos hipotéticos

a) Coordenadas gerais

18. Uma vez alegados factos que estabeleçam que a conduta da empresa causou o dano, e feita prova bastante quanto a estes, a empresa poderá defender-se em primeira linha por impugnação. Por exemplo, alegando e provando que o facto de não ter cumprido certo dever de conduta (por exemplo, selar devidamente certo material tóxico) não foi causa do dano,

⁶² HELMUT KOZIOL, *Basic questions of tort law from a Germanic perspective*, Jan Sramek Verlag, Viena, 2012, pp. 141-144.

já que outra entidade levou a cabo em lugar da empresa a conduta devida (selando ela própria devidamente o material em causa).

O art. 19.º, n.º 3, abre-lhe ainda vias de defesa por excepção. Como referido, o propósito de harmonização máxima da Directiva não é imediatamente discernível em relação ao preceito sobre responsabilidade civil, que fica em grande medida dependente das categorias gerais dos Estados-membros. Porém, pelo menos em relação às defesas concedidas às empresas alegadamente responsáveis, mostra-se relativamente transparente o seu funcionamento: ao verter o preceito no Direito interno, os Estados-membros não podem criar regimes que resultem mais protectivos dos direitos humanos ou standards ambientais ou de boa governação, por suprimirem estas vias de exonerariação dos lesantes.

A primeira das vias de defesa diz respeito à invocação da ausência de culpa, provando a empresa que “tom[ou] todas as precauções necessárias, em conformidade com a [...] diretiva, para evitar os danos em questão”. Ao contrário do que acontece no Direito português da responsabilidade civil extracontratual, a culpa vem aqui, portanto, em geral presumida.

A segunda afecta o estabelecimento da causalidade. Nos seus termos, o Direito interno deve prever a exonerariação da empresa caso esta prove que o dano teria ocorrido *mesmo que tivessem sido tomadas todas as precauções necessárias*. Trata-se de fazer valer *estados do mundo hipotéticos*, que se teriam materializado caso a empresa tivesse actuado com o devido cuidado. Se a empresa demonstrar que, ainda assim, os interesses em causa seriam afectados por um dano semelhante, poderá defender-se invocando que *mesmo a adopção do cuidado devido não teria salvo esses interesses*.

Devemos aqui distinguir duas constelações diferentes: uma respeitante à figura do comportamento lícito alternativo; a outra, respeitante à da causa hipotética ou virtual.

b) O comportamento lícito alternativo

19. A figura concerne a casos em que ocorreu a violação de um dever de conduta com o escopo de prevenção de certo tipo de dano, mas em que havia uma outra norma autorizando o infractor a causar aquele tipo de dano ou, mesmo que o infractor tivesse cumprido com o seu dever, ainda assim a sua actuação teria causado um dano idêntico ao lesado. Ou seja, a conduta imposta por tal dever era afinal inoperante para efeitos da prevenção do dano em causa, ou então o lesante tinha o direito de o causar⁶³.

⁶³ HARTMUT OETKER, “BGB § 249 Art und Umfang des Schadensersatzes”, *MüKo BGB, II, Schuldrecht, Allgemeiner Teil*, §§ 241-432, 8 Ed., C. H. Beck, München, 2019, disponível em <http://beck-online.beck.de> (consultado pela última vez a 22.02.22), nm. 217.

Podemos ilustrar a figura com dois casos clássicos da jurisprudência alemã. Um fabricante de pincéis havia violado o seu dever de desinfecção de matérias-primas (em concreto, pêlos de cabra importados da China), vindo alguns dos seus trabalhadores a morrer devido a um agente infecioso transportado por esses materiais. Veio, porém, a apurar-se que os pêlos estavam infectados por um germe até então desconhecido, que a desinfecção requerida não teria podido exterminar – não podendo, pois, impedir a morte dos trabalhadores, ainda que houvesse cumprido o seu dever. Num exemplo que ilustra casos de outro tipo, um formando fez cessar unilateralmente o contrato de formação com o empregador, sem cumprir o prazo de denúncia do contrato; reclamando o empregador o reembolso de custos com a busca e contratação de novo formando, teve procedência a invocação do primeiro, de que tais custos sempre se verificariam ainda que o pré-aviso houvesse sido cumprido⁶⁴.

A construção é também aventada (pelo menos, tentativamente) a outros propósitos. Assim, foi invocada na sequência da violação de um prazo mínimo de pré-aviso antes da cessação de um contrato de trabalho, alegando-se que outras normas permitiam a cessação discricionária do contrato nesse período. Foi também invocada na sequência da violação do dever de obter o consentimento informado do paciente antes de avançar para uma intervenção cirúrgica, alegando-se que aquele teria em qualquer caso autorizado a informação.

Na verdade, a decisão concerne ao estabelecimento do escopo de proteção da norma. Quando o propósito da imposição da conduta é o *da prevenção de certo tipo de dano*, e na verdade tal conduta não está em posição de alcançar o seu propósito – evitar esse dano –, então não faz sentido responsabilizar pelo dano o sujeito que não adoptou tal conduta⁶⁵. Em qualquer caso, exige-se a prova de que o resultado danoso *teria com certeza lugar*, mesmo que o dever tivesse sido cumprido⁶⁶ – ou de que estava na *discricionariedade do lesante causá-lo licitamente*.

É bom de ver, pois, que esta exceção deixa de poder ser invocada quando a conduta não é apenas um meio para alcançar o fim de evitar certo tipo de dano, mas tem valor em si própria⁶⁷. Um exemplo de deve-

⁶⁴ JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal, Parte geral, I, Questões fundamentais, A doutrina geral do crime*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 337; Ac. do BAG de 22. 5. 1980, proc. 3 AZR 1103/77, NJW 1980, 2375.

⁶⁵ J. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade...* cit., pp. 288-289.

⁶⁶ H. OETKER, *BGB* § 249, cit., nm. 221; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito penal, Parte geral, I, Questões fundamentais, A doutrina geral do crime*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 338.

⁶⁷ J. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade...* cit., p. 288-289. A doutrina alemã discute também se a exceção deixa de poder ser invocada caso o dever violado tivesse o escopo de preve-

res de conduta que são meios para a finalidade de prevenção de um dano são as condutas impostas para prevenção de acidentes. Vg., se fechar uma porta corta-fogo se revelasse uma medida totalmente inoperante face à dimensão ou outras propriedades do incêndio em causa, não faria sentido responsabilizar pelo seu incumprimento.

Quanto aos deveres de conduta que têm valor em si próprios, destacam-se aqueles que têm por escopo assegurar meios de esclarecimento ou de intervenção em processos decisórios⁶⁸. É o que acontece tipicamente com deveres de informação de outra parte, eventualmente antecedendo a obtenção do seu consentimento ou pelo menos parecer. O mesmo acontece com deveres de audição de interessados em certo processo de decisão. A este último respeito, questiona-se se se pode dispensar o procedimento de audição de certos interessados, que preceda a sua autorização necessária, quando se prove que vêm sistematicamente autorizando certo tipo de intervenções.

São, em suma, também estas as coordenadas gerais que devem valer para avaliar a postergação do complexo de deveres de diligência a cargo da empresa.

c) A causa hipotética ou virtual

20. Aqui, o comparativo contrafactual não contempla apenas a adopção da conduta devida, mas também o desenrolar de um *certo processo causal*, que *a ocorrência de dano interrompeu*. Ou seja, está aqui em causa um certo processo causal, relativo à actuação de fontes de risco diferentes daquelas a que o dever de conduta violado viria reagir. Este processo causal, dito hipotético porque não se desenrolou por inteiro, teria, *quando inteiramente decorrido, em qualquer caso causado um dano similar ao que se verificou*.

A título de exemplo, pense-se na situação em que é construída uma barragem no âmbito de um complexo de mineração, sem dar cumprimento aos standards de segurança, havendo eventualmente ruptura do sistema de represamento e libertação de grandes caudais de resíduos tóxicos. O estabelecimento de uma causa hipotética em relação a esse dano corresponderia à prova de que uma grande tempestade que se verificou de

nir danos de qualquer tipo (quando o seu cumprimento fosse com certeza inoperante para prevenir o dano); no sentido da rejeição, CLEMENS HÖPFNER, "BGB § 249 Art und Umfang des Schadensersatzes", *Staudingers Kommentar BGB*, Otto Schmidt – De Gruyter, Berlin, 2021, disponível em <https://www.juris.de> (consultado pela última vez a 22.02.22), nm. 106; com resposta mais matizada e, a nosso ver, mais correcta, H. OETKER, *BGB § 249*, cit., nm. 221.

⁶⁸ J. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade...* cit., p. 289.

seguida sempre teria, ainda que os standards de segurança tivessem sido devidamente cumpridos, levado ao rebentamento da represa.

A doutrina portuguesa é tradicionalmente muito restritiva em relação à procedência da exoneração fundada na prova de que uma causa virtual viria a causar um dano similar – embora se deva dizer que a doutrina mais recente admite mais matizes a respeito. As razões para uma abordagem restritiva são em parte razões de política legislativa, e em parte razões de Direito positivo⁶⁹.

As razões de política legislativa são, por um lado, as da prevenção e dissuasão do dano, mantendo a responsabilidade do sujeito que na verdade deixou de cumprir um certo dever. Por outro lado, ao recusar esta causa exoneratória, evita-se que ela precluda a compensação de um número relevante de vítimas.

As razões de Direito positivo prendem-se com o facto de apenas em casos muito contados (ao menos, segundo a interpretação dominante) a lei abrir a possibilidade de invocação exoneratória de causa hipotética⁷⁰. Os casos centrais são os de sujeitos obrigados à vigilância de pessoa incapaz (art. 491.º do Cód. civil), edifícios ou obras (art. 492.º do Cód. civil), animais ou objectos (art. 493.º, n.º 1 do Cód. civil). Trata-se de regimes de responsabilidade agravada, por culpa presumida; pelo que a possibilidade de invocação de causa virtual é vista como uma compensação (excepcional) pela severidade do regime⁷¹.

Os contornos do regime da Directiva não são exactamente idênticos. Não é claro se a Directiva consagra um dever de prevenir a causação de dano por terceiros que a empresa possa influenciar, ou se se trata apenas de proibir condutas activas que criem risco de dano por esses terceiros. Porém, é facto que se encontra uma severidade paralela na consagração de presunção de culpa.

Como o exemplo acima sugere, esta possibilidade priva o regime da responsabilidade civil de algum efeito preventivo-dissuasor que este possa

⁶⁹ Para uma visão panorâmica, P. MOTA PINTO, *Interesse...I*, cit., pp. 620-623 (vd. ainda p. 691-692).

⁷⁰ Considerando que se trata de uma presunção de causalidade de fundamentação, HENRIQUE SOUSA ANTUNES, “Art. 491.º (Responsabilidade das pessoas obrigadas à vigilância de outrem)”, in *Comentário ao Código civil, Direito das obrigações, Das obrigações em geral*, José Carlos Brandão PROENÇA (coord.), Universidade Católica Portuguesa, Lisboa, 2018, 311-314, p. 314 (nm. 8); H. SOUSA ANTUNES, “Art. 492.º (Danos causados por edifícios ou outras obras)”, cit., p. 319; H. SOUSA ANTUNES, “Art. 493.º (Danos causados por coisas, animais ou actividades)”, cit., p. 322 (nm. 6).

⁷¹ F. PEREIRA COELHO, *O problema... , cit.*, pp. 7-10, na “Nota prévia” de actualização, referindo outros exemplos para lá dos citados.

ter. No sistema da Directiva, um tal efeito ficaria então em maior medida a cargo das sanções administrativas previstas.

Em qualquer caso, deve dizer-se que este meio de defesa não é admissível quando a causa hipotética seja a conduta de um terceiro, que o tornaria responsável perante a vítima. Ou seja, o agente não pode libertar-se do dever de reparar o dano na parte que seria compensada por este terceiro, invocando que ele o teria de todo o modo causado. Trata-se de entendimento pacífico. Desde logo, porque, nestes casos, a situação actual hipotética da vítima não seria apenas a de se ver afectada por um dano; seria a de se ver afectada por um dano e de dispor de uma pretensão indemnizatória a seu respeito. Como tal, se a causa virtual pudesse aqui ser invocada, a vítima perderia o direito à reparação pelo lesante efectivo – exonerado através desta excepção –; e tão-pouco teria o direito à reparação pelo lesante hipotético – pois este não teria chegado a causar-lhe dano⁷². Acresce que a admissibilidade de uma tal excepção se afiguraria desastrosa do ponto de vista dos incentivos – cada um dos lesantes potenciais teria interesse em que outros lesantes potenciais não cumprissem os deveres de cuidado, para os poder apresentar como causadores hipotéticos de dano idêntico.

Em concreto, uma empresa não poderá, pois, invocar perante as vítimas que, ainda que se tivesse recusado a contratar um fornecedor local que usasse trabalho infantil, outra empresa o teria contratado.

III. Conclusões

21. De entre o instrumentário disponível para assegurar o respeito pelos direitos humanos, standards ambientais e de boa governação, na actividade transnacional das empresas, o Parlamento Europeu reconheceu à responsabilidade civil um papel importante. Consagrando-lhe uma norma específica (art. 19.º), começou por reconhecer aos Estados-membros a liberdade para aplicar os seus regimes de responsabilidade civil para responder aos efeitos negativos que se produzam naqueles direitos e interesses – e por esclarecer a este respeito que o cumprimento do dever de diligência previsto no articulado não serve de abrigo contra pretensões de responsabilidade (art. 19.º, n.º 1).

A par do reconhecimento do espaço legislativo nacional, a Directiva cria um regime de responsabilidade harmonizado (art. 19.º, n.ºs 2 a 4). Este regime prima antes de mais por ser parco, e nessa medida profunda-

⁷² F. PEREIRA COELHO, *O problema...*, cit., pp. 99 e ss.; P. MOTA PINTO, *Interesse...I*, cit., pp. 618-620.

mente dependente dos Direitos dos Estados-Membros. Uma tal dependência não se conjuga facilmente com os propósitos de harmonização máxima afirmados pela Directiva (Considerando 59). Nas matérias em que existe, o regime pauta-se por ser vago.

Dentro destes condicionantes, procurou-se compreender que regime seria esse, resultante da imbricação entre os contornos gerais traçados pela Directiva e o Direito português da responsabilidade civil.

Olhou-se ao estabelecimento da ilicitude. Os termos em curso nos instrumentos internacionais trazem em si uma certa porosidade; e da sua parte Directiva não clarifica qual o recorte afinal das condutas devidas. Ainda assim, considera-se que a interpretação mais correcta é a que não permite a exoneração com base no mero cumprimento do dever de diligência, respondendo as empresas também quando as circunstâncias obrigassem à adopção de medidas de cuidado não previstas *ex ante* para obstar à produção de efeitos negativos nos direitos humanos, ambiente ou boa governação (art. 3, 6), 7) e 8)).

Vertido no Direito português, este critério desemboca na cláusula geral de ilicitude extracontratual, tendo aqui especial relevo a sua primeira e segunda modalidades (art. 483.º, n.º 1). Quando o efeito negativo se defina pela violação de um dever de comportamento previsto numa norma ou código de conduta internacional, considera-se que só poderá haver reparação quando estes standards mereçam a qualificação de disposição legal de protecção. Devem valer aqui as cautelas metodológicas inerentes à identificação e mobilização destas disposições, de modo a manter a contenção na resposta aos danos puramente patrimoniais. No que toca à protecção directa de bens jurídicos *jus-subjectivados* (*maxime*, direitos humanos), esta deverá fazer-se nos termos da primeira modalidade de ilicitude, e exigindo por isso, nas hipóteses de causação mediata, ou por omissão, a prova da violação de um dever de prevenção do dano.

Olhou-se depois ao estabelecimento da causalidade. No tocante ao estabelecimento da contribuição para o dano por influência sobre a actuação de outro sujeito, verificou-se o acolhimento de critérios relativos de aumento do risco proibido (art. 3.º, 10), para superar as dificuldades relativas à determinação da causalidade afectando processos de decisão alheios. Provindos de recomendações internacionais da OCDE, e não de Direito cogente, a verdade é que os critérios propostos se mostram heterogéneos e não articulados entre si, deixando um espaço muito amplo de concretização.

Por último, foi olhada a cláusula exoneratória que atende a processos causais hipotéticos, permitindo à empresa provar que os danos se teriam produzido ainda que tivesse actuado com o cuidado devido. No Direito

interno, esta cláusula exoneratória traduz-se nas figuras do comportamento lícito alternativo e da intervenção de causa virtual. O comportamento lícito alternativo só poderá operar quando a norma de conduta violada tivesse por finalidade exclusiva evitar o dano, e já não quando a conduta exigida servisse outros interesses (a não ser que o agente tivesse o direito de os lesar). A invocação da causa virtual é tradicionalmente admitida com reserva no Direito português, acompanhando, porém, hipóteses de responsabilidade agravada, por culpa presumida, tal como a prevista na Directiva. Em todo o caso, não será uma causa virtual atendível o facto de um terceiro se predispor a causar o mesmo dano ilícito – nem em termos de compensação das vítimas, nem de prevenção do dano, tal seria aceitável.

RESUMO: Pretende-se lançar luz sobre a influência do (novo) fenómeno normativo da administração de facto indirecta no desenho funcional da Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas.

Palavras-chave: Administradores de facto indirectos; Credores controladores; Direito Penal; Direito das Sociedades Comerciais; Programas de *Compliance*.

ABSTRACT: This paper aims to drill into, and shed a keen light on, the sway of the (new) normative phenomenon of shadow directors in the remit of Corporate Criminal Liability.

Keywords: Shadow Directors; Controlling Creditors; Criminal Law; Company Law; Compliance programs.

HUGO LUZ DOS SANTOS*

Administração de facto indirecta e Direito Penal: perspectivas e prospectivas

§§ 1. A importância dos credores controladores (administradores de facto indirectos) no âmbito da «primeira velocidade» (o modelo de hétero-responsabilidade penal das pessoas colectivas): Introdução

§ 1. O Direito penal, inserido que está num ordenamento jurídico que avoca características de um humanismo legal, como o português, está – deve estar – permanentemente atento aos fenómenos normativos que vão sendo cinzelados pela sociedade pós-industrial em que vivemos¹. Chama-se a isso um *direito atento à realidade social*².

¹ Fala-se, a este propósito, numa *Legitimização pelo procedimento* (*Legitimation durch Verfahren*) desenvolvida por NIKLAS LUHMANN, em obras de referência como: *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt am Main, Suhrkamp, 1969, pp. 28 e ss e passim. Noutro plano, o autor alemão fala na importância da auto-referência e da *autopoiesis* dos sub-sistemas sociais. De entre os quais se respiga o Direito. Ver: NIKLAS LUHMANN, “Autopoiesis, Handlung und kommunikative Verständigung”, in: *Zeitschrift für Soziologie*, Volume 11, n.º 4, 1982, pp. 366-379; NIKLAS LUHMANN, *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Standford (CA), Standford University Press, 1995, pp. 78-196. A tese doutrinal de Luhmann foi desabridamente criticada em: HUGO LUZ DOS SANTOS, *Shaping the Future of Mediation: Towards a New Four-Tiered Model of Dispute Resolution (Against the Backdrop of Social Sub-Systems in Permanent Interaction)*, PhD Thesis, 2021, pp. 1-1584. De publicação próxima no Reino Unido e nos Estados Unidos da América.

² Burilado noutras paragens académicas. Em língua chinesa: LEONG CHENG HANG/ HUGO LUZ DOS SANTOS, 梁靜烜, 雨果:第七章 葡萄牙衛生基本法, 《部分國家衛生基本法研究》,

* Doutor em Direito (2019-2021)/Professor Universitário na City University of Macau/ Perito (Research Fellow) do Forum for International Arbitration and Conciliation (Oxford, United Kingdom – Membro permanente dos Working Groups da UNCITRAL) / Cross-Border Dispute Resolution Advisor in Alexander Byrne and Sidhu & Partners (“ABS&P”) (London/ San Jose, Costa Rica).

§ 2. Este diálogo permanente entre o Direito penal e a realidade social corporiza um papel socialmente relevante do Direito. Na medida em que ele (o Direito) deve reduzir a complexidade dos fenómenos normativos através da estabilização da diferença entre o *interior* – o Direito – e o *exterior* – a realidade social que produz os fenómenos normativos¹ que devem ser simplificados e sistematizados pelo Direito.

§ 3. O Direito deve, como acima se disse, captar os fenómenos normativos da sociedade pós-industrial que se vão criando *para além da lei* e formar um «consenso» com a realidade social em que se insere², através da conversão dos fenómenos normativos em letra de lei, quando (e se) essa conversão seja juridicamente relevante para a comunidade sócio-cultural em que se insere.

§ 4. No desenho funcional actual do direito das sociedades comerciais, que se move no circuito reflexivo da pós-modernidade industrial, tem-se denotado o crescente protagonismo funcional dos denominados credores controladores³.

法律出版社, Pequim, Law Press China, 2017年版, 第115頁至第127頁. Em língua inglesa: HUGO LUZ DOS SANTOS, "A Prospective Court-Connected Mandatory Mediation Regime in Macau: A Brief Note", in: *Ius Gentium*, Vol. 85, PETER CHI HIN CHAN/C. H. VAN RHEE (Eds.), *Civil Case Management in the Twenty-First Century: Court Structures Still Matter*, New York City/Berlin/Beijing, Singapore, Springer, 2021, passim. Em língua espanhola: HUGO LUZ DOS SANTOS, "Plan para una posible mediación pre-procesal judicial obligatoria con una fácil opción de exclusión voluntaria en Macao", in: *Revista de Mediación*, n.º 14, 2, 2021, Universidad de Nebrija e Universidad Carlos III de Madrid.

¹ O normativismo de HANS KELSEN concebe o ordenamento jurídico (holisticamente considerado) como um sistema hierárquico de normas em que a validade de uma norma pode ser aferida em função da sua conformidade com uma norma hierarquicamente superior: a *Grundnorm*. Ver: HANS KELSEN, "Zur Theorie der juristischen Fiktionen. Mit besonderer Berücksichtigung von Vaihingers Philosophie des Als Ob", in: *Annalen der Philosophie* 1, 1919, passim; HANS KELSEN, "Hauptprobleme der Staatslehre entwickelte aus der Lehre von den Rechtssätzen", Tübingen, 1911, passim.

² A captação dos fenómenos normativos criados no âmbito da sociedade pós-industrial foi um dos pontos de proveitoso diálogo científico entre NIKLAS LUHMANN e JÜRGEN HABERMAS e esteve na origem da seminal obra, *Téoria da sociedade ou tecnologia social – O que a teoria dos sistemas pretende alcançar?* (*Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie – Was Leistet die Systemforschung?*). Na medida em que o Direito representa a diferença entre o "actual" e o "possível". O Direito (um sub-sistema social) deverá arvorar-se em um meio através do qual se *reduz* a complexidade da realidade social. Ver: NIKLAS LUHMANN/JÜRGEN HABERMAS, *Theorie der Gesellschaft oder Sozialtechnologie – Was Leistet die Systemforschung?* Tausend, Theorie-Diskussion (Theorie) Edition (1. Januar 1990), Frankfurt am Main, Suhrkamp 1971, passim.

³ Sobre isto: HUGO LUZ DOS SANTOS/JOSÉ MANUEL TOMÉ DE CARVALHO, "Responsabilidade subsidiária dos administradores pelo pagamento das multas e das coimas (artigo 8º, nº I,

§ 5. A questão que se coloca é a de saber se esses credores controladores devem (ou não) ser considerados como administradores de facto indirectos da pessoa colectiva. E, por conseguinte, representantes de facto indirectos das sociedades comerciais para efeitos jurídico-penais. Principalmente no desenho funcional da «primeira velocidade»: o modelo de hétero-responsabilidade penal das pessoas colectivas⁴.

§ 6. Na afirmativa, qual é o critério dogmático que deverá servir de padrão referencial para fundamentar a responsabilidade penal dos credores controladores vistos como administradores de facto indirectos⁵ na esfera normativa do modelo de hétero-responsabilidade penal das pessoas colectivas (art.º 11.º do Código Penal). É sobre essas questões que me debruçarei nas páginas que se seguem. Impõe-se uma nota de exclusão típica.

§ 7. Subtrai-se ao – e do – desenho funcional deste artigo científico a disquisição e perquirição dos tipos legais de crime que escapam à interligação entre a responsabilidade penal das pessoas colectivas e a administração de facto indirecta (art.º 227.º a art.º 229.º do Código Penal). Por duas razões.

§ 8. A primeira, prende-se com o universo da – inexpugnável – tipicidade penal: nenhum desses tipos legais de crime se encontra tipificado no catálogo taxativo de crimes susceptíveis de serem praticados por uma

alínea a), do RGIT): um caso de responsabilidade civil extracontratual por violação de normas de protecção dos credores sociais, in: *Revista do Ministério Público*, ano 40, n.º 157, 2019, pp. 55-92. Seguimos igualmente de muito perto: Hugo Luz dos Santos, "Administração de facto indirecta (através de credores controladores) e responsabilidade penal das pessoas colectivas: sugestões para o legislador do futuro", in: *O Direito*, Ano 154.º (2022), I, 2022, pp. 77-135, onde muitas das questões aqui elencadas são desenvolvidas.

⁴ Para maiores desenvolvimentos: HUGO LUZ DOS SANTOS, *A Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas: Subsídios para a criação de um modelo misto de auto-responsabilidade na Época do Compliance e da Empresa-Perigo*, Coimbra, Gestlegal, 2022, pp. 1-1220, em curso de publicação; HUGO LUZ DOS SANTOS, *O contrato de jogo, o contrato de aposta e o contrato de swap de taxas de juro: Incursões dogmáticas na zona de confluência inclusiva entre o Direito Civil, o Direito Administrativo, o Direito do Jogo e o Direito dos Valores Mobiliários*, Lisboa, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa (AAFDL), 2022, pp. 1-792; HUGO LUZ DOS SANTOS, *Mecanismos de Consenso no Processo Penal Português: Por um novo paradigma de maximização da justiça consensual (MJC) perpassado pelo axioma da celeridade processual e da economia processual*, 2022, pp. 1-622. A autoria da ideia do direito penal a várias velocidades é de Silva Sánchez (2001).

⁵ DAVID NUNES REIS, *Administradores de facto. Vinculação e responsabilidade por omissão*, Coimbra, Almedina, 2021, passim.

pessoa colectiva ou entidade equiparada (art.º 11.º, n.º 2, do Código Penal). A segunda, tem que ver com o – inarredável – facto de a teoria do domínio do facto, aplicável à responsabilidade penal das pessoas colectivas⁶, não abrincar – no seu arco de significação epistémica – quer o domínio da organização⁷, quer a actuação em nome de outrem (art.º 12.º, n.º 1 e 2 do Código Penal – CP).

⁶ A doutrina do domínio do facto foi exposta superiormente na Alemanha por: CLAUS ROXIN, *Täterschaft und Tatherrschaft*, 1. Auflage, München, C. H. Beck, 1963, passim. Tendo vindo a ser sucessivamente reeditada e acrescentada. Ver: CLAUS ROXIN, *Strafrecht*, 8. Auflage, Band II, München, C.H. Beck, 2013, pp. 9 e ss e passim. Sobre a teoria do domínio do facto: JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, *Direito Penal, Parte Geral, Questões Fundamentais, A Doutrina Geral do Crime*, 1.^a edição, Tomo I, Coimbra, Coimbra Editora, 2007. Não posso concordar com a ideia acima exposta: a da extensão da teoria do domínio da organização empresarial – e da actuação em nome de outrem – à responsabilidade penal das pessoas colectivas. Por duas razões. Em primeiro lugar, porque a doutrina do *domínio do facto* construída por CLAUS ROXIN foi inicialmente pensada para o *domínio da organização* no desenho funcional do crime organizado na (da) antiga RDA. No âmbito da qual os denominados “homens de mão” ou os “assassinos a soldo” seriam amplamente substituíveis no que respeita à execução das “ordens para matar” emanadas pela estrutura hierarquizada de poder. Ora, não transparece da leitura desse texto a intenção de alargar à actuação em nome de outrem a nível empresarial. Em segundo lugar, o modelo do *domínio da organização funcional-sistémico* construído por HEINE – que visa colar-se à teoria do domínio do facto de ROXIN – tem em mente a imputação à pessoa colectiva de um *facto empresarial próprio* (a violação do dever de garantir pela não contenção de riscos empresariais) e a formulação de um juízo de culpa colectiva pela não adopção de medidas preventivas destinadas à *contenção do risco empresarial*. Ou seja, a construção doutrinal de HEINE é aplicável às organizações empresariais ditas “normais” – no sentido de que o seu objecto social não é a prática dolosa de crimes, como a organização criminosa tida em vista no *domínio da organização* de ROXIN; empresas normais em sede das quais os *riscos típicos não controlados* brotam da má organização interna da pessoa colectiva (art.º 11.º, n.º 1, alíneas a) e b), do CP). Ou seja, o próprio domínio da organização empresarial gizado por HEINE não é transponível para a actuação em nome de outrem (art.º 12.º do CP). Na medida em que a actuação em nome de outrem (art.º 12.º do CP) não versa sobre as “empresas normais”. Destarte, a actuação em nome de outrem encerra, no seu bojo, uma perturbação do processo de exteriorização da vontade colectiva a um nível que não se imbrica, nem com a responsabilidade penal das pessoas colectivas (art.º 11.º do CP), nem com a própria teoria do domínio do facto. TIAGO COELHO MAGALHÃES, “Modelos de imputação do facto à pessoa colectiva em Direito Penal: uma abordagem do pensamento dogmático (e de direito comparado) como tentativa de compreensão do discurso legislativo”, in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 25, 2015, Coimbra, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu (IDPEE), 2017, pp. 145-212, que seguimos de muito perto.

⁷ Como preconiza alguma doutrina alemã: GÜNTHER HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen: internationale Entwicklung – nationale Konsequenzen*, in: ÖJZ, 1996, S, passim.

§ 9. O núcleo essencial deste texto é, destarte, a interligação, genética e funcional, entre a administração de facto indirecta e a responsabilidade penal das pessoas colectivas (art.º 11.º, n.º 1, alínea a), do CP), e não a actuação em nome de outrem (art.º 12.º do CP).

§§ 1.1. A questão dos credores controladores (no plano da corporate governance) e a teoria da agência: breves notas

§ 1. A «nova realidade social» dos credores controladores que adentrou no domínio do direito das sociedades comerciais, e que tem tido importância crescente no âmbito da criminalidade da empresa, assenta na separação entre a propriedade da empresa e o controlo de facto da empresa no âmbito das sociedades de capitais⁸.

§ 2. A separação entre propriedade e controlo da empresa é inteiramente propiciada por uma matriz de repartição de competências societárias que centraliza os poderes da sociedade comercial na pessoa dos seus administradores. O que se cifra em um acentuado desfavor da assembleia dos accionistas - o que comporta uma miríade de riscos⁹.

§ 3. É no compasso funcional desta dissociação jurídico-funcional entre propriedade (ou risco de capital) e controlo (gestão da estrutura

⁸ A distinção seminal entre propriedade e controlo traduz a emergência de um novo paradigma emergente no direito penal da empresa. Por isso, no direito das sociedades comerciais que lhe serve de propugnáculo. A destriňça entre propriedade e controlo emerge da acentuada vastidão e dispersão do capital social e da acentuada especialização da gestão empresarial. De forma mais simples: a distinção entre propriedade da empresa e controlo da empresa estriba-se na separação jurídico-funcional entre aqueles que são titulares do capital social (os accionistas) e aquele conjunto de pessoas (singulares ou colectivas) que gerem quotidianamente a estrutura empresarial. Ver: GONÇALO NOGUEIRA, "Os credores controladores enquanto administradores de facto indiretos da sociedade financiada", in: *Revista de Direito das Sociedades*, VIII, Número 4, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 983-1015, que seguiremos de muito perto. Esta distinção científica (entre propriedade e controlo da empresa) tem sido atribuída a: ADOLF BERLE/GARDINER MEANS, *The modern corporation and private property*, Nova Iorque, The Macmillan Company, 1932, pp. 23 e ss e passim. Ver com interesse: BRIAN CHEFFINS/STEVEN BANK, "Is Bearl and Means really a myth", in: *Business History Review*, vol. 83, n.º 3, 2009, pp. 828 e ss e passim; HERBERT HOVENKAMP, "Neoclassicism and separation of ownership and control", in: *Virginia Law & Business Review*, vol. 4, n.º 2, 2009, pp. 378 e ss.

⁹ GONÇALO NOGUEIRA, "Os credores controladores enquanto administradores de facto indiretos da sociedade financiada", cit., pp. 983-1015, que seguiremos de muito perto; RICARDO COSTA, *Os administradores de facto das sociedades comerciais*, Coimbra, Almedina, 2014, passim, que seguimos de muito perto.

empresarial) que emergem os principais conflitos de interesses (pessoais e patrimoniais) associados à conhecida teoria da agência¹⁰.

§ 4. Problemas de agência a que o *corporate governance*, enquanto um conjunto de princípios e regras que regulam a repartição e o exercício do poder de gestão funcional¹¹ nas sociedades comerciais¹², procura afinalmente dar resposta¹³. Vejamos em que termos.

§§ 1.2. O “terceiro poder” (*Debt Governance*) que assaltou (o poder) no direito penal da empresa

§§ 1.2.1. Os credores controladores (administradores de facto indiretos) que tomam decisões empresariais que estão na base da prática do crime pela sociedade comercial financiada (pessoa colectiva arguida)

§ 1. As questões de agência que emergem da temática dos credores controladores ilustram (apenas) uma exígua parte do problema.

¹⁰ Em que consiste a teoria da agência? Entende-se que existe uma *relação de agência* sempre que numa determinada relação contratual uma das partes contratantes (o agente) promete agir por conta e no interesse da outra (o principal, e este último delega alguns poderes de decisão naquele). É aqui que os problemas de agência começam. Na medida em que se ambas as partes contratantes actuarem com pura racionalidade económica emergirá um *problema de agência*. Compreende-se que assim seja: inexistem razões para crer que o agente irá actuar sempre no melhor interesse (pessoal e, principalmente) do principal. Aplicada esta teoria económica à relação jurídico-funcional entre o administrador da sociedade comercial (agente) e o accionista da sociedade comercial (principal) – que se traduz, como é consabido, por uma acentuada *assimetria informativa* – conclui-se pela existência de acentuados riscos de perdas patrimoniais que correm por conta do principal. Tem-se entendido que devem ser criados alguns mecanismos preventivos e sancionatórios que tutelem adequadamente esta relação de geometria variável. Ver: GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indiretos da sociedade financiada”, *cit.*, pp. 983-1015. Os desafios jurídicos emergentes da teoria da agência têm sido devidamente identificados pela doutrina anglo-saxónica. Ver: MICHAEL JENSEN/WILLIAM MECKLING, “Theory of the Firm: Managerial Behavior, Agency Costs and Ownership Structure”, in: *Journal of Financial Economics*, vol. 3, n.º 4, 1976, pp. 308-337; JOHN ARMOUR/HENRY HANSMANN/REINIER KRAAKMAN, *Agency Problems, Legal Studies and Enforcement*, Oxford University Faculty of Law Research Paper, n.º 21/2009, Oxford, 2009, pp. 3 e ss.

¹¹ GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indiretos da sociedade financiada”, *cit.*, p. 984.

¹² JOÃO CUNHA VAZ, *A OPA e o controlo societário – a regra da não frustração*, Coimbra, Almedina, 2013, passim.

¹³ GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indiretos da sociedade financiada”, *cit.*, p. 984.

§ 2. Na verdade, na actual realidade jurídico-societária existem ainda outros fenómenos normativos como a «revalorização da importância dos sócios»¹⁴ e a emergência do denominado «terceiro poder»¹⁵.

§ 3. O «terceiro poder» interliga-se, genética e funcionalmente, com a temática dos **credores controladores** que interferem activa (e, por vezes, inopinadamente) nos destinos da sociedade comercial financiada¹⁶. Trata-se de uma candente questão que tem vindo a progressivamente fazer perigar os alicerces em que assenta a tradicional repartição de poderes e as competências funcionais anteriormente referidas¹⁷.

§ 4. A doutrina tem falado, a este respeito, na problemática da *Debt governance*¹⁸ e, no âmbito desta, a possibilidade de os credores controladores¹⁹ influenciarem a gestão da sociedade financiada²⁰.

¹⁴ A doutrina portuguesa tem referido a este propósito que “se tem vindo a assistir a uma revalorização do papel dos sócios em virtude do abandono de uma visão radical do “princípio da gestão exclusiva dos administradores”. Itálicos nossos. Ver: RICARDO COSTA, *Os administradores de facto das sociedades comerciais*, cit., p. 41.

¹⁵ Expressão usada pela doutrina portuguesa: GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Financiamento e governo das sociedades (Debt Governance): o terceiro poder?”, in: *III Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 359 e ss e passim, que seguiremos de muito perto.

¹⁶ Tem-se entendido, contudo, que os *credores controladores* assumem, a par dos administradores das sociedades comerciais, um papel preponderante na gestão empresarial. *A esta luz, não é acertada a tese que sobrevaloriza o papel dos accionistas na gestão da sociedade comercial*. Na verdade, a construção doutrinal que hiperboliza o papel dos accionistas no governo das sociedades comerciais (*corporate governance*) não tem em linha de conta a importância precípua dos credores que, em virtude das suas relações contratuais com a sociedade comercial financiada, têm a possibilidade de monitorizar (e de fiscalizar) adequadamente a actividade gestionária da empresa financiada. Ver: GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indiretos da sociedade financiada”, cit., p. 983-1015; FREDERICK TUNG, *Leverage in the board room: the unsung influence of private lenders in: corporate governance*, in: *UCLA Law Review*, Vol. 57, 2009, pp. 118 e ss; YESDA YADAV, “The case for a Market in: Debt Governance”, in: *Vanderbilt Law Review*, vol. 67, n.º 3, 2014, pp. 778 e ss.

¹⁷ GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indiretos da sociedade financiada”, cit., pp. 983-1015.

¹⁸ Temário que tem merecido a atenção da doutrina norte-americana e da doutrina portuguesa. Ver: INÉS SERRANO DE MATOS, “*Debt governance – o papel do “credor activista”*”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 7, Volume 14, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 161-198, que seguimos de muito perto; GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Financiamento e governo das sociedades (Debt Governance): o terceiro poder?”, cit., pp. 359-383.

¹⁹ A expressão “credores controladores” tem suscitado muitas dúvidas semânticas em torno da questão de se saber qual o seu significado e alcance. Ver: JONATHAN LIPSON, “Con-

§ 5. Esta questão é particularmente importante. Na medida em que, excepto algumas disposições legais que visam a protecção dos interesses dos credores sociais da sociedade comercial, o ordenamento jurídico nacional não atribui aos credores sociais qualquer mecanismo de controlo ou influência sobre os órgãos de fiscalização e administração da sociedade comercial²¹.

§ 6. A questão assume particular relevância no que respeita àquelas situações em que os credores controladores assumem verdadeiras posições jurídicas de administradores de facto indirectos da sociedade comercial e dessa gestão societária resulta a responsabilidade penal das pessoas colectivas emergente da prática de crimes em nome e no interesse colectivo da sociedade comercial financiada.

§ 7. Esta questão é particularmente importante no âmbito do modelo de hétero-responsabilidade penal das pessoas colectivas. Na medida em que, neste modelo, o facto de conexão da responsabilidade penal das pessoas colectivas recai, justamente, sobre a actuação funcional dos órgãos (estatutários ou colegiais) e dos representantes (de facto e de direito). Ou seja, o facto ilícito-típico praticado por essas pessoas singulares em nome, por conta e no interesse colectivo da pessoa colectiva arguida²² (art.º 11.º, n.º 1, alínea a), do Código Penal).

trolling Creditor Opportunism", in: *University of Wisconsin: Legal Research Paper*, n.º 1129, 2010, pp. 9 e ss.

²⁰ A doutrina tem sublinhado o papel de *outsiders* que, normalmente, está acometido aos credores. Porquanto, os credores são meros observadores passivos da criação de riqueza da sociedade comercial (*passive cash collectors*). Ver: FREDERICK TUNG, "Leverage in: the board room: the unsung influence of private lenders in: corporate governance", cit., p. 119. A doutrina portuguesa afirma que, no passado, os credores controladores mostravam-se indiferentes e (e aqui e ali) ausentes no período normal de actividade da empresa. Agora, pelo contrário, os credores controladores mostram-se muito mais activos (logo, muito mais intervencionistas e reivindicativos). Principalmente quando se vislumbra um cenário de insolvência da sociedade comercial. Ver: INÉS SERRANO DE MATOS, "Debt governance – o papel do "credor activista"", cit., p. 165. Em sentido convergente: FRANCISCO PINTO DA SILVA, "A influência dos credores bancários na administração das sociedades comerciais e a sua responsabilidade", in: *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 6, Volume 12, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 231-283 (p. 233).

²¹ GONÇALO NOGUEIRA, "Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada", cit., pp. 983-1015.

²² Ver: HUGO LUZ DOS SANTOS, *Processo Penal da Pessoa Colectiva na Era do Compliance*, Braga, NovaCausa Edições Jurídicas, 2021, passim; HUGO LUZ DOS SANTOS, "Mapping out the path ahead for corporate criminal law in People's Republic of China", in: *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, vol. 7, n.º 3, setembro-dezembro de 2021, pp. 2015-2060.

§ 8. A questão que se coloca é a de saber se o direito penal deve (ou não) acompanhar esta nova realidade societária e incluir, na parte geral do Código Penal, referente à responsabilidade penal das pessoas colectivas, a previsão legal dos credores controladores como administradores de facto indirectos enquanto pessoas singulares (ou colectivas) sobre as quais impende o facto de conexão que pode responsabilizar jurídico-penalmente a sociedade comercial financiada.

§ 9. A resposta não pode deixar de ser positiva. Sob pena de se criar, no âmbito da responsabilidade penal das pessoas colectivas, alguns irritantes dogmáticos de difícil superação.

§ 10. Destarte, a nova realidade societária da influência dos credores controladores, como administradores de facto indirectos sobre os quais impende a gestão diária da sociedade comercial financiada, tem a expressão máxima na nova realidade do financiamento societário que tem, como veremos, uma ligação estreita com a governação societária. E, por isso, têm uma influência decisiva na gestão da pessoa colectiva arguida. Principalmente no âmbito da «primeira velocidade»: o modelo de hétero-responsabilidade penal das pessoas colectivas.

§ 11. A importância prática deste tema é clara: dessas decisões empresariais tomadas pelos credores controladores, quando qualificados como administradores de facto indirectos, pode resultar, muitas vezes, o cometimento dos crimes que são imputados às sociedades comerciais financiadas. A importância prática do financiamento societário e da nova realidade dos credores controladores, vistos como administradores de facto indirectos, tornou-se particularmente visível com a crise financeira mundial de 2007.

§ 12. A crise financeira de 2007 proporcionou – além de todos os efeitos adversos sobejamente conhecidos – a necessidade e dependência crescentes (alarmantes?) do recurso das sociedades comerciais ao financiamento bancário. Sendo certo que as respectivas fontes de financiamento bancário se revelam cada vez mais limitadas. Mas o problema não é só esse. A crise financeira de 2007 provocou, natural e necessariamente, uma restrição de (e no acesso à) liquidez sobre o sistema financeiro global. Sem surpresa, os modelos prudenciais de avaliação do risco sistémico têm vindo a impor (mais) limites e cautelas adicionais²³.

²³ INÊS SERRANO DE MATOS, “Debt governance – o papel do “credor activista””, *cit.*, *passim*, que seguimos de muito perto.

§§ 1.3. O financiamento com recurso a capital próprio e o financiamento com recurso a capital alheio (de curto e longo prazo): prólogo da questão do governo societário por parte das entidades bancárias através dos covenants

§ 1. O financiamento das sociedades comerciais brota de duas fontes primaciais: o *capital próprio* e o *capital alheio*²⁴. O primeiro (*capital próprio*) resulta das entradas dos sócios e das reservas da sociedade comercial²⁵ (e resulta, igualmente, dos ágios, lucros do exercício transitados e das prestações suplementares). O *capital próprio* tem como particularidade o facto de fornecer à sociedade comercial meios financeiros²⁶ para laborar no giro comercial através dos seus sócios²⁷; não garantindo a estes, porém, qualquer remuneração certa pela concessão desses capitais²⁸. Trata-se, no

²⁴ INÉS SERRANO DE MATOS, "Debt governance – o papel do "credor activista", *cit.*, pp. 166 e ss e passim, que seguimos de perto.

²⁵ Como é consabido o *lucro distribuível* – conceito recortado *a contrario* a partir do conceito impreciso-tipo de *lucro não distribuível* – determina-se com base na subtracção ao *lucro do exercício*: i) dos montantes estritamente necessários para a *cobertura de prejuízos patrimoniais transitados de exercícios anteriores*; ii) uma vigésima parte é directamente canalizada para a constituição da denominada *reserva legal*; iii) dos montantes estritamente necessários para a amortização de despesas de constituição, de investigação e de desenvolvimento da sociedade comercial (excepto se a quantia monetária respeitante às reservas livres e aos resultados financeiros do exercício transitados for, pelo menos, igual ao dessas despesas não amortizadas); e iv) dos montantes necessários para formação/constituição/manutenção de reservas estatutárias, nos termos tipificados no contrato de sociedade comercial. Ver: PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Do capital social – Noção, Princípios e Funções*, Coimbra, Almedina, 2.^a edição, 2004, pp. 48 e ss e passim; ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual de Corporate Finance*, 2.^a edição, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 41 e ss e passim; PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Variações sobre o capital social*, Coimbra, Almedina, 2.^a edição, 2009, *passim*; JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, "Cobertura de prejuízos sociais transitados e reservas de prémios de emissão", in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Castanheira Neves*, vol. II: Direito Privado, *Boletim da Faculdade de Direito, Studia Iuridica*, 91, *Ars Iudicandi*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 78 e ss e passim; JOANA FREIRE ALMEIDA, "Capital social, reservas e suprimentos, função e papel na cobertura de prejuízos", in: *Revista de Direito das Sociedades*, Ano VII 2015, Número 3/4, Coimbra, Almedina, 2016, pp. 835-866. Seguimos de muito perto: PAULO DE TARSO DOMINGUES, "Capital e património sociais, lucros e reservas", in: *Estudos de Direito das Sociedades*, Coimbra, Almedina, 2010, *passim*.

²⁶ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, "Avales de sócios de sociedades comerciais", in: *Direito das Sociedades em Revista*, n.º 11, 2014, pp. 13-34.

²⁷ INÉS SERRANO DE MATOS, "Debt governance – o papel do "credor activista", *cit.*, p. 166.

²⁸ INÉS SERRANO DE MATOS, "Debt governance – o papel do "credor activista", *cit.*, p. 166.

essencial, de um mero crédito subordinado em caso de insolvência (fortuita ou culposa) da sociedade comercial²⁹.

§ 2. No caso do financiamento por capitais alheios, o dinheiro é mutuado à sociedade comercial por terceiros por um período temporal pré-determinado. Mediante uma remuneração certa e juros remuneratórios. No âmbito dessa segunda categoria (financiamento por capitais alheios) é possível distinguir-se entre os meios financeiros de *curto prazo* (nomeadamente, o crédito concedido pelos fornecedores, letras, livranças, *project finance, joint venture*) ou *longo prazo* (designadamente, o mútuo ou empréstimo bancário)³⁰.

§ 3. O financiamento por capitais alheios traduz-se, normalmente, na concessão do mútuo ou empréstimo bancário, que confere à entidade bancária, ao abrigo do princípio da liberdade contratual (art.º 405.º, n.º 1, do Código Civil), um poderoso instrumento de «activismo societário»³¹ no seio da pessoa colectiva (financeiramente) intervencionada.

§ 4. Instrumento que permitirá à entidade bancária (credor controlador) *controlar e, essencialmente, influenciar* decisivamente as decisões empresariais da sociedade comercial. Fenómeno particularmente relevante no modelo de hétero-responsabilidade penal da pessoa colectiva. Na medida em que a fundamentação da responsabilidade penal da pessoa colectiva arguida depende dos *factos de conexão* das pessoas singulares. No caso concreto: o dos credores controladores qualificados como administradores de facto indirectos.

§ 5. Esse instrumento de gestão bancária (que permite aos credores controlador ou administrador de facto indirecto *controlar e influenciar* a sociedade comercial financiada) denomina-se *covenants*.

§ 6. Os *covenants* consistem em obrigações acessórias (à obrigação principal de restituição do capital mutuado, acrescido de juros) para a

²⁹ ANTÓNIO SILVA DIAS, *Financiamento de Sociedades por Emissão de Obrigações*, Lisboa, Quid Juris?, 2002, pp. 18 e ss e passim.

³⁰ INÉS SERRANO DE MATOS, "Debt governance – o papel do "credor activista", *cit.*, pp. 166-168.

³¹ INÉS SERRANO DE MATOS, "Debt governance – o papel do "credor activista", *cit.*, pp. 166-168 e passim, que seguimos de muito perto neste apartado temático.

sociedade financiada, *positivas* ou *negativas*, conforme imponham ou proíbam determinadas condutas³².

§ 7. A função dos *covenants*³³ passa, no essencial, por limitar severamente a forma como o devedor (a sociedade comercial financiada) dirige ou orienta estratégicamente o seu negócio, permitindo simultaneamente ao credor controlador (a entidade bancária) um *controlo efectivo* sobre a tomada de decisões empresariais daquela.

§ 8. Daqui resulta uma consequência lógica: *quanto mais* adstringente for o contrato de financiamento bancário (*covenants*) e as cláusulas de segurança ou de garantia que tipicamente a acompanham, *maior* será o grau de ingerência da entidade bancária na gestão (ordinária e extraordinária) da sociedade financiada.

§ 9. Pelo que maiores serão as possibilidades de, no âmbito do modelo de hétero-responsabilidade da pessoa colectiva, os credores controladores (qualificados como administradores de facto indirectos) serem jurídico-penalmente responsabilizados pelas decisões empresariais que estiveram na base do cometimento do crime no seio da sociedade comercial financiada.

§ 10. Na medida em que o financiamento bancário através de atribuições patrimoniais e/ou garantias contratualizadas na decorrência de contratos de financiamento bancário celebrados com entidades bancárias oferece a estas últimas um *nível de ingerência na gestão e no governo da sociedade financiada mais forte*³⁴.

³² INÉS SERRANO DE MATOS, "Debt governance – o papel do "credor activista", *cit.*, pp. 166-168.

³³ Os *covenants*, ou mais amplamente, as *cláusulas de garantia e segurança*, diferem das tradicionais garantias pessoais ou reais que actuam como garantias como um meio ou como objecto de satisfação do crédito. As cláusulas de garantia e segurança (i.e., os *covenants*), nos antípodas, inserem-se na noção genérica de garantia. Porquê? Essencialmente porque se traduzem em meios de pressão para, de uma forma suave e maviosa, guiar a sociedade comercial financiada no sentido do pagamento integral da sua dívida. Por outro lado, a satisfação do crédito do credor controlador (o administrador de facto indirecto) não dispensa da colaboração do devedor (a sociedade comercial financiada ou a pessoa colectiva arguida). Ver: JOANA PEREIRA DIAS, "Contributo para o estudo dos actuais paradigmas das cláusulas de garantia e/ou segurança: a "pari passu" a "negative pledge" e a "cross default", in: *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, Volume IV, Novos Estudos de Direito Privado, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 1019-1020.

³⁴ GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, "Financiamento e governo das sociedades (Debt Governance): o terceiro poder", *cit.*, que seguimos de muito perto.

§ 11. Mais ainda: dependendo das cláusulas de garantia ou segurança (*covenants*) inseridas nos contratos de financiamento bancário, a influência do credor controlador na gestão empresarial da sociedade financiada pode «perdurar ao longo de toda a vida do crédito ou mesmo após o seu vencimento, com ou sem reembolso»³⁵.

§ 12. Isso significa que o credor controlador se encontra, atendendo à natural dependência da sociedade comercial financiada do financiamento bancário a conceder, numa posição particularmente privilegiada para configurar à relação creditícia o concreto conteúdo que bem lhe aprouver. Seja através da *imposição unilaterais de alterações imediatas nas estruturas ou nas opções de gestão*³⁶, anteriores e altamente condicionantes da concessão de financiamento bancário, seja através da inserção (unilateral) de cláusulas contratuais que atribuem ao credor controlador um conjunto de direitos, liberdades, prerrogativas e garantias funcionais sobre a gestão e/ou governo da sociedade durante toda a vigência do crédito³⁷.

§ 13. Against this background, é razoavelmente claro que o modelo do financiamento societário está a enfrentar os efeitos da diluição da (seminal e tradicional) separação formal entre financiamento por capitais³⁸ próprios (financiamento interno³⁹) e financiamento por capitais alheios (financiamento externo). Efeitos que são a causa directa e necessária das enormes possibilidades de influência na gestão empresarial da sociedade

³⁵ GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Financiamento e governo das sociedades (Debt Governance): o terceiro poder”, *cit.*

³⁶ Esta situação de sujeição da sociedade comercial financiada perante o credor controlador (instituição bancária) é particularmente clara nos casos de *leveraged finance*. É usualmente aduzido que o financiamento da sociedade comercial em situação financeira particularmente difícil é efectuada (e efectivada) com recurso a montantes, em regra, muito superiores aos considerados *average* para a sociedade comercial financiada. Ver: ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual de Corporate Finance*, Coimbra, Almedina, reimpressão da 2.^a edição de 2015, 2017, pp. 24-25; DIOGO COELHO, “Financiamento Societário, Covenants e Responsabilidade dos Credores – Qual o papel da Teoria da Agência aplicada na responsabilidade dos Credores-Financiadores”, in: *Revista de Direito das Sociedades*, Números 3/4, Coimbra, Almedina, 2016, p. 796.

³⁷ GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Financiamento e governo das sociedades (Debt Governance): o terceiro poder”, *cit.*, p. 372.

³⁸ PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Variações sobre o Capital Social*, Coimbra, Almedina, 2010, *passim*.

³⁹ RUI PINTO DUARTE, “Contribuições dos sócios para além do capital social: prestações acessórias, prestações suplementares e suprimentos”, in: *Escritos sobre Direito das Sociedades*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008, pp. 238-253.

comercial financiada que os contratos de concessão de crédito bancário atribuem ao credor controlador (entidade bancária), seja em termos meramente formais (*v. g. covenants*)⁴⁰ ou em termos meramente fácticos. Efeitos deletérios para a tradicional ligação funcional entre propriedade e capital que atribui ao poder activista dos credores controladores um sistema de «*corporate governance*⁴¹ externa»⁴². E que obriga à construção de

⁴⁰ Em resumo, os *covenants* (ou, mais prosaicamente, as *cláusulas de garantia e segurança*) mais comuns, são: i) as cláusulas que obrigam a sociedade comercial financiada à observância de estritos deveres de informação; ii) cláusulas limitam a capacidade de investimento da sociedade comercial financiada; iii) cláusulas que obrigam a sociedade comercial financiada à observância de estritos limites quanto ao financiamento; iv) cláusulas que determinação a restrição da capacidade de à disposição de activos sociais; v) cláusulas limitativas de alterações fundamentais no desenho estatutário e funcional da sociedade comercial; e vi) cláusulas que limitam drasticamente a distribuição de dividendos. Ver: INÉS SERRANO DE MATOS, "Debt governance – o papel do "credor activista", *cit.*, p. 172; FRANCISCO PINTO DA SILVA, "A influência dos credores bancários na administração das sociedades comerciais e a sua responsabilidade", in: *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 6, Volume 12, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 231-283 (pp. 239 e ss e *passim*), que seguimos de muito perto.

⁴¹ Um sector da doutrina considera que o tipo de sociedade comercial tem pouca relevância no que tange à determinação (e extensão) do dever de lealdade. Deve, pelo contrário, aferir-se que tipo de sócio é que controla os destinos da sociedade comercial (controlador, desinteressado, *non-chalant*, intermitente ou maioritário). Ver: PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social nas Sociedades Comerciais*, Coimbra, Almedina, 2014, pp. 313 e ss e *passim*. Concretamente em relação à questão da aplicação dos deveres fiduciários (dever de cuidado e, principalmente, o dever de lealdade) aos credores controladores, existe um sector importante da doutrina que nega essa possibilidade. Argumentando, no essencial, que o dever de lealdade decorre da participação social. Por conseguinte, o credor controlador, na medida em que não é detentor de uma participação social, não está agrilhoados (menos ainda obrigado) aos rigores do dever de lealdade. Pelas razões expostas noutro texto, discordo frontalmente desta posição doutrinal. Que, também pelas razões expostas nesse texto, traz no bojo zonas de impunidade selectiva com as quais o Direito Penal não pode pactuar. Ver: JOSÉ GOMES FERREIRA, "Conflitos de Interesses entre Accionistas nos negócios celebrados entre a Sociedade Anónima e o seu Accionista Controlador", *cit.*, p. 129. Convergente: DIogo COELHO, "Financiamento Societário, Covenants e Responsabilidade dos Credores – Qual o papel da Teoria da Agência aplicada na responsabilidade dos Credores-Financiadores", in: *Revista de Direito das Sociedades*, Ano VII (2015) – Números 3/4, Coimbra, Almedina, 2016, p. 805.

Há ainda um sector da doutrina que afirma que "não faz sentido fundamentar algum dever de boa-fé do sócio na sua posição na estrutura da sociedade comercial, dado que a relação entre os sócios não é directa, mas é, em menor ou maior medida, mediada pela estrutura societária". Ver: FILIPE CASSIANO SANTOS, *Estrutura Associativa e Participação Societária Capitalista – Contrato de Sociedade, Estrutura Societária e Participação do Sócio nas Sociedades Capitalistas*, Coimbra, Coimbra Editora, 2006, p. 529.

⁴² Lapidamente: INÉS SERRANO DE MATOS, "Debt governance – o papel do "credor activista"" , *cit.*, p. 172; FRANCISCO PINTO DA SILVA, "A influência dos credores bancários na administração

mecanismos de responsabilização civil e penal dos *credores controladores*⁴³. Como a extensão, no modelo de hétero-responsabilidade penal das pessoas colectiva⁴⁴, quer da responsabilidade penal das pessoas colectivas, quer da responsabilidade civil subsidiária passiva e responsabilidade solidária passiva por facto próprio. Como o próprio *disgorgement* dos *ill-gotten funds* emergentes da *faute lucrative*⁴⁵. Entende-se que assim seja: a empresa está, hoje, agrilhoada a uma estrita (e estreita) responsabilidade social⁴⁶

das sociedades comerciais e a sua responsabilidade", *cit.*, pp. 231-283 (pp. 239 e ss.); WOLFGANG SERVATIUS, *Gläubigereinfluss durch covenants, Hybride Finanzierungsinstrumente im Spannungsfeld von Fremd- und Eigenfinanzierung*, Tübingen, Mohr Siebeck, 2008, 1-657 (passim).

⁴³ INÉS SERRANO DE MATOS, "Debt governance – o papel do "credor activista""", *cit.*, pp. 172 e ss.

⁴⁴ Sobre a personalidade jurídica da pessoa colectiva: JORGE DE COUTINHO DE ABREU, "Personnalité morale, subjectivité juridique et enterprises", in: *Revue Internationale de Droit Économique*, 1996, pp. 178 e ss e passim.

⁴⁵ Na doutrina francesa: GENEVIÈVE VINEY/PATRICE JOURDAIN/SUZANNE CARVAL, *Les effets de la responsabilité*, 4^a ed., Paris, LGDJ, 2017, *passim* (conexa à questão da liquidação em tema de responsabilidade civil contratual surgem as funções da responsabilidade civil. Que já não se cingem somente a um qualquer mecanismo de contabilização de danos. Hodernamente, as funções da responsabilidade civil estendem-se muito para lá da mera função reparadora. A função restitutiva dos lucros ilícitos e, em certos casos, mais contados, dos próprios danos punitivos em situações típicas em sede das quais resulta a alta censurabilidade da conduta do agente e a lesão de bens jurídicos essenciais à convivência comunitária resultem do facto ilícito típico começam, paulatinamente, a dar sinais de si. O debate sobre as funções da responsabilidade civil já se iniciou em Portugal. Ver: HENRIQUE SOUSA ANTUNES, "Das funções reconstitutiva e punitiva da responsabilidade civil extracontratual", in: AGOSTINHO CARDOSO GUÉDES/NUNO MANUEL PINTO DE OLIVEIRA (Coord.), *Colóquio de Direito Civil de Santo Tirso – O Código Civil 50 anos depois: balanço e perspectivas*, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 489-504 (defendendo abertamente o resgate do lucro ilícito dadas as manifestas insuficiências do enriquecimento sem causa e da própria artificialidade do instituto jurídico da gestão de negócios imprópria); Na doutrina francesa, NICOLAS RIAS, "Les nouvelles fonctions de la responsabilité civile (regard français)", in: MALLET-BRICOUT (Coord., sob a égide da Association HENRI CAPITANT), *Vers une réforme de la responsabilité civile française. Regards croisés franco-québécois*, Paris, Dalloz, 2018, pp. 63-77 (discorrendo sobre o sentido geral da reforma da responsabilidade civil extracontratual francesa e do Quebec, conferindo relevo às funções da responsabilidade civil. Principalmente, no que toca à restituição do lucro ilícito. Problemática sobre a qual que o legislador português do futuro deveria reflectir seriamente). Tal debate, como se disse, já se iniciou em Portugal. Por todos: HENRIQUE SOUSA ANTUNES, "Das funções reconstitutiva e punitiva da responsabilidade civil: propostas de reforma do Código Civil Português", in: *Revista de Direito Civil (RDC)*, Ano IV (2019), Número 2, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 249 e ss.

⁴⁶ CATARINA SERRA, "A responsabilidade social das empresas – Sinais de um instituto jurídico iminente?", in: *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Ad Honorem – 4, Stvdia Iridica*

(*corporate social responsibility*⁴⁷) para com a comunidade sócio-cultural em que está inserida. A responsabilidade jurídico-penal da pessoa colectiva (mesmo a que emerge da administração de facto indirecta) fere de morte essa *sought-after* credibilidade social, sem a qual nenhuma empresa (pelo menos a que aspire a uma vida longa no giro comercial) pode sobreviver.

§§ 1.4. Os elementos mínimos para a qualificação dos credores controladores como administradores de facto indirectos (*shadow directors*) para efeitos jurídico-penais lançados pela jurisprudência do UK Supreme Court (*Re Hydronan (Corby) Ltd*)

§ 1. A doutrina tem feito referência a dois elementos mínimos para a caracterização de um administrador de facto indirecto ou *shadow director*⁴⁸.

§ 2. Por um lado, e com particular interesse na 1^a velocidade do modelo misto de auto-responsabilidade penal das pessoas colectivas (o modelo de hétero-responsabilidade penal das pessoas colectivas) que proponho para a parte geral do Código Penal⁴⁹, é necessário que a referida influência dos credores controladores, a qualificar como administradores de facto indirectos, seja exercida com vista à tomada de decisões empresariais relevantes pelos administradores de direito da sociedade comercial. Donde a designação cunhada ao administrador de facto indirecto, como aquele que governa e gere a sociedade comercial por interposta pessoa.

§ 3. Por outro lado, e em ligação íntima com o primeiro requisito, é fundamental, como vimos dizendo, que a liberdade de iniciativa económica e a liberdade de gestão da sociedade comercial dos administradores de direito esteja, em virtude da acção adstringente dos credores controla-

96, Organizador: Diogo Leite de Campos, Volume II, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 856 e ss e passim.

⁴⁷ M. NOGUEIRA SERENS, "Corporate Social Responsibility:" Vinho velho em odres novos", in: *Direito das Sociedades em Revista*, outubro de 2013, Ano 5, Volume 10, Coimbra, Almedina, 2013.

⁴⁸ RICARDO COSTA, *Os Administradores de Facto nas Sociedades Comerciais*, cit., pp. 643 e ss e passim, que seguimos de muito perto; GONÇALO NOGUEIRA, "Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada", cit., pp. 983-1015, que seguimos de muito perto.

⁴⁹ Para mais desenvolvimentos: HUGO LUZ DOS SANTOS, *A Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas na Época do Compliance e da Empresa-Perigo*, cit., pp. 1-200.

dores – administradores de facto indirectos ou *shadow directors* – muito reduzida ou severamente condicionada⁵⁰.

§ 4. Numa palavra: o que releva para a caracterização da figura do administrador de facto indirecto ou *shadow director* é, essencialmente, a amplitude do exercício do poder de influência sobre a administração de direito da sociedade comercial⁵¹.

§ 5. Compreende-se porquê: é a amplitude (pouca ou muita) do exercício dessa influência que caracteriza o administrador de facto indirecto.

§ 6. Sendo que essa influência dos credores controladores, verdadeiros administradores de facto indirecto – *shadow directors*, na definição que defendo para o Código Penal –, só será verdadeiramente relevante do ponto de vista da responsabilidade penal das pessoas colectivas, quando (e se) limitar, *de facto*, a liberdade de iniciativa económica e a liberdade de gestão da sociedade comercial a cargo dos administradores de direito da pessoa colectiva. Ao ponto de influenciar decisivamente a tomada das decisões empresariais que estiveram na base do cometimento do tipo legal de crime pela sociedade comercial financiada.

§ 7. Resulta, pois, do que acima foi dito que, para efeitos de caracterização ou qualificação de um determinado sujeito (o credor controlador)

⁵⁰ A jurisprudência do UK *Supreme Court* lançou verdadeiramente as bases para a definição dos elementos mínimos necessários para a caracterização da figura do *administrador de facto indirecto* (*shadow director*), a saber: para se avaliar se o réu é administrador de facto indirecto da sociedade comercial é preciso alegar e provar: a) quem são os administradores de direito e de facto directos da sociedade comercial financiada; b) que o réu influenciou, por si só, a forma de actuar desses administradores de direito e de facto em relação à sociedade comercial financiada, ou foi um dos que a influenciou directa e decisivamente; c) que os administradores de direito ou de facto actuaram de acordo com essa influência/essas indicações transmitidas pelo administrador de facto indirecto; d) e que estivessem habituados a agir dessa forma por um lapso temporal relativamente alargado. Ver: caso *Re Hydronan (Corby) Ltd* 1993), disponível em www.swarb.co.uk (acesso em 2 de junho de 2021). Esta caracterização da figura do administrador de facto indirecto merece a expressa concordância da doutrina portuguesa. A saber: GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, *cit.*, pp. 983-1015 (passim), que seguimos de muito perto.

⁵¹ GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, *cit.*, pp. 983-1015 (passim), que se seguiu de muito perto.

como administrador de facto indirecto, não poderá relevar toda e qualquer influência⁵².

§ 8. É necessário que a influência do *credor controlador* na gestão da sociedade comercial financiada atinja um determinado grau – mínimo que seja – que permita ao juiz ponderar essa subsunção jurídica e ulterior qualificação jurídica como *administrador de facto indirecto*.

§ 9. Também aqui se comprehende porquê: os administradores de facto ao contrário do que acontece com os administradores de direito – que actuam sob a capa legal e funcional do poder de investidura formal que lhes é conferida pelo cargo que desempenham no horizonte funcional da sociedade comercial – caracterizam-se, como se disse, pelo exercício de facto de funções de gestão ou administração da sociedade comercial financiada, na ausência do qual (o *exercício de facto*) não poderiam ser funcionalmente equiparados aos administradores de direito⁵³.

§ 10. Esta configuração é, como se disse, directamente aplicável aos casos em que da administração de facto indirecta pelas instituições bancárias resulta um poder de influência excessivo em relação à gestão da sociedade comercial financiada.

§ 11. Essa situação é, como se viu, muito frequente nas sociedades comerciais que se encontram em má situação económica. Sociedades comerciais que, para fazer face a essas dificuldades económicas, recorrem ao financiamento bancário externo concedido pelas instituições financeiras ou entidades bancárias.

⁵² GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indiretos da sociedade financiada”, *cit.*, pp. 983-1015 (pp. 997 e ss e passim), que vimos seguindo de muito perto.

⁵³ GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indiretos da sociedade financiada”, *cit.*, pp. 983-1015 (p. 997). A doutrina portuguesa acentua esta tendencial equiparação entre o administrador de facto e o administrador de direito. Afirmando, para o efeito, que a vertente funcional do sujeito (administrador de facto) – ou seja, a sua conduta funcional efectiva como administrador da sociedade comercial financiada – aproxima-o funcional (e decisivamente) do administrador de direito. Ver: RICARDO COSTA, *Os Administradores de Facto nas Sociedades Comerciais*, *cit.*, pp. 658-662, que seguimos textualmente; GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indiretos da sociedade financiada”, *cit.*, pp. 983-1015 (p. 997); JOSÉ GARCÍA-CRUCES, *Administradores sociales y administradores de hecho*, in: *Estudios de derecho mercantil – Em memoria del Professor Aníbal Sánchez*, Pamplona, Cizur Menor, 2010, pp. 538-548.

§ 12. De tal facto se infere que, num contexto de situação económica difícil, a sociedade comercial tende a, no âmbito dos contratos de financiamento externo, oferecer o controlo dos destinos da sociedade comercial à instituição financeira de crédito (credor controlador). Credor controlador que acaba por se envolver demasiado na gestão da sociedade comercial financiada^{54 55}.

⁵⁴ Por essa razão, a doutrina portuguesa tem equacionado a hipótese de configurar, igualmente, os *credores controladores como administradores de facto indirectos da sociedade financiada*. Argumentando, para o efeito, que os contratos de financiamento bancário conferem, muito frequentemente, um poder de influência especialmente intenso aos credores controladores – o que tem levado a doutrina a configurar os *credores controladores como administradores de facto da sociedade comercial financiada*. Esta hipótese – que nada tem de académica – tem sido levantada a propósito dos grupos de sociedades. Em sede dos quais a sociedade-mãe exerce um conjunto de funções na gestão da sociedade-filha que, em princípio, caberiam, em exclusivo, aos administradores de direito da sociedade comercial financiada. A doutrina tem defendido a equiparação do controlo exercido pelo credor controlador ao controlo exercido pelos accionistas. Assumindo a sociedade-mãe o papel de *insider* na sociedade comercial-filha, faz sentido estender à sociedade-mãe o conjunto de deveres e responsabilidades (*v. g.* deveres fiduciários de cuidado e de lealdade). Esta autora exclui, contudo, a qualificação jurídica dos credores controladores como administradores de facto. Ver: ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Administração de facto: do conceito geral à sua aplicação aos grupos de sociedades e outras situações de controlo interempresarial*, Governance Lab, Coimbra, Almedina, 2015, pp. 228-238. Esta equiparação entre o credor controlador ao e o *sócio controlador* tem sido contestada por um sector da doutrina portuguesa. Com o argumento de que a mera extensão dos deveres de lealdade ao credor controlador (por força do controlo económico exercido pela sociedade comercial-mãe sobre a sociedade comercial-filha) não impede (antes pelo contrário) a caracterização dos credores controladores como administradores de facto indirectos da sociedade comercial financiada. Mais. Tal equiparação jurídico-funcional entre o credor controlador ao accionista controlador pode configurar uma hipótese anómala de cumulação de deveres de lealdade. Que é comumente admitida em relação aos sócios/accionistas que são, ao mesmo tempo, gerentes/administradores da sociedade comercial. Ver: GONÇALO NOGUEIRA, "Os credores controladores enquanto administradores de facto indiretos da sociedade financiada", *cit.*, pp. 983-1015 (p. 1004).

⁵⁵ O que não significa que todos os tipos de *covenants* (que são, como vimos, verdadeiras cláusulas de garantia e de segurança) tenham a virtualidade de conceder aos credores controladores um poder de influência excessivo na gestão da sociedade comercial financiada. O juiz terá de fazer uma análise casuística ao tipo de *covenants* utilizado pelo credor controlador para gerir a sociedade comercial financiada. A boa regra é que nem todos os *covenants* conferem a gestão total da sociedade comercial financiada ao credor controlador. Pelo que, nesses casos, é de afastar, por regra, a possibilidade de esse mesmo credor controlador ser considerado como "administrador de facto indirecto (*shadow director*)". Ver: DIogo COELHO, "Financiamento Societário, *Covenants* e Responsabilidade dos Credores – Qual o papel da Teoria da Agência aplicada na responsabilidade dos Credores-Financiadores", in: *Revista de Direito das Sociedades*, Ano VII (2015), Coimbra, Almedina, 2016, p. 810; GONÇALO NOGUEIRA, "Os credores controladores enquanto administradores de facto

§ 13. Por conseguinte, no que respeita à qualificação dos credores controladores como administradores de facto indirectos – *shadow directors* –, principalmente para efeitos de responsabilidade penal das pessoas colectivas que proponho para a parte geral do Código Penal, não será pela simples previsão de *covenants*, ou cláusulas de garantia ou de segurança, nos contratos de financiamento bancário que transforma ou qualifica os credores controladores (instituições financeiras) como administradores de facto indirectos.

§ 14. Tudo dependerá do caso concreto e, sobretudo, da interpretação jurídica das cláusulas de garantia ou de segurança. Mormente do ponto de vista das modalidades que as mesmas revestem⁵⁶.

§ 15. De tal facto se infere que tais comportamentos funcionais (a fixação de *covenants*, com obrigações acessórias que impendem sobre a sociedade comercial financiada) não asseguram, por si só, a gestão da sociedade sob a veste de (indirectos e decisivos) poderes de direcção por parte do credor controlador. Pelo que não é possível qualificar um qualquer *covenant* como indicíario de uma administração de facto indirecta⁵⁷.

§ 16. Compreende-se porquê. Na verdade, a simples circunstância de o credor controlador dispor um conjunto de prerrogativas contratuais destinadas a garantir ou reforçar o cumprimento das obrigações contratuais assumidas pela sociedade comercial financiada – tais como o acesso a informação societária privilegiada, o poder de veto sobre determinados assuntos da agenda social da empresa intervencionada⁵⁸ (v. g. decisões

indiretos da sociedade financiada”, *cit.*, pp. 983-1015 (p. 1004) (focando a sua análise na sujeição do credor controlador aos deveres fiduciários – principalmente o dever de lealdade – aos quais os administradores de direito das sociedades comerciais estão, natural e necessariamente, adstritos); ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para com os credores controladores”, *cit.*, pp. 95 e ss; INÉS SERRANO DE MATOS, “Debt governance – o papel do “credor activista””, *cit.*, p. 196; FRANCISCO PINTO DA SILVA, “A influência dos credores bancários na administração das sociedades comerciais e a sua responsabilidade”, *cit.*, pp. 258-264.

⁵⁶ Para maiores desenvolvimentos: HUGO LUZ DOS SANTOS, *A Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas: Subsídios para a criação de um modelo misto de auto-responsabilidade na Época do Compliance e da Empresa-Perigo*, Coimbra, Gestlegal, 2022, pp. 1-1200.

⁵⁷ RICARDO COSTA, *Os Administradores de Facto nas Sociedades Comerciais*, *cit.*, p. 315.

⁵⁸ Na doutrina italiana, MICHELE MOZZARELLI, *I covenants e il governo della società finanziata*, Milão, Editora Educat, 2012, pp. 128-136. Este critério de *hétero-gestão* assenta numa distinção que se funda no grau de ingerência dos credores controladores na tomada de decisões empresariais da sociedade comercial financiada. Com efeito, tem-se distinguido as

de investimento, financiamento, amortização de dívidas, distribuição de dividendos) –, não o transforma num verdadeiro e próprio administrador de facto indirecto (*shadow director*)⁵⁹.

§ 17. O que significa que nem (sempre) a inclusão dos *covenants* nos contratos de financiamento externo celebrado com os credores controladores seja (sempre) sinónimo de responsabilização do credor controlador. E, muito menos, da sua configuração como administrador de facto indirecto (*shadow director*)⁶⁰.

situações típicas (e tipológicas) em que o grau de ingerência será suficiente (ou não) para que se possa afirmar convictamente que a sociedade comercial financiada está a ser *hétero-gerida* e, por conseguinte, que aqueles (os credores controladores) são administradores de facto indirectos. Ver: GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indiretos da sociedade financiada”, *cit.*, pp. 983-1015, que seguimos de muito perto; RICARDO COSTA, *Os Administradores de Facto nas Sociedades Comerciais*, *cit.*, pp. 312-318.

Um sector da doutrina insurgiu-se contra o (desmesurado e, por isso, excessivo) *grau de ingerência dos credores controladores na sociedade financiada*. E, consequentemente, contra a própria *extensão dos poderes de administração dos credores controladores nos destinos da sociedade comercial financiada* afirmando. Argumenta-se, a esse propósito, que uma tal (desmesurada e excessiva) ingerência na condução dos destinos empresariais da sociedade comercial financiada fere (em medida inadmissível) os princípios da independência externa da pessoa colectiva no giro comercial e da indelegabilidade externa de funções de administração. Reduzindo, por acinte, os administradores da sociedade comercial financiada a uma (atípica espécie de) *longa manus* do credor controlador, que se limita a seguir e executar, automática, acrítica e maquinalmente, as suas imposições superior e unilateralmente determinadas. Ver: MAFALDA DE SÁ, “Cláusulas de salvaguarda em contratos de financiamento: ingerência irrestrita do banco credor na gestão da sociedade devedora”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, março 2017, Ano 9, Vol. 17, Coimbra, Almedina, 2017, pp. 177-204 (p. 191).

⁵⁹ GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indiretos da sociedade financiada”, *cit.*, pp. 983-1015 (pp. 997-998). Tem-se entendido que a presença dos *covenants* nos contratos de financiamento bancário não significa, por si só, a alteração da estrutura de gestão da sociedade comercial financiada. Porquanto, as decisões empresariais sobre os destinos da sociedade comercial financiada continuam – na esmagadora maioria dos casos – a estar alojadas na *esfera de disponibilidade fáctica* do órgão de administração, ainda que sujeitas a um universo de restrições funcionais inerentes à celebração de *covenants*. Ver: GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indiretos da sociedade financiada”, *cit.*, pp. 983-1015 (pp. 997-998). Na doutrina espanhola, FRANCISCO MERCADAL, “El acreedor financiero como administrador de hecho. Especial referencia a los covenants”, in: *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 36, 2015, pp. 118 e ss.

⁶⁰ GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indiretos da sociedade financiada”, *cit.*, pp. 983-1015 (p. 1010).

§ 18. Tudo dependerá, pois, do grau de ingerência facultado pelo *covenant* e, no essencial, do grau de ingerência do credor controlador na administração⁶¹ da sociedade comercial financiada – influência gestionária que esteve na origem da prática do crime no contexto empresarial.

⁶¹ O critério da heterogestão teve acolhimento expresso na jurisprudência espanhola do acórdão *Ibercaja*, que se debruçou especificamente sobre a possibilidade de o credor controlador *Ibercaja* ser considerado como *administrador de facto indirecto* da sociedade comercial financiada. Na circunstância, a AIFOS, Arquitectura y Promociones Inmobiliarias, S.A., sua devedora. O Tribunal de Málaga entendeu que se verificavam integralmente os pressupostos da administração de facto indirecta por parte da *Ibercaja* e preceituou expressamente os seguintes requisitos objectivos para a qualificação jurídica do credor controlador como administrador de facto indirecto: **i)** A ausência de uma deliberação social legal que sirva de suporte à nomeação do credor controlador como administrador da sociedade comercial financiada; **ii)** O carácter continuado, e não meramente ocasional e eventual, do exercício de funções de administração por parte do credor controlador (que, no caso concreto, se iniciou em 2006/2007 e se manteve até ao momento processual da declaração de insolvência); **iii)** O desempenho de funções, por parte dos credores controladores, na veste funcional de verdadeiros dos administradores de direito (*de iure*) (que tomam decisões que se prendam com os destinos da empresa, como a realização de pagamentos, o financiamento tendente à expansão da empresa e endividamento, entre outras); **iv)** O exercício independente e efectivo, que verse sobre a adopção de decisões estratégicas, como a determinação da moldura gestionária da sociedade comercial financiada (decisões estratégicas como a realização das obras que se devem concluir num determinado prazo, ou que fornecedores da sociedade comercial financiada devem ser pagos, que créditos da sociedade comercial financiada se extinguem, que garantias (pessoais e reais) aumentam); **v)** Em suma, aduz a decisão do tribunal judicial de Málaga, pode qualificar-se como administrador de facto indirecto aquele que está em posição favorável (e preferencial) de impor a sua vontade a quem ocupa o cargo de administrador e se apresenta, como tal, perante terceiros. Ver: GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, *cit.*, pp. 983-1015 (p. 1010). Ver: *Sentencia 160/2011, do Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Málaga*, disponível em www.jurisprudencia.vlex.es (acesso em 23 de Junho de 2021). Um breve comentário a esta decisão pode ser encontrado em GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, *cit.*, pp. 983-1015 (p. 1010), que seguimos de muito perto. A inclusão dos *covenants*, ou cláusulas de garantia ou de segurança, nos contratos de financiamento bancário implica – em maior ou menor extensão e amplitude – uma restrição à liberdade de iniciativa económica e liberdade de gestão da sociedade comercial dos administradores de direito da sociedade comercial financiada. Ver: GONÇALO NOGUEIRA, “Os credores controladores enquanto administradores de facto indirectos da sociedade financiada”, *cit.*, pp. 983-1015 (pp. 997-1000); FREDERICK TUNG, “The new death of contract: creeping corporate fiduciary duties for creditors”, in: *Emory Law Journal*, Vol. 28, 2010, pp. 858-862. Tem sido, contudo, argumentado que o princípio da liberdade contratual (art.º 405.º, n.º 1, do Código Civil) não pode ir ponto de facultar aos credores controladores (as entidades bancárias) um poder de intervenção fática nos negócios da sociedade comercial financiada que se estenda para além do poder-dever de monitorização funcional destinada a aquilar a solvabilidade da empresa.

§§ 2. A imputação objectiva do facto ao resultado típico: o critério da evitabilidade (KAUFMANN) das decisões empresariais tomadas pelos administradores de facto indirectos no âmbito da 1^a velocidade (modelo de hétero-responsabilidade penal das pessoas colectivas)

§§ 2.1. A vertente subjectiva e a vertente objectiva do poder-dever de implementar mecanismos de *Compliance* eficazes destinados a evitar a prática de crimes no seio da sociedade comercial financiada

§ 1. Para se activar a responsabilidade penal do credor controlador faz-se mister que, no âmbito funcional do modelo misto de hétero-responsabilidade penal das pessoas colectivas que proponho para a parte geral do Código Penal, a conduta dos credores controladores, já qualificados de administradores de facto indirectos (*shadow directors*), deve, ainda, passar pelo critério da evitabilidade.

§ 2. O critério da evitabilidade consiste nas decisões empresariais que poderiam (e deveriam) ter sido tomadas (e que foram, por isso, evitadas) pelos administradores de facto indirectos em ordem a prevenir/impedir o cometimento do crime que é imputado à pessoa colectiva arguida (sociedade comercial financiada) e que estiveram na origem do cometimento do crime pela mesma.

§ 3. Este critério de evitabilidade é a *vertente subjectiva* (porque dirigida aos administradores de facto indirectos) do dever de adopção de mecanismos de *Compliance* eficazes⁶² destinados a prevenir o cometimento de crimes⁶³ no seio da sociedade comercial financiada.

Principalmente do ponto de vista da satisfação do seu crédito bancário e da existência de património social para responder pelo pagamento desse crédito bancário. Sob pena de se enfraquecer irremediavelmente o universo de competências funcionais que pertence, em exclusivo, ao órgão social (o órgão de administração) e um dos esteios essenciais do direito das sociedades comerciais: a correlação (legal, estatutária, patrimonial e, principalmente, funcional) entre poder de gestão da sociedade comercial (que cabe aos administradores de direito e, por isso, ao órgão de administração) e a responsabilidade (civil, societária e, principalmente, penal) que dela deriva. Ver: RICARDO COSTA, *Os Administradores de Facto nas Sociedades Comerciais*, cit., pp. 310-318, que seguimos de muito perto.

⁶² VER: RAMON RAGUÉS I VALLÉS, "El fomento de las denuncias como instrumento de política criminal contra la criminalidad corporativa: *whistleblowing interno v. whistleblowing externo*", *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Editorial de B de F, Montevideo/Buenos Aires, 2014, pp. 457 e ss e *passim*

§ 4. Ambas visam a dotar a sociedade comercial financiada de medidas preventivas tendentes ao impedimento da prática de crimes⁶⁴ no seu domínio funcional⁶⁵.

§ 5. A vertente subjectiva do critério de evitabilidade dirige-se aos administradores de facto indirectos. A *vertente objectiva* do critério de evitabilidade dirige-se ao dever de adopção de mecanismos de *Compliance* eficazes⁶⁶.

§ 6. Vertente objectiva que impende, objectivamente, sobre a pessoa colectiva arguida. Ou seja: sobre a sociedade comercial financiada que, apesar de ser dirigida, *de facto*, pelos credores controladores, ainda man-

(sobre a necessidade de fomentar as denúncias internas no âmbito da responsabilidade penal das pessoas colectivas).

⁶³ CARLOS GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Autorregulación y responsabilidad de las personas jurídicas*, Peru, ARA Editores, 2015, pp. 75 e ss (aduz à importância da auto-regulação das empresas como forma de proteger a sociedade comercial e os seus administradores do labéu da responsabilidade penal, civil ou contra-ordenacional). Ver: IVÓ COCA VILA, "Programas de cumplimiento como forma de autorregulación regulada?", in: JESÚS-MARÍA SILVA SÁNCHEZ (Dir.), *Criminalidad de empresa y compliance: prevención y reacciones corporativas*, Barcelona, Atelier, pp. 54 e ss e passim (aduz que o *compliance* destina-se ao cumprimento do Direito. Mas não só. Destina-se, igualmente, a assegurar qua uma tal atitude de fidelidade normativa não é fruto do bambúrrio ou do informe acaso).

⁶⁴ THOMAS ROTSCHE, "Compliance und Strafrecht – Fragen, Bedeutung, Perspektiven Vorbermkungen zu einer Theorie der sog. "Criminal Compliance", in: ZStW, 3, 2013, pp. 483-484. Ver: KLINT/PELZ/THEUSINGER, „Compliance im Spiegel der Rechtsprechung, in: NJW (33), 2010, pp. 2384-2385 (sublinha que a auto-regulação regulada se destina a disciplinar todas a actividades funcionais da pessoa colectiva). Ver ainda: MARC ENGELHART, *Sanktionierung von Unternehmen und Compliance – Eine rechtsvergleichende Analyse des Straf-und Ordnungswidrigkeitenrechts in Deutschland und den USA*, 2. Auflage, Schriftenreihe des Max-Planck-Instituts für ausländisches und internationales Strafrecht, Reihe S: Strafrechtliche Forschungsberichte (MPIS), vol. 121, Berlin, Duncker & Humblot, 2012, pp. 284-290.

⁶⁵ MARIA JOÃO ANTUNES, "A privatização das investigações e *compliance criminal*", in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal*, Ano 28, N.º 1, janeiro-abril de 2018, Coimbra, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, 2018, p. 123 (aduz que "corre-se mesmo o risco de poder afirmar que um dos objectivos principais da responsabilidade penal das pessoas colectivas é fomentar a cooperação entre a empresa e o processo penal", com o fito de evitar a prática de crimes no contexto empresarial).

⁶⁶ A doutrina espanhola tem-se ocupado do estudo dos efeitos materiais e adjetivos dos programas de *compliance* dos Estados Unidos da América. Veja-se: ÁDAN NIETO MARTÍN, "Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal", in: *Compliance y Teoría del Derecho Penal*, Madrid, Marcial Pons, 2013, pp. 46 e ss e passim. SERGIO SEMINARA, "Compliance y Derecho Penal: la experiencia italiana", in: *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Editorial de B de F, Montevideo/Buenos Aires, 2014, pp. 138 e ss.

tém uma margem de liberdade de conformação vertida no poder-dever de adopção de mecanismos de *Compliance* eficazes⁶⁷. Importa, agora, tecer breves considerações sobre o critério da evitabilidade de inspiração alemã.

§ 7. O critério da evitabilidade foi inicialmente criado pelo insigne autor alemão KAUFMANN no âmbito do problema da *relevância negativa da causalidade virtual*, mas que pode ser facilmente transposto para o âmbito da responsabilidade penal das pessoas colectivas. Principalmente como critério concretizador das decisões empresariais tomadas (e que não foram, por isso, evitadas) pelo administrador de facto indirecto que estiveram na base da produção do evento lesivo no seio da sociedade comercial financiada.

§ 8. O critério da evitabilidade serve, pois, como critério concretizador das decisões empresariais poderiam ter sido *evitadas* pelo administrador de facto indirecto (credor controlador) em ordem a prevenir o cometimento do crime que é imputado objectivamente à sociedade comercial financiada⁶⁸. E que, não tendo sido tomadas, estiveram na base do cometimento do crime pela sociedade comercial financiada.

⁶⁷ Ver: GERMANO MARQUES DA SILVA, "Processo contra pessoas colectivas", in: PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE/RUI CARDOSO/SÓNIA MOURA (Organizadores), *Corrupção em Portugal, Avaliação Legislativa e Propostas de Reforma*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2021; TERESA QUINTELA DE BRITO, "Processo contra pessoas colectivas: algumas propostas de adaptação (urgente) do Código de Processo Penal português", in: PAULO PINTO DE ALBUQUERQUE/RUI CARDOSO/SÓNIA MOURA (Organizadores), *Corrupção em Portugal, Avaliação Legislativa e Propostas de Reforma*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2021; JORGE DE FIGUEIREDO DIAS, "Sobre a vigência tricenal do Código de Processo Penal Português", in: *Revista Portuguesa de Ciência Criminal* (RPCC), Ano 28.º, N.º 1, janeiro-abril de 2018, Coimbra, Instituto de Direito Penal Económico e Europeu, 2018, pp. 144-145 e ss; MARIA JOÃO ANTUNES, "A posição processual da pessoa colectiva constituída arguida", in: *Julgat*, Ano 38.º, Maio-Agosto de 2019, Coimbra, 2019, passim; BAJO FERNÁNDEZ/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de Responsabilidad Penal de las Personas*, Madrid, Civitas, 2016, pp. 318 e ss. O Estado-Legislador ouviu os reptos instantes da doutrina ao tipificar a relevância processual dos programas de *compliance* através da *earth-shattering* Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro (*inter alia* no art.º 90.º-A, n.º 4 e 5, art.º 90.º-E, n.º 5, alínea b), art.º 90.º-G, n.º 1, alínea G do Código Penal e art.º 281.º, n.º 11, do Código de Processo Penal). Sobre isto: HUGO LUZ DOS SANTOS, *Código de Processo Penal – Anotado e Comentado*, Volumes I e II, Braga, Nova-Causa Edições Jurídicas, 2022, pp. 1-1442.

⁶⁸ Este critério de evitabilidade parte sempre do plano do direito penal do facto. E tem como base não uma atitude interior, mas uma vontade exteriormente relevante dos administradores de facto indirectos através da tomada de decisões empresariais (que, não tendo sido *evitadas*) estiveram na base da prática do crime objectivamente imputado, no âmbito do modelo de hétero-responsabilidade da pessoa colectiva, à sociedade comercial financiada.

§ 9. A construção doutrinal de ARTHUR KAUFMANN assenta no seguinte axioma: se a conduta delituosa do autor que foi causa objectiva do resultado típico tivesse sido evitada, seria de esperar (ou não) que, de acordo com as máximas da experiência comum (*id quod plerumque accidit*)⁶⁹, o resultado típico se produzisse independentemente da conduta ilícita do arguido⁷⁰.

§ 10. Simplificando: só a inevitabilidade do evento lesivo (que seria, assim, inteiramente independente do concurso causal das decisões empresariais tomadas pelo administrador de facto indirecto pelas quais a sociedade comercial financiada é jurídico-penalmente responsável) anula o *desvalor de resultado* que é imputado objectivamente à sociedade comercial financiada⁷¹.

§§ 2.2. Exemplos práticos da densificação do critério da evitabilidade: as decisões empresariais tomadas (mas que poderiam ser evitadas) pelo administrador de facto indirecto que estiveram na origem da prática do crime imputado objectivamente à sociedade comercial financiada

§ 1. O critério da evitabilidade tem plena aplicabilidade no âmbito da responsabilidade penal das pessoas colectivas e implica a isenção da responsabilidade criminal do administrador de facto indirecto, sempre que se demonstre que, apesar daquelas decisões empresariais que *poderiam ter sido evitadas* e que eram potencialmente lesivas para a sociedade comercial financiada, o resultado lesivo (o crime) sempre ocorreria nas mesmas circunstâncias de tempo, modo e lugar.

Ver: GÜNTHER STRATENWERTH, "Handlungs-und Erfolgsunwert im Strafrecht", in: *Schweizerische Zeitschrift für Strafrecht*, 79, 1963, passim, que seguimos de muito perto. No que toca à vontade exterior havida no âmbito do direito penal do facto.

⁶⁹ SUSANA AIRES DE SOUSA, "Prova indireta e dever acrescido de fundamentação da sentença penal", in: *Homenagem ao Prof. Doutor Germano Marques da Silva*, J. LOBO MOUTINHO ET AL. (Coordenação), Volume IV, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2020, pp. 2752 e ss e passim.

⁷⁰ A. KAUFMANN, "Die Bedeutung hypothetischer Erfolgsursachen im Strafrecht", in: *Festschrift für Eberhard Schmidt*, Göttingen, Vandenhoeck & Ruprecht, 1961, pp. 198 e ss e passim, que seguimos de muito perto.

⁷¹ PAULO DE SOUSA MENDES, "O problema da relevância negativa da causa virtual", in: *Estudos em Honra do Professor Doutor José de Oliveira Ascensão*, Volume II, Coimbra, Almedina, 2008, pp. 1407 e ss e passim, que seguimos de muito perto. Sem se referir, contudo, à temática da responsabilidade penal das pessoas colectivas.

§ 2. Como exemplos práticos da densificação do critério da evitabilidade oferecem-se os seguintes decisões empresariais tomadas (e que poderiam ser evitadas) pelo credor controlador (qualificado como administrador de facto indirecto através do critério de hétero-gestão de facto) que estiveram na origem da prática do crime imputado objectivamente à sociedade comercial financiada: i) a redução drástica no investimento em programas preventivos de higiene e segurança no trabalho; ii) a decisão de não actualizar dos equipamentos electrónicos e maquinaria que se destinem a prevenir a ocorrência de crimes; iii) a não contratação de pessoal qualificado para operar a maquinaria que se destina a prevenir danos pessoais e patrimoniais a terceiros; iv) a redução drástica de pessoal nas principais linhas de produção; v) o desinvestimento drástico nas chamadas «simulações de acidente», que atrasou decisivamente a «resposta em tempo real» e produziu o dano ambiental; vi) o desinvestimento drástico em toda a linha de produção da sociedade comercial financiada.

§ 3. Trata-se de decisões empresariais potencialmente lesivas para a sociedade comercial financiada que, portanto, não foram evitadas (e deveriam) pelos credores controladores, já qualificados como administradores de facto indirectos.

§ 4. Administradores de facto indirectos que deverão ser, no desenho funcional da 1^a velocidade (o modelo de hétero-responsabilidade da pessoa colectiva), responsabilizados jurídico-penalmente conjuntamente com a sociedade comercial financiada.

RESUMO: No presente texto discutimos alguns temas relacionados com a aplicação do art. 322.º do CSC, o qual consagra o regime jurídico da assistência financeira, nomeadamente, a relação entre o regime jurídico europeu e o regime jurídico nacional, a delimitação dos pressupostos da proibição e as características e consequências da invalidade dos negócios subjacentes.

Palavras-chave: assistência financeira; *principle purpose*; *larger purpose*; nulidade.

ABSTRACT: In this paper we discuss some of the issues surrounding the application of Article 322 of the Commercial Companies Code, which sets out the legal framework of financial assistance, notably, the relationship between the European legal framework and the national legal framework, the ban's legal grounds and the features and consequences of the invalidity of the underlying agreements.

Keywords: financial assistance; principle purpose; larger purpose; nullity.

JOÃO CORTEZ VAZ*

Ainda sobre o artigo 322.º do Código das Sociedades Comerciais

1. Introdução¹

O art. 322.º do CSC estabelece o regime jurídico da assistência financeira, isto é, da aquisição de acções representativas do capital social de uma sociedade anónima por um terceiro, por conta própria e em seu nome, com o apoio financeiro da própria sociedade-alvo. Este tipo de actos estão absolutamente proibidos, salvo nos casos excepcionais e sob as condições previstas no art. 322.º, n.º 2.

Embora o estudo do regime jurídico da assistência financeira pela doutrina portuguesa não seja novo e exista relativo consenso quanto a algumas questões que o mesmo suscita, várias outras continuam em aberto. O presente texto versa sobre algumas das questões suscitadas em torno da aplicação do art. 322.º, n.º 1, pretendendo contribuir para a discussão e analisar possíveis vias que permitam legitimar a assistência financeira para além das excepções previstas no n.º 2.

* Advogado.

¹ Todos os arts. referidos sem menção expressa do diploma a que se reportam pertencem ao CSC.

2. A assistência financeira no direito europeu

A proibição da assistência financeira é uma construção jurídica europeia². A sua origem remonta aos direitos ingles e italiano, onde a assistência financeira estava regulada antes de ter sido positivada pelo legislador comunitário no art. 23.º da Directiva 77/91/CEE, de 13 de Dezembro de 1976 (doravante “Segunda Directiva”) e transposta para o direito interno dos Estados-Membros.

A Segunda Directiva tinha como propósito harmonizar o enquadramento jurídico das sociedades anónimas dos países integrantes da Comunidade Económica Europeia, prevendo, para o efeito, um conjunto de medidas mínimas que os Estados deveriam adoptar para garantir o capital social das sociedades quanto à sua constituição, manutenção e alteração³. O regime da assistência financeira inseria-se no regime de subscrição, aquisição e manutenção de acções próprias previsto na Segunda Directiva, o qual criou regras para prevenir a descapitalização das sociedades anónimas e a perturbação da relação de agência societária potenciada pela detenção e pelo exercício, pela administração, dos direitos de votos inerentes às acções⁴. A proibição geral dos actos de assistência financeira visava garantir a «funcionalidade»⁵ do regime das acções próprias, devido à identidade de riscos associados à assistência financeira e à aquisição de acções próprias por interposta pessoa.

A premissa europeia era, então, de *proibição* da assistência financeira, mas uma proibição *relativa* ou *quase-absoluta*, porque o art. 23.º, n.º 2 admitia três excepções: (i) transacções enquadradas em operações correntes de instituições financeiras; (ii) operações efectuadas com vista à aquisição de acções pelo ou para o pessoal da sociedade ou de uma sociedade coligada com ela; (iii) operações efectuadas para a aquisição de acções inteiramente liberadas, emitidas por uma sociedade de investimento de capital fixo. As excepções (i) e (ii) só seriam lícitas se fossem efectuadas com recurso a bens disponíveis da sociedade, é dizer, se o activo líquido

² LUIS ANTONIO VELASCO SAN PEDRO, «La Reforma de La Asistencia Financiera en Europa», in *Documentos de Trabajo del Departamento de Derecho Mercantil*, p. 13.

³ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Europeu das Sociedades Comerciais*, Coimbra: Almedina 2005, pp. 207-231.

⁴ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Europeu...*, p. 213.

⁵ *Ibidem*. Em sentido idêntico GIOVANNI STRAMPELLI, «Rendering (Once More) the Financial Assistance Regime More Flexible», in *4 European Company and Financial Review 530*, p. 4. De resto, era elucidativo o facto de a Segunda Directiva referir apenas a necessidade de impor limites à aquisição de acções próprias, sem qualquer menção à assistência financeira (§5 do preâmbulo da Segunda Directiva).

da sociedade não fosse, ou por força da operação não se tornasse, inferior à soma do capital subscrito e das reservas legal e/ou estatutariamente indisponíveis⁶. A Segunda Directiva não previa nenhuma estatuição para a assistência financeira ilícita, deixando essa matéria na discricionariedade dos Estados-Membros.

O normativo inspirador do art. 23.º da Segunda Directiva terá sido a *Section 54* do *Companies Act 1948*, quer quanto à formulação da proibição quer quanto à delimitação das exceções⁷. Porém, a opção do legislador comunitário por um regime de proibição de âmbito *quase-absoluto* como o previsto no *Companies Act 1948* parece ter ignorado a doutrina e a jurisprudência inglesas (e também italianas) que vinham defendendo a flexibilização do regime de assistência financeira, apoiadas na liberalização

⁶ O art. 23.º foi amplamente criticado pela doutrina europeia. Destacam-se as seguintes críticas: (i) não se compreendia a razão pela qual a assistência financeira tinha tido um tratamento mais desfavorável do que a aquisição de acções próprias; (ii) o âmbito de aplicação do art. 23.º, n.º 1 era excessivamente amplo, podendo, no limite, levar à proibição de operações societárias legítimas; (iii) o regime de assistência financeira criava um obstáculo sério à realização de operações de tomada de controlo societário através de operações de compra ou fusão alavancada (*leveraged buy out*). LUIS ANTONIO VELASCO SAN PEDRO, *op. cit.*, p. 13. Sobre a eventual aplicação do art. 322.º a operações de *leveraged buy out* JOSÉ DIOGO HORTA OSÓRIO, *Da Tomada de Controlo das Sociedades (Takeovers) por Leveraged Buy-Out e sua Harmonização com o Direito Português*, Coimbra: Almedina, 2001, PEDRO DE ALBUQUERQUE, *Assistência Financeira em Sociedades Comerciais: a concessão de empréstimos, de fundos ou a prestação de garantias pelas sociedades para a subscrição ou aquisição por um terceiro de acções representativas do seu próprio capital social*, Coimbra: Almedina, 2019 pp. 181-200, e ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual de Corporate Finance*, Coimbra: Almedina, 2015, p. 232.

⁷ MARIANA DUARTE SILVA, «Assistência financeira – No âmbito das sociedades comerciais» in RDS, ano 2, n.º 3/4 – 2010, Coimbra: Almedina, p. 153. A influência do direito inglês retira-se também do elemento histórico: a proibição da assistência financeira não constava da primeira proposta de Segunda Directiva apresentada pela Comissão ao Conselho antes da adesão do Reino Unido à Comunidade Económica Europeia (disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content>, pp. 8 e ss.), e só viria a ser introduzida na versão modificada dessa proposta. RAÚL VENTURA, «Adaptação do direito português à segunda directiva do conselho da comunidade económica europeia sobre o direito das sociedades», publicação do Gabinete de Documentação e Direito Comparado da Procuradoria Geral da República, 1980, p. 7. Sobre as diferenças de contexto da proibição em Inglaterra e em Itália, MARGARIDA COSTA ANDRADE, comentário ao art. 322.º in *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. 5 (arts. 271.º a 372.º-B), coordenação: Jorge M. Coutinho de Abreu, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2018, pp. 496-497, nota 1, PEDRO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, pp. 8-15 e 25, o qual refere a influência de outros ordenamentos jurídicos, nomeadamente, o belga, no regime jurídico comunitário de assistência financeira, e JOÃO VENTURA, «A Directiva 2006/68/CE e o regime da assistência financeira: uma omissão ponderada ou uma oportunidade desperdiçada», in RDS, VIII (2016), 1, pp. 113-114.

do regime de aquisição de acções próprias⁸. Tais posições acabariam por influenciar a evolução do direito europeu, culminando na substituição da premissa de *proibição* por uma premissa de *limitação*⁹. O art. 23.º, n.º 1 foi alterado pela Directiva 2006/68/CE¹⁰ (doravante “Directiva de 2006”) para permitir que os Estados-Membros passassem a admitir a prática de assistência financeira sob certas condições que deveriam garantir a proteção dos accionistas e de terceiros que se relacionassem com a sociedade-assistente¹¹. Tais condições incluem o dever de constituição de uma «dupla barreira quantitativa»¹²: as sociedades só podem prestar assistência financeira recorrendo a reservas disponíveis e a sociedade deve inscrever no seu balanço uma reserva indisponível igual ao montante global da assistência.

Adicionalmente, a directiva impõe as seguintes condições¹³: (i) as operações devem realizar-se sob a responsabilidade do órgão de administração/direcção; (ii) as operações devem realizar-se em condições justas de mercado, especialmente quanto aos juros pagos à sociedade e no que se refere às garantias que lhe são oferecidas pelos empréstimos e adiantamentos; (iii) a situação em termos de fiabilidade creditícia de cada contraparte deve ter sido devidamente analisada; (iv) a operação está sujeita a aprovação prévia da AG, a qual deve deliberar em conformidade com as regras de quórum e de maioria definidas no art. 83.º; (v) o órgão de administração/direcção deve apresentar à AG um relatório, indicando as razões da operação, o interesse da sociedade na mesma, as condições em que a operação é efectuada, os riscos que da operação para a liquidez e solvabilidade da sociedade e o preço a que o terceiro adquire as acções; (vi) o relatório está

⁸ MARGARIDA COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 497, PEDRO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 24. Paradigmático, no direito inglês, foi o Relatório da Comissão Jenkins, de 1962, que propunha a flexibilização da assistência financeira sujeitando-a à aprovação dos accionistas e à emissão de uma declaração de solvência da sociedade-assistente. BERNARDO ABREU MOTA, «Proibição de assistência financeira – notas para a sua interpretação e aplicação. (A propósito do Projecto de Relatório do Parlamento Europeu sobre a proposta da Comissão Europeia para alteração da Segunda Directiva)» in *Revista Actualidad Jurídica*, 2005, Setembro-Dezembro, 12, p. 109.

⁹ BERNARDO ABREU MOTA, *op. cit.*, p. 110.

¹⁰ Directiva 2006/68/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Setembro de 2006, que altera a Directiva 77/91/CEE do Conselho, no que respeita à constituição da sociedade anónima, bem como à conservação e às modificações do seu capital social.

¹¹ §5 do preâmbulo da Directiva de 2006.

¹² PEDRO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 29.

¹³ Seguimos de perto a enunciação das condições feita por ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 224-225.

sujeito a registo comercial e publicação. Tal como a Segunda Directiva, a Directiva de 2006 não previu estatuição para a assistência financeira ilícita.

O regime previsto na Directiva de 2006 foi reorganizado pela Directiva 2012/30/UE, do Parlamento e do Conselho, de 25 de Outubro e pela Directiva 2017/1132/UE do Parlamento e do Conselho, de 14 de Junho (doravante “Directiva de 2017”), constando, actualmente, do art. 64.º da Directiva de 2017, sem diferenças significativas face ao regime previsto na Directiva de 2006.

Porém, apesar da flexibilização do regime europeu, a maioria dos Estados-Membros, incluindo Inglaterra, não o transpõe devido à onerosidade das condições impostas, as quais tornam a assistência impraticável¹⁴, designadamente devido à excessiva exposição dos administradores, à impossibilidade, muitas vezes verificada, de convocar a AG em tempo útil de modo a viabilizar as operações e à «dupla barreira quantitativa»¹⁵.

3. A assistência financeira no CSC

A assistência financeira está regulada no art. 322.º, o qual reproduz, no essencial, os n.ºs 1 e 2 do art. 23.º da Segunda Directiva¹⁶. De acordo com a letra da lei, entre nós estão *absolutamente* proibidas a concessão de empréstimos ou fundos, por qualquer forma, e a prestação de garantias pela sociedade, para que um terceiro subscreva ou adquira acções representativas do seu capital social. Tal como na Segunda Directiva, são lícitas a assistência subsumível em operações correntes de instituições financeiras ou em operações de aquisição de acções pelo/para o pessoal da sociedade-alvo ou de uma sociedade com ela coligada, desde que realizada com recurso a bens disponíveis da sociedade.

A assistência financeira ilícita é nula (art. 322.º, n.º 3). Adicionalmente, está tipificado o crime de aquisição ilícita de acções (ou quotas) no art. 510.º, n.º 1, sendo a responsabilidade penal dos administradores

¹⁴ EILÍS FERRAN/LOOK CHAN HO, *Principles of Corporate Finance*, Second Edition, Oxford, 2014, p. 233.

¹⁵ PEDRO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, pp. 28-29.

¹⁶ Com a diferença de que o art. 23.º, n.º 1 não proibia expressamente a subscrição de acções. A redacção actual dos n.ºs 2 a 4 foi introduzida pelo Decreto-Lei n.º 280/87, de 8 de Julho, com o propósito de permitir que as instituições de crédito pudessem emprestar dinheiro para compra das suas próprias acções, para, dessa forma, facilitar as reprivatizações. PEDRO DE ALBUQUERQUE, comentário ao art. 322.º in *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 3.ª ed., revista e actualizada, coordenação: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Coimbra: Almedina, 2020, p. 1097.

(ou gerentes¹⁷) da sociedade-assistente sancionável com pena de multa até 120 dias, à qual poderá acrescer a sua responsabilidade civil nos termos gerais.

O legislador português não acompanhou o direito europeu na flexibilização do regime da assistência financeira¹⁸. Portanto, o regime português continua a corresponder ao regime europeu previsto na Segunda Directiva.

Note-se, porém, que o art. 64.º da Directiva de 2006 era de transposição facultativa: os Estados-Membros só estariam obrigados a transpor as normas procedimentais previstas nos n.ºs 2 a 5 se passassem a permitir a assistência financeira¹⁹, o que não aconteceu em Portugal. Tal não impede que as partes numa determinada operação de assistência financeira satisfacjam todas as condições previstas nos n.ºs 2 a 5 do art. 64.º da Directiva de 2017 na expectativa de validar a transacção. Nestes casos pode o art. 64.º da Directiva de 2017 ser invocado em juízo para excluir a ilicitude de actos proibidos pelo art. 322.º, n.º 1? Vejamos.

As directivas vigoram na ordem jurídica europeia a partir da sua adoção, nos termos previstos nos tratados europeus, pelos órgãos competentes, dependendo a sua eficácia nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados-Membros da aprovação dos actos de transposição²⁰. No entanto, o TJUE tem entendido que a não transposição e a transposição errada de directivas não as priva de eficácia e validade internas, na medida em que os Estados-Membros ficam vinculados ao cumprimento das obrigações de resultado ali previstas e a *interpretar o respectivo direito nacional em conformidade com o conteúdo da directiva não transposta*²¹. Contudo, este entendimento só é válido para as directivas cuja transposição seja obrigatória, pelo que não permite aplicar directamente o art. 64.º. Adicionalmente, o TJUE não reconhece às directivas (independentemente da obrigatoriedade de transposição) um efeito directo horizontal, que permitiria aos particu-

¹⁷ Dada a omissão de normativo idêntico ao art. 322.º no regime das sociedades por quotas e a natureza excepcional desta norma, é discutível se a proibição se deve aplicar também às sociedades por quotas. V., por todos, PEDRO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, pp. 129-134.

¹⁸ Sobre a discussão na doutrina BERNARDO ABREU MOTA, *op. cit. passim*. A nível institucional, v. o documento sobre a transposição da Directiva de 2006 colocado a consulta pública pela CMVM, disponível em: <https://www.cmvm.pt/pt/Legislacao/ConsultasPublicas/CMVM/Paginas/20080627C.aspx?v=1>. De acordo com informação obtida junto da CMVM, o relatório da consulta não foi publicado.

¹⁹ V. art. 1.º, n.º 6 da Directiva de 2006, que altera o art. 23.º da Segunda Directiva, e art. 64.º, n.º 1 da Directiva de 2017.

²⁰ MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Direito Comunitário*, 5.ª ed., Coimbra: Almedina, 2008, p. 337.

²¹ *Ibidem*.

lares invocar em litígios entre eles, perante os tribunais nacionais, as normas de transposição *obrigatória*, mas não realizada pelo Estado-Membro²².

Para contornar a ausência de efeito directo horizontal nas directivas, a jurisprudência desenvolveu o *princípio da interpretação do direito nacional de transposição conforme ao direito comunitário*, o qual visa conferir eficácia *indirecta* às directivas²³ e segundo o qual o «intérprete e aplicador do direito, internamente, deverá, ainda quando deva aplicar *apenas* direito nacional, atribuir a este uma interpretação que se apresente conforme com o sentido, economia e termos das normas comunitárias»²⁴. Ora, tendo o art. 322.º origem comunitária, o actual direito europeu deveria ser o seu padrão de conformidade, o que possibilitaria a validação de transacções de assistência financeira segundo o princípio da interpretação conforme.

No entanto, dois argumentos impossibilitam este entendimento. Por um lado, este princípio só pode ser aplicado quando os Estados-Membros incumpriram uma obrigação de transposição, que neste caso não existiu. Por outro lado, ainda que se admitisse que o juiz nacional teria a *faculdade* de validar a assistência financeira à luz da Directiva de 2017, a aplicação do princípio da interpretação conforme está sujeita a certos limites, nomeadamente, não pode justificar uma interpretação *contra legem* do direito nacional²⁵. Ora, por muitas dúvidas que o art. 322.º suscite, o legislador optou, legitimamente, por não transpor as condições previstas nos n.ºs 2 a 5 da Directiva de 2017, pelo que o princípio do primado do direito comunitário sobre o direito nacional, previsto no art. 8.º, n.º 4 da Constituição, não vinga. Assim, a interpretação judicial do art. 322.º à luz do art. 64.º da Directiva de 2017 para validar a assistência financeira ilícita seria contrária à lei²⁶.

²² MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *op. cit.*, pp. 318 e 327, JOÃO GOMES DE SOUSA, «Interpretar, Traduzir e Informar: “incômodos” da modernidade?» in *Julgars*, ed. online, Março de 2019, p. 26.

²³ Por vezes referido como princípio da interpretação comunitariamente orientada. JOÃO GOMES DE SOUSA, *id.*

²⁴ MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *op. cit.*, p. 326.

²⁵ MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *op. cit.* p. 328-331.

²⁶ Parece-nos difícil que um tribunal possa admitir a existência de uma presunção de licitude quando a assistência financeira cumpra os requisitos previstos na Directiva de 2017, interpretando restritivamente o art. 322.º, conforme defendido por PEDRO DE ALBUQUERQUE, in *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, p. 1097.

4. Fundamento da proibição

Na doutrina portuguesa não existe consenso sobre o fundamento da proibição da assistência financeira para a aquisição derivada de acções²⁷. Podem categorizar-se em quatro os fundamentos tipicamente invocados²⁸:

- (i) *protecção do capital social e/ou do património da sociedade*, como prolongamento do regime limitativo das acções próprias ou com autonomia em relação a este;
- (ii) *protecção da organização e estrutura societárias*, para prevenir conflitos de interesses, evitar abusos da administração e a eventual manipulação do valor das acções através da formação de uma procura artificial;
- (iii) *tutela do princípio da igualdade de tratamento dos accionistas*, previsto, no que concerne à aquisição/alienação de acções próprias, no art. 321.º;
- (iv) *tutela de uma "ratio complexa"*, o conjunto de valores – incluindo os acima elencados – normalmente postos em risco pela assistência financeira, mas sem mérito jurídico para isoladamente justificarem a proibição.

Doutrina recente vem defendendo que a proibição de assistência financeira não assenta tanto nos riscos «intrínsecos e estruturais» associados a este tipo de operação, mas na sua falta de mérito jurídico²⁹. O legislador terá entendido que a sobreposição «entre o património social e as vicissitudes relativas às participações dos sócios» em si mesmas não geram nenhuma situação digna de protecção jurídica, a não ser nas situações excepcionais previstas no art. 322.º, n.º 2, as quais são legítimas por estarem em causa fins que ultrapassam a mera aquisição de participações sociais³⁰. Assim, a justificação da proibição só pode assentar na falta de

²⁷ O fundamento da proibição da assistência para a subscrição de acções é pacífico: visa preservar a formação real do capital social, já que materialmente se verifica uma entrada em espécie (crédito) não avaliada. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 226.

²⁸ PEDRO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, pp. 33-34.

²⁹ PEDRO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 71.

³⁰ As excepções do n.º 2 assentam em razões diferentes. A primeira excepção justifica-se para não impor à sociedade financiadora, cujo objecto social consiste na concessão de fundos ou em operações de natureza análoga, o ónus excessivo de garantir que os fundos concedidos nas suas operações (de crédito) não são utilizados na aquisição de acções próprias. Pressuposto fundamental da aplicação desta excepção é que a operação em causa seja qualificável como *operação corrente*, podendo fazer-se uma delimitação negativa do

mérito jurídico do *fim* da assistência financeira e não nos riscos associados ao negócio³¹.

Esta leitura parece ser a mais coerente com a classificação da assistência financeira como negócio jurídico de fim ilícito (art. 281.º do CC): se o fim do negócio merecer tutela jurídica, cai o pressuposto subjectivo da proibição e o negócio não fica ferido de nulidade. Aliás, é o mérito do fim da operação que permite legitimar a assistência financeira concedida para benefício do *pessoal* da sociedade-assistente (ou de sociedade coligada), nos termos do art. 322.º, n.º 2 (e do art. 64.º, n.º 6 e n.º 7 da Directiva de 2017).

Contudo, este argumento não vale para todas os actos de assistência financeira. Desde logo, não legitima a assistência concedida por instituições financeiras ao abrigo do art. 332.º n.º 2. Na verdade, apesar de historicamente esta excepção ter servido para permitir a realização de um fim mais vasto do que a mera aquisição de participações sociais – facilitar as reprivatizações das instituições de crédito – a verdade é que, actualmente, só se mantém para benefício da eficiência das operações de crédito. Por outro lado, mesmo as excepções previstas no art. 322.º, n.º 2 só são lícitas se forem realizadas com recurso a bens de que a sociedade possa dispor.

Na nossa opinião, a proibição da assistência financeira para a aquisição derivada de acções tem como fundamento *principal*, mas não exclusivo, a preservação do capital social da sociedade-assistente, como forma de protecção dos credores³². Os demais fundamentos invocados, que visam proteger a sociedade ou os sócios, têm natureza acessória, sem hierarquia

âmbito desta expressão para excluir os negócios «fora do comum», p. ex. negócios com preços invulgarmente elevados, ausência de garantias, a concessão de crédito em condições substancialmente mais favoráveis do que as que seriam impostas em condições normais de mercado (contraprestação excessivamente baixa, prazo de pagamento demasiado dilatado, ausência de avaliação do risco de crédito). PEDRO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, pp. 124-125; MARGARIDA COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 502. A segunda excepção – aplicável quando o beneficiário da assistência seja *pessoal* da sociedade assistente ou de sociedade com ela coligada – justifica-se para estimular a participação dos trabalhadores na composição accionista da sociedade emitente das acções, enquanto medida social e medida macroeconómica de política empresarial. MARGARIDA COSTA ANDRADE, id.. Sobre o âmbito da expressão pessoal, nomeadamente se deve ou não abranger pessoas que não sejam trabalhadores subordinados, PEDRO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 126-128. Excluídos desse âmbito estão os membros do órgão de administração e de fiscalização, por força do art. 397.º.

³¹ Id., p. 99.

³² Sustentado no princípio da intangibilidade do capital social. Limita-se a protecção ao capital social sem se estender ao património da sociedade, porque não existe um princípio geral de preservação do património social, apenas normas que limitam as distribuições de bens aos sócios previstas nos arts 31.º a 34.º.

definida³³. Aliás, só admitindo que são vários os interesses a tutelar – independentemente da sua hierarquia – se pode compreender a natureza preventiva da proibição³⁴ e a presunção de ilicitude que lhe subjaz.

5. Âmbito do art. 322.º, n.º 1

Suscitam-se várias as discussões em torno do âmbito do art. 322.º, n.º 1. Por razões de economia debruçar-nos-emos apenas sobre algumas delas.

5.1 Pressupostos objectivos

São pressupostos objectivos do art. 322.º, n.º 1 os relativos aos *sujeitos intervenientes* e à *natureza do negócio jurídico*. A efectiva aquisição das acções não está prevista como pressuposto da proibição, pelo que, em tese, a assistência será nula mesmo que as acções não venham a ser adquiridas (neste sentido vai a letra do art. 322.º, n.º 1). Nisto se materializa a natureza preventiva da proibição.

Os *sujeitos intervenientes* são, pelo menos, a sociedade-assistente e um terceiro. Entende-se que *terceiro* inclui tanto pessoas estranhas à sociedade, como os seus accionistas, actuais ou futuros, para benefício da utilidade da norma. Entende-se também que a proibição se aplica às sociedades em relação de domínio e às sociedades em relação de grupo, quando a assistência vise facilitar a aquisição de acções da sociedade dominante ou totalmente dominante/directora da sociedade-assistente, respectivamente.

³³ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *op. cit.* pp. 226-228. Aos argumentos invocados pela Autora acrescentamos o facto de a preservação do capital e a proibição da redução do património em benefício dos accionistas serem condições de licitude das únicas modalidades de assistência financeira admitidas no art. 322, n.º 2 (condições que também se encontram no n.º 6 do art. 64.º da Directiva de 2017 e justificam a «dupla barreira quantitativa»). Posição idêntica, embora numa linha de raciocínio diferente, parece ter quem entende que o fim último da proibição é o reforço do regime da aquisição de acções próprias por interposta pessoa, prevista no art. 316.º, n.º 2, sendo a preservação do capital e do património social para protecção dos interesses dos credores um fim acessório daquele. BERNARDO MOTA ABREU, *op. cit.*. Esta parece ser também a opinião de ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO ao referir que a proibição da assistência visa garantir a «funcionalidade» do regime da aquisição de acções próprias. Sobre os riscos inerentes à aquisição de acções próprias v., por todos, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *op. cit.*, pp. 217-218.

³⁴ INÉS PINTO LEITE «Da proibição de assistência financeira. O caso particular dos *leveraged Buyouts*», in DSR, 3, 5, 2011, p. 141.

A aplicação do art. 322.º a estes casos é feita *ex vi* do art. 325.º-B, n.º 1 e do art. 325.º-A, n.º 1³⁵.

Por outro lado, a assistência financeira pode ter subjacentes relações jurídicas bilaterais – entre a sociedade-assistente e a entidade assistida – ou trilaterais – nas quais, para além daqueles, figura um beneficiário indireto da assistência. É o que sucede quando a assistência é prestada sob a forma de garantia concedida a terceiro financiador do preço de compra das acções³⁶.

Quanto à *natureza do negócio jurídico*, a proibição aplica-se certamente ao mútuo, de qualquer natureza, e a garantias pessoais ou reais, de qualquer tipo³⁷. Já a expressão «fornecimento de fundos por qualquer outra forma» dá azo a interpretações diversas. Por um lado, tem-se entendido que se deve interpretar restritivamente³⁸ o conceito de *fundos* para limitar a proibição a operações com *natureza creditícia*³⁹, caso contrário anular-se-ão actos normais da sociedade, como a distribuição de dividendos posteriormente aplicados pelo accionista no reforço da sua participação social. Por outro lado, entende-se que estão igualmente proibidos os negócios que podem ser usados com *fins creditícios* mediante a celebração de acordos paralelos nesse sentido, tais como: a venda a retro de determinado bem da sociedade-alvo que permita ao adquirente obter a liquidez necessária para comprar acções⁴⁰, a abertura de crédito, os descontos, os contratos de comissão de compra de acções da sociedade sem provisão de fundos e a renúncia a uma indemnização, desde que visem permitir a aquisição de acções⁴¹.

³⁵ Sobre se está proibida a assistência financeira concedida para a aquisição de acções da sociedade dependente v. PEDRO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 76.

³⁶ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 229; PEDRO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, pp. 81-82.

³⁷ Poderão também estar abrangidas situações com efeitos semelhantes aos da prestação de garantias, como o seguro de crédito. *Ibidem*.

³⁸ A interpretação restritiva deverá valer para os casos em que a distribuição de dividendos pela sociedade recém-adquirida servirá para financiar a aquisição das suas acções, através do reembolso pelo adquirente do crédito contraído para financiar a aquisição. MARIANA DUARTE SILVA, *op. cit.*, pp. 225-228.

³⁹ PEDRO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, pp. 78-80. Era a leitura de RAÚL VENTURA, resultante da associação, na letra da lei, entre empréstimos, “fornecimento de fundos” e prestação de garantias. Na prestação de garantias, naturalmente, a sociedade não concede directamente o crédito, mas «indirecta e potencialmente sacrificará o seu património, pela garantia prestada». «Acções Próprias» in *Estudos Vários sobre Sociedades Anónimas*, Coimbra: Almedina, 1992, p. 376.

⁴⁰ Arts. 927.º a 933.º do CC. INÉS PINTO LEITE, *op. cit.*, p. 146.

⁴¹ MARGARIDA COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 498.

Para apurar a natureza do negócio subjacente à assistência, os tribunais devem atender à substância da transacção em detrimento da sua forma⁴². Esta é uma construção inspirada no *test of commercial substance and reality (of the facts)* a que os tribunais ingleses recorrem⁴³ para aferir se a transacção deve ser qualificada como assistência financeira, atentos os tipos de assistência previstos na Section 677.1 do *Companies Act 2006*⁴⁴ e as *commercial realities* subjacentes ao caso concreto. É uma posição que subscrevemos.

5.2 Pressupostos subjectivos

5.2.1 Fim comum e nexo causal

Como adiantámos, a assistência financeira é um negócio jurídico de fim ilícito, pelo que o art. 322.º deve ser interpretado conjuntamente com o art. 281.º do CC, nos termos do qual se «apenas o fim do negócio jurídico for contrário à lei ou à ordem pública, ou ofensivo dos bons costumes, o negócio só é nulo quando o fim for comum a ambas as partes».

São, portanto, dois os pressupostos subjectivos da proibição prevista no n.º 1 do art. 322.º. O primeiro é o *fim* do acto: os fundos concedidos ou a garantia prestada têm de se destinar à subscrição ou aquisição de acções representativas do capital social da sociedade assistente. Di-lo expressamente o art. 322.º, n.º 1: «para que um terceiro subscreva ou por outro meio adquira acções representativas do seu capital» (itálico nosso). Porém, para que o negócio seja nulo não basta que o fim seja ilícito; tem de ser *comum* ao assistido e à sociedade-assistente (desejado por ambos), residindo aqui o segundo pressuposto.

Considerando a incerteza quanto à natureza do negócio subjacente, no apuramento da licitude da assistência financeira o *fim* prevalece sobre o *objecto* do negócio.

Adicionalmente, é necessário que se prove a existência de um *nexo causal* entre o *fim* e a *vontade* das partes. A doutrina maioritária defende que o nexo deve ser apurado por referência à *intenção* das partes, expressa ou implícita, no momento da conclusão do negócio, independentemente da

⁴² PEDRO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 78; ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *op. cit.*, pp. 229-230.

⁴³ EILÍS FERRAN/LOOK CHAN HO, *op. cit.*, pp. 239-242.

⁴⁴ Doações e outros actos gratuitos; garantias pessoais ou reais; *indemnities; release ou waiver;* empréstimos; novação ou cessão de direitos emergentes de um empréstimo ou de contrato com natureza idêntica ao empréstimo; qualquer outra forma de assistência que implique redução significativa do património da sociedade.

utilização efectiva dos fundos/garantia (teste subjectivo). Uma posição minoritária entende que o nexo deve ser apurado por referência à utilização *efectiva* dos fundos/garantia(s) concedidos (teste objectivo)⁴⁵. De facto, o teste subjectivo é consistente com a lógica preventiva da proibição, com a letra da lei e com a qualificação da assistência como negócio de fim ilícito, à qual são alheios os efeitos concretos da transacção no património da sociedade-assistente, permitindo, inclusivamente, a anulação do negócio antes da utilização dos fundos. Porém, a validade da assistência não pode ser totalmente independente do negócio aquisitivo: se a acção de nulidade for intentada após a efectiva utilização dos fundos, haverá sempre que apurar a efectiva utilização dos fundos/garantia. De outro modo anular-se-iam negócios quando os fundos/garantia concedidos não tivessem sido aplicados na aquisição de acções da sociedade-assistente⁴⁶ e excluir-se-iam do âmbito do art. 322.º, n.º 1 situações que, objectivamente, consubstanciam assistência financeira (p. ex. um financiamento concedido sem menção expressa do fim a que se destina, cujos fundos são utilizados, total ou parcialmente, na compra de acções da sociedade mutuante).

Por último, a análise da concreta utilização dos fundos ajudará a decifrar a intenção das partes no momento da conclusão do negócio, quando o fim do negócio não esteja expressamente clausulado. Pode ser um fim exterior *implícito*, se resultar das circunstâncias, sem qualquer expressão no contrato, ou *explícito*, se uma das partes tem um objectivo indecifrável, mas comunica-o à parte contrária. Essencial para preencher o segundo pressuposto subjectivo é que se prove que *ambas* as partes *pretendiam* facilitar a aquisição de acções da sociedade-assistente⁴⁷.

⁴⁵ PEDRO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, pp. 96-97.

⁴⁶ RAÚL VENTURA, «Acções Próprias», p. 377; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, Volume I*, Coimbra: Almedina, 2012, 4.^a ed., p. 572.

⁴⁷ ELSA VAZ SEQUEIRA, comentário ao art. 281.º in *Comentário ao Código Civil: parte geral*, coord. Luís CARVALHO FERNANDES, JOSÉ BRANDÃO PROENÇA, Lisboa: Universidade Católica Editoria, 2014, pp. 697; PIRES DE LIMA, ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado, Volume I*, Coimbra: Coimbra Editora, 4.^a ed., p. 259; PEDRO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 227, n.º 723. Opinião diferente tem ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, para quem o art. 281.º não exige que o fim último do negócio seja activamente procurado por ambas as partes, bastando que seja o fim de uma delas, expressa ou implicitamente conhecido pela outra, na contratação. *Tratado de Direito Civil, Volume I*, p. 573. Com base neste entendimento é o negócio ilícito ainda que alguma das partes apenas tinha consciência do fim a que os fundos/garantia se destinavam.

5.2.2 Preponderância do fim

A assistência financeira é amiúde parte de operações mais abrangentes e complexas, pelo que o fim último daquela raramente se resume a permitir a aquisição de acções na sociedade-assistente (o fim *ilícito*).

A doutrina vem defendendo a interpretação restritiva do art. 322.º, n.º 1, para limitar a proibição aos casos em que a aquisição de acções da sociedade-assistente era o «motivo determinante comum»⁴⁸ da assistência. Segundo este entendimento, não deve ser anulada a aquisição das acções que seja meramente secundária ou incidental de um fim preponderante, p. ex., a reestruturação da sociedade-assistente ou a criação de sinergias para permitir a sua expansão ou a expansão do grupo⁴⁹.

É um entendimento que se apoia nas excepções previstas na Section 678.2 do *Companies Act 2006* – e na jurisprudência e doutrina construídas sobre as mesmas –, segundo as quais a assistência financeira será lícita quando for *subsidiária* de um objectivo principal (*principal purpose*), ou *incidental* de um objectivo mais abrangente (*larger purpose*), sem necessariamente se subordinar a este último, e em qualquer caso desde que seja concedida de boa fé e no interesse da sociedade.

A aquisição de acções é um fim subsidiário, p. ex., se o fim *principal* da transacção for o de permitir a aquisição, pela sociedade, de um activo do comprador necessário à realização da actividade da sociedade; terá um fim mais *abrangente* se se destinar à satisfação do interesse do grupo a que a sociedade-assistente pertence, por oposição à satisfação de um fim (*individual*) da sociedade⁵⁰.

Assim, seguindo o entendimento acima mencionado, um acto de assistência financeira será lícito se visar satisfazer um fim diferente da mera aquisição de participações sociais e se esse mesmo fim for, simultaneamente, o fim *determinante* (leia-se, principal ou mais abrangente) da operação e *comum* às partes.

Considerando as restrições gerais impostas à capacidade de gozo das sociedades comerciais pelo art. 6.º, n.º 3, esse mesmo fim deverá corresponder a um justificado interesse próprio da sociedade-assistente, ou, se a sociedade-assistente se encontrar em relação de domínio ou de grupo com a sociedade-assistida, deve corresponder a um interesse da sociedade

⁴⁸ Em linha com o que vem sendo defendido na generalidade dos países europeus. PEDRO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, pp. 98 e ss.

⁴⁹ Em qualquer caso, desde que a operação tenha lugar de boa fé e o limite previsto no art. 322.º, n.º 3 seja respeitado.

⁵⁰ EILÍS FERRAN/LOOK CHAN Ho, *op. cit.* pp. 256.

dominante/directora⁵¹. Facilmente se comprehende a razão: a prestação de garantias a dívidas de terceiros (onde também se inclui a concessão de fundos) só é lícita nestes termos.

Nessa medida, concordamos com a doutrina mais recente que defende que a existência de um justificado interesse próprio ou de uma relação de domínio ou de grupo entre as sociedades-assistente e assistida podem justificar que a assistência financeira concedida é «instrumental para a prossecução de outros interesses, não estando preenchido o elemento finalístico da proibição»⁵². Contudo, ainda que a lei presuma que nas duas hipóteses previstas no art. 6.º, n.º 3 está em causa a prossecução de interesses dignos de tutela⁵³, a especificidade da proibição prevista no art. 322.º, n.º 1 reside precisamente no fim do acto, o qual tem sempre de ter respaldo num interesse próprio ou numa relação de domínio total ou de grupo. Adicionalmente, o legislador previu expressamente duas únicas excepções de assistência financeira lícita, no art. 322.º, n.º 2, e as regras gerais de interpretação da lei ditam que «na fixação do sentido e alcance da lei, o intérprete presumirá que o legislador consagrou as soluções mais acertadas e soube exprimir o seu pensamento em termos adequados» (art. 9.º, n.º 3).

Por outras palavras, para ser lícita a assistência financeira deve subsuir-se numa das excepções do art. 6.º, n.º 3. Contudo, a mera alegação de um interesse próprio da sociedade-assistente ou a existência de uma relação de domínio ou de grupo não bastam para legitimar a operação: é necessário, em ambos os casos, que a justificação da operação não se cinja à aquisição ou ao reforço de uma participação social; é necessário que exista um outro fim preponderante.

Devido à necessidade de conjugar os diferentes pressupostos objectivos e subjectivos previstos no art. 322.º, n.º 1, nem sempre é fácil identificar e sancionar os casos em que, efectivamente, existiu assistência financeira. Vejamos o seguinte caso: o accionista (A) da sociedade (B) celebra com ela um contrato de arrendamento de uma fábrica a dez anos. As partes acordam no pagamento antecipado de 75% do valor do total das rendas. Com

⁵¹ Sobre se o art. 6.º, n.º 3 se aplica apenas aos casos em que existe domínio total ou subordinação, ou também àqueles em que apenas há uma relação de domínio simples, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, comentário ao art. 6.º no *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 2.ª ed., coordenação: Jorge M. Coutinho de Abreu, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2017, pp. 131-133.

⁵² JOANA MACEDO VITORINO, «A proibição de assistência financeira e o artigo 6.º do Código das Sociedades Comerciais: um conflito por resolver ou uma incompatibilidade natural?» in *RDS*, XIII, (2021), 1, pp. 57-59.

⁵³ *Ibidem*.

esse dinheiro A participa num aumento do capital social de B, realizando novas entradas em dinheiro. Se no momento da celebração do contrato de arrendamento, B não conhecia o fim em que A iria aplicar os fundos, faltará manifestamente o segundo pressuposto subjectivo enunciado. Se B conhecia a intenção de A, não é possível concluir sem mais que partilhava dessa intenção, porque o pagamento antecipado das rendas foi concluído por B no âmbito da sua actividade corrente, sendo conveniente (ou até mesmo necessário) para a prossecução do seu fim (art. 6.º, n.º 1), faltando, por isso, o encontro de vontades das partes. Dito de outra forma, os “fundos” não seriam concedidos *para que* A subscrevesse acções representativas do capital social de B (art. 322.º, n.º 1). Mas ainda que A e B partilhassem da intenção de permitir a aquisição de participações sociais e as rendas tivessem sido pagas para conceder a A liquidez necessária para reforçar a sua participação social, poderia não ter existido assistência financeira, não por falta de elemento subjectivo, mas por falta de elemento *objectivo*. Se os fluxos patrimoniais saem da sociedade-alvo no âmbito do exercício da sua actividade corrente, o pagamento antecipado de rendas, conveniente (ou até mesmo necessário) para a manutenção dessa actividade e em termos mais favoráveis (com desconto de 25%), não tem *natureza creditícia*.

Naturalmente, na hipótese que colocamos o negócio foi concluído de boa-fé. Se, por hipótese, o preço das rendas tiver sido fixado num valor bastante acima do valor de mercado, ainda que o pagamento antecipado se subsuma na actividade corrente da sociedade não será de afastar a hipótese de o preço ter sido convencionado em excesso para “cobrir” a operação de aumento de capital. Nesse caso, poderá ter havido fraude à lei⁵⁴ porque as partes obviaram à proibição prevista no art. 322.º, n.º 1, celebrando um negócio que permita alcançar, por via indirecta, o resultado proibido (a assistência financeira), caso em que o negócio deverá ser nulo.

Em suma, nada impede os tribunais de procederem à interpretação restrictiva do art. 322.º, n.º 1 nos termos propostos pela doutrina, por forma a circunscrever a proibição aos casos em que a concessão de fundos ou garantias se destine, exclusiva ou principalmente, a permitir a entrada de um novo accionista ou o reforço da posição societária de um accionista actual. Essencial será, por um lado, que o fim último a que a assistência

⁵⁴ Luís CARVALHO FERNANDES, *Teoria Geral do Direito Civil, II – Fontes, conteúdo e garantia da relação jurídica*, Lisboa, Universidade Católica Editora, 2001 (3.ª ed.) pp. 580 e 583. A nossa jurisprudência adere à concepção objectivista de fraude à lei, que prescinde da demonstração da intenção das partes – *animus fraudandi*: “decisivo para afirmar a ilicitude e consequente nulidade do negócio em fraude à lei é o resultado com ela obtido e não a intenção das partes”. P. ex. os acs. do Supremo Tribunal de Justiça de 25/01/2005, (04 A3915) e de 9/12/2019 (processo n.º 8049/15.2TPRT.P1. S3.S1).

se destina corresponda a um justificado interesse próprio da sociedade-assistente ou que o beneficiário da assistência seja uma sociedade com a qual aquela tem uma relação de domínio ou de grupo e, adicionalmente, que a operação seja realizada de boa-fé, sem o intuito de defraudar a lei e respeitando o limite de liquidez previsto no art. 322.º, n.º 2.

6. Nulidade do acto de assistência financeira

A opção do legislador português pelo sancionamento da assistência financeira com o vício de nulidade tem sido amplamente criticada, por três motivos⁵⁵:

- (i) a nulidade é uma sanção excessivamente severa se considerarmos que a proibição de assistência financeira está integrada no regime jurídico das acções próprias, no qual a sanção-regra é a obrigação de alienar as acções adquiridas (ou detidas) ilicitamente (art. 323.º, n.º 1)⁵⁶;

⁵⁵ Seguimos a exposição de MARGARIDA COSTA ANDRADE, *op. cit.*, p. 503.

⁵⁶ Havendo incumprimento da obrigação de alienar as acções ilicitamente adquiridas ou detidas, deve a sociedade proceder à anulação das acções relevantes (art. 323.º, n.º 2). Apesar de estar inserida no regime jurídico das acções próprias, a assistência financeira não se confunde com a aquisição de acções próprias, quer pela via directa (aquisição originária, por via da subscrição, pela sociedade, das acções emitidas no momento da sua constituição ou em aumento de capital social, ou aquisição derivada de acções pertencentes a accionistas) quer pela via indirecta ou por interposta pessoa (prevista e regulada nos n.ºs 2 a 7 do art. 316.º). Em primeiro lugar, a assistência financeira não contempla a aquisição de "acções próprias" (aquisição de acções representativas do capital social da sociedade pela própria sociedade ou em nome e por conta dela). Por esse motivo, desde cedo houve quem realçasse que a preocupação de proibir todos e quaisquer fenómenos de auto-carteira não pode justificar a proibição absoluta da assistência. RAÚL VENTURA, «Acções Próprias», p. 378. Na assistência financeira a aquisição é feita por um terceiro em seu nome e por sua conta própria; o terceiro-assistido não actua por conta da sociedade-assistente, age (pelo menos em tese) para satisfação do seu próprio interesse em adquirir ou reforçar a sua posição accionista e sem intenção (ou melhor, sem o dever) de transferir os efeitos jurídicos e económicos da aquisição para a esfera jurídica da sociedade emitente. Por seu turno, a sociedade "facilita" a entrada do terceiro que tem vontade de ser accionista ou o reforço da participação de um accionista actual. Em segundo lugar, na aquisição indirecta de acções próprias a atribuição da qualidade de accionista ao adquirente é a sanção gizada pelo legislador para responsabilizá-lo por ter adquirido ilicitamente uma participação que, na verdade, não tinha interesse em adquirir. De tal forma que se o negócio de assistência financeira previr alguma cláusula que atribua à sociedade-assistente a faculdade de «influenciar, em alguma medida, a sorte das acções adquiridas» – *rectius*, se os direitos ine-

- (ii) apesar de o art. 322.º, n.º 3 limitar a invalidade aos negócios jurídicos em que a sociedade é parte, não é claro qual deve ser o «âmbito de influência da nulidade» no contexto global das transacções;
- (iii) por esse motivo, o risco de o negócio ser nulo é elevado e aporta insegurança ao comércio jurídico.

Apesar de criticável, a opção do legislador comprehende-se no contexto da transposição da Segunda Directiva⁵⁷. O art. 23.º fundava a ilicitude do acto no seu fim, pelo que, ainda que o legislador português tivesse omitido a estatuição, como aconteceu noutras ordenamentos jurídicos⁵⁸, a assistência seria qualificável como negócio de fim ilícito nos termos do art. 281.º do CC.

Adicionalmente, a nulidade sanciona vícios que traduzem uma falha estrutural no negócio, por contrariedade ao Direito, incluindo a ilicitude do seu fim, e funda-se numa «valoração negativa extrínseca, que põe em crise o negócio, perante os valores da ordem jurídica»⁵⁹. Por essa razão, a anulabilidade não poderia ser a estatuição⁶⁰. Acresce que a lógica preventiva subjacente ao art. 23.º e transposta integralmente pelo art. 322.º procurava evitar todos os fenómenos de auto-carteira que pudessem ocor-

rentes à participação social puderem ser exercidos pelo órgão de administração da sociedade emitente – o contrato, ou pelo menos a cláusula que atribua essa faculdade, será nulo nos termos do art. 316.º, n.º 4. Nesse caso, estaremos perante uma hipótese de aquisição indireta de acções próprias e não de assistência financeira. Pelo menos na interpretação lata que fazemos do art. 316.º, n.º 2: são subsumíveis nesta norma todas as hipóteses em que a sociedade (o seu órgão de administração) pode influenciar o exercício dos direitos sociais inerentes à participação social adquirida por interposta pessoa, incluindo, sem limitar, o direito de dispor livremente da participação. MARGARIDA COSTA ANDRADE, *op. cit.* pp. 459-461.

⁵⁷ De resto, a redacção proposta por RAÚL VENTURA para a norma de transposição já previa a nulidade como sanção. «Adaptação do direito português...», p. 143.

⁵⁸ P. ex., Espanha. CARLOS VARGAS VASSEROT, «Los efectos jurídicos de la contravención de la prohibición de asistencia financiera para la adquisición de acciones propias» in *Estudios sobre el futuro Código Mercantil: libro homenaje al profesor Rafael Illescas Ortiz*, Getafe: Universidad Carlos III de Madrid, 2015, pp. 967 a 988; PEDRO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, pp. 220-222 elenca os países em que a nulidade está expressamente consagrada.

⁵⁹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, Volume II*, Coimbra: Almedina, 2014, 4.ª ed., p. 942.

⁶⁰ A anulabilidade reporta-se a características específicas do(s) interveniente(s) (*status personae*), ao passo que na nulidade está em causa o estado próprio do negócio (*status rei*). ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, Volume II*, pp. 922-924.

rer por via indirecta⁶¹, salvo nas excepções já referidas. Assim, a norma de transposição só poderia ter natureza imperativa e a sua violação teria de ser sancionada com nulidade, a consequência que, nos termos gerais do Direito, é assacada à violação de normas imperativas.

Importa agora analisar as características e o âmbito de influência da nulidade da assistência, para compreender as suas consequências.

6.1 Características

A nulidade prevista no art. 322.^º, n.^º 3 é *absoluta* ou *típica*, porque se lhe aplica, sem desvios, o regime geral previsto nos art. 286.^º e seguintes do CC⁶². Assim:

- (i) o acto de assistência não produz efeitos *ab initio*, porque a invalidade existe logo no momento da sua conclusão⁶³;
- (ii) a declaração de nulidade obriga o assistido à restituição dos fundos ou à revogação da garantia que tiverem sido prestados;
- (iii) a nulidade não é sanável por confirmação;
- (iv) a nulidade não carece de ser arguida (ocorre *ipso iure*), podendo ser invocada a todo o tempo⁶⁴, por qualquer interessado com interesse directo na nulidade⁶⁵ e ser declarada oficiosamente, em juízo.

⁶¹ RAÚL VENTURA, «Acções Próprias», p. 378, e a já referida preocupação de “funcionalidade” do regime de acções próprias sublinhada por ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO em *Direito Europeu das Sociedades*, p. 214.

⁶² Distingue-se, assim, das nulidades “mistas” ou “atípicas”, cujos regimes (especiais) divergem do regime (geral) do art. 286.^º do CC, nomeadamente, porque não podem ser invocadas por qualquer pessoa, são sanáveis ou podem ser convalidas por desaparecimento superveniente dos vícios. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, Volume II*, pp. 943-944.

⁶³ É pacífico que é declarativa – não constitutiva – a natureza da acção que reconheça a nulidade de um negócio jurídico nos termos do art. 286.^º do CC. Um dos efeitos práticos da nulidade é que não chega a constituir-se o dever da sociedade assistente de prestar fundos/conceder garantias.

⁶⁴ Sem prejuízo da possibilidade de o possuidor das acções poder vir a adquiri-las por usucapião, nos termos gerais do CC.

⁶⁵ Ter um interesse directo pressupõe que o negócio seja oponível ao interessado. O titular terá de ser parte numa relação cuja consistência jurídica, prática ou económica seja afectada pelo negócio. PIRES DE LIMA, ANTUNES VARELA, *op. cit.*, p. 263; MARIA CLARA SOTON-MAYOR, comentário ao art. 286.^º in *Comentário ao Código Civil: parte geral*, coord. de Luís CARVALHO FERNANDES, JOSÉ BRANDÃO PROENÇA, Lisboa: Universidade Católica Editoria, 2014, pp. 708-709. Em tese, poderão ter interesse directo – legitimidade – na declaração de nulidade.

6.2 Âmbito de influência

Interpretando literalmente os n.ºs 1 e 3 do art. 322.º parece que só os actos em que a sociedade participa são nulos. Contudo, o âmbito de influência do vício pode não estar tão limitado. Desde logo, o acto de assistência financeira não é insular; é concluído com o propósito (imediato) de apoiar a conclusão de um contrato de compra e venda de acções. Acresce que a assistência financeira é muitas vezes concedida sob a forma de garantia e em benefício de terceiro financiador do preço de compra das acções da sociedade assistente⁶⁶. Há então que responder pelo menos às seguintes questões:

- (i) deve a invalidade da assistência afectar a validade do negócio aquisitivo e do financiamento?
- (ii) deve a nulidade do negócio de assistência ser oponível aos terceiros que sejam parte nos negócios relacionados com a assistência?

A primeira questão impõe que se pondere se entre a assistência financeira e os negócios com ela relacionados se forma uma verdadeira colli-

dade o comprador e o vendedor das acções, bem como a sociedade-assistente e o terceiro financiador. Todavia, a legitimidade não é absoluta e tem de respeitar os limites impostos pela boa-fé. Também os restantes accionistas da sociedade-assistente podem ter interesse directo na declaração de nulidade, apurado caso a caso. Por último, os credores da sociedade podem ter interesse directo na declaração de nulidade, conforme previsto no art. 605.º do CC, que complementa o art. 286.º. O «interesse na declaração de nulidade» é o interesse do credor na tutela do seu crédito sobre a parte do contrato de assistência financeira que seja sua devedora. Não obstante o âmbito lato do art. 605.º – o qual opera mesmo que os actos nulos tenham sido praticados em momento anterior à constituição do crédito e mesmo que os actos relevantes, anteriores ou posteriores, não produzam ou não agravem a insolvência do devedor – o interesse legítimo do credor só existe quando os actos do devedor diminuam, ou possam diminuir, a garantia patrimonial do seu crédito (o património do devedor necessário para a garantia do seu crédito) e não do seu património em geral. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, comentário ao art. 605.º in *Comentário ao Código Civil: direito das obrigações, das obrigações em geral*, coord. JOSÉ BRANDÃO PROENÇA, Lisboa: Universidade Católica Editora, 2018, pp. 673-676. Sem prejuízo dos conceitos substantivos de interesse previstos nos art. 286.º e 605.º, n.º 1 do CC, caberá ao tribunal apreciar se o autor da acção tem um efectivo interesse em demandar, o qual se infere da utilidade derivada da procedência da acção (art. 30.º, n.º 2 do CPC).

⁶⁶ P. ex., a assistência pode consistir em financiamento concedido directamente ao comprador para adquirir acções da sociedade-assistente a outro accionista, concessão de fundos outorgada ao comprador, mas com pagamento directo ao vendedor das importâncias relevantes, prestação de garantia a terceiro financiador da aquisição das acções, prestação da garantia ao accionista-vendedor para assegurar o cumprimento da obrigação de pagamento do preço pelo comprador. PEDRO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 223.

gação de negócios. A doutrina actual sufraga uma perspectiva unitária da teoria da coligação dos contratos⁶⁷, segundo a qual só estaremos perante contratos coligados quando entre dois ou mais contratos se verifique uma relação de dependência (conexão intrínseca) bilateral, de tal forma que os contratos se complementem e constituam (ou devem ser interpretados como constituindo), objectivamente, uma *unidade económica/funcional*⁶⁸. A unidade económica ou funcional existirá quando o conteúdo *económico* dos negócios jurídicos (ainda que estes sejam “estruturalmente” autónomos) seja interdependente, de tal forma que, no limite, a utilidade *económica* de um há-de ditar a sobrevivência do(s) outro(s)⁶⁹. Assim, se um negócio foi declarado nulo, os demais não deverão subsistir. Para que exista coligação de negócios, portanto, não basta a existência de uma pluralidade jurídico-contratual: é necessário que, no plano funcional e eco-

⁶⁷ Sobre as várias teorias da coligação de negócios FRANCISCO MANUEL DE BRITO PEREIRA COELHO, «Coligação negocial e operações negociais complexas. Tendências fundamentais na doutrina e necessidade de uma reconstrução unitária» in *Boletim da Faculdade de Direito* (da Universidade de Coimbra) – Volume comemorativo 75.º tomo, Coimbra, 2003, pp. 233-268; NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *Princípios de Direito dos Contratos*, Coimbra: Coimbra Editora, 1.ª ed., 2011, pp. 139-146; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil, Volume VII*, Coimbra: Almedina, 2014, reimpr., pp. 273-280.

⁶⁸ Pelo contrário, deve entender-se que não existe coligação quando dois contratos, autónomos, se associem por acaso (p. ex. celebração em simultâneo), mas sem perder a individualidade (contratos mistos), nem quando, existindo dependência funcional entre os negócios essa seja uma dependência unilateral (relação de acessoriadade), na qual há uma relação entre um contrato principal e um contrato subordinado (p. ex. relação entre o contrato de arrendamento e o subarrendamento; na verdade, só o último depende do primeiro). NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 140. Exemplo típico de relações contratuais interdependentes é o da relação entre o comprador/mutuário, o vendedor e o mutuante na compra e venda (de bens de consumo) financiada ou contratos de crédito a consumidores, regulados pelo Decreto-Lei n.º 133/2009, de 02 de Junho, cujo art. 4.º, al. o) prevê os pressupostos da existência de coligação de contratos entre um contrato de crédito e um contrato de compra e venda (ou de prestação de serviços específico). A este propósito o ac. do Supremo Tribunal de Justiça (SJ2008021400742), de 02/14/2008 (processo n.º 08B074).

⁶⁹ P. ex. ac. do Tribunal da Relação de Coimbra, Processo 22/06.8TBSBG.C1, de 07/18/2007: «II – Na coligação ou união de contratos existe uma pluralidade de contratos, ligados entre si por um nexo funcional, de tal modo que constituem uma unidade económica, embora cada um mantenha a sua individualidade própria. III – Porém, nestes casos, dada a dependência recíproca ou unilateral, ambos os contratos se completam na obtenção da finalidade económica comum e uma subordinação que implica que as vicissitudes de um se repercutam no outro. IV – Donde resulta que todas as normas e institutos dirigidos directa ou indirectamente ao conteúdo “económico” do contrato devam ser objecto de aplicação unitária, embora não de forma mecânica, mas flexível.»

nómico, se possa considerar que existe apenas um «acto de auto-regulação de interesses»⁷⁰.

Naturalmente, não é possível concluir, em abstracto, pela existência de uma união de contratos. É necessário proceder à interpretação das declarações negociais e a todas as circunstâncias atendíveis por um «declaratário medianamente instruído, diligente e sagaz»⁷¹ para apurar o sentido e o alcance decisivo dos negócios. O âmbito das *circunstâncias atendíveis* atinentes à assistência e ao contrato de compra e venda de acções não pode ser considerado isoladamente. A interpretação da vontade das partes deve ser feita de forma integrada e considerar o conjunto de «conexões económicas» existentes no «complexo contratual»⁷². Assim, o sentido de cada negócio só resultará do sentido de todos⁷³.

No que concerne à assistência financeira, entende-se que não existe necessariamente coligação *económica/funcional* de negócios⁷⁴. Com efeito, uma vez anulado o negócio de assistência nos termos do art. 322.º, n.º 3 resta um negócio de aquisição de acções e, eventualmente, um negócio de financiamento, ambos não assistidos e não sancionados pela lei.

⁷⁰ NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *op. cit.* p. 143.

⁷¹ CARLOS ALBERTO DA MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, Coimbra: Coimbra Editora, 4.ª ed., 2005, p. 441 e pp. 446 – 447. Circunstâncias entendíveis são, p. ex. os termos e condições dos negócios, os interesses em jogo, o fim prosseguido pelo declarante, negociações prévias à conclusão do negócio, a conduta das partes posterior à conclusão do negócio, os usos (gerais e especiais). *Ibidem*. Sobre a relevância da conduta das partes posterior à conclusão do contrato, p. ex., o ac. de 16/04/2013 (Proc. 2449/08.1TBFAF.G1.S) e o ac. de 11/10/2001 (recurso n.º 2321/01 Comarca de Lisboa) *apud* RUI PINTO DUARTE, *A Interpretação dos Contratos*, Coimbra: Almedina, reimpr., 2017, pp. 60-61.

⁷² FRANCISCO MANUEL DE BRITO PEREIRA COELHO, *op. cit.*, p. 256.

⁷³ NUNO MANUEL PINTO OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 143.

⁷⁴ MARIANA DUARTE SILVA, *op. cit.*, p. 231, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *op. cit.*, p. 236. PEDRO DE ALBUQUERQUE (*op. cit.*, 226 e 227) defende que os dois negócios são totalmente independentes, salvo prova em contrário. Por um lado, faltaria um pressuposto objectivo da proibição, uma vez que o art. 322.º, n.º 3 não sanciona expressamente actos sem participação da sociedade e esta não participa no negócio aquisitivo (poderá, no entanto, participar como garante no financiamento concedido por terceiro). Por outro lado, o fim (ilícto) da assistência teria de ser comum a todas as partes envolvidas. Ora, concordar que a invalidade da assistência, que depende de um encontro de vontades, leva «sempre e necessariamente» à nulidade de todos os outros actos/negócios praticados por terceiros que não partilham de tal fim oneraria o terceiro de boa fé com a nulidade da venda, não obstante o pressuposto subjectivo da proibição previsto no art. 322.º, n.º 1 só unir a sociedade e o adquirente. MARGARIDA COSTA ANDRADE (*op. cit.*, p. 504) também entende que a assistência e os negócios com ela relacionados são distintos, e sublinha que a anulação desses negócios relacionados prejudicaria o terceiro de boa fé, bem como a segurança jurídica e a certeza do mercado de participações.

E ainda que se admita que a assistência, a compra e venda de acções e o financiamento da compra formam uma união de contratos, por se tratar objectivamente de uma pluralidade jurídico-contratual relacionada, não tem de existir a referida conexão intrínseca entre eles. Tal conexão assenta na dependência económica dos contratos. P. ex., não há dúvidas que existe conexão intrínseca se o contrato aquisitivo ou o contrato de financiamento contiverem uma cláusula revogatória accionável na hipótese de o negócio de assistência ser declarado nulo. Nesta hipótese não há dúvida de que os contratos são economicamente dependentes. Já se o contrato for omissivo a esse respeito, haverá dependência económica se ficar provado que as partes do negócio aquisitivo e do financiamento não os teriam concluído sem a assistência. Justamente para salvaguardar os negócios coligados com a assistência a doutrina vem defendendo que se recorra à aplicação do princípio geral do aproveitamento dos negócios, subjacente ao art. 292.^º do CC⁷⁵. A pluralidade jurídico-contratual formada pelos negócios coligados constitui um só negócio jurídico susceptível de redução⁷⁶, pelo que os negócios relacionados com a assistência deverão manter-se se as partes os tivessem concluído sem a assistência.

A segunda questão – oponibilidade da nulidade do negócio de assistência a terceiros que sejam partes nos negócios relacionados com a assistência (p. ex. accionistas alienantes das acções, bancos financiadores do preço de compra) – resolve-se com recurso ao instituto jurídico da boa fé. Com efeito, não é defensável que a nulidade da assistência não possa ser oposta ao alienante/financiador que conhecia o vício, ou que no contexto da relação contratual específica devesse conhecê-lo. Admitir a protecção do alienante/financiador que soubesse, ou devesse saber, que a aquisição foi feita com o apoio ilícito da sociedade emitente, seria admitir comportamentos desconformes com o Direito⁷⁷. Portanto, é exigível um encon-

⁷⁵ MARIANA DUARTE SILVA, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *ibidem*.

⁷⁶ Questão diferente é a de saber se a nulidade da assistência deve invalidar a totalidade do negócio de compra e venda que tenha por objecto não só acções representativas do capital social da sociedade emitente, mas também créditos do accionista alienante perante a sociedade (p. ex. prestações acessórias em dinheiro). Neste caso, que não se deve confundir com o problema da coligação de negócios, parece-nos óbvio que, havendo o negócio de compra e venda de decair na parte relativa à aquisição das acções, não deve decair quanto à aquisição dos créditos se ficar provado que as partes teriam concluído a compra e venda dos créditos sem as acções. Com efeito, o apoio financeiro concedido para facilitar a aquisição de créditos sobre a sociedade, sem mais, não qualifica como “assistência financeira”. Em tal caso, haverá que ainda que proceder à redução do preço nos termos do art. 884.^º do CC.

⁷⁷ PEDRO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, pp. 229-230.

tro de vontades entre todos os intervenientes na operação, não apenas entre a sociedade e o assistido. Só assim haverá verdadeira coligação funcional de negócios.

Os terceiros alienantes estavam de boa fé (e a nulidade não lhes é opônivel) se ignoravam que o preço foi financiado pela própria sociedade-alvo. O terceiro financiador estava de boa-fé se desconhecia que a garantia foi ilicitamente concedida, ou se desconhecia que os fundos por si mutuados se destinavam à compra de acções da sociedade-garante⁷⁸. A doutrina portuguesa mais recente tem vindo a admitir cada vez mais situações em que é possível gizar a boa fé de terceiros⁷⁹. Sufragamos essa posição de princípio, pois não há por que sustentar que os terceiros de boa-fé não são merecedores de tutela jurídica.

A declaração de nulidade da assistência gera para o assistido e comprador das acções a obrigação de restituir à sociedade emitente os fundos que tiverem sido prestados, mas não deve gerar para os alienantes de boa fé a obrigação de restituição dos fundos que já tiverem recebido. Em tal cenário, o comprador manter-se-á como accionista (ou, se já for accionista antes da aquisição, manterá a sua posição reforçada) da sociedade-assistente, ficando a dever-lhe os montantes que dela tiver recebido.

Por outro lado, nas hipóteses em que o comprador beneficia de garantia prestada pela sociedade ao terceiro financiador da aquisição, se a garantia for declarada nula o financiador não deve ser obrigado a manter o financiamento, salvo, naturalmente, se ficar provado que o financiador teria aceitado conceder os fundos sem a garantia⁸⁰. Não sendo possível manter a garantia prestada deve ser admitido resolver o financiamento.

⁷⁸ O que só se concebe em contratos de mútuo nos quais não esteja prevista cláusula de exclusividade de utilização dos fundos num fim diferente (p. ex. compra de direito de crédito sobre a sociedade, destacável das participações sociais).

⁷⁹ Para PEDRO DE ALBUQUERQUE (*op cit.*, p. 229) o terceiro pode estar de boa-fé por (i) simplesmente não o saber, (ii) lhe ter sido dito algo diferente da realidade ou (iii) lhe ter sido assegurado [pela sociedade garante] ter ela um interesse na prestação da garantia e estar-se, assim, diante de uma situação de finalidade assistencial meramente secundária de um propósito mais amplo ou de uma situação de fins mistos. A hipótese (i) é difícil de se verificar na prática, porque o mutuante dificilmente emprestará dinheiro se não souber a que fim se destina. A hipótese (ii) poderá gerar responsabilidade do mutuário. Quanto à hipótese (iii), a sociedade terá de alegar sempre o seu justificado interesse próprio na concessão da garantia/fundos, independentemente de a finalidade assistencial ser primária ou secundária, como vimos.

⁸⁰ PEDRO DE ALBUQUERQUE, *op. cit.*, p. 203. Com efeito, neste caso o credor não sofre prejuízo com a perda da garantia.

7. Conclusões

A aplicação do art. 322.º origina vastas dúvidas que geram insegurança no comércio jurídico. Urge, portanto, pensar em vias que permitam legitimar a assistência financeira para além das excepções previstas no n.º 2.

A primeira via passaria por alterar o art. 322.º, passando a prever a licitude da assistência financeira ainda que sujeita à satisfação de certas condições. Esta seria a solução que mais certeza conferiria à aplicação do regime jurídico da assistência financeira. Todavia, o legislador não dispõe de discricionariedade para adaptar livremente o regime nacional caso passe a admitir a realização de assistência financeira. Se o fizer estará obrigado a transpor todas as condições previstas nos n.ºs 2 a 5 do art. 64.º da Directiva de 2017⁸¹, já que esta se aplica sem prejuízo das obrigações dos Estados-Membros relativas aos prazos de transposição para o direito interno. Na prática, o legislador português não pode optar nem pela adopção de apenas algumas condições nem pela previsão de condições diferentes.

Ora, acompanhamos a doutrina que vem defendendo que as condições de licitude impostas pela Directiva de 2017 são excessivas. Nomeadamente, parece-nos tautológico exigir expressamente que as operações se devem realizar “sob a responsabilidade do órgão de administração ou de direcção”, quando as mesmas devem ser previamente aprovadas pela AG, de acordo com informação prestada pelo órgão de administração, e os administradores podem ser responsabilizados nos termos gerais do CSC (nomeadamente, art. 64.º e art. 72.º). Também parece desnecessário prever o dever de publicar no registo comercial o relatório apresentado pelo órgão de administração (art. 64.º, n.º 3 da Directiva de 2017). De facto, a aprovação de um acto de assistência financeira é matéria de gestão interna da sociedade e a protecção dos terceiros – que o requisito visa garantir – já se encontra assegurada pela proibição de prestar a assistência com recurso a reservas indisponíveis (art. 322.º, n.º 2 *in fine* e art. 64.º, n.º 4 da Directiva de 2017). Pelo facto de só poderem ser utilizadas reservas disponíveis é também excessivo impor uma segunda barreira quantitativa, traduzida no dever da sociedade de inscrever no seu balanço uma reserva indisponível de valor correspondente ao valor da assistência concedida (art. 64.º, n.º 4 da Directiva de 2017 *in fine*). Por último, a aprovação pela AG não deveria ser sempre obrigatória. Em alternativa, a aprovação pelos accionistas poderia estar limitada a actos de assistência acima de determinado montante, ou o conselho de administração poderia ficar vinculado a um dever de reportar à AG toda a informação que devesse constar do relatório

⁸¹ §81 do Preâmbulo, lido em conjunto com art. 64.º, n.º 1.

explicativo previsto no art. 64.º, n.º 3 da Directiva de 2017, p. ex., na AG anual. Julgamos, portanto, que o nosso regime jurídico não beneficiaria da “transposição” do art. 64.º.

Por conseguinte, até que o regime jurídico europeu desonere este tipo de operações, a única via que permitirá legitimar os actos de assistência financeira é a *via interpretativa*, restringindo o âmbito do art. 322.º, n.º 1 aos casos em que a facilitação da aquisição ou reforço de posição accionista seja o *motivo determinante* da operação globalmente considerada e *comum* às partes. Como referimos, a assistência financeira é amiúde parte de operações complexas e o seu fim último raramente se resume ao fim proibido pelo art. 322.º, n.º 1, o que reduz significativamente o âmbito de aplicação da norma.

Além disso, sem prejuízo do que dissemos sobre o primado da lei nacional⁸², os tribunais não devem ser alheios à evolução do direito europeu, já que nele se encontram as normas originárias do art. 322.º, aos avanços nos regimes de assistência financeira de outros países e aos contributos mais recentes da doutrina, enquanto fonte mediata de Direito.

Por todos estes motivos defendemos que os tribunais estão em condições de considerar a possibilidade de interpretar o art. 322.º, n.º 1 de forma *restritiva* e *actualista*. A redução é *teleológica*, porque há que limitá-la ao «âmbito de aplicação que lhe corresponde segundo o fim da regulação»⁸³. A interpretação deve ser *actualista* para considerar as condições específicas do tempo em que a norma é aplicada, conforme imposto pelo art. 9.º, n.º 1 *in fine* do CC (embora limitada pela *ratio* e pelos elementos gramatical e sistemático do art. 322.º, n.º 1).

Sem prejuízo, os elementos gramatical e sistemático do regime da assistência financeira não permitem concluir que quaisquer casos subsu-míveis no art. 6.º, n.º 3 estão excluídos da proibição do art. 322.º, n.º 1. Na prática, ou a assistência financeira tem como objectivo realizar um propósito diferente e preponderante – p. ex. a expansão da actividade ou a solvência da sociedade-assistente, ou a sustentabilidade de uma sociedade do grupo a que pertence – e se subsume numa das situações do art. 6.º, n.º 3, ou é nula.

O paradigma de proibição quase-absoluta subjacente ao art. 322.º poderá vir a ser alterado na prática, por via jurisprudencial. Naturalmente, também nas hipóteses legitimáveis por via interpretativa a assistência só será lícita se for prestada em conformidade com o limite previsto no final

⁸² V. ponto 2.

⁸³ KARL LARENZ, *Metodologia da Ciéncia do Direito*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2.ª ed., 1969, pp. 473-474.

do art. 322.º, n.º 2. Defender o contrário seria admitir um regime menos restritivo para as hipóteses que não estão expressamente salvaguardadas na letra da lei.

Admitindo a licitude da assistência financeira para além do art. 322.º, n.º 2 mediante a interpretação restritiva e actualista do n.º 1, não é claro se a assistência concedida a *terceiros*⁸⁴ deve depender de aprovação do órgão de administração ou da AG da sociedade-assistente. Recordemos que a prestação de garantias – e por maioria de razão a concessão de fundos – pelas sociedades anónimas é matéria de gestão e que, por norma, os accionistas só deliberam sobre matérias de gestão a pedido dos órgãos de administração (arts. 406.º, al. f) e 373.º, n.º 3). Atendendo ao silêncio da lei quanto ao órgão competente para aprovar as operações previstas no n.º 2, parece-nos que a *regra* deve ser a de que tanto os actos previstos no n.º 2 como os que vierem a ser excluídos do n.º 1 por via interpretativa devem ser aprovados pelo órgão de administração, salvo se os estatutos sociedade-assistente exigirem a aprovação dos actos relevantes pela AG, os administradores optarem por sujeitar o assunto a deliberação dos accionistas nos termos gerais do CSC ou se concluir que a aprovação se insere no âmbito de competências “implícitas” (ou “não escritas”) da AG⁸⁵.

⁸⁴ A assistência financeira prestada a accionistas deverá ficar sujeita à aprovação dos accionistas, por força da regra geral prevista no art. 31.º, n.º 1.

⁸⁵ A doutrina das competências “implícitas” entende que deve ficar reservada aos accionistas a decisão sobre actos de gestão que «tenham impacto sobre os fundamentos, a natureza e estrutura da sociedade análogo ao de algumas decisões que o [CSC] reserva aos accionistas». A determinação da relevância dos actos faz-se por referência a critérios *qualitativos*, atendendo à *natureza dos actos* (p. ex., actos de gestão que «tenham um impacto especialmente significativo na participação social (nos direitos sociais ou no interesse económico subjacente) e/ou impliquem “modificações estruturais” da sociedade, ainda que sem alteração do contrato de sociedade») e *quantitativos*, atendendo à *expressão económico-financeira dos actos para a sociedade* (i.e. actos que correspondam a uma certa percentagem da actividade global, dos activos ou de outro parâmetro relevante para a sociedade que se tome como referência). Segundo a doutrina portuguesa mais recente as consequências da violação das competências “implícitas” dos accionistas pelo órgão de gestão podem ser (i) a responsabilidade civil dos administradores e a nulidade da deliberação do conselho de administração, por violação do art. 344.º do CC e tendo por referência as al. b) e c) do art. 411.º, n.º 1, ou (ii) a responsabilidade civil dos administradores e a destituição com justa causa por violação do seu dever de lealdade «de submeter o acto de gestão a deliberação dos accionistas» (al. b) do art. 64.º, n.º 2), quando não estejam reunidos os requisitos para recorrer ao art. 334.º do CC. V., por todos, DAVID FERNANDES DE OLIVEIRA FESTAS, *Das Inibições de Voto dos Sócios por Conflito de Interesses com a Sociedade nas Sociedades Anónimas e por Quotas*, Tese de Doutoramento, Universidade de Lisboa, Faculdade de Direito, 2017 (não publicada), pp. 863-868, n. 3265. Hipoteticamente, a aprovação da assistência poderá recair no âmbito das competências implícitas dos accionistas no caso extremo

Contra este entendimento poder-se-ia argumentar que o art. 322.º se insere no regime jurídico das acções próprias, cuja aquisição é, por norma, aprovada pela AG (art. 319.º). No entanto, o regime da assistência financeira tem natureza especial dentro do regime das acções próprias e não há razão para aplicar analogicamente o dever de aprovação prévia pela AG previsto no art. 319.º, n.º 1⁸⁶. Assim, e sem prejuízo das ressalvas que fizemos, não existe um dever geral de sujeitar actos potencialmente qualificáveis como assistência financeira à aprovação prévia dos accionistas. Além disso, de um ponto de vista meramente prático, um dever geral de sujeição poderia gerar perdas de eficiência na tomada de decisões de gestão, sobretudo em sociedades anónimas em que a propriedade não está concentrada.

de oneração de todo o activo da sociedade-assistente; pense-se, também, na oneração de uma patente detida por uma empresa tecnológica que seja essencial para a sua operação. Sem colocar expressamente a questão do prisma das competências implícitas, no sentido de que a assistência financeira prestada no limite dos bens distribuíveis é lícita desde que aprovada mediante deliberação dos accionistas, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *op. cit.*, pp. 226-227. Considerando todos os riscos associados à operação, a estratégia de gestão mais avisada consistirá em submeter o assunto a deliberação dos accionistas sempre que subsistam dúvidas sobre o seu impacto na sociedade e na posição dos accionistas, de modo a reforçar a legitimidade “política” para executar a operação, ainda que o órgão de gestão a tal não esteja obrigado. V., em geral, DAVID FERNANDES DE OLIVEIRA FESTAS, *op. cit.*, p. 868. A título de exemplo, será aconselhável obter a aprovação prévia da AG quando: (i) o valor do acto de assistência seja elevado tendo em conta a actividade da empresa e o património desta, ainda que não preencha os pressupostos qualitativos e quantitativos do dever de submissão do assunto a deliberação dos accionistas; (ii) exista o risco de accionistas não-assistidos impugnarem o negócio, com fundamento no art. 322.º, n.º 1 ou na violação do princípio da igualdade de tratamento dos accionistas.

⁸⁶ Se assim fosse dever-se-ia perguntar se os requisitos previstos nas al. a) a d) do art. 319.º, n.º 1 se deveriam aplicar analogicamente.

RESUMO: No presente texto procuraremos compreender o que é ou o que pode ser o *propósito societário*, se e de que modo é que este conceito se poderá enquadrar no nosso ordenamento jurídico e, por último, discutir se a implementação de um *propósito societário* poderá ser, como muitos parecem entender, a solução que permitirá reorientação da atividade empresarial para um modo de funcionamento mais sustentável e benéfico para a comunidade e para o planeta.

Palavras-chave: Sociedades; Governação das sociedades; *Corporate Purpose*; *Raison d'être*; Propósito societário; Interesse social.

ABSTRACT: In this paper we will try to understand what is or what can be the so called corporate purpose, if and in what way this concept can fit into the Portuguese legal system and, finally, to discuss if the implementation of a corporate purpose can be, as many seem to understand, the solution that will allow the reorientation of companies' activity towards a more sustainable and beneficial way of functioning, both for the community and for the planet.

Keywords: Companies; Corporate Governance; Corporate Purpose; *Raison d'être*; Company's interest.

RUI CARDINAL CARVALHO*

Corporate Purpose: revolução ou utopia no Direito societário?

I. Introdução

No final dos anos 90 do século passado, Jack Welch, o então CEO da gigante multinacional de origem norte-americana General Electric, foi questionado sobre se a General Electric pretendia acompanhar a tendência de realização de cisões nos grandes conglomerados norte-americanos com vista à redução da sua dimensão e à especialização em áreas de negócio específicas. A resposta do CEO foi concisa e assertiva: «**We are a company intent on getting bigger, not smaller. The only answer to the trendy question “what do you intend to spin off?” is “cash, and lots of it”**¹ (negrito nosso).

* Advogado (Abreu Advogados); Doutorando na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

¹ Cfr. IAN KING, *General Electric: Break-up of symbol of US industrial power signals the end of an era*, 10.11.2021, disponível em «<https://news.sky.com/story/general-electric-break-up-of-symbol-of-us-industrial-power-signals-the-end-of-an-era-12464690>» (últ. consulta em 22.11.2021).

Cerca de 25 anos depois, a 9 de novembro de 2021, a General Electric anunciou que, até ao início de 2024, se iria cindir em 3 sociedades cotadas distintas, de dimensão global, cada uma delas dedicadas a uma área de negócio específica, a saber, *energia, cuidados de saúde e aviação*².

Fundamentando esta decisão, o atual CEO da General Electric, Larry Culp, explicou que «**By creating three industry-leading, global public companies, each can benefit from greater focus, tailored capital allocation, and strategic flexibility to drive long-term growth and value for customers, investors, and employees**³» (negrito nosso). Em coerência com estas declarações, a cada uma das 3 sociedades cotadas que serão constituídas será atribuído um objetivo último, uma aspiração, ou, se assim se preferir... um *propósito*. Estes propósitos são expressos em 3 simples orações, que rezam como segue: «Aviation, shaping the future of flight»; «Healthcare, at the center of precision health»; «Renewable Energy, Power, and Digital, leading the energy transition»⁴.

Abstraindo-nos dos concretos pormenores da operação de reestruturação visada pela General Electric, a análise dos dados acima apresentados permite-nos identificar uma clara evolução do tipo de discurso utilizado pelos CEOs deste conglomerado que, mais do que traduzir diferentes estilos de comunicação, ilustra uma modificação profunda no modo como a General Electric se apresenta no mercado e (pelo menos aparentemente) define os objetivos em função dos quais pretende conduzir a sua atividade.

Com efeito, onde antes se falava tão-só em crescimento contínuo e distribuição de lucros aos acionistas, hoje, 25 anos depois, fala-se em crescimento sustentado e criação de valor no longo prazo, não apenas para os investidores/acionistas, mas também para os consumidores e trabalhadores, enquanto partes interessadas na sociedade, colocando-se (no discurso) todos estes sujeitos no mesmo plano de relevância.

O caso concreto da General Electric é apenas um exemplo ilustrativo de uma mudança mais geral no modo como é perspetivada a *vexata quaestio* relativa à definição do equilíbrio entre os interesses das diferentes partes interessadas nas sociedades comerciais, que se vem fazendo sentir de forma particularmente intensa na última década. Esta questão, que desde os primórdios do Direito das Sociedades tem recebido diferentes respostas, ora mais favoráveis aos interesses egoísticos dos acionistas (perspetivas

² Cfr. STEVE WINOKER, *GE Announces Plans to Form Three Public*, 2021, disponível em «<https://www.ge.com/news/reports/ge-announces-plans-to-form-three-public-companies>» (últ. consulta em 22.11.2021).

³ *Idem ibidem*.

⁴ «<https://www.ge.com/>» (últ. consulta em 22.11.2021).

de *shareholder-value*), ora mais favoráveis aos interesses de outras partes interessadas na sociedade (perspetivas de *stakeholder-value*)⁵, parece, neste momento histórico em que nos situamos, ser crescentemente respondida em favor deste segundo grupo de sujeitos⁶.

Efetivamente, a constatação da dimensão e do profundo impacto global das externalidades negativas da atividade das grandes sociedades⁷ tem vindo a justificar que a conceção tradicional da sociedade comercial como pessoa legal/instrumento cuja função social primeira é gerar lucros para os

⁵ Neste sentido, *vide* MARCO VENTORUZZO, *On «Prosperity» by Colin Mayer: Brief Critical Remarks on the (Legal) Relevance of announcing a Multi-Stakeholders «Corporate Purpose»*, Bocconi Legal Studies Research Paper No. 3546139, disponível em «<https://ssrn.com/abstract=3546139>» (últ. consulta em 22.11.2021), p. 3, para quem «(...) the question of the balance among the interests of different stakeholders is at least as old as the history of corporate law, and actually older: from the never-ending debate between "contractualism" and "institutionalism", "shareholders-" and "stakeholder-value," to Renaissance merchants advocating the importance of ethics in business activities, the pendulum has never stopped swinging from these different views and priorities». Para uma análise desta questão e da evolução das respostas que, entre 1776 e 2011, lhe foram sendo dadas nos Estados Unidos da América, *vide* o excelente estudo de ARCHIE B. CARROL, KENNETH J. LIPARTIO, JAMES E. POST, PATRICIA H. WERHANE e KENNETH E. GOODPASTER, *Corporate Responsibility: The American Experience*, Ed. KENNETH E. GOODPASTER, Cambridge University Press, Cambridge, 2012.

⁶ A favor desta conclusão são amiúde referidas a carta de Larry Fink, CEO da colossal gestora de investimentos BlackRock, LARRY FINK, *Letter to CEOs, A Sense of Purpose*, janeiro de 2018, disponível em «<https://corpgov.law.harvard.edu/2018/01/17/a-sense-of-purpose/>» (últ. consulta em 24.11.2021), em que este declarou que «Companies must benefit all of their stakeholders, including shareholders, employees, customers, and the communities in which they operate.», bem como a declaração da *Business Roundtable* de 2019, AMERICAN BUSINESS ROUNDTABLE, *Statement on the Purpose of a Corporation*, disponível em «<https://www.businessroundtable.org/business-roundtable-redefines-the-purpose-of-a-corporation-to-promote-an-economy-that-serves-all-americans>» (últ. consulta em 24.11.2021), onde os subscriptores assumiam o seguinte compromisso: «We commit to deliver value to all of [our stakeholders], for the future success of our companies, our communities and our country». Em todo o caso, como bem assinala J. M. COUTINHO DE ABREU, «Estado de direito e empresa (sociedade) de direito», in *DSR*, vol. 26, 2021, p. 26, esta segunda declaração não será porventura o melhor exemplo de mudança efetiva, uma vez que as declarações pré-pandemia favoráveis aos *stakeholders* não se traduziram (antes pelo contrário) em atuações pró-*stakeholders* durante o período pandémico.

⁷ Referimo-nos, sem qualquer pretensão de exaustividade, à violação de direitos fundamentais com reconhecimento tendencialmente universal, ao consumo voraz e insustentável dos recursos naturais do planeta, à criação e intensificação de profundas desigualdades sociais por força de uma excessiva concentração da riqueza, à erosão do estado de direito democrático, seja através de atos de corrupção, seja através do exercício de influência indevida no processo democrático e, bem assim, à destruição de bens comuns da Humanidade, presente e futura, como o ambiente.

seus acionistas⁸ seja colocada em causa⁹, exigindo-se alternativas que permitam reorientar as sociedades comerciais (em particular, as sociedades de maior dimensão) e a sua atividade para um modo de funcionamento mais sustentável e benéfico para a comunidade e para o planeta¹⁰.

Por outras palavras, pode dizer-se que as circunstâncias essenciais com base nas quais foi celebrado o contrato social¹¹ entre a sociedade civil, o Estado e as sociedades comerciais, modificaram-se de forma radical, começando a constatar-se que todos os benefícios associados à atividade empresarial, mesmo quando complementados com o recurso a iniciativas voluntárias de cariz social e caritativo, já não são suficientes para justificar a tolerância das externalidades negativas associadas a tal atividade. Como consequência, conclui-se que os termos essenciais deste contrato devem ser renegociados, ganhando força o entendimento segundo o qual a legiti-

⁸ Reportamo-nos à conceção eloquentemente defendida por MILTON FRIEDMAN, «The Social Responsibility of Business Is to Increase Its Profits», in *The New York Times Magazine*, 1970, disponível em «<https://www.nytimes.com/1970/09/13/archives/a-friedman-doctrine-the-social-responsibility-of-business-is-to.html>» (últ. consulta 22.11.2021), e que, de forma mais ou menos intensa, tem dominado o modo como, nas últimas décadas, concebemos e enquadrados as sociedades comerciais e a sua função social.

⁹ Neste sentido, GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, «Sustentabilidade, Grupos de Interesse e Propósito Empresarial: um novo paradigma para a empresa e o mercado de capitais», in *Cadernos do Mercado de Valores Mobiliários sobre os 20 anos do Código dos Valores Mobiliários*, disponível em «<https://www.cmvm.pt/pt/EstatisticasEstudosEPublicacoes/CadernosDoMercadoDeValoresMobiliarios/Documents/20%20Anos%20do%20C%C3%B3digo%20dos%20Valores%20Mobili%C3%A1rios.pdf>» (últ. consulta em 22.11.2021), p. 737.

¹⁰ De forma particularmente impressiva, BEATE SJÅFJELL, ANDREW JOHNSTON, LINN ANKER-SØRENSEN E DAVID MILLON, «Shareholder primacy: the main barrier to sustainable companies», in *Company Law and Sustainability*, Cambridge University Press, Ed. BEATE SJÅFJELL E BENJAMIN J. RICHARDSON, Cambridge, 2015, p. 79, escrevem que «While we may well agree that the company is an ingenious invention, we also know that ‘business as usual’ is not viable if we wish to preserve the very basis of our existence. Our own well-being and that of future generations depend on companies, the dominant form of business, contributing to the transformation towards sustainability» (negrito nosso).

¹¹ O recurso à imagem do «contrato social» no sentido geral em que a mesma é utilizada pelo filósofo contratualista JOHN LOCKE, *Dois Tratados sobre o Governo* (1689), isto é, como esquema de representação do nexo de direitos e deveres recíprocos existente entre as respetivas partes (indivíduos e governo) e com base nas quais se estrutura uma dada sociedade, pertence a ARCHIE B. CARROL, KENNETH J. LIPARTIO, JAMES E. POST, PATRICIA H. WERHANE E KENNETH E. GOODPASTER, ob. cit., pp. 36 e ss. e 380 e ss. Pertence também a estes Autores, ob. e loc. cit., a ideia de que as sociedades comerciais, porque são entidades dotadas de personalidade jurídica que desempenham um papel de relevo na nossa sociedade, podem ser consideradas como uma terceira parte que veio subscrever o contrato social originalmente bilateral e, nessa medida, são verdadeiros centros de imputação autónoma de uma parte dos direitos e deveres sociais que compõem o suprarreferido nexo.

mação social da atividade empresarial deve passar a depender de algo mais do que aquilo que tem vindo a ser exigido até agora¹².

Esta é, parece-nos, a motivação subjacente às propostas que propugnam que as sociedades comerciais em geral, e, em particular, as grandes sociedades cotadas, devem adotar um *corporate purpose*, um *propósito* para a sua existência e atividade, que vá além da mera produção de resultados económicos para os respetivos acionistas. Estas propostas, geradas e difundidas com sucesso no universo da gestão empresarial¹³, foram também recebidas com entusiasmo pela sociedade civil e pela academia, sendo hoje já muito relevante o número de grandes sociedades que manifestaram a sua adesão à cultura do *corporate purpose*¹⁴.

Entre nós, este movimento não tem sido objeto de grande atenção por parte dos cultores do Direito societário¹⁵. Não obstante, o relevo crescente que o mesmo tem vindo a assumir no panorama internacional justifica, no nosso entender, que se procure compreender o que é então o *corporate purpose*, perceber se e de que modo é que este conceito se poderá enquadrar no nosso ordenamento jurídico e determinar se, à luz das conclusões alcançadas nos dois pontos anteriores, a implementação de um *corporate purpose* poderá ser a resposta à necessidade de reorientação do sentido da atividade empresarial acima colocada em evidência.

¹² Sem prejuízo do que em texto fica dito, importa destacar que esta flutuação dos termos do contrato social não é uma novidade do nosso tempo, sendo antes um fenómeno que durante toda a evolução do Direito das sociedades se fez sentir. Neste sentido, ARCHIE B. CARROL, KENNETH J. LIPARTIO, JAMES E. POST, PATRICIA H. WERHANE e KENNETH E. GOODPASTER, ob. cit., p. 417, destacam que, ao longo da história do Direito das sociedades nos Estados Unidos da América, «The pattern of public demand has been for *power* to be accompanied by *responsibility* and for *responsibility* to be accompanied by *rights*, until and unless the affirmation of corporate rights becomes costly to individual rights or the common good».

¹³ Neste sentido, com exemplos ilustrativos, cfr. HOLGER FLEISCHER, *Corporate Purpose: A Management Concept and its Implications for Company Law*, ECGI Law Working Paper N.º 561/2021, 2021, disponível em «<https://ssrn.com/abstract=3770656>» (últ. consulta em 22.11.2021), p. 2, nt. 3.

¹⁴ Também assim, *Idem ibidem*, escrevendo que «Politicians, church leaders and NGOs join in the chorus. Given this broad academic support and public acclaim, it is hardly surprising that nearly every board of a major company is now striving for such a higher purpose».

¹⁵ Sem prejuízo, é possível encontrar já algumas referências à matéria. A título de exemplo, *vide* GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, ob. cit., p. 739, e RUI PEREIRA DIAS e MAFALDA DE SÁ, «Deveres dos Administradores e Sustentabilidade», in *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito PPGDir./UFRGS*, vol. 16, n.º 1, 2021, pp. 144 e ss.

II. A adoção de um *corporate purpose* como solução para o problema da legitimação social da atividade empresarial – a proposta de Colin Mayer

Colin Mayer é um dos Autores identificados como pioneiro do mais recente movimento favorável à imposição de uma exigência acrescida de legitimação social da atividade das sociedades comerciais. Na sua aclamada obra *Prosperity*¹⁶, este Autor apresenta e defende uma conceção alternativa do papel desempenhado pelas sociedades comerciais assente na ideia fundamental da definição de um *corporate purpose* ou *propósito societário*, em função do qual aquelas sociedades deverão orientar toda a sua atividade.

No entender deste Autor, as sociedades comerciais, sem prejuízo de possuírem personalidade jurídica própria, podem, na sua essência, ser perspetivadas como um *nexo de relações*¹⁷. Estas relações baseiam-se na confiança, e esta só pode existir quando as sociedades sinalizam a sua capacidade para assumir e manter *compromissos*. Na posição defendida por Mayer, a sinalização desta capacidade só pode ser levada a cabo quando uma sociedade comercial identifica e assume o seu *propósito societário*. Para o Autor, este *propósito* é o ponto de referência fixo que, na prática, permitirá

¹⁶ COLIN MAYER, *Prosperity: better business makes the greater good*, Oxford University Press, Oxford, 2018. Para um resumo e síntese crítica da obra e das propostas que nela são apresentadas *vide* GUIDO FERRARINI, *An Alternative View of Corporate Purpose: Colin Mayer on Prosperity*, Genoa Centre for Law and Finance Working Paper, 2020, disponível em «<https://ssrn.com/abstract=3552156>» (últ. consulta em 22.11.2021) e, ainda, MARCO VENTORUZZO, ob. cit. Para uma reflexão sobre a função do Direito societário motivada pelas propostas de COLIN MAYER, *vide* PAUL DAVIES, *Introduction to Company Law*, 3.^a Ed., 2020, Oxford University Press, Oxford, pp. 332 a 341. Para uma visão crítica das propostas de COLIN MAYER, *vide* LUCIAN A. BEBCHUK e ROBERTO TALLARITA, *The Illusory Promise of Stakeholder Governance*, Social Science Research Network Electronic Paper Collection, disponível em «<https://papers.ssrn.com/abstract=3544978>» (últ. consulta em 22.11.2021). A par de COLIN MAYER, é frequente encontrarmos também referência a ALEX EDMANS, *Grow the Pie: How Great Companies Deliver Both Purpose and Profit*, Cambridge University Press, Cambridge, 2020, como Autor pioneiro do movimento referido em texto. Apesar de existirem diferenças nas propostas defendidas por COLIN MAYER e ALEX EDMANS nas respetivas obras, entendemos que ambos partilham uma visão comum no que concerne aos aspectos estruturais do movimento que representam. Por esta razão, e considerando também a prioridade temporal da obra de COLIN MAYER, optámos por concentrar a nossa atenção nesta última como ponto de partida para a nossa análise. Em todo o caso, para uma síntese crítica das propostas de ALEX EDMANS, *vide* GUIDO FERRARINI, *Corporate Purpose and Sustainability*, ECGI Law Working Paper Nº 559/2020, 2020, disponível em «<https://ssrn.com/abstract=3753594>» (últ. consulta em 22.11.2021), pp. 43 a 47.

¹⁷ COLIN MAYER, ob. cit., pp. 39 e 150 e ss.

aos terceiros que com a sociedade se relacionam avaliar se esta atua em conformidade com a meta que se autoimpôs e, nessa medida, se é capaz de manter os seus compromissos¹⁸.

No que respeita ao conceito de *corporate purpose*, Mayer define-o, em termos gerais, como sendo a razão da existência de uma sociedade comercial, o seu objetivo último, e não um objetivo intermédio ou lateral que pode ser prosseguido no caminho para a realização de um outro fim¹⁹. Concretizando esta formulação abstrata e algo tautológica, o Autor esclarece que o *propósito societário* das sociedades é produzir soluções para os problemas das pessoas e do planeta e, como consequência derivada dessa atividade, produzir lucros²⁰. Por conseguinte, na perspetiva de Mayer, a obtenção de lucro não é – não pode ser –, o *propósito último* das sociedades comerciais, uma vez que estas, como qualquer outro instrumento, são constituídas para desempenhar uma função, sendo o lucro uma mera consequência do desempenho da função para que foram constituídas²¹.

Partindo desta premissa essencial, o Autor defende que o Direito societário deve ser reestruturado em função do conceito de *corporate purpose*, propondo, desde logo, que o legislador imponha às sociedades comerciais a definição de um *propósito societário* nos respetivos estatutos e, bem assim, que estabeleça deveres legais de demonstração do modo como a concreta

¹⁸ *Idem*, ob. cit., p. 7, «It is only once one has defined a company's purposes that one can ascertain either its appropriate structure and conduct or its performance. Until one knows what the corporation has set out to do, one has nothing to say about how well it has done».

¹⁹ *Idem*, ob. cit., p. 6 «So the purpose of the corporation is its reason for existing. Tautological thought this may seem, it is actually of fundamental significance. It establishes purpose as an ultimate goal, not an intermediary objective in the attainment of something else».

²⁰ *Idem*, ob. cit. p. 40 e, em particular, p. 109, onde se escreve que «The purpose of companies is to produce solutions to problems of people and planet and in the process to produce profits, but profits are not per se the purpose of companies. They are derivative from purpose rather than fundamental in their own right».

²¹ *Idem*, ob. cit., p. 109, «Purpose (...) answers the question, *why does a company exist?* [ítálico nosso] (...) One obvious answer is to make profits. But that is no more of an answer than happiness is an answer to the purpose of life (...) The reason why companies exist is to do things, and their purpose is a statement of that». Apontando certeiramente a insuficiência deste argumento basilar de COLIN MAYER, PAUL DAVIES, ob. cit., p. 333, escreve que «One might turn the argument around. Without profits a company in the private sector of the economy will disappear in time. Consequently, one might say that success in achieving objectives is derivative on making profits and not an end in itself».

estrutura e atividade de cada sociedade concorre para a promoção do *propósito societário* estatutário²²⁻²³.

Quanto à eficácia das medidas propostas, Mayer entende que, uma vez corretamente implementadas, estas simples medidas permitirão/imporão a administração das sociedades comerciais em função do seu respetivo *propósito societário* e não em função de um qualquer conjunto de interesses, designadamente, do interesse dos sócios. Por esta razão, a implementação das propostas apresentadas alterará todo o panorama da atividade empresarial como o conhecemos e poderá constituir a resposta para a situação de falha sistemática em que nos encontrámos atualmente²⁴.

Como está bom de ver, a proposta do Autor, na medida em que postula o estabelecimento de verdadeiros deveres legais, não pode ser reconduzida ao domínio da responsabilidade social das empresas (*Corporate Social Responsibility*), dominado pela nota da *voluntariedade*. Acresce que são muito relevantes as consequências que, no entender do Mayer, poderão resultar da implementação das suas propostas. Na verdade, está em cima da mesa a possibilidade de reestruturar o Direito das sociedades como o conhecemos, de modo a utilizá-lo como solução autónoma para problemas sociais que, tradicionalmente, têm sido tratados com recurso a instrumen-

²² *Idem*, ob cit., p. 232, «Corporate law should require companies and financial institutions to articulate their purposes, incorporate them in their articles of association, and demonstrate how their corporate structures and conduct promote their purpose».

²³ Como medidas complementares da imposição da integração estatutária do *propósito societário*, COLIN MAYER apresenta, também, um outro conjunto de propostas de natureza legal, designadamente: (1) a ampliação do número de tipos legais de sociedade disponíveis para acomodar as necessidades de sociedades com distintos propósitos – ob. cit., p. 201, «Policy should therefore seek to promote companies of varied legal structures. This is key to successful development of purposeful companies and financial institutions because supportive legal structures are key to their formation.»; (2) a adoção de soluções de *corporate governance* que permitam o desenvolvimento e gestão das sociedades comerciais em função do respetivo *propósito societário* estatutariamente definido, ao invés de uma gestão subordinada aos interesses dos sócios – ob. cit., pp. 149 e ss.; (3) a diminuição do recurso a medidas regulatórias (salvo no caso das instituições financeiras) e a concentração no Direito das sociedades como fonte de soluções para a resolução dos problemas associados à atividade empresarial – ob. cit., pp. 167 e ss. e 232, «Regulation and corporate taxation should adopt policies of neutrality towards corporate structures by, for example, eliminating tax deductibility of interest payments (...) Purposeful corporations can resolve commitment problems that otherwise arise between the state and private-sectors providers of infrastructure».

²⁴ COLIN MAYER, ob. cit., p. 225, «The simple step of incorporating corporate purpose in company articles of association transforms the whole of corporate and institutional sector and, if effectively implemented, provides the answer to the question of how we can escape from the seemingly irresolvable systemic failure we have created».

tos externos a este ramo do Direito, designadamente, com recurso a regulação especializada (ambiental, laboral, fiscal, entre outras)²⁵.

Sem prejuízo de todo o potencial que é assinalado a esta possível solução, parece-nos que, na proposta de Mayer, o conceito de *corporate purpose*, não obstante ser a trave mestra que irá suportar todo o peso da mudança de paradigma proposta, se encontra, do ponto de vista jurídico, indefinido no seu conteúdo concreto, não resultando clara qual a sua possível localização sistemática no Direito das sociedades em geral e, para o que aqui mais nos interessa, no Direito societário português²⁶.

III. O *corporate purpose* no Direito comparado

III.1. O *corporate purpose* do Código de *Corporate Governance* de 2018 do Reino Unido

No Direito comparado é possível encontrar exemplos de ordenamentos jurídicos que, seja pela via de códigos de *corporate governance* não vinculativos (*soft law*), seja por via legislativa (*hard law*), incorporaram já o conceito de *corporate purpose* no plano jurídico.

Um exemplo destes ordenamentos é o Reino Unido, onde, na sequência da revisão de 2018 do Código de *Corporate Governance*²⁷, o conceito de *company purpose* passou a figurar proeminente na epígrafe da secção 1 deste documento, agora intitulada «Board Leadership and Company Purpose», e não apenas «Leadership», como sucedia na versão anterior. Para além desta referência, o conceito em questão passou a constar também do princípio B da secção 1 do CCG, de acordo com o qual «The board should establish the company's purpose, values and strategy, and satisfy itself

²⁵ É esta, de resto, a razão que leva alguns Autores a colocarem a hipótese de o debate em torno do *corporate purpose* se apresentar como mais do que uma mera moda anódina oriunda do universo da gestão ou como mais uma reedição inconsequente do debate BERLE-DODD. Assim, *vide* HOLGER FLEISCHER, ob. cit., p. 2, de acordo com quem «On closer inspection, however, this time a fundamental reorientation of the framework conditions for entrepreneurial activity could be in the offing (...)» e EDWARD ROCK, *For Whom is the Corporation Managed in 2020?*, ECGI Law Working Paper N° 515/2020, 2020, disponível em «<https://ssrn.com/abstract=3589951>» (últ. consulta em 22.11.2021), p. 5, para quem «From the perspective of corporate law, this current debate marks a dramatic change from the traditional understanding of corporate law's role and the division of labor between corporate law and other regulation.»

²⁶ Seguimos de perto o percurso traçado por HOLGER FLEISCHER, ob. cit., p. 9.

²⁷ Doravante, «CCG».

that these and its culture are aligned (...)²⁸ (destaque nosso) e, bem assim, do princípio P da secção 5 (*Remuneration*)²⁹. Não obstante estas múltiplas referências, o certo é que o CCG não apresenta qualquer definição do conceito em causa. Do mesmo modo, o *Financial Reporting Council*, entidade reguladora independente responsável pela redação e revisão do CCG, refere-se, nas suas orientações para aplicação deste código, ao *company purpose* como sendo a razão da existência de uma sociedade comercial, mas não fornece uma definição concreta do conceito³⁰.

Numa tentativa de concretização do conceito sob análise, David Kershaw e Edmund Schuster alertam que o termo *purpose* é utilizado, com diferentes significados, em diversas normas do *Companies Act* de 2006, e, como tal, o conceito de *company purpose* relevante para efeitos de aplicação do CCG terá de ser compatível com o Direito positivado naquele diploma legal. De facto, se assim não for, as recomendações constantes do CCG respeitantes ao *company purpose* terão de se considerar inaplicáveis por contrariarem norma hierarquicamente superior³¹. Mais ainda, o conceito em questão terá de ter um significado próprio, distinto daqueles com que o termo *purpose* é já utilizado no *Companies Act* de 2006, sob pena de ser redundante.

Desenvolvendo a sua argumentação, Kershaw e Schuster destacam que o termo *purpose* é utilizado no *Companies Act* de 2006 desde logo para se referir ao tipo de atividade económica que irá ser desenvolvida por uma sociedade e que, nos termos deste diploma legal, constituirá o seu objeto³². Simplesmente, considerando a tendencial irrelevância hodierna da doutrina *ultra vires* e a quase total obsolescência das cláusulas de objeto

²⁸ FINANCIAL REPORTING COUNCIL, *The UK Corporate Governance Code*, julho de 2018, disponível em «<https://www.frc.org.uk/getattachment/88bd8c45-50ea-4841-95b0-d2f4f48069a2/2018-UK-Corporate-Governance-Code-FINAL.pdf>» (últ. consulta em 23.11.2021).

²⁹ De acordo com este princípio, «Remuneration policies and practices should be designed to support strategy and promote long-term sustainable success. **Executive remuneration should be aligned to company purpose and values**, and be clearly linked to the successful delivery of the company's long-term strategy» (negrito nosso).

³⁰ FINANCIAL REPORTING COUNCIL, *Guidance on Board Effectiveness*, julho de 2018, disponível em «<https://www.frc.org.uk/getattachment/61232f60-a338-471b-ba5a-bfed25219147/2018-Guidance-on-Board-Effectiveness-FINAL.PDF>» (últ. consulta em 23.11.2021), cit. p. 6, «A company's purpose is the reason for which it exists. The board is responsible for setting and reconfirming the company's purpose».

³¹ DAVID KERSHAW e EDMUND SCHUSTER, *The Purposive Transformation of Corporate Law*, ECGI Law Working Paper N°616/2021, 2021, disponível em «<https://ssrn.com/abstract=3363267>» (últ. consulta em 23.11.2021), p. 6, que acompanharemos de perto nesta secção do texto.

³² *Idem*, p. 8, referindo-se à secção 7 (2) do *Companies Act* de 2006.

das sociedades no Reino Unido³³, por um lado, e o facto de a lei definir a assembleia geral como órgão (em regra) competente para definir o objeto da sociedade, por outro, os Autores afastam a possibilidade de o CCG e o Financial Reporting Council utilizarem o conceito de *company purpose* como mero sinónimo do conceito de *atividade económica desenvolvida pela sociedade*³⁴.

Continuando a sua análise, os mesmos Autores apontam que o termo *purpose* é utilizado também na secção 172 (2)³⁵ do *Companies Act* de 2006, desta feita com o significado de *interesse social*, conceito que, em articulação com o disposto na secção 172 (1) do mesmo código, deve ser interpretado como correspondendo ao sucesso da sociedade para proveito dos respetivos sócios nessa qualidade, ainda que considerando (*subordinadamente*) os diversos elementos constantes das als. (a) a (f) desta norma, designadamente os interesses de outras partes interessadas na sociedade³⁶. Ora, de acordo com Kershaw e Schuster, o termo *purpose*, entendido no sentido agora apresentado, corresponde a uma característica estrutural do arquétipo de sociedade comercial consagrado no *Companies Act* de 2006, que, de acordo com a jurisprudência maioritária, só mediante deliberação da assembleia geral, aprovada com a maioria qualificada necessária para a modificação dos estatutos, pode ser alterada³⁷. Nesta medida, o *company purpose* previsto no CCG não pode ser interpretado como sinónimo do *interesse social* relevante para a aplicação da secção 172 do *Companies Act* de 2006, sob pena de se alcançar a conclusão inaceitável de que o CCG

³³ Cfr. *Idem, ibidem*, para quem «Objects clauses for most U.K. companies became practically defunct during the course of the twentieth century as a result of both broad drafting of the objects clause and, for third parties, legislative interventions. Under the current law, objects restrictions are now entirely irrelevant for most U.K. companies, because company objects are now unrestricted, unless a company's constitutional documents provide otherwise».

³⁴ *Idem, ibidem* p. 9.

³⁵ «[W]here or to the extent that the **purposes** of the company consist of or include **purposes** other than the benefit of its members, subsection (1) has effect as if the reference to **promoting the success of the company** for the benefit of its members were to achieve **those purposes**» (negrito nosso)

³⁶ O preceito reconhece relevância aos interesses de partes interessadas na sociedade para além dos respetivos sócios, mas, como certamente sublinha J. M. COUTINHO DE ABREU, «CSR – "responsabilità" senza responsabilità (legale)», in *Giurisprudenza Commerciale*, n.º 46.6, 2019, 1092, deixa claro que é o interesse destes últimos que tem primazia sobre os demais. Para uma análise desenvolvida do preceito e da perspetiva do «enlightened shareholder value» que o mesmo consagra, *vide* entre nós, CATARINA SERRA, «Entre Corporate Governance e Corporate Responsibility: Deveres fiduciários e "interesse social iluminado"», *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, 2011, pp. 221 a 240.

³⁷ Cfr. DAVID KERSHAW e EDMUND SCHUSTER, ob cit., p. 10.

atribui ao conselho de administração uma competência que, segundo a jurisprudência maioritária, está legalmente reservada à assembleia geral³⁸.

Por forma a superar o obstáculo acima assinalado, Kershaw e Schuster propõem que o *company purpose* relevante para efeitos de aplicação do CCG seja definido como uma versão viva daquilo que é a atividade económica da sociedade, teleologicamente orientada para a prossecução de uma mais ou menos concreta aspiração, que poderá ser qualquer uma, enquanto seja uma aspiração legal³⁹.

Com aquela configuração, que aproxima o conceito sob análise de uma ideia de missão da sociedade, o conselho de administração já poderá, dentro dos limites balizados pelo *interesse social* – o *company purpose* não poderá ser prosseguido contra ou apesar do interesse dos sócios –, não tanto *definir*, mas antes *interpretar*, qual o *company purpose* visado pelos sócios com a constituição da sua sociedade e, nessa sequência, administrar esta última tomando também em consideração este elemento⁴⁰.

III.2. A *Raison d'être* da *Loi PACTE* de 2019 de França

De modo diferente do que vimos suceder no caso do Reino Unido, em que o *purpose* se aproximou do domínio do jurídico através de um mecanismo de *soft law*, em França o movimento do *corporate purpose* alcançou mesmo, de forma pioneira, acolhimento legal.

Através da chamada Lei *PACTE*, de 22 de maio de 2019⁴¹, o legislador francês veio introduzir um conjunto de alterações muito significativas numa série de diplomas legais, entre os quais o Código Civil francês⁴², tendo em vista a concretização de um projeto mais vasto de redefinição do papel das sociedades comerciais, orientado para a promoção de um

³⁸ *Idem*, pp. 10 e 11.

³⁹ Assim, *Idem*, pp. 11 e 12, escrevendo que «Purpose then is about what the company does (...) but it is an animated version of what it does – a corporate and societal mission which levitates out of what it prosaically does (...) There are no parameters for such purposes, apart from lawful activity. They can be animated ideas about, for example, transformative technology, getting rich, helping others, saving the environment, or providing high-tech weaponry».

⁴⁰ *Idem*, pp. 15 a 19, sublinhando as limitações que decorrem do regime vertido na secção 172 do *Companies Act* de 2006.

⁴¹ *Loi n° 2019-486 du 22 mai 2019 relative à la croissance et la transformation des entreprises*, disponível para consulta em «<https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORF-TEXT000038496102/>» (últ. consulta em 22.11.2021). Doravante, a «*Loi Pacte*».

⁴² Doravante, «CCivFr».

modelo de capitalismo mais responsável e, porventura, mais sensível às necessidades sociais⁴³.

De entre as múltiplas alterações levadas a cabo por esta profunda reforma legal, destaca-se, pela sua relevância para o objeto do presente texto, a introdução, no artigo 1835.^º do CCivFr, de uma referência expressa ao conceito de «*raison d'être*», que veio concretizar a importação, com força de lei, do movimento do *corporate purpose*⁴⁴.

Esta alteração foi recebida com duras críticas, quer durante o processo legislativo⁴⁵, quer na doutrina⁴⁶, pelo facto de consubstanciar o acolhimento legal de um conceito «nebuloso, incompatível com aquilo que deve ser um conceito jurídico»⁴⁷, sendo uma potencial fonte de incerteza e segurança jurídicas⁴⁸.

⁴³ Neste sentido, destacando a relevância da dimensão política da reforma operada pela *Loi Pacte*, *vide* PIERRE-HENRI CONAC, «Le nouvel article 1833 du Code civil français et l'intégration de l'intérêt social et de la responsabilité sociale d'entreprise: constat ou révolution?», in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, n.º 3/2019, G. Giapichelli Editore, Torino, p. 500. A reforma legal foi fortemente inspirada pelo relatório de NICOLE NOTAT E JEAN-DOMINIQUE SENARD, *L'entreprise, objet d'intérêt collectif*, disponível em «https://www.economie.gouv.fr/files/files/PDF/2018/entreprise_objet_interet_collectif.pdf» (últ. consulta em 22.11.2021), cuja análise se afigura deveras útil para a compreensão das motivações subjacentes à aprovação da *Loi Pacte*.

⁴⁴ Para além desta alteração significativa, importa, ainda, destacar a modificação do art. 1833.^º do CCivFr, mediante a integração neste preceito do conceito de «interesse social» e, bem assim, a criação de um novo tipo legal de sociedade, a *société à mission*, através da introdução de um conjunto de artigos no Código Comercial Francês. A primeira destas medidas consubstanciou-se na introdução de um novo parágrafo no art. 1833.^º do CCivFr, nos termos do qual se impõe que «A sociedade [seja] gerida no seu interesse social, tomando e consideração os desafios sociais e ambientais da sua atividade» (tradução livre nossa). Esta alteração consubstancia uma modificação radical na conceção tradicional da sociedade comercial, provocando uma ampliação bastante significativa do universo de interesses que, a par do interesse comum dos sócios (cfr. art. 1833.^º, primeiro parágrafo, do CCivFr), terão de passar a ser considerados na gestão da sociedade. Sobre esta alteração, com fortes críticas e expressão de receios quanto às potenciais consequências práticas da opção do legislador, *vide* PIERRE-HENRI CONAC, ob. cit., pp. 497 a 516. Sobre o regime relativo à nova *société à mission*, *vide* SOPHIE SCHILLER, «L'évolution du rôle des sociétés depuis la loi PACTE», in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, n.º 3/2019, G. Giapichelli Editore, Torino, pp. 529 a 531.

⁴⁵ Neste sentido, HOLGER FLEISCHER, ob. cit., p. 18, nt. 127.

⁴⁶ Neste sentido, *vide* ISABELLE URBAIN-PARLEANI, «L'article 1835 et la *raison d'être*», in *Orizzonti del Diritto Commerciale*, n.º 3/2019, G. Giapichelli Editore, Torino, p. 535.

⁴⁷ Cfr. ALAIN VIANDIER, «La *raison d'être* d'une société (C. civ. Art. 1835)», in *Bulletin Rapide Droit des Affaires*, n.º 10, 2019, *apud* ISABELLE URBAIN-PARLEANI, ob. cit., p. 535 (tradução livre nossa).

⁴⁸ Cfr. ISABELLE URBAIN-PARLEANI, ob. cit., p. 536.

Apesar destes obstáculos, o certo é que o conceito de *raison d'être* foi integrado no art. 1835.^º do CCivFr e, de acordo com a nova redação deste preceito, «os estatutos [de quaisquer sociedades^{49]} podem especificar uma *raison d'être* que consiste nos princípios que a sociedade adota e em benefício dos quais pretende alocar meios no exercício da sua atividade»⁵⁰ (negrito nosso).

Tratando-se de uma opção voluntária, mantém-se, em primeiro lugar, a liberdade de decisão de adoção ou não de uma *raison d'être* e, em segundo lugar, a liberdade de definição do *locus* (estatutos ou outro documento) para a incorporação da *raison d'être*⁵¹. Estando em causa a integração em sede estatutária, a assembleia geral será o órgão competente para aprovar tal decisão, devendo a deliberação de adoção da cláusula estatutária de *raison d'être* ser aprovada pela maioria qualificada legalmente exigida para a modificação dos estatutos⁵².

Da letra do supracitado art. 1835.^º do CCivFr resulta também claro que, apesar de voluntária, a decisão de adoção da cláusula estatutária de *raison d'être*, uma vez tomada e implementada, tem consequências jurídicas palpáveis. Assim, e desde logo, a sociedade que incorpora a sua *raison d'être* nos respetivos estatutos fica constituída na obrigação de alocar meios à concretização prática dos princípios que elegeu⁵³. Com esta solução, o legislador francês visou evitar que a integração estatutária da *raison d'être* pudesse ser reduzida a uma mera proclamação inconsequente, convertida em letra morta no momento subsequente ao da sua adoção⁵⁴. Sem prejuízo, o certo é que a lei não consagra qualquer critério para a determinação concreta dos meios a alocar em cumprimento daquele dever legal, pelo que ficará na livre disponibilidade do órgão de administração a determinação do tipo de meios e volume dos mesmos que, em cada momento, poderão, atentas as condições concretas da sociedade, ser aplicados na prossecução da *raison d'être*⁵⁵. Esta solução, não obstante se afi-

⁴⁹ *Idem*, ob. cit., p. 535.

⁵⁰ Tradução livre nossa.

⁵¹ Cfr. ISABELLE URBAIN-PARLEANI, ob. cit., p. 543.

⁵² Cfr., SOPHIE SCHILLER, ob. cit., p. 527. Idêntica maioria será necessária para aprovar a modificação ou a supressão da cláusula de *raison d'être* estatutária – ISABELLE URBAIN-PARLEANI, ob. cit., p. 543.

⁵³ Neste sentido, cfr. ISABELLE URBAIN-PARLEANI, ob. cit., p. 539, sublinhando que esta consequência existirá apenas quando a *raison d'être* seja incorporada nos estatutos e recordando que a opção por tal incorporação é voluntária.

⁵⁴ Neste sentido, SOPHIE SCHILLER, ob. cit., p. 526.

⁵⁵ Neste sentido, ISABELLE URBAIN-PARLEANI, ob. cit., p. 539, que refere que o cumprimento do dever legal de alocação de meios poderá ser levado a cabo através da implementação

gurar compreensível do ponto de vista prático – qualquer determinação legal poderia sempre considerar-se arbitrária e potencialmente incompatível com as necessidades de cada concreta sociedade em cada momento –, não deixa de ser uma via que os administradores poderão facilmente explorar para se furtarem a um cumprimento sério e empenhado do dever legal em questão.

Este risco surgirá sobremaneira exponenciado se considerarmos que, atenta a abstração da definição legal do conceito sob análise, as sociedades gozarão de uma ampla liberdade de conformação da respetiva *raison d'être*, e, como tal, poderão adotar formulações genéricas ou imprecisas, das quais dificilmente se poderá derivar uma obrigação concreta em favor de partes interessadas na sociedade cujo incumprimento possa alicerçar uma pretensão indemnizatória⁵⁶.

A par desta hipótese de responsabilização da sociedade perante terceiros pelos danos causados em virtude de atuação desconforme com a *raison d'être* estatutariamente reconhecida, a doutrina francesa aponta também a possibilidade de responsabilização dos membros do órgão de administração e, mais ainda, de destituição destes com justa causa, em caso de violação da *raison d'être*. De facto, na sequência das alterações introduzidas pela *Loi PACTE* no Código Comercial francês, os arts. L.225-35⁵⁷ e L.225-64⁵⁸ deste diploma legal passaram a referir expressamente a *raison d'être* como elemento que, a par do escopo da sociedade («partager le bénéfice» ou «profiter de l'économie» – cfr. art.1832.^º CCivFr), do recém-introduzido conceito de interesse social (cfr. art.1833.^º CCivFr) e, por último, dos limites impostos pelo objeto social (cfr. art. L.225-35 do Código Comercial francês), deverá ser tomado em consideração pelos administradores na orientação da atividade social. Simplesmente, a definição legal genérica do conceito de *raison d'être* suscita dúvidas quanto ao modo como esta se deve

de diversas iniciativas que promovam a prossecução prática da *raison d'être*, tais como a adoção de códigos de ética, realização de formações, passando até pela criação de comités de partes interessadas que permitam sindicar a coerência da estratégia da sociedade à luz da sua *raison d'être*.

⁵⁶ Também assim, *vide* SOPHIE SCHILLER, ob. cit., p. 527 a 529 e ISABELLE URBAIN-PARLEANI, ob. cit., p. 544 e 545. Em todo o caso, as Autoras defendem que o incumprimento da *raison d'être*, ainda que extraestatutária, poderá ser fonte de pretensões indemnizatórias de terceiros contra a sociedade.

⁵⁷ «O conselho de administração define as orientações da atividade da sociedade (...) tomando igualmente em consideração, se for o caso, a *raison d'être* da sociedade definida em aplicação do artigo 1835 do código civil» (tradução livre nossa).

⁵⁸ A redação do preceito, relativo aos deveres do conselho de administração executivo, é, na parte relativa à *raison d'être*, idêntica à do art. L.225-35.

relacionar com estes conceitos em geral e, em particular, com o conceito de *interesse social*, para efeitos de determinação da conduta que, em cada situação concreta, seria exigível aos administradores⁵⁹. De resto, também aqui a adoção de formulações genéricas na concretização da *raison d'être* levantarão dificuldades similares às acima colocadas em evidência, reduzindo a probabilidade de sanção dos membros do órgão de administração⁶⁰.

Como último ponto digno de destaque neste percurso breve pelo ordenamento jurídico francês, cumpre sublinhar que todo o regime acima descrito e, bem assim, as consequências que, quer em matéria societária, quer em matéria civil, são assacadas ao seu incumprimento, parecem relevar principalmente quando estiver em causa a integração estatutária da *raison d'être*. Com efeito, é por referência a esta situação que o art. 1835.^º do CCivFr consagra o dever de alocação de meios à prossecução da *raison d'être*, sendo também esta a única hipótese prevista nos sobre referidos arts. L.225-35 e L.225-64 do Código Comercial francês⁶¹. Nestes termos, afigura-se-nos ser possível concluir que o regime resultante da *Loi PACTE* acaba por permitir a convivência de *raisons d'être fracas* (as extraestatutárias) com *raisons d'être fortes* (as estatutariamente previstas), com todas as consequências negativas que daí decorrem em matéria de certeza e segurança jurídicas.

III.3. Alguns exemplos concretos de *corporate purposes*

Conforme já foi dito acima, o movimento do *corporate purpose* tem vindo a merecer uma forte adesão por parte das grandes sociedades cotadas a nível internacional, sendo já prática comum a adoção e publicitação de *propósitos empresariais*.

Em França, verifica-se que cerca de 65% das sociedades cotadas do índice CAC40 adotaram já uma *raison d'être*, ainda que deste universo apenas 10% tenha optado por fazê-lo nos próprios estatutos⁶². Entre

⁵⁹ Para ISABELLE URBAIN-PARLEANI, ob. cit., p. 542, citando também um estudo de impacto do projeto de lei da *Loi PACTE* considerado no processo legislativo, em caso de conflito insanável entre o interesse social e a *raison d'être*, o primeiro deverá prevalecer sobre a segunda.

⁶⁰ Neste sentido, vide ISABELLE URBAIN-PARLEANI, ob. cit., p. 545 e 546.

⁶¹ Porventura será esta a razão para, conforme veremos de seguida em texto, a maioria das sociedades francesas do índice CAC40 terem optado por não consagrar estatutariamente as respetivas *raisons d'être*.

⁶² Cfr. JEAN-CLAUDE BOURBON, *De plus en plus d'entreprises se dotent d'une raison d'être*, La Croix, disponível em «<https://www.la-croix.com/Economie/Entreprises/dentreprises-dotent-dune-raison-detre-2020-05-13-1201094075>» (últ. consulta em 22.11.2021).

as sociedades que, na sequência da aprovação da *Loi PACTE*, decidiram modificar os respetivos estatutos para implementar uma cláusula estatutária de *raison d'être*, contam-se, a título de mero exemplo, a distribuidora Carrefour e a tecnológica Atos. No caso da primeira, os seus acionistas deliberaram assumir uma *raison d'être* com o seguinte teor «Our mission is to provide our customers with quality services, products and food accessible to all across all distribution channels. Thanks to the competence of our employees, to a responsible and multicultural approach, to our broad territorial presence and to our ability to adapt to production and consumption modes, our ambition is to be the leader of the food transition for all»⁶³. No caso da Atos, a cláusula estatutária de *raison d'être* refere que «The purpose of Atos is to help design the future of the information space. Its expertise and services support the development of knowledge, education and research in a multicultural approach and contribute to the development of scientific and technological excellence. Across the world, the Group enables its customers and employees, and members of societies at large to live, work and develop sustainably, in a safe and secure information space»⁶⁴⁻⁶⁵.

Na Alemanha, Holger Fleischer dá-nos nota de que, de acordo com inquéritos realizados, todas as sociedades cotadas do índice DAX30 qualificam a adoção de um *corporate purpose* como crucial para o seu sucesso económico no futuro. Sem prejuízo, nenhuma das referidas sociedades tomou, até ao momento, a decisão de incorporar nos seus estatutos uma cláusula estatutária de *corporate purpose*⁶⁶. Ao contrário dos exemplos franceses acima citados, as sociedades do DAX30 apresentam declarações de *corporate purpose* bastante sintéticas, muito próximas da formulação típica de um *slogan* publicitário. Assim, e a título de mero exemplo, veja-se o caso da produtora de automóveis Mercedes Benz, cujo *corporate purpose* declarado é «First Move the World», ou da companhia aérea Lufthansa, que declara «We connect the countries of Europe with each other and Europe with the world». Já a seguradora Allianz, define o seu *corporate purpose* em 4 palavras: «We Secure Your Life»⁶⁷.

⁶³ Cfr. Declaração do Grupo Carrefour, versão inglesa, disponível em «<https://www.carrefour.com/en/newsroom/carrefours-board-directors-proposes-raison-detre-group>» (últ. consulta em 22.11.2021).

⁶⁴ Cfr. «<https://atos.net/en/raison-detre>» (últ. consulta em 22.11.2021).

⁶⁵ Para outros exemplos de *raisons d'être* de sociedades francesas, *vide*. ISABELLE URBAIN-PARLEANI, ob. cit., pp. 539 a 541.

⁶⁶ Cfr. HOLGER FLEISCHER, ob. cit., p. 9.

⁶⁷ Os exemplos são retirados de HOLGER FLEISCHER, ob. cit., p. 9.

Do outro lado do Atlântico, nos Estados Unidos da América, a gigante tecnológica Google estabelece como seu *corporate purpose* «organize the world's information and make it universally accessible and useful». Já a Amazon declara que «We aim to be the Earth's most customer centric company». De forma mais sintética, a Coca-Cola propõe-se a «to refresh the world and make a difference»⁶⁸.

III.4. Síntese intermédia

Considerando tudo quanto acima vem de se expor, concluímos, desde logo, que o *corporate purpose* nos surge como uma realidade com contornos fluídos, demonstrando a experiência no Direito comparado a dificuldade – quer do legislador, no caso de França, quer do *Financial Reporting Council*, no caso do Reino Unido –, da tarefa de encapsular este conceito numa definição concreta e não tautológica. Na verdade, e como bem sublinham Rui Pereira Dias e Mafalda de Sá, «a crescente discussão sobre o *propósito societário* (...) é uma discussão em torno da qual se podem afirmar diferentes perspetivas sobre em que se devia traduzir este propósito»⁶⁹, sendo esta uma circunstância que impossibilita um estudo unitário do conceito e dificulta a sua mobilização prática pelos operadores do sistema jurídico.

Por seu turno, os exemplos práticos de *corporate purposes* acima apresentados, se por um lado permitem ao intérprete concretizar as definições genéricas deste conceito propostas pelos adeptos deste movimento, por outro lado, e na nossa opinião, contribuem também para demonstrar a dificuldade com que nos deparamos quando pretendemos atribuir ao *corporate purpose* uma identidade autónoma. Na verdade, é patente a semelhança entre os exemplos de *corporate purpose* acima expostos e as declarações de missão das sociedades (*corporate mission statements*), cuja adoção se tornou popular nos anos 80 do século passado⁷⁰, parecendo-nos existir uma marcada sobreposição funcional entre ambos os conceitos, surgindo

⁶⁸ Também aqui os exemplos são retirados de HOLGER FLEISCHER, ob. cit., p. 16.

⁶⁹ RUI PEREIRA DIAS e MAFALDA DE SÁ, ob. cit., pp. 144 e 145, nts. 130, 131 e 132.

⁷⁰ Neste sentido, vide INÉS ALEGRE, JASMINA BERBEGAL-MIRABENT, ADRIÁN GUERRERO e MARTA MAS-MACHUCA, «Mission-Statement: A Systematic Review of Literature», in *Proceedings of the III Research Workshop: Missions, leadership and sustainability*, UIC, OmniaScience, disponível em [«http://repositori.uic.es/handle/20.500.12328/1180»](http://repositori.uic.es/handle/20.500.12328/1180) (últ. consulta em 22.11.2021), p. 12.

o *corporate purpose* como uma espécie de versão condensada, depurada aos seus elementos verdadeiramente nucleares, das declarações de missão⁷¹⁻⁷².

Em síntese, do ponto de vista da prática empresarial, a relevância do conceito sob análise afigura-se indubitável, sendo inúmeras as grandes sociedades cotadas internacionais que adotaram um *corporate purpose* e proclamam atuar em conformidade com ele. Já do ponto de vista jurídico, parece-nos pelo menos duvidoso que o conceito possa ser tão útil como promete ser no domínio da gestão.

Isto mesmo foi demonstrado pela experiência do Reino Unido, onde a utilização do conceito de *company purpose* em sede de medidas de *soft law*, desacompanhada de uma definição, limita sobremaneira a sua utilidade jurídica. De facto, e em primeiro lugar, a indefinição com que este conceito se apresenta no CCG exige um esforço interpretativo relevante por parte do aplicador do Direito para atribuir ao *company purpose* um conteúdo próprio, distinto do de outros conceitos próximos típicos do Direito das sociedades, como o sejam os conceitos de *objeto* e de *interesse sociais*. Em segundo lugar, e conforme vimos também, a adoção do conceito só

⁷¹ A este propósito, é esclarecedora a declaração de JOHN A. PEARCE II e FRED DAVID, «Corporate Mission Statements: The Bottom Line», in *Academy of Management Executive*, Vol. 1, n.º 2, 1987, p. 109, a propósito dos «mission statements», no sentido de que «**An effective mission statement defines the fundamental, unique purpose that sets a business apart from other firms of its type** and identifies the scope of the business's operations in product and market terms» (destaque nosso). No mesmo sentido, cfr. CHRISTOPHER K. BART, «Industrial firms and the power of mission», in *Industrial Marketing Management*, Volume 26, n.º 4, 1997, p. 372, e Autores af indicados, e, mais recentemente, ELIZABETH POLLMAN, «The History and Revival of the Corporate Purpose Clause», in *Texas Law Review*, Vol. 99, 2021, p. 1444, que, acompanhando AUREL BRUDAN, «Mission Statements as Strategic Management Tools – A Brief History», in *Performance Magazine*, 2010, aponta as declarações de missão como sendo o meio para a expressão do «(...) fundamental purpose specific to any organization». Em sentido contrário, distinguindo entre (1) o *corporate purpose* (que responde à questão do *porquê* da existência da sociedade?), (2) a *mission* (que responde à questão de *qual é* a estratégia da sociedade?), (3) a *vision* (que responde à questão do *para onde* pretende ir a sociedade?) e (4) os *values* (que respondem à questão do *como* opera a sociedade?), vide CLARA BARBY, COLIN MAYER, et. al., *Measuring Purpose: An Integrated Framework*, 2021, disponível em <https://ssrn.com/abstract=3771892> (últ. cons. em 22.11.2021).

⁷² Ilustrando o que se afirma, recuperamos o estudo de CHRISTOPHER K. BART, ob. cit., p. 376, tabela 2, onde se identifica como 11 elementos mais utilizados nas declarações de missões do universo de sociedades analisado os seguintes: **1. Purpose/raison d'être; 2. Values/philosophy; 3 Distinctive competence; 4. Desired competitive position; 5. Stakeholders identification; 6. General corporate goals; 7. One big goal; 8. Specific markets served; 9. Concern for employees; 10 Concern for shareholders; 11. Vision statement** (destaque nosso). A sobreposição entre os elementos destacados e o conteúdo tipicamente atribuído ao conceito de *corporate purpose* é, em nosso ver, patente.

poderá produzir efeitos jurídicos se e na medida em que o sistema legal, na sua concreta configuração vigente em cada momento, o permitir – a *soft law* terá de se conformar à *hard law* – o que, na prática, pode reduzir o *corporate purpose* a pouco mais do que uma declaração com relevante valor comunicacional, mas tendencialmente inconsequente do ponto de vista jurídico.

Já a experiência francesa permitiu-nos perceber que a transplantação de um conceito originariamente oriundo do universo da gestão para o universo do Direito não é uma tarefa de fácil prossecução. De facto, do ponto de vista metodológico a incorporação pelo Direito pressupõe, logo à partida, que o conceito a incorporar seja dotado de um teor mínimo de juridicidade, o que, no caso do *corporate purpose*, não sucede *ab origine*. Por outro lado, esta incorporação requer também que o mesmo conceito seja compatível com o sistema legal pré-existente, sob pena de a sua integração ser incompleta, poder gerar incoerências sistemáticas indesejáveis e, bem assim, ser fonte de incerteza e insegurança na aplicação do Direito.

Mais ainda, tanto a experiência inglesa como a francesa demonstraram que o impacto prático da incorporação, mesmo que em letra de lei, do *corporate purpose* (ou conceito funcionalmente equivalente) poderá ser, *no curto prazo*, bastante mais limitado do que o previsto por Autores como Colin Mayer, em especial se se considerar, como parece que tem vindo a ser considerado, que *corporate purpose* e *interesse social* são conceitos diferentes e que o primeiro não deve ser prosseguido em detrimento do segundo. Com efeito, neste cenário o *corporate purpose* será prosseguido se e apenas na medida em que for compatível com o *interesse social* e, onde este último continuar a ser configurado numa perspetiva de *shareholder-value* (mesmo que de «enlightened shareholder-value» como sucede no Reino Unido), a sociedade continuará a poder e, mais até, a *dever* ser administrada no interesse dos sócios, não obstante a adoção e proclamação do respetivo *corporate purpose*. Já numa perspetiva de *longo prazo*, não deveremos menosprezar o papel que a adoção de um *corporate purpose* poderá desempenhar na modificação paulatina do modo-de-ser das sociedades comerciais. Com a proclamação de um *purpose*, a sociedade sinaliza que se irá concentrar *também* numa outra meta que não a prossecução do lucro, e a atuação em desconformidade com essa proclamação poderá ser fonte de relevantes danos reputacionais. Sem prejuízo, importa reconhecer que, nesta hipótese, estamos diante de consequências produzidas essencialmente no plano social e do mercado, e não no plano jurídico.

Por último, da conjugação das lições retiradas da análise de Direito comparado, complementadas com os exemplos práticos de *corporate purpose* fornecidos, podemos identificar alguns aspectos estruturais deste con-

ceito que nos permitem ensaiar uma tentativa de concretização de uma possível definição do mesmo como sendo uma *aspiração* ou *objetivo* de uma sociedade, consubstanciado num impacto positivo mais ou menos abrangente, a concretizar como resultado do modo de atuação próprio da sociedade, e em função do qual a atividade desta última deve também ser conduzida. Esta *aspiração*, que não é necessariamente imutável, pode ser enunciada dentro ou fora dos estatutos, e de forma mais ou menos concreta.

IV. O *corporate purpose* em face do Direito societário português

Entendido o conceito de *corporate purpose/propósito societário* nos termos acima propostos, parece-nos que o Direito societário português não apresenta qualquer obstáculo que impeça a sua adoção pelas sociedades comerciais de direito nacional, inclusivamente sob a forma de uma cláusula estatutária. Com efeito, as diversas normas do Código das Sociedades Comerciais⁷³ que curam do conteúdo dos estatutos dos diversos tipos societários (cfr. arts. 9.º, 176.º, 199.º, 272.º e 466.º, todos do CSC) fazem-no de uma perspetiva minimalista, definindo os elementos que, sendo essenciais à validade do contrato de sociedade, não podem deixar de nele constar, mas sem esgotar o universo de elementos que o mesmo pode conter⁷⁴.

De resto, a adoção de uma cláusula estatutária de *propósito societário* não atenta, *em abstrato*, contra qualquer norma de direito societário de cariz imperativo, pelo que a decisão sobre tal inclusão deverá considerar-se situada no domínio da liberdade de conformação dos estatutos pelos sócios. Em *concreto*, no entanto, parece-nos que a conformação da cláusula estatutária de *propósito societário* pelos sócios não poderá, no caso das sociedades anónimas, ser levada a cabo de forma tão precisa que se possa consubstanciar numa intromissão na esfera de competência de gestão da sociedade reservada ao órgão de administração, nos termos definidos nos arts. 373.º, n.º 3⁷⁵ e 405.º do CSC. Como está bom de ver, esta limitação

⁷³ Doravante, «CSC».

⁷⁴ Neste sentido, referindo-se aos «aos espaços não ocupados por lei [que podem] ser preenchidos por cláusulas estatutárias», *vide* J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial – Das Sociedades*, Vol. II, 6.ª Ed., 2020, Almedina, Coimbra, p. 119.

⁷⁵ Sobre a delimitação das competências dos sócios, enquanto órgão deliberativo da sociedade, nos termos deste artigo 373.º do CSC, *vide* J. M. COUTINHO DE ABREU, «Artigo 373.º», in *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. VI, Coord. J. M. COUTINHO DE ABREU, 2.ª Ed., 2019, Almedina, Coimbra, pp. 15 a 26.

favorecerá a adoção de formulações genéricas do *propósito societário*, com todas as consequências negativas que daí decorrerão e que a experiência francesa bem ilustra.

O que acima ficou dito parece-nos aplicável, com as devidas adaptações, à hipótese de definição de um *propósito societário* em suporte extraestatutário. Assim, e desde logo, também aqui não detetamos na lei societária qualquer obstáculo à adoção do *propósito societário* em documento distinto dos estatutos. Em segundo lugar, entendemos que o órgão competente para definir o *propósito societário* deverá ser, também nesta hipótese, a assembleia geral (cfr. art. 373.º, n.º 2 do CSC), uma vez que estamos perante uma decisão de caráter estruturante, mais próxima porventura da decisão de definição do objeto social do que da definição da orientação estratégica da sociedade. Naturalmente que, uma vez definido pelos sócios, a determinação do modo concreto como o *propósito societário* deve, em cada momento, ser concretizado, caberá ao órgão de administração da sociedade. Por último, também nesta hipótese será necessário respeitar os limites decorrentes dos já referidos arts. 373.º, n.º 3 e 405.º do CSC.

Sem prejuízo de quanto vem de se expor, importa recordar que, à semelhança do que vimos suceder no Reino Unido e em França, também no ordenamento jurídico português o conceito de *propósito societário* terá de conviver, *de iure condito*, com outros conceitos tradicionais do Direito sociedades, designadamente, com os conceitos de *objeto social* (arts. 6.º, 9.º e 11.º do CSC, em especial), *escopo lucrativo* (art. 980.º do Código Civil⁷⁶), e de *interesse social* (art. 64.º, n.º 1, al. b) do CSC, em particular).

O breve percurso pelo Direito comparado acima levado a cabo, conjugado com a análise de exemplos práticos, permite-nos, aqui chegados, perceber que o *propósito societário*, quando configurado nos termos acima propostos, poderá, pelo menos em abstrato, desempenhar um papel autônomo no ecossistema do Direito societário, uma vez que não se confundirá com os conceitos tradicionais identificados *supra*.

Não se confundirá, desde logo, com o *objeto social*, entendido como o conjunto de atividades que a sociedade se propõe a exercer⁷⁷ (cfr. art 11.º, n.º 2 do CSC) e que deverá ser enunciado *no contrato de sociedade* em termos *concretos* e em língua portuguesa (cfr. art 11.º, n.º 1 do CSC). Com efeito, o *propósito societário* não se consubstancia numa enunciação de uma ou mais atividades a realizar pela sociedade, sendo antes uma

⁷⁶ Doravante, «CC».

⁷⁷ Propondo esta definição, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, «Artigo 11.º», in *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. I, Coord. J. M. COUTINHO DE ABREU, 2.ª Ed., 2017, Almedina, Coimbra, p. 242.

meta aspiracional que a sociedade se propõe alcançar ou ir alcançando como consequência do seu modo próprio de exercer as atividades que consubstanciam o seu objeto social. A estas circunstâncias acresce ainda o facto de o *propósito societário* não ter, necessariamente, de ser integrado nos estatutos nem, tão-pouco, necessitar de ser enunciado em língua portuguesa quando não ocorrer tal integração.

Por outro lado, também não se confundirá com o *escopo lucrativo*, traduzido na prossecução de lucros com a intenção de repartição dos mesmos pelos sócios, consagrado no art. 980.º do CC como um dos elementos essenciais do contrato de sociedade⁷⁸. De facto, ao passo que o *escopo lucrativo* é um *elemento indefetível do conceito de sociedade*⁷⁹, o *propósito societário* é, em face do nosso ordenamento jurídico, um elemento meramente acidental, porventura nem sequer (ainda) socialmente típico. Por outro lado, o escopo lucrativo é o critério universal eleito pelo legislador para delimitar a capacidade de *todas* sociedades comerciais (art. 6.º, n.º 1 do CSC), ao passo que o *propósito societário* deverá ser entendido como mais um elemento, definido pela assembleia geral, em função do qual a atividade da sociedade deve *também* ser orientada.

Nestes termos, podemos concluir, em primeiro lugar, que o *propósito societário* poderá ser prosseguido em paralelo com o escopo lucrativo mas, uma vez que este segundo elemento é o critério delimitador da capacidade da sociedade consagrado em norma legal imperativa, o primeiro só poderá ser concretizado por intermédio de atos (sejam atos onerosos ou gratuitos) relativamente aos quais se possa dizer que, em abstrato, podem pelo menos contribuir para o escopo lucrativo da sociedade⁸⁰ ou, ainda,

⁷⁸ A afirmação de que o escopo lucrativo nos termos enunciados em texto é (ainda) um elemento essencial do contrato de sociedade não é, na doutrina portuguesa, inteiramente pacífica, tendo vindo a ser posta em causa por diversos Autores como MIGUEL PUPO CORREIA, *Direito Comercial*, Ediforum, Lisboa, 13.ª Ed., 2016, pp. 132 e 133, JORGE HENRIQUE PINTO FURTADO, *Curso de Direito das Sociedades* (com a colaboração de Nelson Rocha), Almedina, Coimbra, pp. 138 e ss e JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito das Sociedades – Parte Geral*, Porto, 2017, 7.ª Ed., pp. 78 e ss., *apud*. CATARINA SERRA, «A aplicação do artigo 980.º do Código Civil às sociedades comerciais – Sobre a (remanescente) utilidade da definição de contrato de sociedade para a estabilização da categoria da sociedade comercial», in *Pedro Pais de Vasconcelos – Liber Amicorum*, disponível em «<https://www.revistadodireitocomercial.com/a-aplicacao-do-artigo-980-do-codigo-civil-as-sociedades-comerciais>» (últ. consulta em 25.11.2021), p. 504. Sobre a questão, *vide* J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, cit., pp. 35 a 37 e, de forma desenvolvida, CATARINA SERRA, «A aplicação do artigo 980.º (...), cit., pp. 503 a 545.

⁷⁹ A expressão é de J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, cit., p. 35.

⁸⁰ Neste sentido, J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, cit., p 187, escreve que “Atos gratuitos podem entrar na capacidade societária, as sociedades podem validamente pra-

por atos que, não tendo esta aptidão, sejam, ainda assim, reconduzíveis às hipóteses do artigo 6.º, n.ºs 2 ou 3 do CSC⁸¹. Por outras palavras, a adoção de um *propósito societário* não produz um efeito de ampliação da capacidade da sociedade comercial e, como tal, a sua prossecução estará sempre *subordinada* ao escopo lucrativo legalmente imposto à sociedade. Em segundo lugar, concluímos também, pelas mesmas razões, que o *propósito societário* não limitará a capacidade da sociedade (art. 6.º, n.º 1 do CSC, *a contrario*) e, nessa medida, a prática de atos contrários à concretização da aspiração consubstanciada no *propósito societário* não será causa de invalidade dos mesmos se estes forem conformes ao fim lucrativo da sociedade⁸².

Por último, o *propósito societário* também não se confundirá com o *interesse social* consagrado no art. 64.º, n.º 1, al. b) do CSC, entendido como produto da conjugação dos interesses dos sócios (nessa sua qualidade) com os interesses de outros sujeitos ligados à sociedade⁸³. Na verdade, o *interesse social* representa o referencial do dever de lealdade dos administradores consagrado naquela norma do CSC, sendo o critério pelo qual estes se devem orientar na condução da atividade da sociedade. Por seu turno, o *propósito societário*, entendido nos termos acima propostos, representará apenas *mais um* elemento, definido pelos sócios, que os administradores deverão tomar em consideração na administração da sociedade. De certo modo, a concretização do *propósito societário* representará um interesse comum dos sócios que, a par de outros – dos sócios e de outras partes interessadas –, deverá ser ponderado pelos administradores. Nestes termos, sempre que, numa situação concreta, a prossecução do *interesse social* se revelar incompatível com a concretização do *propósito societário*, este último deverá ceder perante o primeiro.

ticá-los quando eles se revelem *necessários* ou, ao menos, *convenientes à consecução de lucros*".

⁸¹ Sobre estes preceitos, *vide*, por todos, J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, cit. 192 a 201.

⁸² No limite, parece-nos que a prática de atos contrários à concretização do *purpose* estatutariamente definido poderá ser fundamento de responsabilidade dos administradores perante a sociedade mas, ainda assim, com todas as limitações que de seguida assinalaremos em texto.

⁸³ J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, cit. p. 289. Apesar da breve referência em texto, importa notar que a questão relativa ao concreto conteúdo e significado do interesse social, que aqui não poderemos analisar em detalhe por extrapolar o objeto do presente texto, é objeto de intensa análise e debate na doutrina. Em todo o caso, para uma síntese das perspetivas doutrinais e jurisprudenciais portuguesas sobre o conceito, com amplas referências, *vide*, por todos, RUI PEREIRA DIAS e MAFALDA DE SÁ, ob. cit., pp. 110 a 116.

Do que vem de se expor resulta que a adoção, ainda que em sede estatutária, de um *propósito societário*, poderá produzir poucas ou pouco relevantes consequências jurídicas em matéria de responsabilidade dos administradores. Com efeito, parece-nos que, salvo em situações de ocorrência pouco provável – e até de admissibilidade duvidosa – em que o *propósito societário* esteja definido em termos específicos ou quantitativos, poderá ser tarefa árdua demonstrar que uma determinada conduta dos administradores é contrária ao *propósito societário*⁸⁴. Mesmo que tal demonstração seja feita, a multiplicidade de interesses a que os administradores devem atender na tomada de decisões de gestão facilitará sobremaneira a justificação da decisão de não prossecução do *propósito societário*⁸⁵. Mais ainda, sendo o *propósito societário* uma aspiração que se destina a ser concretizada *sine die*, faltará um critério temporal por referência ao qual se possa apurar uma falta relevante⁸⁶. A tudo isto, claro está, acresce a necessidade de demonstração dos demais pressupostos da responsabilidade civil (cfr. art. 72.º CSC)⁸⁷ ou da existência de justa causa para a destituição dos administradores (cfr. art. 403.º, n.º 4 do CSC)⁸⁸, consoante a situação. Assim sendo, excluídas situações limite de desconsideração *patente, reiterada e injustificada* do *propósito societário*, afigura-se-nos difícil derivar consequê-

⁸⁴ Que tipo de utilidade poderá ter um *corporate purpose* marcadamente abstrato como, p. ex., o da Mercedes Benz («First Move the World»), como padrão ou critério de definição de condutas concretas?

⁸⁵ Mesmo perante um *corporate purpose* relativamente concreto como o da Lufthansa («We connect the countries of Europe with each other and Europe with the world»), parece-nos que dificilmente se poderá responsabilizar os administradores pela decisão de encerramento de todas as rotas de e para um determinado país da Europa em virtude de a manutenção das mesmas se revelar geradora de perdas para a sociedade...

⁸⁶ Neste sentido, ISABELLE URBAIN-PARLEANI, ob. cit., p. 546.

⁸⁷ A saber: (1) violação do dever estatutário de prossecução do *propósito societário* (quando exista cláusula estatutária que o consagre) ou violação do dever «legal» de respeito pela deliberação social que define e adota o *propósito societário* (a decisão de definição e adoção deste *propósito*, pela sua relevância estruturante, não será matéria de gestão reservada, nos termos do art. 405.º, n.º 1 do CSC, aos administradores, cabendo, nos termos do art. 373.º, n.º 2 do CSC, aos sócios enquanto órgão deliberativo da sociedade); (2) culpa (que se presume); (3) danos (sofridos pela sociedade); e (4) nexo de causalidade entre o facto ilícito e culposo e o dano. Desenvolvidamente sobre estes pressupostos, *vide* J. M. COUTINHO DE ABREU E MARIA ELISABETE RAMOS, «Artigo 72.º», in *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. I, Coord. J. M. COUTINHO DE ABREU, 2.ª Ed., 2017, Almedina, Coimbra, pp. 892 e ss.

⁸⁸ Sobre o que se deve entender por justa causa para efeitos de destituição de administradores, *vide*, por todos, J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, cit. pp. 589 a 594.

cias da violação do mesmo para os administradores⁸⁹. Da perspetiva dos terceiros que, em abstrato, poderão beneficiar da realização do *corporate purpose* da sociedade, a situação não será muito diferente. Na verdade, a formulação genérica do *corporate purpose* será sempre um obstáculo muito relevante a qualquer tentativa de nele ancorar uma pretensão jurídica concreta perante a sociedade, nos termos gerais, ou contra os administradores desta (cfr. art. 79.º do CSC)⁹⁰.

V. Conclusões

Perante tudo quanto até aqui foi sendo exposto, concluímos que o movimento do *corporate purpose* tem vindo a merecer a adesão das grandes sociedades cotadas. Do mesmo modo, no universo do Direito, o *corporate purpose* capta cada vez mais atenções (por vezes até mesmo do legislador), surgindo como proposta de solução para a resolução dos desafios que a crise da conceção tradicional da sociedade comercial e de legitimação social da atividade empresarial suscitam.

Sem prejuízo, verificamos também que, apesar daquele entusiamo generalizado, o impacto da adoção do *propósito societário* num sistema em que a concretização do mesmo está *subordinada* ao respeito pelo escopo lucrativo e à prossecução do *interesse social*, será, do ponto de vista jurídico, tendencialmente reduzido. Neste cenário, os administradores continuarão adstritos à prossecução, a título principal, de outros objetivos que não a concretização do *propósito societário*, e, acima de tudo, os instrumentos que

⁸⁹ Questão interessante, que aqui não poderemos abordar, é a de saber se, identificando-se uma atuação contrária ao *propósito societário* relevante para efeitos de responsabilização dos administradores, estes poderão invocar a *business judgement rule* (cfr. art. 72.º, n.º 2 do CSC) para obstar a tal responsabilização. Em sentido favorável, *vide* HOLGER FLEISCHER, ob. cit., p. 20 e GUIDO FERRARINI, *Corporate Purpose and Sustainability*, cit. p. 63. Na nossa perspetiva, caso se configure o dever de concretização do *propósito societário* como um dever estatutário ou de cumprimento de uma deliberação dos sócios, não haverá espaço para a aplicação de tal regra. Conforme referem J. M. COUTINHO DE ABREU e MARIA ELISABETE RAMOS, ob. cit. p. 903, «(...) a *business judgement rule* não é aplicável quando as decisões contrariem o dever de lealdade ou deveres específicos legais, estatutários, ou contratuais dos administradores».

⁹⁰ Efetivamente, esta responsabilização pela via do art. 79.º do CSC pressuporia a existência ou de um direito de tais terceiros – que dificilmente se pode derivar de uma cláusula genérica de *propósito societário* –, ou de uma norma legal de proteção de terceiros – que, *in casu*, não existirá –, ou de um dever jurídico dos administradores – que não vislumbramos qual possa ser. Sobre estes pressupostos, *vide*, por todos, J. M. COUTINHO DE ABREU e MARIA ELISABETE RAMOS, «Artigo 79.º», in *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. I, Coord. J. M. COUTINHO DE ABREU, 2.ª Ed., 2017, Almedina, Coimbra, pp. 968 e ss.

permitirão uma efetiva sindicância da sua atividade e a legitimidade para aplicação de sanções em caso de conduta desconforme continuarão concentrados, a título principal, nos sócios.

Nestes termos, entendemos que as mudanças estruturais previstas por Colin Mayer decorrentes da adoção do *propósito societário* só poderiam, *em abstrato*, verdadeiramente produzir-se caso todo o edifício do Direito das sociedades fosse objeto de uma reestruturação profunda, em resultado da qual o *propósito societário* passasse a desempenhar a função que hoje é desempenhada pelo escopo lucrativo e, bem assim, passasse a ser concebido como o critério em função do qual o interesse social devesse ser apurado.

Como está bom de ver, esta modificação transformativa implicaria, desde logo, abrir mão de um critério seguro – o escopo lucrativo –, que permite definir claramente o *sentido último* em que a sociedade deve ser administrada e, nessa medida, fornece uma orientação mínima estruturante ao projeto social, sinalizando, de forma clara, a todos os operadores do mercado, o tipo e natureza da estrutura jurídica que é a sociedade comercial. Em compensação, esta modificação implicaria a adoção de um outro critério – o *propósito societário* –, muito mais abstrato e, possivelmente, incapaz de desempenhar do mesmo modo as mesmas funções.

Com efeito, e conforme procurámos demonstrar, a adoção de um *propósito societário* poderá significar muito pouco quando este é definido em termos tão genéricos que se torna impossível utilizá-lo como padrão de conduta. Esta insuficiência poderia, porventura, ser colmatada com o recurso à imposição de *propósitos societários* mais concretos, definidos pelo legislador ou por entidades públicas. No entanto, esta parece-nos ser uma solução intolerável como regra, pois consubstancia uma invasão da esfera privada pelo poder público, assente num paternalismo do Estado que difficilmente pode ser justificado e que, na prática, desvirtua e confunde a distribuição de funções no contrato social.

Por outro lado, alçar o *propósito societário* ao lugar de fim último da sociedade comercial sem que esta medida fosse acompanhada de uma reestruturação das regras relativas à definição dos sujeitos legitimados para sindicar a conformidade da atuação dos administradores, significaria, na prática, depositar nas mãos dos sócios os meios para tutelarem interesses de terceiros. Ora, como nos ensina a experiência na aplicação de normas que, como o art. 64.º, n.º 1, al. b) do CSC, visam tornar as sociedades comerciais mais permeáveis a interesses de outras partes interessadas que não os sócios, onde às partes interessadas não for atribuído um efetivo direito de fazer cumprir os deveres dos administradores, os desvios ao padrão de comportamento desejado dificilmente serão sancionados.

Por tudo isto, concluímos que a adoção do *propósito societário* não será a panaceia para a resolução dos desafios que a crise da conceção tradicional da sociedade comercial e de legitimação social da atividade empresarial suscita, ao contrário do que alguns Autores parecem proclamar. Note-se, no entanto, que com esta afirmação não pretendemos menosprezar o papel que a adoção de um *corporate purpose* poderá desempenhar na modificação paulatina do modo-de-ser das sociedades comerciais, destarte fornecendo um importante contributo para a superação dos desafios referidos. Simplesmente, entendemos que o *propósito societário* deverá ser configurado como mais uma entre várias soluções disponíveis, não sendo sequer, porventura, a mais impactante.

Avançando até mais um pouco, parece-nos que o Direito societário não deve ser perspetivado como fonte exclusiva das respostas para todos desafios acima referidos, devendo continuar a ser acompanhado e complementado por soluções regulatórias e de supervisão especializadas que, do exterior da sociedade comercial, delimitem claramente aquilo que, de acordo com o entendimento social vigente, lhe é permitido ou não fazer. Sem prejuízo, denota-se que, do interior do Direito societário, poderão emergir contributos relevantes como, por exemplo, soluções de *corporate governance* que permitam uma integração efetiva das partes interessadas na estrutura societária e favoreçam a consideração dos seus interesses, ou até mesmo a atribuição às partes interessadas, em termos que teriam de ser concretamente definidos, de um efetivo direito de fazer cumprir os deveres dos administradores.

Como última nota, parece-nos relevante sublinhar que, na prossecução desta reforma do papel social das sociedades comerciais, importará ter sempre presente que a sociedade comercial está geneticamente estruturada para ser utilizada como veículo para a captação de capital para o exercício em comum de atividades económicas e que os sócios, enquanto fornecedores desse capital, estarão instintivamente predispostos para atuarem no sentido da maximização do seu investimento. «Nature» e «Nurture» confluirão, portanto, para produzir «o caráter essencialmente “individual”-egoístico da empresa capitalista» de que nos fala J. M. Coutinho de Abreu⁹¹, sendo esta uma característica que não poderemos ignorar, sob pena de tomarmos a sociedade comercial por algo que ela não é (e que, porventura, até nem queiramos que ela seja) e, também aqui, incorrermos no erro de confundir os papéis que cada uma das partes do contrato social deve desempenhar.

⁹¹ J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, cit. p. 293.

RESUMO: Pelo presente procede-se à avaliação da admissibilidade da distribuição de bens não pecuniários a sócios no ordenamento jurídico português e ao seu enquadramento no regime da distribuição de bens a sócios.

Palavras-chave: distribuição de bens a sócios; bens não pecuniários; proteção do capital social.

ABSTRACT: Through this paper it is assessed the admissibility of the distribution of non-pecuniary assets to shareholders in the Portuguese legal system and the main aspects of its regime are examined.

Keywords: distribution of assets to shareholders; non-pecuniary assets; legal capital's protection.

RODRIGO ROCHA ANDRADE*

Distribuição de bens não pecuniários a sócios

I. Introdução

O regime legal que regula a distribuição de bens a sócios vem previsto nos artigos 31.^º a 34.^º do CSC¹, regulando, em primeira linha e sem distinção de forma societária, qualquer distribuição de bens sociais a sócios (enquanto tal), nomeadamente a título de distribuição de lucros ou de excedentes resultantes da redução do capital social da sociedade, de pagamento de contrapartida pela aquisição de participações sociais próprias, pela amortização total ou parcial de uma participação social ou pela exoneração ou exclusão de um ou vários sócios da sociedade.

Destas disposições se retira que para que se realize a lícita distribuição de bens aos sócios o legislador exige o cumprimento de um conjunto de requisitos substantivos e formais (*«substantive and a procedural checks on distributions»*²).

* Assistente Convidado e Doutorando da Faculdade de Direito da Universidade do Porto. Investigador do CIJE

¹ Estes artigos correspondem à transposição para o ordenamento nacional dos artigos 15.^º e 16.^º da Segunda Diretiva 77/91/CEE do Conselho, de 13 de dezembro de 1976 que visou harmonizar as garantias que, para proteção dos interesses dos sócios e de terceiros, são exigidas nos Estados-Membros às sociedades no que respeita à constituição da sociedade anónima, bem como à conservação e às modificações do seu capital social e aos artigos 56.^º e 57.^º da Diretiva (UE) 2017/1132 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de junho de 2017 relativa a determinados aspectos do direito das sociedades (a Diretiva Codificadora). Sobre esta transposição veja-se ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Europeu das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 181 a 231

² ANDREAS CAHN E DAVID C. DONALD, *Comparative Company Law*, Cambridge University Press, 1.^a ed, Cambridge, 2010, p. 223

Em suma, este sistema baseia-se, pelo menos¹, e regra geral (*i*) na necessidade de existência de um fundamento legal para a realização da distribuição aos sócios²; (*ii*) na necessidade de a distribuição de bens a sócios cumprir com determinados limites quantitativos; (*iii*) na exigência de deliberação dos sócios; e (*iv*) na imposição de regras relativas ao modo e momento de distribuição dos bens, sob pena de os sócios poderem

¹ A estes requisitos, DIOGO COSTA GONÇALVES parece acrescentar, no que diz respeito à distribuição de lucros, a intervenção dos órgãos de fiscalização da sociedade, defendendo que «nenhuma distribuição de lucros pode existir sem que sobre ela se pronuncie o órgão de fiscalização da sociedade» e a iniciativa dos órgãos de administração da sociedade (in «Adiantamentos sobre o Lucro do Exercício – Breves reflexões», in *RDS*, II (2010), 3/4, p. 591 e ss). Será de ponderar a extensão desta regra para todas as distribuições de bens a sócios, uma vez que todas elas comungam da preocupação constituinte deste princípio que é a existência de «um imperativo público, de tutela de credores e de segurança no comércio jurídico que aconselha e exige a intervenção de uma entidade fiscalizadora.»

De acordo com DIOGO COSTA GONÇALVES, esta competência exclusiva para apresentar propostas de distribuição de lucros estende-se tanto aos lucros de exercício como aos lucros de balanço («Adiantamentos sobre o Lucro...», p. 589). Não podemos deixar de ter dúvidas que assim seja, quer num caso, quer no outro. Em primeiro lugar, porque não podemos confundir a obrigação de apresentar uma proposta com a existência de uma competência exclusiva de a apresentar (isto é, só porque existe uma obrigação de apresentar uma proposta não significa que a apresentação desta proposta seja prerrogativa exclusiva). Em segundo lugar porque a letra da letra menciona a necessidade de apresentação de «uma proposta» (de várias) e não «da proposta» - esta diferença é por demais relevante para efeitos interpretativos. Em terceiro lugar, a existência de artigos que preveem *distribuições mínimas supletivas* ou a existência de outros institutos que preveem a distribuição de lucros a sócios não dependentes de quaisquer propostas da Administração (p.e. no caso de exoneração, amortização, exclusão, etc), parecem também confirmar a ideia de que estas nem sempre terão de ser propostas pela Administração.

De resto, a posição do Autor não recebe aceitação generalizada da doutrina. COUTINHO DE ABREU, por exemplo, refere não existirem razões para se considerar que os sócios não podem propor distribuição totais ou parciais do lucro de balanço (in JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial, Volume II*, Almedina, 7.^a ed., Coimbra, 2021, p. 435, nt 1070)

² Assim, em primeiro lugar, deve ser realizada com base num fundamento legal que a justifique sob pena de ser nula. A par de outros possíveis fundamentos, parece-nos que a distribuição de bens a sócios poder-se-á fundamentar: (*i*) na distribuição de lucros aos sócios; (*ii*) na distribuição do excedente de capital resultante de uma redução do capital social; (*iii*) no pagamento da contrapartida relativa à amortização total ou parcial de uma participação social, (*iv*) no pagamento da contrapartida relativa à exoneração de sócio (por amortização da participação social ou aquisição pela sociedade) (*v*) no pagamento da contrapartida relativa à exclusão (por amortização da participação social ou aquisição pela sociedade) de um ou vários sócios; (*vi*) no pagamento da contrapartida pela aquisição de participações próprias.

ficar obrigados a restituir os bens societários que hajam indevidamente recebido.

Normalmente, a distribuição de bens a sócios materializa-se através da distribuição de dinheiro, uma vez que esta distribuição sempre teve especiais vantagens para a sociedade comercial e para os sócios em comparação com a distribuição de outros bens societários aos sócios.

Em primeiro lugar, no que diz respeito às sociedades, a distribuição de dinheiro aos sócios torna mais fácil fazer uma distribuição proporcional e equitativa por todos os sócios e não obriga a sociedade a possuir bens *dispensáveis*, *rectius bens distribuíveis*.

Em segundo lugar, no que diz respeito aos sócios, estes veem-se, em princípio, mais satisfeitos através da receção de dinheiro do que de qualquer outro bem. Nas palavras de Coutinho de Abreu, assim será porque «*muitos bens em espécie não satisfazem, ou não satisfazem como o dinheiro, o interesse dos sócios na partilha dos lucros*»³.

É evidente que o dinheiro permite, em abstrato, uma mais fácil satisfação dos interesses dos sócios do que a receção de qualquer outro bem. Afinal, o dinheiro é, pela sua natureza fungível e instrumental⁴, um facilitador de trocas.⁵

Se esta é a regra, também é recorrente acontecer que, quer para a sociedade quer para os sócios, seja mais benéfica, oportuna ou eficiente a distribuição de bens sociais que não dinheiro (doravante, bens não pecuniários⁶).

³ JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial, Volume II...*, p. 445

⁴ FRANCO DI SABATO, *Manuale delle Società*, UTET, sesta edizione, Turim, 1999, p. 59

⁵ Luís M. TELES DE MENEZES LEITÃO a este propósito refere que «o dinheiro, objecto destas obrigações, assegura na ordem económica simultaneamente as funções de meio geral de trocas, meio legal de pagamento e unidade de conta. A fundação de meio geral de trocas advém do facto de o dinheiro, em função do seu poder de compra, ser utilizado para efeitos de aquisição e alienação de bens e serviços, funcionando como meio intermediador da circulação desses bens. A função de meio legal de pagamento resulta do facto de, por força de uma disposição legal, ser atribuída eficácia liberatória à entrega de espécies monetárias em pagamento das obrigações pecuniárias, vinculando-se assim o credor à sua aceitação. A função de unidade de conta resulta do facto de, sendo o valor da moeda relativamente estável, poder ser utilizado como medida do valor dos bens e serviços de qualquer tipo» (in *Direito das Obrigações, Volume I – Introdução. Da constituição das obrigações*, Almedina, 15.^a ed., Coimbra, 2018, p. 151)

⁶ Derivado do latim *pecunia* que significa dinheiro, o adjetivo *pecuniário* caracteriza um determinado bem utilizado como meio geral de pagamento, isto é, que seja considerado *moeda* ou *dinheiro*. Assim, por exemplo, as obrigações pecuniárias são as obrigações *cujo objeto consiste em dinheiro que tenha curso legal no país à data do cumprimento* (MANUEL DAS NEVES PEREIRA, *Introdução ao Direito e às Obrigações*, Almedina, 5.^a ed., Coimbra, 2017, p. 434) ou melhor, são, cumulativamente, as «*obrigações que têm dinheiro por objecto, [e que visam] proporcionar ao credor o valor que as respectivas espécies monetárias possuam*» (Luís M.

Tal pode acontecer, por exemplo, nos casos em que, apesar da sociedade em causa conter capital distribuível, a sua distribuição em dinheiro dependeria da prévia liquidação do seu património ou do recurso ao crédito⁷; ou quando um ou vários sócios preferem, sem prejuízo para a sociedade, receber um ou vários bens que esta detém ou poderá vir a deter em vez de receberem o seu respetivo valor em dinheiro.

A menor frequência com que esta forma de distribuição foi (e é) equacionada pelos agentes económicos levou a que o legislador lhe prestasse menos relevância; em sentido contrário, a menor atenção prestada pelo legislador a estas hipóteses levou a que esta forma de distribuição fosse equacionada com menor frequência pelos agentes económicos⁸ dado que, às dificuldades que lhe são inerentes (desde o modo de determinação do valor dos bens a distribuir à determinação do modo de os transmitir), se junta ainda a dificuldade da distribuição ser realizada sem ter o devido apoio e conforto que a criação de um regime jurídico completo e específico proporciona. Na vida em geral, e no direito das sociedades comerciais em especial, a palavra expressa do legislador que proíbe, permite ou regula conforta mais os entes económicos do que a sua falta.

Porque assim é, propomo-nos debruçar sobre as distribuições de bens não pecuniários, pretendendo clarificar o seu regime luz do ordenamento jurídico português.

II. A Distribuição de Bens Não Pecuniários

a. Ponto Prévio - A possibilidade de distribuição de bens não pecuniários a sócios –

Para Rui Cardona Ferreira, a distribuição de bens a sócios deverá ser realizada sempre em dinheiro, «*sob pena de fazer incorrer o sócio no risco de alienação do bem que constituísse objeto de um pagamento em espécie para obter*

TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Volume I..., p. 150). Assim, por bens não pecuniários, entendemos todos os bens que não sejam tidos como dinheiro. Poder-se-ia equacionar igualmente a expressão «bens em espécie» que é utilizada pelo CSC e que consideramos ter idêntico alcance – bens que não consistam em dinheiro ou bens diferentes de dinheiro (ARMANDO M. TRIUNFANTE, *O regime das entradas na constituição das sociedades por quotas e anónimas*, Coimbra Editora, 1.^a ed., Coimbra, 2014, p. 46 e PAULO DE TARSO DOMINGUES, *O Financiamento Societário pelos Sócios (e o ser reverso)*, Almedina, 1.^a ed., Coimbra, 2021, p. 134)

⁷ JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Volume II,..., p. 445

⁸ Prova disso será a escassez de jurisprudência encontrada que refletiu esta questão.

a liquidez correspondente. De resto, de acordo com o mesmo autor, a não previsão de quaisquer exigências para a sua realização e para a avaliação dos bens «que necessariamente se imporiam, apenas confirmam que o pagamento do dividendo em espécie não foi contemplado, nem tido como admissível, pelo legislador»⁹.

Não nos parece que assim seja, na medida em que a possibilidade de a sociedade proceder à distribuição de bens em espécie parece decorrer, pelo menos, dos artigos 31.^º e 32.^º do CSC, do artigo 134.^º, n.^º 2 alínea b) do CVM e, por analogia, do artigo 156.^º n.^º 1 do CSC^{10 11}.

Dos artigos 31.^º e 32.^º do CSC se retira, expressamente, a possibilidade de distribuição «de bens sociais» ou de «bens da sociedade», não fazendo o legislador qualquer distinção entre os tipos de bens sociais *distribuíveis* ou *não distribuíveis*¹² e não fazendo sentido que o legislador tenha escrito «bens sociais» onde queria apenas que se lesse «dinheiro».

Do artigo 134.^º do CVM, retira-se expressamente a possibilidade de «pagamento de dividendos sob a forma de acções da mesma categoria das acções em relação às quais são pagos os dividendos».

⁹ In «O direito aos lucros», in *Acionistas e Governação das Sociedades*, (coord.) PAULO CÂMARA, Almedina, Coimbra, 2019, p. 93 e ss

¹⁰ JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Volume II..., p. 445

¹¹ No mesmo sentido parece ir RAÚL VENTURA, quando, a propósito da associação à quota, refere o seguinte: «Os lucros são usualmente entregues aos sócios em dinheiro, mas pode suceder que o sejam outros bens, especialmente no caso de distribuição de reservas da sociedade ou de dissolução total ou parcial. Não deixa, por isso, o associado de ter direito a uma parte deles, mas é discutível a correspondência entre a espécie dos lucros recebidos pelo associante e o objecto da prestação deste ao associado. Não havendo estipulação a tal respeito no contrato de associação nem acordo entre os interessados sobre o caso concreto, a prestação do associante deverá ter por objecto a parte, em espécie, dos lucros percebidos por ele. Na verdade, foi estipulado o direito do associado de obter uma parte dos lucros e não se pode, sem mais, interpretar essa estipulação como "uma quantia em dinheiro correspondente a uma parte dos lucros". Se os lucros percebidos consistirem em coisas divisíveis, serão proporcionalmente entregues ao associado; se essas coisas são indivisíveis, há sempre a possibilidade de atribuir uma parte ideal, mantendo-se ou cessando a indivisão, conforme as regras deste instituto.» (in «Associação à Quota», *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal* n.^º 110 e 110, Almedina, 1.^a ed., Lisboa, 1968, p. 104)

¹² Com fundamentação diferente, mas conclusão semelhante (no que à admissibilidade da distribuição de bens em espécie diz respeito), veja-se FÁTIMA GOMES, para quem «o legislador societário não curou da questão da admissibilidade dos dividendos em espécie (...) mas, porque o legislador não exclui a atribuição de outros bens a título de dividendo- e porque encontramos no art. 9.^º do CSC uma norma fundamental para a questão de saber o que se pode introduzir nos estatutos, para além ou contra o disposto na lei-, dever-se-á admitir a possibilidade de criação de cláusulas estatutárias que admitam os dividendos em espécie, verificados que sejam certos condicionalismos» (in *O direito aos lucros e o dever de participar nas perdas da sociedade anónima*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 285)

Por fim, da letra do artigo 156.º n.º 1 do CSC retira-se expressamente a possibilidade de partilha em espécie do ativo restante da sociedade em liquidação desde que (*i*) estejam satisfeitos ou devidamente acautelados os direitos dos credores da sociedade, (*ii*) tal possibilidade tenha sido deliberada por unanimidade pelos sócios ou venha expressamente prevista nos estatutos da sociedade. Ora, mesmo que se considere que o artigo 31.º do CSC não prevê a possibilidade de distribuição de bens não pecuniários a sócios, sempre se poderia defender, que, na presença de uma lacuna se deveria aplicar o regime previsto neste artigo 156.º n.º 1 do CSC. Na verdade, na medida em que este artigo 156.º n.º 1 do CSC nada mais faz do que prever a possibilidade de o lucro final da sociedade ser distribuído em espécie pelos sócios, não parece despropositado defender que, por igualdade de razões, preenchidos os mesmos pressupostos de proteção de terceiros credores e previsão estatutária ou decisão unânime, também se poderá distribuir o *lucro in media res* através de bens não pecuniários aos sócios.

Note-se, de resto, e como se verá *infra*, que este artigo 156.º n.º 1 do CSC não é relevante apenas para fundamentar a possibilidade de distribuição de bens não pecuniários a sócios. Tendo em conta que a lei é omissa no tratamento das questões especiais levantadas pela distribuição de lucros de balanço e de exercício com bens em espécie, ele servirá (ou poderá servir) de modelo na resolução de questões a que o legislador não deu expressa resposta.

À luz do referido, parece-nos que o legislador não proíbe (nem pretendeu proibir) de forma geral a distribuição de bens não pecuniários a sócios¹³.

De resto, em determinadas situações o legislador previu expressamente a necessidade de a distribuição ser realizada através de dinheiro, exceções essas que confirmam a regra. É o caso, por exemplo, do artigo 231.º n.º 2, alínea d) do CSC, que, relativamente à amortização de quota¹⁴ por recusa

¹³ No mesmo sentido, relativamente ao pagamento das contrapartidas decorrente de amortizações de ações, veja-se, JÉSSICA RODRIGUES FERREIRA, *Amortização de Ações...*, p. 197

¹⁴ Quanto ao pagamento em espécie da contrapartida da amortização PAULO DE TARSO DOMINGUES escreve que «a lei nada estabelece quanto ao modo de pagamento da contrapartida. E muito embora o modo normal seja o pagamento em dinheiro, nada impedirá – e pode até ser conveniente e interessar à sociedade, por não dispor p. ex. de liquidez para o efeito- que respetivo pagamento seja feita através a atribuição de bens em espécie ao sócio.» (in *Código das Sociedades Comerciais em Comentário, Volume III (artigos 175.º a 245.º)*, (coord.) JORGE M. COUTINHO DE ABREU, Almedina, 2.ª ed., 2016, p. 530)

de consentimento para cessão da mesma, prevê expressamente que a contrapartida deverá ser prestada em dinheiro¹⁵.

b. Âmbito da distribuição

Com Coutinho de Abreu se poderá dizer que são bens não pecuniários os bens (móvels ou imóveis) que integram o património da sociedade, nestes se integrando os bens produzidos pela sociedade¹⁶ mas também participações sociais detidas pela sociedade em capital social de sociedade terceira ou próprio (p.e. *share dividends*¹⁷)¹⁸. Para Armando Manuel Triunfante, dentro dos bens em espécie cabem «*todos os bens, excluindo o dinheiro ou a prestação de serviços*»¹⁹.

Da nossa parte, através de um raciocínio semelhante ao que se realiza na determinação das entradas em bens diferentes de dinheiro e de indústria²⁰ (tidas, apesar de tudo, por *bens não coisificáveis*), incluem-se nesses bens, qualquer bem que possa ser transmissível, nomeadamente bens corpóreos móveis ou imóveis, presentes ou futuros, bens incorpóreos (direitos de autor, as patentes, marcas, etc), créditos²¹ e títulos de crédito, participações sociais detidas pela sociedade, empresas, *criptomoedas* ou signos

¹⁵ PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Volume III..., p. 530

¹⁶ PAULO ALVES DE SOUSA DE VASCONCELOS e FÁTIMA GOMES exigem, porém que em causa estejam bens que tenham «liquidez razoável, que permita a sua conversão em dinheiro sem grandes dificuldades ou perda de valor» e que «o seu objecto apresente características idênticas às do dinheiro» (in *Apuramento e aplicação de resultados no Código das Sociedades Comerciais*, Almedina, 1.^a ed., Coimbra, 2016, p. 310 e 311 e FÁTIMA GOMES, *O direito aos lucros...*, p. 285). Desconhecemos, contudo, motivos para que assim seja.

¹⁷ Ver L 232-18 do *Code de Commerce*

¹⁸ JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Volume II..., p. 446

¹⁹ ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE, *O regime das entradas...*, p. 47

²⁰ Note-se, todavia, que a doutrina exige que a entrada em espécie seja «*avaliável economicamente* [o seu objeto tem de ser transmissível e não suscetível de penhora como erroneamente faz pensar o art. 20.^º a, a)], tem de ser passível de realização instantânea (com isto queremos dizer que a sociedade deve dispor da plenitude do direito atribuído logo desde o momento inicial, ainda que a prestação do sócio não se esgote nessa altura e perdure no tempo) deve ser produtiva (apta a contribuir para a atividade da sociedade) e não tem de ser perpétua (aceitam-se direitos patrimoniais que sejam concedidos a título meramente temporário, podendo terminar antes de acabar a vida prevista da sociedade» (ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE, *O regime das entradas...*, p. 106 e 107).

²¹ Para PAULO DE TARSO DOMINGUES, «*estar-se-á, neste caso, inequivocamente perante uma entrada em espécie, uma vez que não se trata de uma entrada em dinheiro e o CSC, como vimos, apenas admite para as sociedades de capitais estes dois tipos de apport: em dinheiro e em espécie*» (in *O Financiamento Societário pelos Sócios...*, p. 152).

monetários em suporte escritural eletrónico que não estejam legalmente reconhecidos como moeda com curso legal²², etc. Na verdade, se a doutrina os considera bens à entrada da sociedade, também os deverá assumir enquanto tal à sua saída da sociedade por via da distribuição.

Quanto ao modo de *distribuição*, estes bens não pecuniários podem ser transmitidos a qualquer título: transmissão de propriedade, constituição ou transmissão de direitos reais menores ou de figuras parcelares do direito de propriedade como a compropriedade ou a propriedade horizontal, transmissão de direitos absolutos como os derivados do registo de direitos de propriedade industrial ou de autor, transmissão de meras expectativas de aquisição (como promessas, direitos de preferência, *leases*, etc)²³, a cedência do gozo de bens, de dinheiro²⁴ ou mesmo de um estabelecimento (i.e. através da locação de estabelecimento comercial)²⁵.

Em suma, entre a escolha do bem a distribuir e a escolha do título da sua transmissão, a distribuição de bens não pecuniários aos sócios pode assumir uma miríade de combinações completamente distintas. Combinacões estas que foram, em grande medida, esquecidas ou ignoradas pelo legislador societário e cuja análise doutrinal continua por realizar.

Brevitatis causa, trataremos apenas das hipóteses mais básicas que decorrem da mistura dos dois fatores referidos. Concentrar-nos-emos, assim, sobretudo na distribuição de bens (móvels e imóveis) através da transmissão da sua propriedade, deixando de fora, o estudo da transmissão de direitos reais menores como o direito de usufruto ou o direito de superfície, e da transmissão do bem societário a outro título não definitivo, como, por exemplo, através da sua locação.

Consideramos que a variedade de questões que a transmissão do direito de propriedade levanta será bastante para, desta forma, contribuir para o desenvolvimento doutrinal do regime da distribuição de bens não pecuniários a sócios.

Não atenderemos às distribuições que incluem simultaneamente a distribuição de dinheiro e de bens que não dinheiro (denominadas de «*distribuições mistas*»). Parece-nos, porém, que a estas distribuições se deverá

²² Uma vez que não são consideradas moeda com curso legal, não deverão ser tidas por *pecunia* (VICTOR HUGO VENTURA, *Comentário ao Código Civil, Direito das obrigações, Das obrigações em geral*, Universidade Católica Editora, 1.^a ed., Lisboa, 2018, p. 519 e JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, «As criptomoedas» in ROA, I-II, 2021, p. 151).

²³ ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE, *O regime das entradas...*, p. 107 e 108

²⁴ JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Volume II..., p. 261 e ss

²⁵ Sobre a qualificação de entradas com mero gozo dos bens como entradas em espécie, veja-se, por todos, PAULO DE TARSO DOMINGUES, *O Financiamento Societário pelos Sócios...*, p. 146 e ss

igualmente aplicar o regime que se advoga aplicar para as entradas mistas. Assim, conforme Armando Manuel Triunfante refere face ao regime das entradas, se os bens forem autonomizáveis, «*cada parcela da entrada [neste caso, da distribuição] obedecerá ao seu próprio regime*», se os bens não forem autonomizáveis então dever-se-á aplicar por inteiro o regime aplicável para a distribuição de bens não pecuniários²⁶.

A distribuição de bens sociais não pecuniários, móveis ou imóveis, através da transmissão da sua propriedade, por sua vez, poderá ser uma transmissão deliberada *ab initio* – i.e. quando a coletividade dos sócios delibera *expressis verbis* que a distribuição dos lucros da sociedade se fará pela distribuição de bens que não dinheiro – ou poderá ser uma transmissão não deliberada pela coletividade dos sócios mas sim decidida pelo órgão de administração da sociedade e acordada com o sócio, a título de dação em cumprimento da distribuição de lucros deliberada²⁷.

Começaremos por olhar para a distribuição de bens não pecuniários a sócios deliberada *ab initio*. Neste ponto, veremos como se deverão compreender os vários limites, requisitos formais e possíveis etapas da distribuição de bens não pecuniários a sócios. Começaremos por verificar como se devem concretizar os limites quantitativos da distribuição de bens societários na distribuição de bens não pecuniários a sócios; passaremos pela concretização do que deverá ser a deliberação de distribuição de bens a sócios e terminaremos analisando como se deverá fazer a entrega desses bens não pecuniários aos sócios e como deverão os sócios restituí-los se a tanto estiverem obrigados. Terminaremos analisando as especificidades da dação em cumprimento da distribuição de bens deliberada.

c. A existência de limites quantitativos na distribuição de bens não pecuniários a sócios

Com vista a proteger a autonomia ou *intangibilidade*²⁸ do património das sociedades comerciais e, subsequentemente, os interesses creditórios

²⁶ ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE, *O regime das entradas...*, p. 47

²⁷ No mesmo sentido veja-se PAULO ALVES DE SOUSA DE VASCONCELOS, para quem «uma situação (que é a que estamos aqui a analisar) é a possibilidade de os sócios deliberarem a distribuição de lucros em espécie; outra, bem diversa, consiste em saber se a dívida corresponde aos dividendos deliberados pode ser paga aos sócios em espécie, em dação em pagamento. Esta segunda situação deverá depender de acordo entre a sociedade (por meio do seu órgão de administração) e o sócio, como é regra na dação em pagamento» (in *Apuramento e aplicação...*, p. 312)

²⁸ PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário, Volume I, (artigos 1.º a 84.º)*, (coord.) JORGE M. COUTINHO DE ABREU, Almedina, 2.ª ed., Coimbra, 2017, p. 522.

dos credores da sociedade, o legislador impediu os sócios de, através da distribuição dos bens societários, criarem na sociedade uma situação patrimonial em que o seu património líquido ou o seu capital próprio seja inferior à soma do capital social (tido enquanto «*um simples nomen iuris, uma mera cifra, um número ideal e abstrato, que obrigatoriamente consta do pacto social*» que possui, de entre outras funções, a função de «*determinação do lucro ou da existência de perdas e, de um modo geral, para a avaliação da situação económica da sociedade*»²⁹) da sociedade e das reservas legais ou estatutárias que a sociedade esteja obrigada a ter constituído e realizado à data da distribuição. De igual forma, se esta situação (de inferioridade do capital próprio relativamente ao capital social) já existir à data da deliberação de distribuição de bens societários, não poderão os sócios, através da distribuição em causa, agravá-la.

A primeira regra que deverá ser cumprida na distribuição de bens a sócios é a da proibição de qualquer distribuição que faça perigar a intangibilidade do capital social prevista no artigo 32.º do CSC, disposição esta que sendo diretamente aplicável à distribuição de bens não pecuniários prejudica a necessidade de recorrer à aplicação analógica da norma prevista no artigo 156.º n.º 1 do CSC que, conforme *supra* referido, obriga a que tal distribuição *acaute lasse devidamente os direitos dos credores da sociedade*.

Recorde-se: esta disposição visa apenas proteger o capital social enquanto cifra abstrata, e não proteger quaisquer bens concretos que tenham sido entregues pelos sócios a título de entrada para realização do capital social da sociedade³⁰. Pelo que, a proibição da distribuição que afete o capital social da sociedade não é uma proibição da distribuição dos bens que serviram para o constituir, mas sim a proibição da distribuição dos valores contabilísticos necessários à sua manutenção. Tal significará que não existe qualquer proibição de distribuição dos bens que tenham servido para realizar o capital social da sociedade no momento da sua constituição ou dos seus aumentos.

Parece-nos que o modo de aplicação desta disposição para a distribuição de bens não pecuniários a sócios se prende com a forma como se terão ou não por cumpridos os limites quantitativos de proteção da intangibili-

²⁹ PAULO DE TARSO DOMINGUES, «Capital e Património Sociais, Lucros e Reservas», in *Estudos de Direito das Sociedades*, (coord.) JORGE M. COUTINHO DE ABREU, Almedina, 12.ª ed., Coimbra, 2020, p. 165 e 169. O capital social funciona ainda, por exemplo, como «*contrapartida da limitação da responsabilidade dos sócios*» (M. ANTÓNIO PITA, *Curso Elementar de Direito Comercial*, Áreas Editora, 4.ª ed., 2018, p. 190).

³⁰ PAULO DE TARSO DOMINGUES, «Capital e Património Sociais, Lucros e Reservas»..., p. 173

lidade do capital social. Isto é, em que medida se certificará que se está a distribuir ainda lucros distribuíveis e já não lucros não distribuíveis (reservas) ou mesmo valores respeitantes ao capital social.

Parece que duas são as hipóteses que se levantam: ora se terá em conta o valor dos bens inscrito no balanço, ora se terá em conta o seu valor de mercado³¹ - e dentro do valor de mercado, poder-se-á igualmente indagar se deverá este ser sempre tido em conta, ou apenas na medida em que seja superior ao valor de balanço.

Nas palavras de Paulo de Tarso Domingues, «o valor (real) do bem entregue ao sócio não deverá exceder o valor do dividendo a que ele tem direito, sob pena de aquela dação em pagamento se traduzir numa encapotada distribuição de lucro a um ou mais sócios, o que, para além de violar a regra do artigo 22.º CSC, consubstanciará uma liberalidade nula, por contrária ao fim da sociedade»³².

A favor da aplicação do valor de mercado parece estar o facto de que a distribuição de bens pelo valor do balanço, quando o valor do balanço for inferior ao valor de mercado, corresponder a uma distribuição de reservas ocultas³³, proibida nos termos do n.º 3 do artigo 33.º do CSC, nos termos do qual «as reservas cuja existência e cujo montante não figuram expressamente no balanço não podem ser utilizadas para distribuição aos sócios».

É certo que, para Coutinho de Abreu, «se o balanço regista de forma correta com base em avaliação dos elementos do ativo e do passivo sociais de acordo com as regras jurídico-contabilísticas aplicáveis, o lucro x, e são distribuídos bens (elementos daquele activo avaliado corretamente) que valem no mercado $x+y$, a diferença entre x e y não é (ilícita) reserva oculta (-ocultadora)»³⁴, porém, em contraposição, poder-se-á referir que apesar da referida operação revestir a aparência de legalidade porque o valor contabilístico do bem corresponde ao valor do dividendo, tal legalidade será mesmo meramente aparente, se o valor justo do bem for superior ao valor contabilizado³⁵.

³¹ JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Volume II..., p. 446 e 447. Neste sentido veja-se PAULO ALVES DE SOUSA DE VASCONCELOS, *Apuramento e aplicação...*, p. 311; FÁTIMA GOMES, *O direito aos lucros...*, p. 286; PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Variações sobre o Capital Social*, Almedina, 1.ª ed., Coimbra, 2009, p. 314

³² PAULO DE TARSO DOMINGUES, *O Financiamento Societário pelos Sócios...*, p. 559

³³ Para PAULO ALVES DE SOUSA DE VASCONCELOS, «parece claro que os bens a entregar não podem ser simplesmente tomados em conta pelo seu valor contabilístico, isto é, pelo valor com que figuram no balanço. Se assim fosse poderia dar-se o caso de se proceder, na prática, à distribuição de reservas ocultas, quando o bem tivesse um valor real superior ao valor do balanço, situação que a lei não consente» (*Apuramento e aplicação...*, p. 311)

³⁴ JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Volume II..., p. 446 e 447

³⁵ PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Variações sobre o Capital...*, p. 314

No que diz respeito à possibilidade da utilização do valor de mercado, parece-nos razoável defender a *aplicação reversa por analogia* do previsto no artigo 28.º do CSC³⁶ porque «as razões substanciais justificativas deste regime, nomeadamente de tutela dos sócios e sobretudo a tutela de credores são idênticas em ambos os casos»³⁷. Expliquemo-nos.

De acordo com o artigo 28.º do CSC, «as entradas em bens diferentes de dinheiro devem ser objeto de um relatório elaborado por um revisor oficial de contas sem interesses na sociedade (...)» que deverá, reportando-se a uma data não anterior a 90 dias face à do contrato de sociedade³⁸ ou à deliberação de aumento do capital social, proceder à avaliação dos bens e à indicação dos critérios de avaliação utilizados³⁹ e⁴⁰ «declarar se os valores encontrados atingem ou não o valor nominal da parte, quota ou ações atribuídas aos sócios que efetuaram tais entradas acrescido dos prémios de emissão, se for caso disso, ou a contrapartida a pagar pela sociedade»⁴¹.

³⁶ Questionando possibilidade idêntica, PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Variações sobre o Capital...*, p. 314, PAULO DE TARSO DOMINGUES, *O Financiamento Societário pelos Sócios...*, p. 559 e 560 e PAULO ALVES DE SOUSA DE VASCONCELOS, *Apuramento e aplicação...*, p. 311.

³⁷ PAULO DE TARSO DOMINGUES, *O Financiamento Societário pelos Sócios...*, p. 559 e 560

³⁸ Não seguimos aqui a tese de que o artigo 28.º do CSC apenas se aplicaria a situações de aumento do capital social baseada na referência legal à exigência de *deliberação dos sócios*.

³⁹ A ausência de critérios específicos deve-se ao facto de o legislador ter pretendido atribuir discricionariedade técnica aos peritos e por ser impossível encontrar critérios aplicáveis a toda a variedade de bens em espécie que podem ser usados como entradas (ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE, *O regime das entradas...*, p. 174). Para FRANCO DI SABATO «non può esservi dubbio che l'esperto debba ricercare il più attendibile valore del bene avuto riguardo a tutti i criteri che la tecnica estimativa conosce: rilevano cioè le caratteristiche fisiche dell bene, il valore quale risulta dai costi per riprodurre il bene stesso, il valore di mercato, il valore che risulta dalla destinazione del bene stesso all'attività produttiva che la società si propono di svolgere. È parimenti errato ritenere sia che debba scegliersi il valore di prudenziale realizzo, in nome di una dalla sola funzione di produttività: il valore di un bene non è un dato assoluto e tanto meno un dato che, in caso di trasferimento, può essere stimato in relazione alle esigenze di destinazione di una sola delle parti, onde il più attendibile dei criteri sembra esse quello c.d. della semisomma o della media fra i valori risultanti da più criteri diversi» (in *Manuale delle Società...*, p. 163)

⁴⁰ De acordo com ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE, o legislador nacional foi mais longe que o comunitário, que apenas exigia a declaração de que o valor do bem correspondia, pelo menos, ao valor das participações adquiridas (in *O regime das entradas...*, p. 173)

⁴¹ Criticando este sistema, veja-se, ANDREAS CAHN E DAVID C. DONALD, *Comparative Company Law...*, p. 173 e ss. Sobre o sistema de entradas em espécie vigente nos Estados Unidos da América, pode ler-se o seguinte: «Neither the DGCL [Delaware General Corporation Law] nor the Model Act places restriction on the form of consideration that may be used to pay for a company's shares; they also provide no formal procedure through which in-kind contributions are to be appraised. In Delaware, the law simply declares that the board's judgement "as to the value of such consideration shall be conclusive" "in the absence of actual fraud in the transaction, and the Model Act provides that the determination by the board of directors is conclusive"» (ANDREAS

O que se pretende imediatamente com esta disposição é garantir que o valor da entrada não é superior ao valor do bem avaliado e evitar assim a diluição do capital social à partida («*annacquamento del capitale*»⁴²⁴³). Mediatamente, esta disposição visa subjugar os interesses dos sócios que pretendem ver os bens entregues ser valorizados no máximo valor possível⁴⁴, aos interesses dos *futuros credores*⁴⁵ sociais mas também da *generalidade dos sócios*⁴⁶, assegurando que o valor do património social inicial é, pelo menos, igual ao valor do seu capital social (princípio da exata formação do capital social)⁴⁷, i.e. evitar a transmissão da «*ideia de capacidade financeira da empresa, através de uma grandeza de capital que não corresponde à realidade*»⁴⁸.

Note-se que a avaliação do bem serve, neste artigo para justificar: (i) o valor da participação social; (ii) o valor dos prémios de emissão ou ágios; (iii) a distribuição de uma contrapartida a pagar pela sociedade⁴⁹.

Só o *justo valor* do bem assegura a proteção de todos os interesses relevantes na realização do capital social⁵⁰, como só o justo valor os assegurará no momento de saída. Assim como o relatório não pode ser dispensado

CAHN E DAVID C. DONALD, *Comparative Company Law...*, p. 178). Em Itália, regime idêntico ao português aparece, por exemplo, no artigo 2343.^º do Código Civil.

⁴² FRANCO DI SABATO, *Manuale delle Società...*, p. 161

⁴³ Ao que parece esta ideia de *watered stock* tem na sua base o *engordamento* dos animais através da ingestão de água antes da sua pesagem. Assim, de acordo com ANDREAS CAHN e DAVID C. DONALD, «one popular term used to describe underpayment for shares is *watered stock*. The word *stock* has a number of meanings in English, including the inventory of items a merchant keeps on hand for sale and the animals a rancher raises to sell on the market. In the latter case, as animals such as bulls are sold by weight, a traditional type of fraud in the livestock business was to lead the stock to drink before bringing them to the scales, thus artificially increasing their weight with water, so as to inflate the price.»(Comparative Company Law..., p. 170)

⁴⁴ ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE, *O regime das entradas...*, p. 170

⁴⁵ Para ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO e CATARINA MONTEIRO PIRES «os objetivos da avaliação tornam-se claros: proteger os credores da sociedade, mais do que os próprios sócios» (Código das Sociedades Comerciais Anotado, (coord.) ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Almedina, 4.^a ed., Coimbra, 2021, p. 214)

⁴⁶ JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Volume II..., p. 265

⁴⁷ PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Volume I..., p. 489

⁴⁸ M.S., em Boletim da Associação Portuguesa de Notários, n.^º 168, de 1.1.1989, p. 515 *apud* ABÍLIO NETO, *Código das Sociedades Comerciais, Jurisprudência e Doutrina*, Ediforum, 3.^a ed., Lisboa, 2005, p. 125

⁴⁹ Sobre a interpretação a dar a esta terceira hipótese, veja-se, por exemplo, ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE, *O regime das entradas...*, p. 174

⁵⁰ ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE, *O regime das entradas...*, p. 182

sado, por vontade das partes, no momento da entrada⁵¹, por analogia se poderia defender que também não poderiam bens não pecuniários ser distribuídos aos sócios sem que o seu *justo* valor seja determinado de forma independente.

Tendo em conta ambas as teses referidas, tendemos para considerar ser esta segunda a tese a privilegiar. Bem entendemos que a necessidade da colaboração de um ROC⁵² (que apenas não se aplicará se em causa estiverem valores mobiliários transacionados em mercado de capitais⁵³) cria entraves à vida comercial da sociedade, porém, não conseguimos afastar a identidade de razões que existe com o regime de entradas em espécie no capital social. Se o legislador pretendeu que o regime fosse particularmente pesado e tutelador dos credores sociais aquando da realização das entradas no capital social da sociedade, não nos parece que regime distinto mereçam as distribuições de bens não pecuniários a sócios. De resto, a existência de balanço não nos tranquiliza – considerando as regras de valorização contabilística dos bens, poderia numa sociedade ser um bem distribuído pelo seu valor histórico e outro, exatamente igual, noutra sociedade, ser distribuído pelo seu valor real? Repare-se, não estamos no âmbito do cálculo do valor do bem para efeitos de determinação dos bens distribuíveis (para esta situação a lei prevê especificamente qual o valor do bem a considerar), aqui estamos já no âmbito da saída do bem e da determinação do seu valor enquanto tal⁵⁴.

⁵¹ ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE, *O regime das entradas*, p. 182

⁵² Em sentido contrário defendendo que «em teoria, o bem atribuído ao sócio, em sede de redução do capital social, não careceria de avaliação por revisor oficial de contas independente», sem prejuízo de por múltiplos motivos tal poder ser aconselhável e mesmo necessário, veja-se JOÃO ANACORETA CORREIA, MARIA JOÃO DIAS e MIGUEL DURHAM AGRELLOS, «A redução do capital social com atribuição aos sócios de bens em espécie – aspectos societários e fiscais», Actualidad Jurídica Uría Menéndez, 37-2014, p. 165, disponível em <https://www.uria.com/documentos/publicaciones/4275/documento/p02.pdf?id=5467> (consultado a 2 de dezembro de 2021).

⁵³ No mesmo sentido veja-se PAULO ALVES DE SOUSA DE VASCONCELOS, *Apuramento e aplicação...*, p. 311

⁵⁴ Assim, por exemplo, uma sociedade possui um ativo composto por três imóveis, cada um adquirido por 100.000,00€. Neste momento, a sociedade tem bens distribuíveis (lucro de balanço) no montante de 100.000,00€. Tal significa que, se os imóveis estiverem contabilisticamente retratados pelo valor de aquisição, a sociedade poderá deliberar a distribuição de um dos imóveis. Imaginemos agora que os imóveis passaram a ser contabilizados pelo seu justo valor. Esta valorização dos imóveis não terá, como se viu, qualquer reflexo nos lucros de balanço, que são insensíveis a esta variação patrimonial. No entanto, os imóveis encontrar-se-ão agora contabilizados por um preço superior ao valor distribuível, e a sua distribuição encontrar-se-ia já proibida.

Para Paulo de Tarso Domingues, a distribuição de bens não pecuniários «deverá necessariamente contar com a anuência do sócio, desde logo porque ele terá de aceitar que o valor do bem que lhe é dado em pagamento corresponde ao valor do seu dividendo»⁵⁵. Sem prejuízo do que *infra* daremos nota, parece-nos que apenas assim será se o valor real do bem não corresponder exatamente ao valor em dinheiro a que teria direito (sendo, por isso, naturalmente, inferior). De resto, note-se que o valor que venha a ser determinado pelo ROC será o valor máximo a atribuir ao bem a distribuir, na medida em que nada impedirá que um bem que valha, de acordo com o ROC, 5,00€ seja distribuído em lugar de uma distribuição de lucros de 10,00€ não havendo neste caso interesses da sociedade ou dos credores a tutelar.

Com a aplicação do artigo 28.º do CSC dever-se-á ainda referir que, na medida em que estão impedidos de votar na deliberação de designação do ROC os sócios que efetuam as entradas⁵⁶, também estarão impedidos de votar na designação do ROC os sócios que serão abrangidos pela distribuição. Se todos estiverem abrangidos pela distribuição, haverá que distinguir consoante o(s) bem(ns) objeto da distribuição sejam idênticos ou não e/ou sejam avaliados pelo mesmo ROC. Se o(s) bem(ns) distribuído(s) for(em) idênticos e forem (como parece natural supor) avaliados pelo mesmo ROC, todos poderão votar. Se os bens objeto da distribuição forem distintos, cada sócio considerar-se-á impedido de votar na deliberação relativa ao ROC que avaliará o *seu* bem, mas não ficará impedido de votar nas restantes deliberações relativas à escolha dos ROCs (ainda que sejam os mesmos) que se encarregarão de avaliar os outros bens a distribuir⁵⁷.

Tendo em conta que os interesses de regime são semelhantes, também no nosso caso se deverá exigir a atribuição de publicidade aos relatórios do ROC relativos a bens a distribuir em termos semelhantes aos determinados para a publicidade do relatório do ROC relativo às entradas em espécie.

⁵⁵ PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Variações sobre o Capital...*, p. 313

⁵⁶ PAULO DE TARSO DOMINGUES, *O Financiamento Societário pelos Sócios...*, p. 139

⁵⁷ PAULO DE TARSO DOMINGUES, *O Financiamento Societário pelos Sócios...*, p. 138

d. A exigência de deliberação da coletividade dos sócios de distribuição de bens não pecuniários a sócios

É da competência da coletividade dos sócios deliberar, periodicamente, por maioria absoluta⁵⁸|⁵⁹, a distribuição de bens a sócios, nessa mesma qualidade⁶⁰, devendo tal deliberação mencionar expressamente «*quais as reservas distribuídas, no todo ou em parte, quer isoladamente quer juntamente com lucros de exercício*», de acordo com o n.º 4 do artigo 33.º do CSC.

Estamos perante uma competência absolutamente imperativa que, visando informar os sócios e facilitar o escrutínio das decisões⁶¹, não pode, sob pena de nulidade (nos termos dos artigos 294.º do CC e 56.º n.º 1 alínea d) do CSC) ser derrogada pelos sócios em sede estatutária (por via, por exemplo, de distribuições automáticas que dispensam a existência de deliberação ou de limitações automáticas que apenas permitam a distribuição final de lucros⁶²) ou deliberativa⁶³. Esta imperatividade justifica-se, sobretudo, porque parece natural que caiba aos sócios das sociedades tomar decisões relativas ao investimento ou retorno da sociedade e decisões que possam afetar substancialmente o valor das suas participações⁶⁴.

⁵⁸ «(...) porque essa é a regra da generalidade das deliberações.» (PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Volume I..., p. 528)

⁵⁹ Se outro não for o quórum aplicável.

⁶⁰ Coisa distinta será a transferência de bens a sócios no decurso de qualquer outra obrigação da sociedade decorrente da lei ou de um negócio celebrado entre a sociedade e os sócios. A este propósito é de notar que, fora a previsão do artigo 29.º do CSC, o legislador ainda não previu quaisquer outras limitações gerais (excluímos daqui porque não são gerais, por exemplo, as limitações previstas no artigo 249.º-A do CVM) aplicáveis às relações entre sócios e sociedade (PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Volume I..., p. 511)

⁶¹ PAULO CÂMARA, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, (coord.) ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Almedina, 3.ª ed., Coimbra, 2020, p. 218

⁶² Assim, quanto a esta última possibilidade, mas parecendo aceitar entendimento igual para a primeira possibilidade ao referir que «será ilícita qualquer cláusula do pacto (...) que retire à coletividade dos sócios o poder para, de ano a ano, deliberar sobre o destino a dar aos resultados apurados no exercício» (PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Variações sobre o Capital...*, p. 287).

⁶³ PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Volume I..., p. 511 e 512 e PAULO DE TARSO DOMINGUES, *O Financiamento Societário pelos...*, p. 511 e 512. Por maioria de razão, não podem os estatutos da sociedade subtrair da assembleia geral a competência para «de ano a ano, deliberar sobre o destinado a dar aos resultados apurados no exercício» (PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Volume V, (artigos 271.º a 372.º-B), (coord.) JORGE M. COUTINHO DE ABREU, Almedina, 2.ª ed., Coimbra, 2018, p. 286)

⁶⁴ DIOGO COSTA GONÇALVES, «*Adiantamentos sobre o Lucro...*», p. 588

No que diz respeito à deliberação para a distribuição de bens não pecuniários a sócios, a doutrina que aceita estas distribuições parece ser unânime em considerar que esta deverá ser tomada por unanimidade dos sócios ou o seu conteúdo estar previamente previsto nos estatutos da sociedade, regra que, de resto, se poderia retirar da aplicação analógica do artigo 156.º do CSC, que exige deliberação tomada por unanimidade ou prévia disposição estatutária que permita a partilha em espécie do ativo da sociedade em liquidação.

Note-se que em causa estão duas possibilidades distintas que tornam possível a distribuição em causa: por um lado, esta distribuição será válida se for unanimemente decidida pelos sócios; por outro lado, esta distribuição será válida se estiver expressamente prevista nos estatutos da sociedade, não parecendo haver, neste caso, necessidade de existir unanimidade na tomada da deliberação, na medida em que essa unanimidade se deu, em princípio, no momento de constituição da sociedade.

O que se pretende com estas limitações é impedir que, por deliberação da maioria, se imponha a distribuição de bens não pecuniários a um ou mais sócios que não podiam contar com essa possibilidade por não vir prevista nos estatutos da sociedade⁶⁵. Aquilo a que Coutinho de Abreu apelida de «surpresas desinteressantes»⁶⁶.

No que diz respeito à possibilidade de esta deliberação ser aprovada por unanimidade, note-se que tal unanimidade não é apenas exigida quando a distribuição de bens não pecuniários for realizada relativamente a todos os sócios. Esta necessidade existe igualmente caso a distribuição não seja homogénea face a todos os sócios, o que acontecerá se, por exemplo, a distribuição dos bens não se fizer em compropriedade e na proporção da parte dos lucros correspondente a cada sócio ou através da transmissão de bens exatamente idênticos⁶⁷.

Parece, contudo, que a unanimidade exigida encontra fundamentos distintos consoante os casos. Se a unanimidade exigida nas distribuições *homogéneas* se baseia na ideia de que os sócios devem ser protegidos contra distribuições não expectáveis/típicas; já a unanimidade exigida nas distribuições *heterógenas* encontra (ainda) fundamento no facto de que qualquer tratamento diferenciado entre os sócios dever ser consentido por todos os

⁶⁵ JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Volume II..., p. 445

⁶⁶ JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Volume II..., p. 445

⁶⁷ Parecendo defender que apenas se exige o consentimento dos sócios que venham a receber bens em espécie veja-se JOÃO ANACORETA CORREIA, MARIA JOÃO DIAS e MIGUEL DURHAM AGRELOS, «A redução do capital social com atribuição aos sócios de bens em espécie – aspectos societários e fiscais»..., p. 164

sócios⁶⁸, já que o princípio do tratamento paritário dos sócios⁶⁹|⁷⁰ «não tem o alcance de impedir as desigualdades consentidas pelos interessados»⁷¹.

Fazemos, porém, aqui uma correção: a unanimidade não parece ser de exigir se se garantir a paridade dos sócios no acesso às distribuições de bens deliberadas⁷² - isto é, se todos os sócios tiverem possibilidade de escolher se optam por determinada distribuição (a expectável, em dinheiro) ou outra (através de ações, por exemplo) não parece ser de exigir unanimidade. Assim é porque, neste caso, os fundamentos que exigiriam a unanimidade desapareçam: todos os sócios podem evitar uma distribuição surpresa que não considerem benéfica e todos os sócios podem decidir de que forma são tratados.

⁶⁸ PAULO DE TARSO DOMINGUES, «Capital e Património Sociais, Lucros e Reservas»..., p. 195

⁶⁹ JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Volume II..., p. 447. Para o autor, o princípio da igualdade tratamento dos sócios será respeitado se «os sócios deliberam, por exemplo, distribuir um ou mais imóveis da sociedade que ficarão a pertencer, em compropriedade e na proporção da quota-parte de cada sócio nos lucros, a todos os sócios. Se deliberaram distribuir bens diferenciados com valores de balanço e valores de mercado não proporcionais (a diferença entre valor de balanço e valor de mercado de um bem é percentualmente maior do que a relativa a outro bem), a desigualdade de tratamento tem de ser aceite por todos os sócios, sob pena de a deliberação ser anulável».

⁷⁰ Pelo menos de acordo com o artigo 42.º da Segunda Diretiva 77/91/CEE do Conselho, de 13 de dezembro de 1976, «as legislações dos Estados-membros garantirão um tratamento igual aos accionistas que se encontrem em condições idênticas»

⁷¹ PAULO DE TARSO DOMINGUES, «Capital e Património Sociais, Lucros e Reservas»..., p. 195

⁷² ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE, *A Tutela das Minorias nas Sociedades Anónimas*, Coimbra Editora, 1.ª ed., Coimbra, 2004, p. 416. Regime semelhante é o previsto no artigo L. 232-18 do *Code de Commerce*, nos termos do qual, a atribuição de bens em espécie funciona como uma faculdade atribuída aos sócios, estando acautelada a igualdade do seu tratamento («Dans les sociétés par actions, les statuts peuvent prévoir que l'assemblée statuant sur les comptes de l'exercice a la faculté d'accorder à chaque actionnaire, pour tout ou partie du dividende mis en distribution ou des acomptes sur dividende, une option entre le paiement du dividende ou des acomptes sur dividende en numéraire ou en actions.») (FÁTIMA GOMES, *O direito aos lucros...*, p. 287).

Esta igualdade de acesso não é, porém, a panaceia que se poderia esperar, sendo necessário confirmar se se exige uma igualdade de acesso meramente formal ou material (i.e. se se exige que exista, em abstrato, igual interesse de todos os sócios em aceder aos bens).

Imagine-se que a sociedade A produz sapatos de pele. Se o seu sócio maioritário possui uma loja de sapatos, poderá ter interesse em receber os seus lucros através da entrega de uma centena de pares de sapatos. Esse poderá não ser o interesse dos acionistas minoritários que não terão qualquer interesse em receber um número infindável de sapatos. Poderá o sócio maioritário receber os bens sociais que pretende, atribuindo, para esse efeito, um direito de igual acesso (que sabe nunca será usado) aos restantes sócios? Mas, por outro lado, não estarão sempre os outros sócios protegidos, por poderem receber os mesmos lucros em dinheiro ou, se considerarem que a receção dos sapatos é de tal forma vantajosa, optarem por os receber? Será, certamente, um tema a que nos dedicaremos futuramente.

Em termos práticos, esta última possibilidade poderá ser de difícil concretização, uma vez que a sociedade teria que ter à sua disposição ou adquirir bens cuja qualidade e valor fossem ajustáveis à procura acionista. De qualquer modo, se as distribuições ficassem aquém dos valores distribuíveis, sempre se poderia prever uma distribuição mista para acertos finais ou poder-se-ia considerar que o sócio ao ter escolhido aquela distribuição deu o seu consentimento para que essa ficasse abaixo do valor devido.

No que diz respeito à possibilidade de deliberar esta distribuição com base em disposição estatutária⁷³, dever-se-á igualmente confirmar se se encontram devidamente tuteladas as preocupações supra referidas, isto é, por um lado, a inexistência de uma possível *surpresa indesejável* por parte dos sócios, e, por outro, uma violação do princípio de igualdade de tratamento dos sócios.

Com vista a evitar surpresas desagradáveis, a disposição estatutária deverá ser clara e tornar previsível aos sócios a forma como poderão ser ou serão distribuídos os bens sociais. Assim, não nos parece que a distribuição de bens não pecuniários deva funcionar através da aceitação de cláusulas que permitam a sua realização de forma genérica na medida em que cláusulas deste tipo, demasiado amplas e pouco concretizadas, poderão abrir portas a possíveis abusos e não evitá-los as *surpresas desinteressantes* que nos parecem ter de ser evitadas⁷⁴.

Na verdade, uma previsão genérica e, portanto, pouco esclarecedora, teria um efeito útil bastante reduzido porque a sua falta de determinabilidade levaria a que fosse sempre passível a invocação de *uma surpresa desinteressante*. Para Raúl Ventura⁷⁵ e Paulo Alves de Sousa de Vasconcelos⁷⁶, uma vez que no momento da previsão estatutária os sócios podem ainda não saber de que bens se trata a distribuição, *uma disposição sem a extensão*

⁷³ Este é o regime previsto no 58§ (5) do AktG, nos termos do qual «Where the by-laws so provide, the general meeting may also resolve to make a distribution in kind.». Tradução consultada em https://www.gesetze-im-internet.de/englisch_aktg/englisch_aktg.html#p0280 a 3 de janeiro de 2020.

⁷⁴ Imagine-se a situação em que tal cláusula existe nos estatutos de uma sociedade imobiliária, um sócio minoritário dessa sociedade poderia estar a contar que, a não ocorrer em dinheiro, a distribuição seria feita através de imóveis detidos pela sociedade. Se porém, num segundo momento, a sociedade adquire participações sociais noutras sociedades, estariam os sócios sujeitos a receber essas participações sociais? Parece-nos que não, na medida em que não era expetável tal distribuição à luz da disposição estatutária.

⁷⁵ RAÚL VENTURA, *Dissolução e Liquidação de Sociedades, Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 400

⁷⁶ PAULO ALVES DE SOUSA DE VASCONCELOS, *Apuramento e aplicação...*, p. 310

mínima indispensável para ser exequível será ineficaz e, acrescentamos, tornará necessária a deliberação nos termos supra descritos.

Baseada numa disposição estatutária, a distribuição de bens apenas se fará licitamente se aquela for devidamente concretizada de modo que não se possa arguir que os sócios não aceitaram, não sabiam ou não esperavam que determinados bens sociais lhes pudessem ser distribuídos em lugar de dinheiro.

Por outro lado, haverá que tutelar o princípio do igual tratamento dos sócios. À partida, a permissão estatutária de distribuição de certos ou determináveis bens não pecuniários a sócios consistirá na permissão de que esses bens sejam distribuídos de igual modo por todos os sócios. Se assim for, e desde que a deliberação de distribuição respeite a paridade dos sócios, não haverá necessidade de ser aprovada por unanimidade. Repare-se, os sócios contavam com a distribuição em causa e foram todos igualmente tratados, bastando a unanimidade obtida na celebração do contrato de sociedade.

Se, porém, se pretender que a distribuição seja realizada de forma não paritária – ora se exigirá que tal distribuição seja expressamente prevista e delimitada pelos estatutos⁷⁷ - caso em que houve consentimento de todos para o seu tratamento desigual - ora se exigirá uma deliberação unânime – em que o consentimento para tal desigualdade de tratamento seja prestado.

Tudo somado, nas situações em que não existe unanimidade na deliberação ter-se-á que fazer uma ponderação casuística que deverá atender aos conteúdos da deliberação e da disposição estatutária. A ponderação deverá aquilatar se estamos perante uma efetiva violação do princípio da igualdade de tratamento dos sócios (segundo o qual «os sócios em circunstâncias idênticas devem ser tratados de modo idêntico, não devendo haver discriminações arbitrárias (objetivamente não justificadas)»⁷⁸) e se essa violação, tida nos termos deliberados, se encontra consentida no espírito da disposição estatutária. Por precaução parece-nos, no entanto, que o consentimento deverá ser bastante claro e concretizado para poder ser aceite, sob pena de se abrir a porta a possíveis abusos⁷⁹.

⁷⁷ Na verdade, em primeira linha, poder-se-á dizer que «o princípio da igualdade de tratamento começa onde acabam os estatutos» (ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades Comerciais, Valores Mobiliários e Mercados*, Coimbra Editora, 7.^a ed., Coimbra, 2013, p. 121).

⁷⁸ JORGE M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Volume II..., p. 210

⁷⁹ Se uma sociedade gestora de participações sociais pretende distribuir diferentes tipos de ações pelos seus sócios a título de distribuição de lucros e se os seus estatutos preveem apenas que «A Assembleia Geral poderá deliberar, por maioria simples, que a distribuição de lucros se fará através da distribuição de participações sociais que a sociedade detenha», poder-

Presumimos, até agora, que a disposição estatutária constava desde a génesis da sociedade. Se a disposição estatutária aparecer completamente apenas num segundo momento, será de exigir que a sua inclusão nos estatutos da sociedade seja deliberada por unanimidade?

A resposta a esta questão poderá variar de acordo com a disposição que se pretende aprovar, mas as regras gerais retiram-se do que ficou *supra* referido: a disposição que possibilite (e não imponha) o acesso a distribuições de bens em espécie a todos os sócios poderá ser aprovada sem unanimidade; qualquer outra disposição exigirá uma aprovação unânime.

Assim, se a disposição estatutária impõe (ou permite que por deliberação se imponha) distribuições que não em dinheiro, considera-se que se está já fora do âmbito social e se entra no estrito âmbito de celebração do próprio contrato de sociedade⁸⁰. Assim, «se a sociedade (ou a maioria que a controla) pretende alterar as regras de partilha dos lucros (...) é indispensável o consentimento individual, porque se afeta o aspeto mais básico do acordo que permitiu a organização em sociedade»⁸¹.

Por fim, se a disposição cria apenas faculdades para alguns sócios ou categorias de ações, na medida em que se estará perante a constituição de um *raro* direito especial (i.e. um direito atribuído pelo contrato de sociedade a um ou mais sócios, que lhes confere uma vantagem face aos demais⁸²)⁸³ também se exigirá a unanimidade em respeito pelo princípio da paridade de tratamento dos sócios. Nas palavras de Armando Manuel Triunfante, «os associados não poderão opor-se às modificações da base contratual que motivou o seu investimento (ou porque são indispensáveis, ou porque são úteis, ou apenas e só porque foram queridas pela maioria suficiente dos sócios), mas não é lícito obrigar apenas alguns a suportar os efeitos nefastos dessas alterações, nem parece razoável limitar a uns tantos outros, injustificadamente, os benefícios que eventualmente daí decorram»⁸⁴.

-se-á dizer, *a priori*, que os estatutos não permitiram que a Assembleia Geral derrogasse o princípio da igualdade de tratamento dos sócios e que distribuisse, por exemplo, ações distintas aos vários sócios.

⁸⁰ ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE, *A Tutela das Minorias...*, p. 337

⁸¹ ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE, *A Tutela das Minorias...*, p. 337

⁸² PAULO OLAVO CUNHA, *Os direitos especiais nas sociedades anónimas: as ações privilegiadas*, Almedina, Coimbra, 1993, p. 20. Para uma compilação de definições de direitos especiais veja-se, RICARDO ALEXANDRE DE CARVALHO, «Os direitos especiais dos sócios nas sociedades por quotas», in RDS, Ano III, 2011, p. 1108

⁸³ Sobre uma possível querela doutrinária relativamente à possibilidade de criação superveniente de direitos especiais veja-se RICARDO ALEXANDRE DE CARVALHO, «Os direitos especiais...», p. 1085 onde se conclui que «nada parece obstar a que uma deliberação crie um direito especial em sede de alteração ao contrato de sociedade»

⁸⁴ In *A Tutela das Minorias...*, p. 331

Se esta parece ser a posição de Raúl Ventura⁸⁵, Sousa Machado Fontes⁸⁶, Ricardo Alexandre de Carvalho⁸⁷ e Rui Cardona Ferreira⁸⁸, que sustentam que a adoção de direitos especiais pelo contrato de sociedade está sujeita à aprovação de todos os sócios, outra parece ser a posição adotada por Paulo Olavo Cunha⁸⁹, Alexandre Soveral Martins⁹⁰, Coutinho de Abreu⁹¹, e Brito Correia⁹². Para Paulo Olavo Cunha e Alexandre Soveral Martins (que considera que o argumento da violação do princípio da igualdade do tratamento dos sócios «não pode impressionar em demasia» porque «é garantido no momento da própria votação da alteração do contrato de sociedade»), bastará a maioria necessária à alteração dos estatutos; para Coutinho de Abreu, um direito especial poderá ser constituído sem unanimidade, se tal for imposto pelo interesse social⁹³.

⁸⁵ RAÚL VENTURA, «Direitos especiais dos sócios», in *O Direito*, 1989, tomo I, p. 215

⁸⁶ In *Direitos especiais dos sócios nas sociedades comerciais*, Relatório de Mestrado em Ciências Jurídicas, Sociedades Comerciais, FDUL, Lisboa, 198/1989, p. 62 a 65, apud RICARDO ALEXANDRE DE CARVALHO, *Os direitos especiais...*, p. 1087 e ss

⁸⁷ RICARDO ALEXANDRE DE CARVALHO, «Os direitos especiais...», p. 1087 e ss

⁸⁸ RUI CARDONA FERREIRA, «O direito aos lucros...», p. 87 e ss

⁸⁹ Que refere «será suficiente para deliberar a criação de ações privilegiadas (ou de novas ações privilegiadas) a maioria normalmente necessária para deliberar alterações estatutárias» (PAULO OLAVO CUNHA, *Os direitos especiais nas sociedades anónimas: as ações privilegiadas*, Almedina, Coimbra, 1993, p. 184)

⁹⁰ In *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Volume I (artigos 1.º a 84.º), (coord.) JORGE M. COUTINHO DE ABREU, Almedina, 2.ª ed., Coimbra, 2017, p. 431

⁹¹ *Curso de Direito Comercial*, Volume II,..., p. 211

A este propósito, RICARDO ALEXANDRE DE CARVALHO parece referir que COUTINHO DE ABREU defende que «deliberação que crie um direito especial em sede de alteração do contrato social tem de ser aprovada por unanimidade» (in «Os direitos especiais...», p. 1087). Não parece que seja isto que COUTINHO DE ABREU defende, quando escreve que «pode acontecer que uma deliberação tomada por maioria qualificada introduza no contrato uma cláusula conferindo direito especial apenas a um ou a alguns sócios – e sem qualquer violação do princípio do igual tratamento, exatamente porque o interesse social impõe ou recomenda essa alteração estatutária».

⁹² *Direito comercial*, 2.º Volume, AAFDL, Lisboa, 1989, p. 330. Parece ser esta a posição do Autor uma vez que, apesar de referir que «Não se vê, todavia, motivo para impedir a criação de direitos especiais por deliberação modificativa do contrato, desde que tomada por unanimidade» acaba referindo que «o disposto no art. 58.º, n.º 1 al. b) do CSC aponta mesmo no sentido de admitir a criação de direitos especiais por deliberação de alteração do contrato, desde que obtenha a maioria necessária sem os votos dos sócios favorecidos».

⁹³ *Curso de Direito Comercial*, Volume II,..., p. 211. Porém, acompanhamos RUI CARDONA FERREIRA quando refere que a remissão para o interesse social justificativo «não favorece a segurança jurídica e que pode ser dificilmente sindicável pelos tribunais» e que não parece razoável que o direito ao lucro possa ser sacrificado apenas com essa justificação (in «O direito aos lucros...», p. 89).

Coisa diferente, é a possibilidade de alteração de uma disposição estatutária anterior, que já previsse a distribuição de bens não pecuniários a sócios.

Também aqui as hipóteses multiplicam-se e decorrem do regime *supra* referido e do direito aplicável aos direitos especiais.

Assim, se a disposição previa um direito especial a favor de algum(ns) dos sócios, a supressão ou alteração destes seus direitos especiais apenas poderá ser realizada com o seu consentimento, exceto se outra coisa resultar das disposições estatutárias e legais⁹⁴. Note-se, como bem refere Paulo Olavo Cunha, que o que se exige é o consentimento do titular e não unanimidade pelo que «apenas se exige o consentimento do titular dos direitos especiais, podendo, por isso, a deliberação que modifique o contrato de sociedade, com vista à supressão ou alteração do direito especial ser tomada por maioria de três quartos do capital social (cfr. art. 265.º) desde que integre o voto favorável do titular do direito em causa»⁹⁵. Ademais, estando em causa sociedades anónimas, dever-se-á ter em conta o previsto no artigo 24.º do CSC nos termos do qual, o consentimento que deve ser obtido não deve ser já manifestado por cada sócio com direito especial mas por deliberação coletiva (precedente ou não⁹⁶). Existe nestes casos uma *inderrogabilidade relativa*⁹⁷.

A deliberação que coarte um direito especial sem o devido consentimento é ineficaz⁹⁸.

Se a disposição previa a possibilidade de poderem todos os sócios optar pela distribuição em dinheiro ou espécie, já a questão se apresenta de mais complexa resposta, tendo em conta que, se por um lado, nada pareceria apontar para a existência de uma maioria distinta da necessária para alterar regularmente os estatutos (não estamos aqui perante direitos especiais), por outro, parece que poderemos entrar no conteúdo central do contrato social, o que poderá tornar exigível o consentimento de todos os sócios (que podiam, aliás, estar a contar com a constante possibilidade de receber determinado bem da sociedade).

Por fim, numa terceira situação, poderá haver lugar a uma generalização do direito especial. Neste caso, não havendo a perda ou coartação de um direito especial nem havendo a violação do princípio da igualdade

⁹⁴ RICARDO ALEXANDRE DE CARVALHO, «Os direitos especiais...», p. 1083

⁹⁵ PAULO OLAVO CUNHA, *Os direitos especiais nas sociedades...*, p. 23

⁹⁶ Sobre o regime de prestação do consentimento veja-se, por exemplo PAULO OLAVO CUNHA, *Os direitos especiais nas sociedades...*, p. 191 e ss

⁹⁷ PAULO OLAVO CUNHA, *Os direitos especiais nas sociedades...*, p. 189

⁹⁸ PAULO OLAVO CUNHA, *Os direitos especiais nas sociedades...*, p. 23 e 190; RICARDO ALEXANDRE DE CARVALHO, *Os direitos especiais...*, p. 1092

dos sócios, mas sim a sua reposição, apenas parece ser de exigir a maioria geralmente exigida para as alterações de estatutos⁹⁹|¹⁰⁰.

A execução da deliberação de distribuição de bens não pecuniários a sócios

Sem prejuízo de relativamente a qualquer execução de deliberação de distribuição de bens sabermos que (i) caberá à administração escolher o meio de pagamento mais conveniente para a sociedade¹⁰¹; que (ii) nunca deverão os membros da administração executar qualquer uma das deliberações ou pagamentos referidos se tiverem conhecimento que a referida deliberação violará a intangibilidade do capital social, o legislador não previu um regime geral para a execução das distribuições de bens que temos vindo a analisar.

Parece-nos que será no que diz respeito à execução da distribuição dos bens não pecuniários a sócios que mais questões se levantarão. É que, se o regime legal é omisso quanto ao modo de execução da distribuição de bens pecuniários aos sócios porque não haveria motivos para o pormenorizar para além do que é o regime geral das obrigações pecuniárias, já no que diz respeito à distribuição de bens não pecuniários, existe uma miríade de questões que se levantam e que vão desde a necessidade ou desnecessidade de existência de forma especial para a transmissão dos bens à determinação do regime legal e contratual aplicável a esta distribuição.

Parece-nos que também aqui nos poderemos apoiar no regime previsto para as entradas em espécie. Pese embora o legislador português¹⁰² não tenha tratado completamente o regime das entradas em espécie, previu no artigo 984.º do CC, que «A execução da prestação, a garantia e o risco da coisa são regulados nos termos seguintes: a) Se a entrada consistir na transferência ou

⁹⁹ Como refere RUI CARDONA FERREIRA «não são axiologicamente equiparáveis as situações de reversão de direitos especiais, com a inerente reposição da igualdade entre os sócios e a constituição de direitos especiais que vêm, precisamente colocar em crise essa igualdade» (in O direito aos lucros..., p. 88)

¹⁰⁰ Esta parece ser igualmente a conclusão de PAULO OLAVO CUNHA quando refere que «só as deliberações que recaiam sobre os direitos de uma categoria existente, impondo a sua supressão ou alteração, devem ser subordinadas ao consentimento dos titulares das ações dessa categoria» (in Os direitos especiais nas sociedades..., p. 186).

¹⁰¹ PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário, Volume I...*, p. 531 e PAULO DE TARSO DOMINGUES, *O Financiamento Societário pelos Sócios...*, p. 558

¹⁰² Em Itália, às entradas em espécie através da transmissão da propriedade ou do gozo de um bem, consideram-se aplicáveis as normas relativas ao contrato de compra e venda e locação (FRANCO DI SABATO, *Manuale delle Società...* p. 27)

constituição de um direito real, pelas normas do contrato de compra e venda; b) Se o sócio apenas se obrigar a facultar à sociedade o uso e fruição de uma coisa, pelas normas do contrato de locação; c) Se a entrada consistir na transferência de um crédito ou de uma posição contratual, pelas normas, respectivamente, da cessão de créditos ou da cessão da posição contratual, presumindo-se, todavia, que o sócio garante a solvência do devedor.»

Apesar da redação cheia de incongruências¹⁰³, o artigo 894.º sujeita a entrada do sócio «ao regime do contrato ou da figura jurídica em que essa se apresente como elemento típico. Assim, se se transmitiu a propriedade do bem, será pertinente a disciplina da compra e venda (...) se foi constituída uma locação a favor da sociedade esse é o regime aplicável. Se se entrou com o usufruto, então o regime do usufruto deve ser chamado à colação»¹⁰⁴.

A aplicação desta disposição às entradas é feita com um *caveat*: estando em causa uma norma externa ao CSC, a sua aplicação dependerá sempre do cumprimento do artigo 2.º do CSC. Assim, é «indispensável a existência de uma verdadeira lacuna, verificável a dois níveis. Não basta a ausência de solução legal para um problema que dela carece, mostrando-se também indispensável que essa falta não possa ser resolvida ainda no âmbito do sistema societário, com recurso à analogia»¹⁰⁵ - tal significará, na prática, que, como o próprio CSC conhece normas relativas a estes temas, a aplicação do artigo 984.º do CC às sociedades comerciais ficará limitada¹⁰⁶, devendo ceder perante «disposições, princípios gerais do CSC ou princípios próprios do tipo legal de sociedade em causa (art. 2.º CSC)»¹⁰⁷.

Ora, fora as disposições que *supra* tratámos relativamente aos prazos e modos de execução da distribuição de bens a sócios¹⁰⁸, existem amplas lacunas relativas ao regime a aplicar às distribuições de bens não pecuniários a sócios. Estas lacunas deverão, sempre que tal for possível, ser inte-

¹⁰³ ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE, *O regime das entradas...*, p. 372

¹⁰⁴ ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE, *O regime das entradas...*, p. 374 e 375

¹⁰⁵ ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE, *O regime das entradas...*, p. 372

¹⁰⁶ ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE, *O regime das entradas...*, p. 373

¹⁰⁷ ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE, *O regime das entradas...*, p. 374 e 375

¹⁰⁸ Na verdade, também no âmbito destas disposições variadíssimas questões se levantarão. Pense-se, por exemplo, no facto de a lei prever que a contrapartida associada à amortização da participação para exoneração do sócio dever ser paga em dois momentos distintos. Como podemos conciliar esta hipótese com a existência de um único bem em espécie que se pretende transmitir. Não parece que existirá uma resposta única para o problema. As disposições em causa são, porém, supletivas e, à partida, exigir-se-á o consentimento do sócio em causa, o que permitirá defender, na maioria das situações, que o prazo de entrega será o que for deliberado pelos sócios e aceite pelo interessado. De mais intrincada resposta, será o caso em que o sócio se encontra «sujeito» à referida distribuição e os estatutos não estipularam prazos de cumprimento.

gradas com as disposições que o legislador previu no CSC para as entradas em espécie; no entanto, quando estas não existam, ou quando não exista verdadeira igualdade de circunstâncias, poder-se-á recorrer à aplicação analógica do artigo 984.^º do CC, defendendo-se assim a aplicação a estas distribuições dos regimes que as tiverem como elemento essencial. Assim, por exemplo, à distribuição da propriedade de bens móveis e imóveis aplicar-se-ão as disposições previstas para a sua compra e venda.

Todavia, não nos parece que possamos ficar por aqui. É que estes regimes, e em especial o regime da compra e venda é, em grande medida, um regime supletivo que poderá ser adaptado pela vontade das partes. Como deverá ser essa adaptação realizada? Deverá a modulação contratual destas distribuições ser realizada pela coletividade dos sócios ou pela administração da sociedade?

A resposta a estas questões resulta dos aspectos que *supra* analisámos relativamente aos pressupostos da distribuição de bens não pecuniários, nomeadamente no que diz respeito ao valor do bem, à proibição de surpresas inesperáveis e à necessidade de respeitar a igualdade de tratamento dos sócios.

Em primeiro lugar, refira-se que nos parece inevitável que a conformação do contrato influencie diretamente o valor da distribuição. Não nos afigura defensável que o valor da distribuição possa ser o mesmo se, por exemplo, um imóvel for transmitido para um sócio tendo sido prestado um conjunto de garantias relativas ao mesmo (prática comum adveniente das *representations and warranties* do direito anglo-saxónico) ou se esse mesmo imóvel tiver sido transmitido sem que tenham sido prestadas quaisquer garantias. De igual modo, não terá o mesmo valor uma distribuição de bens em que os custos de transporte (ou outros custos de execução da distribuição, como, por exemplo, custos notariais ou registrais) ficam por conta do sócio ou da sociedade. Deste modo, tendo em conta que alguns destes aspectos influem diretamente no valor a atribuir à distribuição, os mesmos deverão ser tidos em conta pelo ROC no momento da realização do seu relatório. Assim sendo, os dados essenciais à determinação do valor da distribuição deverão ser previamente determinados antes da deliberação da coletividade de sócios.

Esta também é a conclusão que nos é apontada pela necessidade de evitar surpresas desagradáveis para os sócios. Não seria coerente exigir que a distribuição de bens não pecuniários a sócios fosse expectável, mas já permitir que o regime aplicável a essas distribuições não o fosse. Neste caso, se os dados conformadores da relação contratual não influírem no preço, poder-se-á prever a possibilidade de os sócios escolherem, de entre as hipóteses legais possíveis, qual o regime que melhor lhes serve – i.e. na

medida em que em causa estejam disposições que não influam na determinação do valor da distribuição, a sua previsão na deliberação de distribuição apenas parece ser exigível se se pretender *a priori* delimitar as expectativas dos sócios.

No que diz respeito à necessidade de tratar com igualdade todos os sócios da sociedade, tal apenas deverá significar que (i) se em causa estiverem distribuições através de bens ou direitos idênticos, a administração, na execução das mesmas, deverá permitir a todos os sócios idênticas liberdades na conformação contratual das distribuições; (ii) se em causa estiverem distribuições através de bens ou direitos distintos, o assentimento dos sócios apenas poderá ser válido se for relativo à totalidade de aspectos que se poderiam considerar relevantes para o mesmo – também aqui não é igual para um sócio consentir que outro receba um bem em vez de dinheiro consoante as condições dessa receção sejam *x* ou *y*.

Tudo somado fará com que grande parte das disposições contratuais devam desde logo ser determinadas pela coletividade dos sócios, não podendo ficar à mercê da posterior discricionariedade da administração.

A cargo da administração ficará já a execução das deliberações sociais de distribuição. Esta, pela mão dos seus membros, deverá seguir os prazos legalmente previstos, sendo que (i) lhe caberá acordar com cada sócio as disposições contratuais que não tenham sido determinadas pela coletividade dos sócios, bem como realizar todos os atos preparatórios necessários (que podem ir, por exemplo, desde a aquisição ou manufaturação dos bens a distribuir à obtenção das necessárias autorizações ou licenças ou comunicações para preferência) para que as distribuições se concretizem até ao final do prazo legalmente previsto ou acordado com o sócio; (ii) nunca deverão os seus membros executar quaisquer deliberações ou pagamentos referidos se tiverem conhecimento que a referida deliberação violará a intangibilidade do capital social.

e. A restituição dos bens ilicitamente distribuídos na distribuição de bens não pecuniários a sócios

Por fim, a distribuição de bens não pecuniários pode ser realizada em violação da lei, levantando-se a questão de saber em que termos se deverá processar a restituição dos bens ilicitamente distribuídos.

Quando assim é, prevê o artigo 34.º do CSC (enquanto manifestação do instituto da repetição do indevido previsto no artigo 476.º do CC¹⁰⁹)

¹⁰⁹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades, I Parte Geral*, Almedina, 4.^a ed., Coimbra, 2020, p. 586

que os sócios que tenham recebido bens societários¹¹⁰ (ou quaisquer terceiros que hajam recebido os bens através do mesmo título) em violação do disposto na lei (isto é, em violação dos limites quantitativos e requisitos formais supra tratados), devem restituir esses mesmos bens à sociedade, a solicitação da sociedade (através do seu órgão de administração¹¹¹) ou dos credores sociais (estes últimos, através de uma ação subrogatória, nos termos previstos no artigo 78.º por remissão do n.º 3 do artigo 34.º¹¹², e 606.º a 609.º do CC¹¹³) independentemente ou não de estarem de boa fé.

No caso, porém, de estar em causa a distribuição de bens a sócios a título de lucros (ou reservas, por exemplo, decorrentes da redução do capital social da sociedade) e de terem sido violados os limites quantitativos previstos nos artigos 32.º e 33.º do CSC, os sócios só estarão obrigados à restituição na medida em que a sociedade ou os credores sociais provem que aqueles conheciam ou não podiam ignorar a irregularidade da distribuição – isto é, estavam de má-fé.

Também aqui o legislador não previu um regime aplicável às especificidades que estas distribuições apresentam.

Considerando que em causa estará uma manifestação do princípio da restituição do indevido, previsto no artigo 476.º do CC, na falta de regras especiais aplicáveis, tende-se para defender a aplicação das disposições relativas a este instituto contidas no CC (na medida em que consigamos ultrapassar o filtro do artigo 2.º do CSC), uma vez que efetivamente se distribuíram bens com intenção de cumprir uma obrigação que não existia (ou não existia com a extensão pressuposta) no momento da prestação.

Assim, e sem nos aventurarmos em demasia naquele que está *longe de ser o mais simples quase-contrato previsto na lei*¹¹⁴, por exemplo, (i) sobre o sócio de boa fé recairá a obrigação de restituir à sociedade o bem recebido, não respondendo todavia pelo perecimento ou deterioração da coisa nem

¹¹⁰ Nos termos do n.º 5 do artigo 34.º do CSC, é equiparado ao recebimento de bens ilicitamente distribuídos a existência de qualquer facto voluntário que beneficie o património dos sócios, como, por exemplo, as compensações previstas no artigo 847.º do CC (LUIZ BRITO CORREIA, *Direito Comercial – 2.º volume...*, p. 342) e no artigo 27.º n.º 4 do CSC (compensação da dívida de entrada com os lucros distribuídos).

¹¹¹ LUIZ BRITO CORREIA, *Direito Comercial – 2.º volume...*, p. 341

¹¹² Nos termos do qual: «Os credores sociais podem propor acção para restituição à sociedade das importâncias referidas nos números anteriores nos mesmos termos em que lhes é conferida acção contra membros da administração.»

¹¹³ LUIZ BRITO CORREIA, *Direito Comercial – 2.º volume...*, p. 341

¹¹⁴ ERIC DESCHEEMAEKER, «Quasi-contrats et enrichissement injustifié en droit français», RTDCiv, 2013, p. 17 apud JÚLIO GOMES, *Comentário ao Código Civil, Direito das obrigações em geral*, Universidade Católica Editora, 1.ª ed., Lisboa, 2018, p. 260

pelos proveitos que a coisa poderia ter criado¹¹⁵ e aplicando-se as regras relativas às benfeitorias necessárias, úteis ou voluptuárias previstas nos artigos 1272.^º e 1275.^º do CC; (ii) se a restituição do bem em espécie não for possível ou se for excessivamente onerosa, deverá ser entregue o valor correspondente (em respeito do primado da reparação natural)¹¹⁶; (iii) com a citação judicial do enriquecido para a restituição ou com o conhecimento da falta de causa para a distribuição, o sócio passa a responder pelo perecimento ou deterioração culposa do bem distribuído, bem como pelos frutos que por sua culpa deixem de ser percebidos e pelos juros legais das quantias a que a sociedade tenha direito, pelo que, em suma, o objeto da restituição «deixa de se restringir àquilo com que enriqueceu sem causa, abrangendo ainda as diminuições e os não aumentos posteriores devidos a culpa sua»¹¹⁷ porque «já tem que contar com a restituição ou, pelo menos, com a possibilidade desta»¹¹⁸.

No que diz respeito à incorreta determinação do valor do bem distribuído, a aplicação analógica do regime previsto no artigo 28.^º do CSC supra defendida leva a que se questione a aplicabilidade do artigo 25.^º n.^º 3 do CSC às situações de incorreta determinação do valor do bem distribuído.

Na verdade, no que diz respeito às entradas em espécie, o legislador não se bastou com a exigência do relatório de avaliação e veio prever no artigo 25.^º n.^º 3 do CSC que «verificada a existência de erro na avaliação feita pelo revisor, o sócio é responsável pela diferença que porventura exista, até ao valor nominal da sua participação ou, no caso de acções sem valor nominal, até ao valor de emissão destas», consagrando a chamada *responsabilidade pela diferença ou melhor responsabilidade por erro do revisor*¹¹⁹.

Não nos parece que a aplicação analógica defendida torne necessária a aplicação desta última disposição, uma vez que, para estes casos – i.e. de

¹¹⁵ JÚLIO GOMES, *Comentário ao Código Civil, Direito das obrigações...*, p. 266

¹¹⁶ JÚLIO GOMES, *Comentário ao Código Civil, Direito das obrigações...*, p. 261 e 265

O modo de cálculo do valor devido tem sido alvo de bastante atenção por parte da doutrina. Sobre as várias teses existentes veja-se, por todos. JORGE RIBEIRO DE FARIA, *Direito das obrigações, Volume I*, Almedina, 2.^a ed., Coimbra, 2020, p. 393 e ss

¹¹⁷ MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, Almedina, 12.^a ed., Coimbra, 2018, p. 511 e ss

¹¹⁸ JÚLIO GOMES, *Comentário ao Código Civil, Direito das obrigações...*, p. 268

¹¹⁹ ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE, *O regime das entradas...*, p. 265. Sobre o regime aplicável, veja-se, por exemplo, PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Variações sobre o Capital...*, p. 213

De acordo com o artigo 2343.^º do Código Civil italiano «*L'esperto risponde dei danni causati alla società, ai soci e ai terzi.*». Para FRANCO DI SABATO, o perito foi sobrecarregado com esta possível responsabilidade como forma de evitar os possíveis conluios com as partes interessadas (*in Manuale delle Società...*, p. 163).

distribuições ilícitas – já existe o artigo 34.º do CSC que, juntamente com as responsabilidades dos administradores, tutela devidamente o capital da sociedade e os seus credores nos termos em que já fizemos referência.

Não obstante o referido, dever-se-á ainda considerar a possibilidade de responsabilizar o ROC pela avaliação efetuada, responsabilidade esta relevante, por exemplo, para os casos em que o sócio não esteja obrigado a devolver o que lhe foi distribuído. Tendo em conta a relação contratual que une o ROC e a sociedade, não nos parece de difícil enquadramento a existência de uma obrigação de indemnização proveniente do incumprimento de uma obrigação contratual que tutela a sociedade e, talvez, os seus credores e sócios.

Assim, e conforme defende Armando Manuel Triunfante a propósito das entradas, «*existindo, nomeadamente, danos pode o perito responder a vários níveis, desde logo diretamente perante a sociedade ou indiretamente perante terceiros como os sócios ou credores. A responsabilidade perante a sociedade será enquadrada na precedente relação contratual (...) já no caso dos terceiros, ou seja, aqueles que não obstante não participarem numa relação negocial direta com o perito sofrem danos claramente provocados pela avaliação, ainda é possível sustentar a existência de um direito de indemnização. O fundamento jurídico para esta pretensão poderá ser encontrado em figuras como a responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações, quando tutelada pelo art. 485.º CC ou institutos que permitem a extensão do âmbito de proteção contratual a terceiros*

¹²⁰.

f. A dação em cumprimento da distribuição de bens deliberada

Coisa distinta da que desenvolvemos até agora é a possibilidade de, não sendo praticável ou não tendo sido aprovada a deliberação de distribuição de bens não pecuniários a sócios, poder o órgão de administração da sociedade acordar com algum ou alguns dos sócios o pagamento do seu crédito através da realização de prestação diferente da devida¹²¹ – isto é, as partes em causa acordarem o cumprimento da obrigação por dação em cumprimento nos termos dos artigos 837.º e seguintes do CC¹²².

Para Rui Cardona Ferreira, o direito ao dividendo há de ser pago em dinheiro, sendo a dação em pagamento de «muito duvidosa admissibilidade»

¹²⁰ ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE, *O regime das entradas...*, p. 276 e 277

¹²¹ TIAGO AZEVEDO RAMALHO, *Código Civil Anotado*, volume II (artigos 1.º a 1250.º), Almedina, 2.ª ed., Coimbra, 2019, p. 1090

¹²² J. M. COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, Volume II..., p. 430, nt 1109

uma vez que faz perigar a igualdade dos sócios perante a distribuição de dividendos e o princípio da intangibilidade do capital social¹²³. Não podemos concordar.

Na verdade, conforme refere Paulo de Tarso Domingues, «nada impede e pode até ser conveniente e interessar à sociedade, por não dispor, p. ex. de liquidez para efectuar a distribuição dos lucros deliberada – que o respetivo pagamento seja feito através da atribuição de bens em espécie aos sócios»¹²⁴. Sem prejuízo, tenha-se em conta que o instituto da dação em cumprimento previsto no CC permite que a dação em cumprimento se realize através de quantias em dinheiro¹²⁵, sendo assim igualmente admissível a dação em cumprimento através da entrega de dinheiro de uma distribuição de bens não pecuniários.

Nos termos previstos no regime geral da dação em cumprimento, esta forma de pagamento dos dividendos deverá ser aceite pelo credor, isto é, pelo sócio, uma vez que, sem o seu acordo, «a prestação diferente da devida não teria valor liberatório»¹²⁶.

Apesar de a lei não exigir uma *equivalência económica objetiva entre a dívida originária e a prestação substituta*¹²⁷ parece-nos que esta dação em cumprimento apenas poderá ser válida se a prestação substituta for de valor igual ou inferior ao valor da distribuição. Para que se proteja e feche devidamente o ciclo de proteção da intangibilidade do capital social, é essencial que o valor do bem entregue a título de pagamento não exceda o valor do dividendo.

Se assim não for, esta distribuição de bens por (i) não ter sido deliberada (na diferença entre o valor do bem e o valor da distribuição devida), ou, noutra perspetiva, tendo sido deliberada por órgão não competente (a administração da sociedade); (ii) por se tratar de uma distribuição violadora do artigo 22.º do CSC¹²⁸; e (iii) por se consubstanciar numa liberdade contrária ao fim da sociedade¹²⁹ será nula.

¹²³ in *O direito aos lucros...*, p. 93

¹²⁴ PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário, Volume I...*, p. 531

¹²⁵ Luís M. TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações, Volume II*, Almedina, 13.ª ed., Coimbra, 2011, p. 183

¹²⁶ TIAGO AZEVEDO RAMALHO, *Código Civil Anotado*, volume II..., p. 1091

¹²⁷ JOSÉ BRANDÃO PROENÇA, *Comentário ao Código Civil, Direito das obrigações, Das obrigações em geral*, Universidade Católica Editora, 1.ª ed., Lisboa, 2018, p. 1255

¹²⁸ PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário, Volume I...*, p. 532

¹²⁹ PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário, Volume I...*, p. 532

Em adição, poder-se-ia indagar sobre a necessidade de ficar esta dação em pagamento sujeita a prévia avaliação por parte de um ROC em termos idênticos aos que defendemos serem aplicáveis para a distribuição de bens não pecuniários deliberada¹³⁰.

Por igualdade de razões ao que *supra* referimos quanto à deliberação de bens não pecuniários, consideramos que também neste caso se deverá exigir a prévia avaliação do bem a distribuir. Apesar de compreendermos as críticas que se podem apresentar a este formalismo, apenas a sua manutenção aos casos em análise poderá impedir que a dação em cumprimento seja utilizada como método de fraude à lei na distribuição de bens a sócios.

Por fim, note-se que a execução da dação em cumprimento será (do lado da sociedade) da competência da administração que deverá, no entanto, respeitar as demais disposições legais aplicáveis. Assim, por exemplo, (i) se a administração pretende dar em cumprimento um imóvel, a gerência de uma sociedade por quotas deverá obter prévia deliberação dos sócios (em respeito do artigo 246.º, n.º 2 alínea c) do CSC); e (ii) não poderá a administração da sociedade tratar de forma distinta os sócios da sociedade, devendo estar pronta para, se necessário, dar em cumprimento na mesma medida a todos os sócios ou mesmo, eventualmente, informá-los da dação em cumprimento acordada.

Com o regime ora delineado, evaporam-se os perigos identificados por Rui Cardona Ferreira, nada podendo obstar à dação em cumprimento da distribuição de bens deliberada. Quando ao argumento, adiantado pelo autor de que as exigências supra descritas apenas «*confirmam que o pagamento do dividendo em espécie não foi contemplado, nem tido por como admissível, pelo legislador*», caber-nos-á dizer que as mesmas decorrem da harmonização da admissibilidade da distribuição em espécie com os demais regimes e princípios societários aplicáveis. A normal harmonização de institutos que se entrecruzam e relacionam não determina, naturalmente, que o legislador não quisesse admitir o seu entrecruzamento mas apenas que, por incúria ou com intenção, deixou ao intérprete a realização dessa harmonização.

¹³⁰ PAULO DE TARSO DOMINGUES, «*Capital e Património Sociais, Lucros e Reservas*»..., p. 217



NOVIDADES LEGISLATIVAS EM MATÉRIA SOCIETÁRIA

RESUMO: Nesta nótula comenta-se a alteração ao CSC determinada pelo Decreto-Lei n.º 109-D/2021, de 9 de dezembro, relativa à (nova) obrigatoriedade de aceitação do cargo pelos gestores das sociedades comerciais.

Palavras-chave: Administração; aceitação; cargo; declaração expressa.

ABSTRACT: In this paper we analyse the amendment to the Portuguese Companies Code, introduced by Decree-Law No. 109-D/2021, 9 December, regarding the need of acceptance of the appointment for a management body.

Keywords: Management; acceptance; appointment; statement.

PAULO OLAVO CUNHA*

A aceitação dos cargos de administração nas sociedades comerciais

Introdução: a alteração do CSC

Com esta pequena nótula pretende-se atualizar o leitor sobre uma das últimas modificações do CSC¹, introduzida na linha da exigência legal já aplicável à aceitação de cargos sociais pelos revisores oficiais de contas.

Com efeito, depois de mais de três anos sem sofrer qualquer modificação (a última anteriormente ocorrida respeitava à atualização da redação aquando da introdução na ordem jurídico da figura do maior acompanhado), o Código das Sociedades viria a ser objeto de alterações com a finalidade de ser exigida a aceitação a quem for designado para exercer um cargo social de administração.

A nova redação de diversos artigos – 252.º, 391.º, 425.º e 435.º – projeta-se nos efeitos das deliberações sociais de designação de gerentes e de administradores.

Cingindo este texto às disposições legais do Código das Sociedades Comerciais que foram alteradas, começaremos por recordar o regime vigente até à entrada em vigor das novas regras².

* Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Escola de Lisboa) e advogado (sócio da VdA, responsável da Área de Governance).

¹ A que se reportam todas as disposições legais que não sejam especialmente citadas.

² Note-se que as normas em apreço foram publicadas no contexto da transposição parcial da Diretiva (UE) 2019/1151 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de junho de 2019, que alterou a Diretiva (UE) 2017/1132 no respeitante à utilização de ferramentas e procedimentos digitais no domínio do Direito das Sociedades.

1. O sistema legal anterior e a entrada em vigor das alterações normativas

A lei societária portuguesa nunca exigiu que os gestores societários tivessem de aceitar os cargos para que eram designados, assumindo que a sua concordância para o desempenho de funções de administração seria tácita e decorreria da efetiva prática de atos dos quais se depreendesse a assunção de tais cargos.

Não obstante, o Código de Processo Civil prevê que a entrada em funções dos gestores possa ser imposta através de um processo especial, designado de investidura em cargo social (cfr. arts. 1070.^º e 1071.^º)³. O recurso a este procedimento justifica-se sempre que forem levantados obstáculos ao exercício de funções por administradores ou gerentes validamente designados (cfr. art. 1070.^º, n.^º 1 do CPC).

No que respeita aos revisores oficiais de contas e sociedades de revisores oficiais de contas, a lei exige há muito que, no respetivo pedido de registo comercial, seja junta uma declaração expressa de aceitação, a qual se consubstancia habitualmente numa carta a apresentar num prazo muito curto⁴, numa imposição legal decorrente do art. 50.^º, n.^ºs 4 e 5 do EOROC (aprovado pela Lei n.^º 140/2015, de 7 de setembro, na red. do art. 4.^º da Lei n.^º 99-A/2021, de 31 de dezembro), que não tinha paralelo nas normas aplicáveis a outros titulares de órgãos sociais, *maxime* aos administradores, e que ainda hoje constitui uma manifesta discrepância relativamente aos (demais) membros dos órgãos de fiscalização.

Publicado em 9 de dezembro de 2021, o DL n.^º 109-D/2021 entrou em vigor no dia seguinte, pelo que todas as designações feitas a partir de 10 de dezembro de 2021 (*inclusive*) carecem de ser complementadas com a declaração de aceitação do cargo ou com documento do qual resulte inequivocamente essa assunção.

Note-se que, uma vez aceite o cargo, o gestor só se pode afastar se dispor de justa causa, sob pena de ter de indemnizar a sociedade por danos que a renúncia antecipada (lhe) possa causar.

³ No CPC de 1961, vd. arts. 1479.^º e seguintes.

⁴ Máximo de 30 dias, a contar da data da comunicação da designação do ROC (art. 50.^º, n.^º 5, *in fine*), a qual deve ser promovida pela entidade auditada no prazo máximo de cinco dias após a escolha (art. 50.^º, n.^º 6 do EOROC).

2. A aceitação dos cargos de administração

Assim, hoje, já não basta eleger (ou designar) os gestores societários – administradores e gerentes –; é necessário que estes declarem expressamente aceitar o cargo, por declaração subscrita para o efeito.

A lei introduziu dois novos números nos artigos sobre a composição da gerência e sobre a designação de administradores, pelos quais passou a exigir, para efeitos de registo da designação dos gerentes e dos administradores, a apresentação de um «*documento comprovativo da designação e, quando deste não constem, declaração de aceitação da designação e declaração da qual conste não terem conhecimento de circunstâncias suscetíveis de os inibir para a ocupação do cargo*» (arts. 252.º, n.º 3 e 391.º, n.º 2, red. do DL 109-D/2021, de 9 de dezembro).

Consequentemente, para além do instrumento que documente a designação do titular do órgão de gestão da sociedade por quotas ou da sociedade anónima – que poderá ser o próprio contrato de sociedade, no momento fundacional, uma ata da assembleia geral ou até um instrumento avulso com força equivalente –, que já era necessário, é agora preciso instruir o pedido de registo com uma declaração de aceitação e de inexistência de impedimentos para o desempenho do cargo subscrita pelo designado, se do documento designativo não resultar essa aceitação e a aptidão para o exercício de funções.

Assim, sendo habitual os contratos de sociedade conterem regras transitórias para designação dos membros iniciais dos órgãos sociais, torna-se agora imprescindível, para promover o registo (comercial) dos gestores societários, obter uma declaração destes de que estão de acordo com a sua nomeação (contratual) e que não têm conhecimento de obstáculo legal (ou estatutário) que os impeça de desempenhar as funções de administração da sociedade, a menos que subscrevam o próprio contrato de sociedade – eventualmente na qualidade de sócios ou acionistas fundadores – e do mesmo resulte inequivocamente que os signatários estão de acordo com a sua designação e que esta não depara com nenhum impedimento ou incompatibilidade legal.

Sugere-se, a este propósito, introduzir na designação feita, que consta habitualmente do contrato de sociedade em sentido amplo⁵ a seguinte redação:

⁵ Embora possa constar também do contrato de sociedade em sentido restrito (ou técnico). Sobre a diferenciação deste com o contrato de sociedade em sentido amplo, vd. PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 129.

«Os signatários deste contrato e acima nomeados administradores [ou nomeados administradores no número 1 deste artigo] declaram que não têm conhecimento de que exista qualquer circunstância que constitua impedimento ou obstáculo ao exercício do cargo para que foram designados e que aceitam expressamente».

No que respeita à aceitação da designação – habitualmente efetuada por eleição – em vida da sociedade, a declaração do eleito é necessária se o mesmo não subscrever a ata de que resulte a sua concordância e aptidão.

A lei exige, para além da concordância do gestor designado que ele declare desconhecer a existência de circunstâncias que o inibam para o exercício do cargo.

Cremos estarem em causa situações que possam ser objetivamente identificáveis e não se traduzam numa apreciação subjetiva da capacidade e aptidão técnicas para o desempenho de funções de gestão e representação de uma sociedade comercial.

Reconduzem-se à previsão legal o exercício de cargos sociais noutras sociedades que possam enquadrar situações concorrentiais ou a falta de independência necessária para o desempenho de cargos não executivos⁶.

Afigura-se constituírem também causas de inaptidão impeditivas da aceitação do cargo, para além das enunciadas, a falta de conhecimentos e experiência adequados ao desempenho do cargo; mas, admitindo que só muito raramente o próprio designado reconheça as suas limitações técnicas, o controlo deste requisito é feito essencialmente nas sociedades sujeitas a supervisão rigorosa, como sucede com as instituições de crédito e sociedades financeiras.

3. As dificuldades suscitadas pela alteração legislativa

A alteração do CSC deixou de fora a aceitação do cargo por parte dos membros do conselho de administração executivo no quadro do modelo germânico, o que não deixa de constituir uma incongruência, ainda que eles possam ser designados pelo conselho geral e de supervisão se os estatutos não reservarem essa competência à assembleia geral (cfr. art. 425.º, n.º 1).

As modificações introduzidas nos arts. 425.º (n.º 5) e 435.º (n.º 2) visaram unicamente ajustar as respectivas redações às alterações introduzidas pelo diploma em análise ao art. 391.º.

⁶ Nesse sentido, vd. capítulo III, secção III.4 do Código de Governo das Sociedades do IPCG (2018, revisão de 2020).

Repare-se que nenhuma das normas sobre o conselho de administração executivo (arts. 424.^º a 433.^º) remete para o novo art. 391.^º, n.^º 2, como seria de esperar. Apenas deparamos com a remissão (para o n.^º 8 do art. 391.^º) na nova redação do n.^º 5 do art. 425.^º

Perante esta omissão, relativamente aos gestores das sociedades anónimas que adotem o modelo de governação germânico, é legítimo interrogarmo-nos sobre a intencionalidade do legislador ou se o mesmo se esqueceu pura e simplesmente destas sociedades.

Em favor do propósito do legislador pode argumentar-se que a facilitação relativamente às sociedades que só podem ter administradores executivos se compreende por ser menos provável que estes não assumam (de facto) o cargo e possam desconhecer a sua designação para o mesmo.

Mas em rigor tal pode acontecer. Isto é, uma pessoa ser eleita membro de um conselho de administração executivo ignorando a sua designação, com todas as consequências e a incerteza daí resultantes.

Por isso, não nos surpreende que o legislador tenha criado uma divergência de regime no que respeita a aceitação do cargo sem se aperceber da mesma. Mas ainda que tenha sido intencional, não se afigura aceitável não sujeitar a designação dos membros do conselho de administração executivo ao regime agora aplicável aos administradores das sociedades anónimas (com modelo clássico e anglo-saxónico⁷) e aos gerentes das sociedades por quotas. Logo, teremos de o fazer por analogia, recorrendo ao art. 2.^º.

A lei é também aparentemente omisa a propósito da recondução do administrador nas suas funções. Neste caso, cremos ser de aplicar o disposto nos arts. 252.^º, n.^º 3 e 391.^º, n.^º 2, dado que os mesmos servem também para as situações de renovação dos mandatos sociais, não distinguindo o momento em que o registo ocorre.

No que se refere ao âmbito de aplicação das novas medidas, lamentemos que a exigência agora feita aos administradores não seja extensível aos membros do órgão de fiscalização que – não sendo também administradores (como os membros da comissão de auditoria no modelo anglo-saxónico) – não sejam (designados na qualidade de) revisores oficiais de contas⁸.

⁷ Nestes se incluindo os não executivos que fazem parte da comissão de auditoria; e, consequentemente, todos os membros do órgão de fiscalização, diversamente do que se passa nas sociedades de modelo clássico e germânico.

⁸ O ROC já se encontrava obrigado a subscrever declaração de aceitação, como vimos acima. Nesse sentido, vd. o art. 50.^º, n.^º 4 do EOROC.

Com efeito, o DL 109-D/2021, em apreço, não contemplou a exigência de declarações de aceitação aos membros do conselho fiscal, que não desempenhem funções de revisor oficial de contas, e do conselho geral e de supervisão. Cabe então perguntar se lhes devemos aplicar o regime a que estão sujeitos os administradores que são membros da comissão de auditoria, que – em razão da sua designação formal – não escapam à previsão do novo n.º 2 do art. 391.º.

Neste caso, julgamos que não se justifica a analogia, dado que o enquadramento dos membros da comissão de auditoria no novo regime (de aceitação expressa) ocorreu pela sua qualificação formal como administradores, não havendo razão para ser “mais papista do que o Papa” (no caso, o legislador).

Last but not least, a lei não previu as consequências e os efeitos do exercício de funções sem a declaração expressa, que passou a exigir.

Somos de opinião que tal declaração constitui hoje um requisito de eficácia impeditivo do registo dos membros dos órgãos sociais que a ele estão sujeitos. Logo, embora válida, a designação padece de ineeficácia em sentido estrito, pelo que será aproveitável quando, e se, for emitida. Até que tal aconteça, o Conservador do Registo Comercial está impedido de proceder ao registo, ainda que este seja solicitado.

Quanto ao administrador designado que exerce funções de gestão ainda antes do registo, cremos que o mesmo deve ser equiparado ao administrador de facto, sem prejuízo de a emissão da declaração e o registo dela dependente virem a sanar a vicissitude.

4. A aceitação do cargo de administrador desde 10 de dezembro de 2021

Aqui chegados, importa concluir esta nótula, fazendo a síntese do regime legal da designação de membros dos órgãos sociais vigente em Portugal:

- 1.º – Os gerentes (das sociedades por quotas) devem emitir declaração de aceitação do cargo, da qual conste que não conhecem circunstâncias que os impeçam de ocupar e exercer as funções para que foram designados (cfr. art. 253.º, n.º3)
- 2.º – As declarações de aceitação são dispensáveis – como documentos autónomos – se resultarem do documento comprovativo da designação, que é habitualmente a ata que contém a deliberação eletiva, desde que se encontre assinada pelo gerente

enquanto sócio; mas pode constar também do próprio contrato de sociedade.

- 3.º – Os administradores das sociedades anónimas que adotem os modelos clássico ou anglo-saxónico de governação estão sujeitos a idêntico procedimento por disposição legal expressa: o art. 391.º, n.º 2.
- 4.º – Na omissão de previsão legal, relativamente às sociedades que adotem o modelo germânico, associamos a regime semelhante, por analogia – a que recorremos por estarmos perante uma lacuna –, a designação dos membros do conselho de administração executivo.
- 5.º – Nas sociedades anónimas, as declarações de aceitação também são dispensáveis se da ata eletiva – necessariamente subscrita pelo designado – resultar a aceitação das funções e a inexistência de impedimentos ao exercício das mesmas.
- 6.º – Os membros dos órgãos de fiscalização que não forem ROC's ou SROC's não têm de aceitar expressamente as suas funções.
- 7.º – A falta de aceitação do administrador é sinónimo de ineficácia do ato designativo, não podendo o Conservador do Registo Comercial proceder à inscrição da designação sem dispor da declaração de aceitação, qualquer que seja a sua forma.
- 8.º – O exercício de funções de administração antes da inscrição da designação no registo comercial equipara o designado a administrador de facto, com todas as consequências daí decorrentes.

Em suma, a modificação recentemente introduzida afigura-se adequada aos interesses da sociedade, evitando designações inesperadas para cargos sociais cuja aceitação e exercício implicam responsabilidade para o designado.

Lisboa, fevereiro de 2022

RESUMO: Nesta nótula comenta-se as alterações introduzidas em matéria societária pela Lei n.º 99-A/2021, de 31 de dezembro, que procedeu a uma ampla reforma do Código de Valores Mobiliários.

Palavras-chave: Sociedade anónima; subtipos; cotada; voto plural.

ABSTRACT: In this paper we analyse the amendments made to the Portuguese Companies Law by Law No. 99-A/2021, 31 December, which carried out a significant reform of the Portuguese Securities Code.

Keywords: Companies limited by shares; subtypes; listed; voting shares.

PAULO OLAVO CUNHA*

As alterações introduzidas no Direito das Sociedades Comerciais pela reforma do Código dos Valores Mobiliários

Introdução: o âmbito e alcance da Lei n.º 99-A/2021, de 31 de dezembro

Na viragem do ano de 2021 (para 2022), foi publicado o diploma legal que consubstanciou a reforma do Código dos Valores Mobiliários¹ preparada há muito e aprovada no final da última legislatura.

Com natural incidência no domínio dos valores mobiliários, as alterações aprovadas evidenciam a projeção que o Código tem em matéria de sujeitos de Direito Comercial, em geral, e de sociedades anónimas, em particular, não se cingindo a regular os valores mobiliários, mas invadindo o regime de um relevante subtipo de sociedade anónima (o da sociedade cotada²) – modificando alguns aspectos do seu regime jurídico – e extinguindo outro, eliminando a autonomia da sociedade aberta não cotada.

* Professor Catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Escola de Lisboa) e advogado (sócio da VdA, responsável da Área de Governance).

¹ Que designamos abreviadamente CVM e a que se reportam todas as disposições legais que não sejam especialmente referenciadas.

² A expressão “sociedade cotada” abrange, neste caso, com referência ao CVM apenas as que são emitentes de participações de capital (ações) admitidas à negociação em mercado regulamentado, excluindo outros valores mobiliários transacionáveis em bolsa de valores, designadamente obrigações.

Para o CSC, nuns casos são sociedades cotadas as que emitem valores mobiliários admitidos à negociação no mercado regulamentado (cfr., a título exemplificativo, arts. 413.º,

Foram várias as modificações introduzidas no diploma central dos valores mobiliários, abrangendo temas tão diversos como o regime dos valores mobiliários, as ofertas públicas e ao público; e alterações de sistematização.

Reconhecendo o valor e lucidez da reforma empreendida e a contribuição para a simplificação dos *players* no mercado – a que não é certamente alheia a qualidade técnica da presidente da CMVM (Gabriela Figueiredo Dias) em cujo mandato a mesma foi levada a cabo –, importa registar que se perdeu uma oportunidade histórica de unificar o regime das sociedades cotadas no diploma legal que regula as sociedades comerciais, como sujeitos de Direito Comercial, reservando o CVM à matéria do objeto da respetiva atividade e limitando-o aos instrumentos financeiros em que a mesma se concretiza.

Nesta breve nota, vamos abordar o âmbito e alcance da Lei n.º 99-A/2021 no que respeita ao Direito das Sociedades Comerciais³ e ao respetivo regime legal.

Sistematizamos as modificações provocadas em três grandes grupos:

- (i) – a supressão de um subtipo societário⁴ e as implicações que a mesma acarreta;
- (ii) – as modificações do regime das sociedades anónimas cotadas; e
- (iii) – a reintrodução, no Direito português, dos privilégios de voto, que haviam sido proibidos pelo CSC.

n.º 2, alínea a), 374.º, n.º 1 e 396.º, n.º 3), noutras apenas as que são emitentes de ações transacionáveis no mercado (cfr. arts. 414.º, n.º 6 e 444.º, n.º 6).

Reportando-se ainda às sociedades com subscrição pública – convertidas em “abertas” pelo DL 486/99, de 13 de novembro, que aprovou o CVM –, o art. 392.º, n.º 8 do CSC. Relativamente a esta norma, suscita-se agora a dúvida com pertinência sobre se a mesma caduca, por desaparecerem as sociedades abertas, ou se a sua aplicação se restringe futuramente às sociedades com ações transacionáveis no mercado.

Para além de dever ajustar-se a redação do referido n.º 8 do art. 392.º, cremos que seria de toda a conveniência uniformizar a terminologia e a sujeição ao regime das sociedades com ações/valores mobiliários admitidos à negociação no mercado regulamentado.

³ Note-se que o diploma só fez uma alteração no CSC, aliás insignificante – mas lógica, tendo em conta a extinção da sociedade aberta –, que se traduz na revogação do n.º 7 do art. 490.º, que previa que «*a aquisição tendente ao domínio total da sociedade com o capital social aberto ao investimento do público*» se regesse pelo disposto no CVM.

⁴ Sobre a qual já se pronuncia MARIA ELISABETE GOMES RAMOS, embora de forma telegráfica, no seu recente livro sobre *Direito das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2022, p. 82, que corresponde à atualização do conteúdo do Relatório que elaborou e apresentou no contexto da sua agregação em Direito.

1. O regime legal anterior

Em Portugal, em 1986, aquando da publicação do Código das Sociedades Comerciais, existiam dois subtipos de sociedades anónimas:

- A sociedade anónima de constituição simultânea ou privada, que se caracterizava por todos os acionistas participarem no ato constitutivo⁵, e que era o modo mais vulgar de criar a sociedade anónima; e
- A sociedade anónima de constituição sucessiva ou por subscrição pública.

Isto é, as sociedades anónimas distinguiam-se essencialmente quanto à forma da sua constituição e, com exceção das exigências relativas a essa fase (cfr. arts. 279.^º a 284.^º do CSC, ainda vigentes, com exceção do último), não apresentavam diferenças normativas que não resultassem da opção pelo regime estatutário de transmissibilidade do respetivo capital. Por isso, em bom rigor, não havia dois subtipos diferentes de sociedades.

No ano 2000, com a entrada em vigor do CVM, as sociedades de (ou com) subscrição pública converteram-se nas sociedades anónimas abertas, isto é, nas sociedades com o capital aberto ao investimento do público. A alteração então feita alargou a aquisição do estatuto de sociedade aberta e introduziu um regime jurídico próprio aplicável a esse subtipo societário, que passou a ser regulado pelo CVM (arts. 13.^º e seguintes).

Em 2006, a reforma societária então empreendida (aprovada pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de março) criou (mais) dois subtipos de SA: a grande sociedade anónima⁶ e a sociedade anónima (aberta) cotada⁷.

Existiram, pois, desde a alteração de 2006 quatro subtipos de sociedades anónimas⁸:

⁵ Que, na época, revestia a forma (obrigatória) de escritura pública (cfr. art. 7.^º, n.º 1, na red. originária e anterior a 30 de junho de 2006).

⁶ Sobre o conceito de grande sociedade anónima, introduzido na nossa ordem jurídica pela Reforma de 2006, vd. PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 7.^a ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 101.

⁷ A expressão “sociedade cotada” abrangia então todas as sociedades emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado (incluindo obrigações) – e não apenas aquelas cujas ações se encontravam admitidas à transação em bolsa de valores –, nos casos em que a lei não limitava a sua aplicação às sociedades que fossem cotadas em razão da transação em bolsa das suas participações, como acontece, por exemplo, com o art. 396.^º, n.º 3 do CSC.

⁸ Seguimos de muito perto o nosso livro citado, *Direito das Sociedades Comerciais*, 7.^a ed., 2019, pp. 101-102.

- A sociedade anónima (simples ou comum, por não ser qualificada), qualquer que seja a sua dimensão – familiar, pequena ou média –, disciplinada pelo Código das Sociedades Comerciais, com exceção das normas que forem unicamente aplicáveis à *grande* sociedade anónima (ou à cotada);
- A *grande* sociedade anónima, à qual se aplica o Código das Sociedades Comerciais em geral, com as especificidades impostas em razão da respetiva dimensão (cfr., em especial, arts. 413.º, n.º 2, alínea a), 374.º-A, 396.º, n.º 1, 414.º, n.ºs 4 e 5, 423.º-B, n.º 4);
- A sociedade anónima aberta (não cotada), regulada pelas disposições do Código das Sociedades Comerciais e sujeita ao regime mais rigoroso do Código dos Valores Mobiliários (cfr. arts. 13.º a 29.º-A, na redação anterior à L 99-A/2021); e
- A sociedade anónima (aberta) cotada, à qual se aplicam, para além dos preceitos normativos comuns a qualquer *grande* sociedade anónima ou sociedade aberta, regras próprias e específicas constantes do Código das Sociedades Comerciais (cfr. arts. 77.º, n.º 1, 414.º, n.º 6 e 423.º-B, n.º 5).

2. O novo regime legal

Ora, a Lei n.º 99-A/2021, de 31 de dezembro, veio eliminar – na matéria dos subtipos de sociedade anónima – o regime legal específico das sociedades abertas não-cotadas, isto é, das sociedades com o capital aberto ao investimento do público, cujas ações e obrigações não se encontravam admitidas à negociação no mercado regulamentado.

Assim, apenas subsistem três subtipos de sociedade anónima:

- A sociedade anónima cotada (em bolsa), isto é, a sociedade emitente de ações ou valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado.
- A *grande* sociedade anónima, ou seja, a sociedade anónima (não cotada) que, durante dois exercícios consecutivos, ultrapassa dois dos seguintes três critérios:
 - total do balanço de vinte milhões de euros;
 - quarenta milhões de euros de vendas líquidas e outros proveitos; e
 - uma média de duzentos e cinquenta trabalhadores durante o exercício (cfr. art. 413.º, n.º 2, alínea a), red. do art. 7.º da L 148/2015, de 9 de setembro).

- A sociedade anónima simples ou comum, isto é, a sociedade anónima que não é cotada, nem preenche os critérios para ser classificada como *grande* sociedade anónima.

No quadro legal agora aprovado, todas as sociedades anónimas se constituem como (sociedades anónimas) simples ou comuns, exclusivamente sujeitas ao regime constante do CSC, o qual regula todos os subtipos de sociedades anónimas, incluindo as cotadas, que se mantêm sujeitas também ao regime estabelecido no CVM.

3. A entrada em vigor das alterações normativas e o regime transitório aplicável às sociedades abertas (não cotadas)

A nova lei (n.º 99-A/2021) entrou em vigor no passado dia 30 de janeiro, isto é, no *trigésimo dia posterior à sua publicação* (cfr. art. 22.º, n.º 1).

Mas as sociedades anónimas que se qualificavam como sociedades abertas em 31 de dezembro de 2021 – e que não se encontram cotadas – continuaram, transitoriamente, e até ao final de 2022, sujeitas ao regime legal que àquela data (da publicação do diploma) lhes era aplicável (cfr. art. 19.º, n.º 1 da L 99-A/2021) e que resultava da conjugação das normas do CSC com algumas regras do CVM, agora (expressamente) revogadas.

Numa solução algo original, e depois de revogar de imediato todas as normas relativas às sociedades abertas – mantendo referências apenas às sociedades cotadas –, o diploma em análise determina que as sociedades abertas que existam com essa qualidade, na data da sua publicação, se continuem a reger «*pelas normas legais e regulamentares vigentes até 31 de dezembro de 2022*» (art. 19.º, n.º 1).

Com uma redação pouco feliz, a lei pretende determinar que às sociedades abertas se continue a aplicar durante o ano de 2022, as normas que se encontravam vigentes em 31 de dezembro de 2021, mas que, entretanto, foram revogadas em 30 de janeiro de 2022; e, consequentemente, já não existem. A lei deveria ter expressamente ressalvado a vigência de tais normas para o efeito pretendido; e não se ter limitado a compor genericamente a aplicação transitória de um regime que pretendeu extinguir de imediato para as novas sociedades e a prazo para as existentes.

Por fim, entendemos que teria sido adequado isentar do regime revogado as sociedades abertas que pudessem eventualmente ter adquirido essa qualidade durante 2021 e que nunca tivessem cumprido obrigações

de reporte. Parece manifestamente excessivo que o tenham de fazer apenas por uma vez.

Nos termos expostos, as sociedades (ainda) abertas irão – no dia 1 de janeiro de 2023 – reconduzir-se a sociedades simples ou comuns ou, caso tenham ultrapassado dois dos três critérios estabelecidos no art. 413.º, n.º 2, alínea a), nos exercícios de 2020 e 2021⁹, qualificar-se-ão como *grandes* sociedades anónimas, ficando sujeitas ao respetivo regime jurídico e exigências legais.

4. As alterações de regime das sociedades anónimas cotadas

A par da extinção das sociedades abertas (com a revogação dos arts. 13.º, 14.º, 16.º-C, 21.º-B, 21.º-C e 27.º a 29.º-E¹⁰, entre muitas outras alterações), a Lei n.º 99-A/2021, no que respeita ao regime das chamadas sociedades cotadas (a elas associadas, na previsão de algumas normas, as emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em sistema de negociação multilateral), introduziu novas regras no Código (arts. 13.º-A, 13.º-B, 21.º-D a 21.º-G¹¹) e 26.º-G) e alterou muitas das existentes (arts. 15.º a 16.º-B, 17.º, 19.º a 20.º-A, 22.º a 23.º-D, 24.º a 26.º, 26.º-C e 26.º-F), em particular para as adaptar à relevância apenas do subtípico societário subsistente, como sucedeu, por exemplo, com as alterações dos arts. 15.º (*Igualdade de tratamento*), 19.º, n.º 1 (*Acordos parassociais*), 21.º-I (*Convocatória*), 23.º, n.ºs 1 e 3 (*Procuração*), 23.º-D, n.º 1 (*Ata da assembleia geral*), 24.º, n.º 1 (*Suspensão de deliberação social*), 25.º (*Aumento de capital social*) e 26.º (*Anulação da deliberação de aumento de capital social*).

A participação qualificada nos direitos de voto correspondentes ao capital de uma sociedade cotada releva agora apenas a partir de 5% (cfr. art. 16.º, n.º 1) – e não de 2% (cfr. art. 16.º, n.º 2, agora revogado) –, pelo que o inerente dever de comunicação só nasce nesse patamar.

⁹ Afiga-se que a sujeição ao novo regime se deva fazer por referência a estes exercícios que são os últimos dois inteiros que precedem a extinção das sociedades abertas e porque as contas de que resultem os indicadores do ano 2022 apenas estarão fechadas nos primeiros meses de 2023, subsistindo a dúvida sobre o regime aplicável à sociedade até que as mesmas sejam aprovadas.

¹⁰ Note-se que a matéria que constava dos arts. 21.º-B e 21.º-C foi transposta com ligeiras alterações para os novos artigos 21.º-I e 21.º-J e a que respeitava aos arts. 29.º-B a 29.º-E se apresenta reformulada nos novos arts. 21.º-E a 21.º-H.

¹¹ O art. 26.º-G (Relatório sobre remunerações) reproduz quase *ipsis verbis* o anterior art. 245.º-C. Nota-se apenas uma alteração meramente formal no n.º 6.

O voto por correspondência passou a ser obrigatório nas sociedades com ações cotadas em todas as assembleias e em qualquer assunto (cfr. art. 22.º, n.º 1)

Mas, das diversas alterações efetuadas no regime do subtipo societário subsistente, saliente-se a relativa à criação de ações com voto plural que, pela sua relevância, merece destaque e tratamento autónomo.

5. O direito especial de voto plural nas sociedades cotadas

Uma outra importante alteração, introduzida pela Lei n.º 99-A/2021, de 31 de dezembro, respeita à possibilidade de existirem ações com voto plural nas sociedades anónimas (cotadas)¹².

Com efeito, o novo art. 21.º-D do CVM admite que (exclusivamente) nas sociedades cotadas sejam criadas ações com privilégio de voto correspondente a um máximo de cinco vezes o número de votos atribuídos às ações ordinárias.

Em conformidade, sendo criada uma categoria de ações com este direito especial, aproveitado na sua máxima potencialidade, é possível controlar a sociedade detendo apenas um quinto das ações, visto estas assegurarem ao seu titular mais votos do que aqueles que são detidos pelos remanescentes 80% do capital social.

Esta medida constitui um regresso ao passado, porquanto as ações com voto plural existiam antes do CSC e, recorde-se, mantiveram-se nas sociedades então existentes que não as tenham extinguido (cfr. a norma transitória do art. 531.º).

Mas estas ações só podem surgir em vida da sociedade, porque apenas são admissíveis na sociedade (já) cotada¹³, podendo resultar de um aumento do capital social ou da conversão de ações ordinárias, o que é expressamente reconhecido pelo n.º 3 do art. 21.º-D do CVM, devendo as deliberações em causa serem aprovadas por dois terços dos votos dos acionistas presentes na assembleia geral (*«maioria legalmente prevista para a alteração do contrato de sociedade anónima»*) e respeitar o princípio do igual tratamento estabelecido no art. 344.º, n.º 2 do CSC.

¹² Sobre esta alteração, vd. JOSÉ FERREIRA GOMES, «Voto plural nas sociedades por quotas e anónimas», *Revista de Direito Comercial / Liber Amicorum*, www.revistadeldireitocomercial.com, 2022-02-07), pp. 285-342, em especial pp. 336-340.

¹³ No entanto, é possível criar esta categoria de ações sob condição suspensiva da admissão das ações ordinárias à cotação no mercado regulamentado (cfr. art. 21.º-D).

As ações com voto plural que, nos termos do disposto no art. 24.º, n.º 1 do CSC, devem constar do contrato de sociedade (anónima) e formam uma categoria – pela identidade de direitos que as animam, em conformidade com o n.º 4 da mesma norma –, pelo que o direito especial que as caracteriza só pode ser suprimido ou coartado com o consentimento da respetiva assembleia especial (cfr. arts. 24.º, n.º 6 e 389.º do CSC).

Os estatutos da sociedade podem regular os termos e condições em que o voto plural pode ser exercido ou limitado, ainda que a lei não permita o seu exercício se estiver em causa a saída da sociedade do mercado («*a exclusão voluntária da negociação*»), situação em que as ações com voto plural intervêm como se fossem ordinárias e, desse modo, sem a prerrogativa que as diferencia (cfr. art. 21.º-D, n.º 5).

O facto de o legislador ter limitado a criação de ações com voto plural às sociedades com ações cotadas – o que não é isento de crítica¹⁴ – comprova que teria sido preferível regular esta matéria no CSC, e no contexto do direito de voto.

A este propósito, confessamos não ver razões que justifiquem esta desigualdade, como outras ainda existentes, como, por exemplo, o prazo de convocação da assembleia geral. Seria, pois, adequado que se introduzisse um ajustamento no CSC.

Por agora, refira-se que a nova regra legal do art. 21.º-D do CVM introduz uma alteração tácita na proibição legal estabelecida no art. 384.º, n.º 5 do CSC, que deverá passar a ser lido do seguinte modo: «*É proibido estabelecer no contrato voto plural*, exceto nas sociedades cujas ações estão admitidas à negociação em mercado ou em sistema de negociação multilateral, caso em que é aplicável o disposto no art. 21.º-D do Código dos Valores Mobiliários».

6. Projecção da Lei n.º 99-A/2021, de 31 de dezembro, no Direito Societário Português (síntese)

Do acima exposto, podemos sintetizar a intervenção do novo diploma legal nas seguintes conclusões:

¹⁴ Criticando a solução da L 99-A/2021 por restringir às sociedades cotadas estas (novas) ações, JOSÉ FERREIRA GOMES, «Voto plural nas sociedades por quotas e anónimas», cit., p. 338.

- 1.º – Os subtipos de sociedade anónima foram reduzidos a três, com efeitos a 1 de janeiro de 2023.
- 2.º – A par das sociedades anónimas simples ou comuns, a partir de 2023 (*inclusive*), apenas existirão *grandes* sociedades anónimas e sociedades cotadas.
- 3.º – Até ao final de 2022, as sociedades anónimas abertas (não cotadas) que tivessem sido constituídas até 31 de dezembro de 2021, ficam ainda sujeitas ao regime jurídico específico que lhes era aplicável até então. Depois reconduzem-se a sociedades simples ou comuns se não preencherem os critérios qualificativos de uma *grande* sociedade anónima.
- 4.º – O CVM continua a disciplinar as sociedades cotadas, tendo sido objeto de alterações que visaram atualizar a extinção das sociedades abertas e a subsistência da sua aplicação às cotadas.
- 5.º – Parte substancial das modificações foi superficial e pouco relevante, havendo a assinalar a reformulação do patamar da qualificação da participação na sociedade cotada, passando a participação a ser qualificada a partir de 5% dos direitos de voto, com os inerentes deveres comunicacionais, e a imposição do exercício do voto por correspondência em todas as circunstâncias.
- 6.º – Mas, de entre todas as alterações no regime das sociedades com ações cotadas, salienta-se a materializada no novo artigo 21.º-D do CVM. Esta regra voltou a viabilizar a criação de categorias de ações com direito especial de votos, ainda que – por agora – apenas nas sociedades cotadas, desde que o número de votos dessas ações não seja mais do que cinco vezes superior ao das ações ordinárias.

Em suma, perdeu-se uma oportunidade histórica para recolocar toda a matéria das sociedades comerciais no respetivo Código, embora de uma forma geral as modificações introduzidas em matéria societária por esta relevante reforma do Código dos Valores Mobiliários sejam de saudar e a projeção da mesma no Direito das Sociedades Comerciais apresente um saldo positivo.

Lisboa, março de 2022

RESUMO: No presente artigo é analisada a transposição para o direito interno das regras societárias da Diretiva sobre Reestruturação e Insolvência e o seu impacto no regime societário e insolvencial português.

Palavras-chave: Direito societário e insolvencial; Diretiva (UE) 2019/1023, de 20 de junho de 2019; transposição, na vertente societária, da Diretiva sobre Reestruturação e Insolvência.

ABSTRACT: In this article it is analysed the transposition of the corporate rules of the Restructuring and Insolvency Directive into Portuguese Law and its impact on the Portuguese corporate and insolvency regime.

Keywords: Company and insolvency Law; Directive (EU) 2019/1023 of 20 June 2019; transposition of the company rules of the Directive on Restructuring and Insolvency.

PAULO DE TARSO DOMINGUES

A transposição, na vertente societária, da Diretiva sobre Reestruturação e Insolvência (Diretiva (UE) 2019/1023, de 20 de junho de 2019)

1. A importância do direito societário comunitário. A Diretiva Codificadora (minicódigo societário europeu)

A regulamentação das sociedades comerciais é uma das áreas onde mais se tem feito sentir a intervenção legislativa da União Europeia, o que sem dificuldade se comprehende. Com efeito, sendo o objetivo inicial da então Comunidade Económica Europeia a criação de um mercado único, com a eliminação das restrições à liberdade de estabelecimento¹ e sendo as sociedades comerciais, inquestionavelmente, os principais agentes e motores da atividade económica moderna, tal levou a que, desde o começo, se tivesse verificado, a nível europeu, uma abundante produção legislativa em matéria societária. Daí que, em especial no que respeita às sociedades anónimas – o tipo societário para o qual o legislador comunitário dirigiu precipuamente os seus esforços de harmonização –, as legislações societárias dos diferentes Estados-Membros apresentem regimes com muitos traços comuns.

¹ Vide a redação inicial do artigo 54.º do Tratado de Roma, de 25 de março de 1957, que instituiu a CEE.

Esta legislação comunitária foi sendo, ao longo dos anos, objeto de sucessivas alterações, o que tinha levado já o legislador europeu a proceder à revogação e substituição de muitos dos mais importantes diplomas iniciais (nomeadamente, mas não só, as estruturantes 1.^a e 2.^a Diretivas) sobre matéria societária, por novos instrumentos legislativos onde sobretudo se visava consolidar num texto oficial a redação vigente daqueles atos normativos. Foi isso precisamente o que sucedeu com a Primeira Diretiva sobre sociedades (Diretiva do Conselho n.º 68/151/CEE, acima referida) – destinada a coordenar, nas sociedades de capitais, as garantias destinadas à proteção dos interesses dos sócios e de terceiros, em especial relacionadas com a constituição e invalidade da sociedade e validade das suas obrigações –, que foi revogada e substituída pela Diretiva 2009/101/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de setembro de 2009, bem como com a Segunda Diretiva sobre sociedades (Diretiva 77/91/CEE, de 13 de dezembro de 1976) – que veio especialmente regular, para as sociedades anónimas, “a conservação e as modificações do capital social” e que foi, por isso, também designada por Diretiva do Capital –, que foi revogada e substituída pela Diretiva 2012/30/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012².

Atenta esta dispersão legislativa, entendeu o legislador europeu, em 2017, concentrar numa única Diretiva matérias que se encontravam reguladas em distintos instrumentos normativos, nomeadamente nas 1.^a e 2.^a Diretivas sobre sociedades. Trata-se da Diretiva 2017/1132/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de junho de 2017, que, à falta de melhor, se poderá designar por Diretiva Codificadora do Direito Societário e que constitui, *hoc sensu*, um minicódigo societário europeu.

Esta Diretiva Codificadora expressamente revoga³ e procede à substituição dos seguintes seis diplomas:

- a) A (“nova”) 1.^a Diretiva (Diretiva 2009/101/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de setembro de 2009), destinada a coordenar, nas sociedades de capitais⁴, as garantias destinadas à proteção dos interesses dos sócios e de terceiros, em especial rela-

² Tal ocorreu também com outras Diretivas, nomeadamente com a Terceira Diretiva sobre sociedades (Diretiva 76/855/CEE, de 9 de outubro de 1978) – relativo à fusão de sociedades anónimas – que foi revogada e substituída Diretiva 2011/35/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de abril de 2011.

³ Cfr. artigo 166.^º da Diretiva Codificadora.

⁴ Entendendo-se por estas as sociedades anónimas, as sociedades em comandita por ações e as sociedades por quotas.

- cionadas com a constituição e invalidade da sociedade e validade das suas obrigações;
- b) A (“nova”) 2.ª Diretiva (Diretiva 2012/30/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de outubro de 2012), que regulava, nas sociedades anónimas, “a conservação e as modificações do capital social” e que foi, por isso, também designada por Diretiva do Capital;
 - c) A (“nova”) 3.ª Diretiva (Diretiva 2011/35/EU, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de abril de 2011), relativa à fusão de sociedades anónimas;
 - d) A 6.ª Diretiva (Diretiva 82/891/CEE, do Conselho, de 17 de dezembro de 1982), relativa à cisão das sociedades anónimas;
 - e) A 10.ª Diretiva (Diretiva 2005/56/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro de 2005), relativa às fusões transfronteiriças das sociedades de capitais; e
 - f) A 11.ª Diretiva (Diretiva do Conselho 89/666/CEE, de 21 de dezembro de 1989), relativa à publicidade das sucursais de sociedades de capitais.

Apesar de se compreender a finalidade da opção legislativa, que é justificada por “motivos de clareza e lógica”⁵, e reconhecendo-se-lhe a vantagem de concentrar num único texto legal matérias que se encontravam dispersas por vários diplomas, a verdade é que a compreensão e a leitura do regime desta Diretiva Codificadora nem sempre é fácil, tornando-se, por vezes, um pouco labiríntica, uma vez que há matérias nela reguladas que só se aplicam às sociedades anónimas⁶ e outras que se aplicam a todas as sociedades de capitais⁷.

Na verdade, nesta Diretiva Codificadora são reguladas diferentes matérias, que nem sempre se aplicam a todos os tipos societários, a saber⁸ :

- a) a matéria das garantias destinadas à proteção dos interesses dos sócios e de terceiros, relativas à constituição da sociedade, bem como à conservação e às modificações do seu capital social [maté-

⁵ Cfr. Considerando 1.º da Diretiva Codificadora.

⁶ Vide o disposto no artigo 2.º, n.os 1 e 2, no artigo 44.º, n.os 1 e 2, no artigo 45.º, n.º 2, no artigo 87.º, n.os 1 e 2, e no artigo 135.º, n.º 1.

⁷ Vide o disposto no artigo 7.º, n.º 1, no artigo 13.º, no artigo 29.º, n.º 1, no artigo 36.º, n.º 1, no artigo 67.º, n.º 1, e no artigo 119.º, n.º 1, alínea a).

⁸ Cfr. artigo 1.º da Diretiva Codificadora.

- ria que constava da Segunda Diretiva], que apenas é aplicável às sociedades anónimas;
- b) a matéria das garantias destinadas à proteção dos interesses dos sócios e de terceiros, relativas à publicidade, à validade das obrigações e à nulidade das sociedades [matéria que constava da Primeira Diretiva], que é aplicável a todas as sociedades de capitais⁹;
 - c) a matéria da publicidade das sucursais criadas num Estado-Membro [matéria que constava da Décima Primeira Diretiva], que é aplicável a todas as sociedades de capitais;
 - d) a matéria relativa à fusão [que constava da Terceira Diretiva], que apenas é aplicável às sociedades anónimas;
 - e) a matéria respeitante às fusões transfronteiriças [matéria que constava da Décima Diretiva], aplicável a todas as sociedades de capitais, e
 - f) a matéria relativa à cisão [que constava da Sexta Diretiva], que apenas é aplicável às sociedades anónimas.

Em todo o caso, aqui, na análise da transposição societária da Diretiva sobre Reestruturação e Insolvência, importa sobretudo analisar o regime comunitário que constava da 2.ª Diretiva, e que se encontra hoje – em termos basicamente idênticos – plasmado nesta Diretiva Codificadora.

2. O regime da Diretiva do Capital: a competência exclusiva dos sócios, para as operações sobre o capital social, no que respeita às SA

A Segunda Diretiva sobre Sociedades¹⁰ – também designada como Diretiva do Capital (*Kapital Richtlinie*)¹¹ – veio expressamente regular, embora apenas relativamente às sociedades anónimas¹², de forma deta-

⁹ Vide supra nota 4.

¹⁰ Diretiva do Conselho n.º 77/91/CEE de 13 de dezembro de 1976, publicada no JO n.º L 26/1, de 31 de janeiro de 1977.

¹¹ Cfr., por todos, ERNST-AUGUST BALDAMUS, *Reform der Kapitalrichtlinie*, Carl Heymanns Verlag, 2002, e WOLFGANG SCHÖN, "Wer schützt den Kapitalschutz?", ZHR 166, 2002, p. 2.

¹² A Segunda Diretiva sobre Sociedades apenas tem, efetivamente, por objeto as SA (cfr. artigo 1.º da Segunda Diretiva). Regime idêntico está, hoje, previsto na Diretiva Codificadora (vide artigo 44.º, nº. 1 e Anexo I). Note-se que, apesar de a SA ser, quanto a esta matéria, o único tipo social abrangido pelo direito comunitário, o nosso legislador estendeu, porém, em grande medida, aquela regulamentação às SQ e SC por ações.

lhada, a constituição, conservação e modificação do capital social¹³, o que determinou que tal regime viesse a ser acolhido, em, termos idênticos, por todos os Estados-Membros¹⁴. Note-se que esta posição do legislador comunitário – ao impor aos Estados-Membros uma regulamentação detalhada do regime jurídico do capital social, atribuindo-lhe um papel central nas SA¹⁵ –, num tempo em que a figura começava a ser objeto de severas críticas por parte da doutrina, não deixou, como seria de esperar, de ser objeto de forte censura¹⁶, tendo-se chegado mesmo a considerar a Diretiva do Capital como a principal responsável pela “petrificação” do direito societário europeu nesta matéria¹⁷.

O traço característico do regime desta Diretiva do Capital que importa, porém, destacar, para o tema de que agora se cuida, é o de que este diploma atribuía aos órgãos de uma SA¹⁸ (*maxime*, à coletividade dos sócios) a competência exclusiva para aprovar e proceder a operações de variação (aumento e redução) do capital social¹⁹.

¹³ O que é inequivocamente revelador da fundamental importância que o legislador comunitário atribuía à figura do capital social.

¹⁴ Sobre esta Diretiva, veja-se, entre nós, RAÚL VENTURA, “Adaptação do direito português à Segunda Directiva do conselho da comunidade económica europeia sobre o direito das sociedades”, *GDDC*, Lisboa, 1980?, separata. O regime que constava da Segunda Diretiva está hoje contido no capítulo IV da Diretiva Codificadora (artigos 44.º, s.). Vide, a propósito, o quadro de correspondência constante do Anexo IV.

¹⁵ Regulamentação que se caracteriza por estar precipuamente ordenada à proteção dos credores sociais, quando esta função de tutela de terceiros constitui precisamente uma das principais críticas que então já era (como ainda é hoje) dirigida à figura. Cfr. PAULO DE TARSO DOMINGUES, *O financiamento societário pelos sócios*, Almedina, 2021, p. 47, s., FRIEDRICH KÜBLER, “The rules of capital under pressure of securities markets”, in K. HOPT/E. WYMEERSCH, *Capital markets and company law*, Oxford, OUP, 2003, p. 5, s.. Vide também “A Modern Regulatory Framework for Company Law in Europe”, de 4 de novembro de 2002 (também conhecido por Relatório Winter, por o *High Level Group of Company Law Experts* que elaborou este relatório ser presidido por Jaap Winter), p. 93, s..

¹⁶ Para uma análise crítica àquela Diretiva, vide, por todos, BALDAMUS, *Reform der Kapitalrichtlinie, passim*, e C. ANGELICI, – “Inquadramento della direttiva negli ordinamenti dei paesi CEE”, *RivDirCiv*, 1986, I, p. 549, s..

¹⁷ Cfr. KÜBLER, “The rules of capital...”, p. 111.

¹⁸ O único tipo societário abrangido pela Diretiva do Capital.

¹⁹ Cfr. o originário artigo 25.º na Diretiva do Capital, que correspondeu depois ao artigo 29.º da Diretiva (UE) 2012/30 e que corresponde, hoje, ao artigo 68.º da Diretiva Codificadora (que consagra a competência exclusiva da AG para deliberar o aumento de capital social, no que respeita às sociedades anónimas), bem como o originário artigo 30.º na Diretiva do Capital, que correspondeu depois ao artigo 34.º da Diretiva (UE) 2012/30 e que corresponde, hoje, ao artigo 73.º da Diretiva Codificadora (que consagra idêntica competência dos sócios para a operação de redução do capital social).

É esta também a regra geral prevista no Código das Sociedades Comerciais, que atribui a competência aos sócios nesta matéria (cfr. artigo 85.º CSC)²⁰. Ou seja, como inequivocamente resulta desta norma, aos sócios não poderá ser retirada a possibilidade de proceder à alteração do pacto, pelo que qualquer cláusula contratual que elimine ou restrinja essa competência será nula por violação de norma legal imperativa. Por outro lado, afora os casos excepcionais previstos na lei, a competência dos sócios para a alteração do pacto é exclusiva²¹, pelo que será igualmente nula a cláusula contratual que atribua tal competência a um ou mais sócios individualmente considerados ou a terceiros²².

Trata-se de uma solução alinhada com a clássica posição doutrinal que considerava que a variação do capital social era uma “competência inderrogável” dos sócios²³, tendo em conta a importância e as consequências que o mesmo, para eles, reveste: não se olvide a alteração do *status socii* que a operação pode implicar, bem como o esforço financeiro que, em caso de aumento de capital, os sócios serão obrigados a fazer em virtude de tal operação, caso queiram manter a sua posição relativa na estrutura societária.

3. A violação do regime comunitário pelo direito português

Acontece que o ordenamento jurídico português veio atribuir aos credores sociais, nomeadamente no âmbito de um processo de insolvência²⁴, a competência para aprovar – mesmo contra a vontade dos sócios – uma operação de aumento e/ou redução do capital social, violando assim, manifestamente o regime comunitário relativo a esta matéria, nomeadamente o disposto na Diretiva do Capital.

²⁰ Note-se que esta norma expressamente permite, no entanto, que se atribua cumulativamente esta competência a outro órgão social. Quando tal se verifique, passa a haver uma competência concorrente entre esse outro órgão e a coletividade dos sócios.

²¹ O artigo 85.º, n.º 1 CSC é claro: “a alteração do contrato (...) só pode ser deliberada pelos sócios” (o negrito é nosso).

²² Raúl Ventura sublinhava que a alteração do pacto estaria inclusivamente vedada ao próprio Tribunal – cfr. RAÚL VENTURA, *Alterações do contrato de sociedade*, Almedina, Coimbra, 1988, p. 40.

²³ Cfr. IGNACIO ARROYO, “El capital autorizado”, *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 178, oct-dic 1985, p. 645, e VENTURA, *Alterações do contrato...*, p. 154.

²⁴ Tal competência foi igualmente atribuída aos credores no âmbito do processo de conversão de créditos em capital social, ao abrigo do regime previsto na Lei 7/2018, de 2 de março (vide infra ponto 7).

Efetivamente, no que tange ao aumento do capital social, o artigo 198.º, n.º 2, al. b) CIRE estabelece como uma das providências específicas destinadas às sociedades comerciais, a possibilidade de os credores, no âmbito do plano de insolvência e pela maioria exigida para a respetiva aprovação (cfr. artigo 212.º CIRE), deliberarem a realização de uma tal operação²⁵.

Ou seja, o direito insolvencial português atribui aos credores de uma sociedade insolvente o poder e a competência para deliberar qualquer aumento de capital social, afastando assim a regra, prevista no CSC, da competência deliberativa dos sócios sobre a matéria.

Tratando-se embora de uma solução discutível, nada impede que a norma de direito insolvencial possa, em princípio, afastar o regime do CSC, uma vez que, como é sabido, perante duas normas de grau hierárquico idêntico – como é o caso das normas que constam do CSC e do CIRE, ambos Decretos-Lei emanados do Governo – prevalece a mais recente, que *in casu*, é a do CIRE²⁶.

A questão assumia, no entanto, contornos diferentes relativamente às SA²⁷, uma vez que o regime destas tem de estar de acordo e em conformidade com o disposto direito comunitário que regula expressamente esta matéria²⁸. Aí se estabelecia, de forma imperativa, que a competência para aumentar o capital social apenas podia ser atribuída à assembleia geral e, quando autorizada, a outro órgão da sociedade. Na verdade, o n.º 1 do artigo 68.º da Diretiva Codificadora estatui expressamente que “*qualquer aumento do capital deve ser deliberado pela assembleia geral*”, permitindo o n.º 2 que os sócios, no ato constitutivo ou por mera deliberação, possam

²⁵ Trata-se de um regime que não é, neste aspecto, inovador relativamente ao direito preegresso, uma vez que já o CPREF estabelecia tal possibilidade, como uma das medidas possíveis para a reestruturação financeira da empresa (cfr. artigo 88.º, n.º 2, al. a) do revogado CPREF). Verdadeiramente inovadora – e absolutamente surpreendente e injustificada! – é a possibilidade ora conferida aos credores para, em qualquer aumento de capital, afastar o direito de preferência dos sócios na subscrição do mesmo. Sobre a questão, vide TARSO DOMINGUES, *Variações sobre o capital social*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 403, s., e COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. 1, 11.ª ed., Almedina, Coimbra, p. 349, s.. Vide infra em texto ponto 6.

²⁶ Vale o brocardo: *lex posterior derogat legi priori*. A idêntica conclusão se chegará, tomando em consideração que a norma do CIRE se traduz em lei especial relativamente ao regime-regra do CSC. E como é igualmente sabido, *lex specialis derogat legi generali*. Cfr. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, Almedina, Coimbra, 1987, p. 166, s..

²⁷ As únicas que, no que respeita a esta matéria, são abrangidas pelas regras do direito comunitário (cfr. artigo 44.º, n.º 1 e Anexo I da Diretiva Codificadora).

²⁸ Cfr. o originário artigo 25.º na Diretiva do Capital, que corresponde, hoje, ao artigo 68.º da Diretiva Codificadora.

atribuir, sob certas condições, essa competência a outro “órgão da sociedade” (a sinalização enfática é nossa). Por isso, a atribuição pelo CIRE de competência aos credores sociais para deliberar um aumento de capital –, manifestamente não se enquadrava na previsão da referida norma do artigo 68.º da Diretiva²⁹, pelo que ela consubstanciava uma violação clara do direito comunitário que regulamenta esta matéria³⁰.

De resto, o TJUE tinha tido já oportunidade de se debruçar especificamente sobre esta temática, nomeadamente nos Acs. Karella e Karella³¹ e Syndesmos Melon³², tendo sido cristalino a este respeito³³. De facto,

²⁹ A assembleia de credores é um órgão insolvencial e não um órgão societário (cfr. artigos 72.º, s. CIRE, que insere a assembleia de credores no capítulo relativo aos órgãos da insolvência).

³⁰ Neste sentido, se pronunciaram também M. ÂNGELA COELHO, “Aumento do capital”, in *Problemas do direito das sociedades*, IDET, Almedina, Coimbra, 2002, p. 243, s., que se debruçou sobre o regime vigente no CPEREF, e COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. 1, p. 351, s.. Este A. sublinhava a necessidade da alteração do artigo 198.º CIRE (propõendo que a alteração não se restringisse às SA – cfr. p. 352, nt 890), considerando, por outro lado, que o juiz deveria oficiosamente recusar a homologação do plano de insolvência de uma SA que passasse por uma alteração do capital social deliberada pelos credores, por tal consubstanciar uma violação do direito comunitário.

³¹ Ac. Marina Karella e Nikolaos Karella contra OAE, de 30 de Maio de 1991, Proc. C-19/90 e C-20/90, CJ-TJCE, 1991, I, p. 2691, s..

³² Ac. Syndesmos Melon tis Eleftheras Evangelikis Ekkliasias contra o Estado helénico, de 24 de Março de 1992, Proc. C-381/89, CJ-TJCE, 1992, I, p. 2111, s..

³³ Os parágrafos 26 a 31 do Ac. Karella & Karella eram, na verdade, extremamente esclarecedores, assim nos parece, a este respeito, pelo que aqui os reproduzimos (os itálicos são nossos):

“26 – Este objectivo ficaria gravemente comprometido se os Estados-membros pudessem derrogar o disposto na directiva, mantendo em vigor normas legais, mesmo qualificadas de especiais ou de excepcionais, que permitissem decidir, por via administrativa e independentemente de qualquer deliberação da assembleia geral dos accionistas, aumentos de capital social que obrigassem os antigos accionistas quer a aumentar as suas entradas, quer a aceitar a entrada na sociedade de novos accionistas, reduzindo assim a sua participação no poder de decisão da sociedade.

27 – Esta conclusão não significa, no entanto, que o direito comunitário impede os Estados-membros de derrogar estas disposições, quaisquer que sejam as circunstâncias. Efectivamente, o legislador comunitário previu, tanto a possibilidade de derrogações limitadas como processos susceptíveis de conduzir a tais derrogações, com o objectivo de salvaguardar certos interesses vitais dos Estados-membros, susceptíveis de serem afectados em situações excepcionais. É o caso, por exemplo, dos artigos 19.º, n.os 2 e 3, 40.º, n.º 2, 41.º, n.º 2 e 43.º, n.º 2, da directiva.

28 – Quanto a este aspecto da questão, deve assinalar-se que nem o Tratado CEE, nem a própria segunda directiva contêm qualquer disposição que autorize os Estados-membros a derrogar, em situações de crise, o artigo 25.º, n.º 1, da segunda directiva. Pelo contrário, o artigo 17.º, n.º 1, da directiva prevê explicitamente que, em caso de perda grave do capital subscrito, a assembleia

reconhecendo o efeito direto do originário artigo 25.º, n.º 1 da Diretiva do Capital e constatando que o direito comunitário não previa – ao contrário do que sucedia com outras normas daquela Diretiva – a possibilidade da sua derrogação³⁴, firmou jurisprudência no sentido de que esta norma impedia um Estado-Membro, como sucedia com a Grécia, de manter em vigor legislação que autorizava – mesmo em situações consideradas especiais ou excepcionais³⁵ – que um aumento de capital pudesse ser

geral seja convocada, no prazo fixado pelas legislações dos Estados-membros, para decidir se a sociedade deve ser dissolvida ou se deve ser adoptada qualquer outra medida. Esta disposição confirma, assim, o princípio consagrado no artigo 25.º, n.º 1, e aplica-se mesmo no caso de a sociedade em causa atravessar dificuldades financeiras graves.

29 – Na audiência, a OAE alegou ainda que a segunda directiva não pode aplicar-se aos processos especiais de liquidação colectiva ou de saneamento financeiro de sociedades incapazes de solver os seus compromissos, visto que o seu campo de aplicação se restringe ao funcionamento normal de sociedade.

30 – Esta objecção não pode ser aceite. Efectivamente, a directiva visa garantir o respeito dos direitos dos sócios e de terceiros, nomeadamente nas operações de constituição de sociedades e de aumento ou redução do seu capital. Esta garantia, para ser efectiva, deve ser assegurada aos sócios enquanto a sociedade existir com as suas estruturas próprias. Embora a directiva não obste à instituição de medidas de execução coactiva nem, nomeadamente, a regimes de liquidação que coloquem a sociedade sob um regime de administração imposta, com o objectivo de salvaguardar os direitos dos credores, não é menos verdade que a directiva continua a aplicar-se enquanto não forem desapossados os accionistas e os órgãos normais da sociedade. E o mesmo se passa, naturalmente, em caso de simples regime de saneamento financeiro, motivando a intervenção de organismos públicos ou de sociedades de direito privado, quando o direito dos sócios ao capital e ao poder de decisão da sociedade estiver em causa.

31 – Assim, não prevendo o direito comunitário qualquer faculdade de derrogação, o artigo 25.º, n.º 1 da segunda directiva deve ser interpretado no sentido de que obsta a que os Estados-membros mantenham em vigor uma regulamentação incompatível com o princípio enunciado neste artigo, mesmo que essa regulamentação apenas vise situações excepcionais. A admitir-se uma reserva geral relativa a situações excepcionais, independentemente do disposto no Tratado e na segunda directiva, correr-se-ia além do mais, o risco de pôr em causa o caráter vinculativo e aplicação uniforme do direito comunitário (ver, neste sentido, o acórdão de 15 de maio de 1986, Johnston, n.º 26, 222/84, Colect., p. 1651)."

³⁴ Salvo no único caso excepcional então previsto no artigo 84.º, n.º 1 da Diretiva Codificadora (correspondente ao originário artigo 41.º, n.º 1 da Segunda Diretiva), na medida em que essa derrogação seja necessária para favorecer a participação de trabalhadores ou outra categoria de pessoas no capital da empresa.

³⁵ Em ambos os casos sujeitos à apreciação do Tribunal, tratava-se de um aumento de capital que havia sido decidido por um órgão administrativo, no âmbito de um processo que visava a recuperação económico-financeira da empresa. Note-se que o TJUE considerou esta solução contrária ao direito comunitário, ainda que a mesma tenha por "objectivo assegurar a sobrevivência e a continuação da actividade de empresas que têm uma particular importância do ponto de vista económico e social para a colectividade" e ainda que se

decidido independentemente de uma deliberação da assembleia geral dos acionistas³⁶.

Acresce que, mais tarde, o Estado grego – tendo já presente a jurisprudência do Tribunal acima referida e em defesa da sua legislação que permitia a um órgão administrativo, num processo de recuperação de empresa, deliberar um aumento de capital – veio invocar que, em tal situação, a oposição de um sócio a esse aumento consubstanciaria um abuso de direito, uma vez que ele saía beneficiado com a operação e que, caso o desejasse, sempre poderia manter o seu *status socii* inalterado, exercendo o direito de preferência na subscrição do aumento. Contrariando esta argumentação, o TJUE decidiu, de forma categórica, que a conduta do sócio, que impugna um aumento de capital não deliberado pela assembleia geral – com fundamento na violação do disposto no referido artigo 25.º da Segunda Diretiva –, não poderia, por esse simples facto, ser considerada abusiva³⁷.

Por estas razões, defendemos³⁸, no passado, que o regime do artigo 198.º CIRE não se poderia aplicar às sociedades anónimas³⁹ ⁴⁰. Ou seja, no que respeita a estas sociedades, o juiz deveria recusar oficiosamente a homologação do plano de insolvência, que adotasse uma operação de aumento do capital social aprovada pelos credores, por tal consubstanciar uma violação do disposto na Diretiva Codificadora. E, se uma tal decisão viesse a ser decretada⁴¹, os sócios poderiam dela recorrer, nomeadamente

garanta o direito de preferência dos sócios na subscrição do aumento. Cfr. parte decisória do Ac. Karella e Karella, p. 2721 e do Ac. Syndesmos Melon, p. 2148.

³⁶ Vide Ac. Karella e Karella, p. 2717-2728, e Ac. Syndesmos Melon, p. 2145-2146.

³⁷ Cfr. Ac. Dionysios Diamantis e Estado helénico, de 23 de março de 2000, Proc. C-373/97, CJ-TJCE, 2000, I, p. 1705, s., e Ac. Alexandros Kefalas e Estado helénico, de 12 de maio de 1998, Proc. C-367/96, CJ-TJCE, 1998, I, p. 2843, s..

³⁸ No que estávamos acompanhados por doutrina autorizada – cfr. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. 1, p. 351 e supra nota 25.

³⁹ Tal questão já não se colocaria quanto a outros tipos societários, uma vez que o regime comunitário referido em texto não era aplicável a outras sociedades que não as SA.

⁴⁰ Não se deixe, no entanto, de dizer que o legislador alemão, em 2012 – com a reforma da InsO, levada a cabo através da ESUG (*Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen*), que veio permitir e regular as operações de conversão de créditos em capital –, alterou o seu regime insolvencial, autorizando que os credores pudessem deliberar este tipo de operações. E quer o legislador alemão (na motivação da lei) quer a doutrina alemã sustentam que o regime consagrado pela ESUG não viola o direito comunitário sobre esta matéria (nomeadamente o artigo 25.º da Diretiva do Capital). Neste sentido, vide, por todos, NILS DERKSEN, *Die Unternehmenssanierung innerhalb und außerhalb der Insolvenz*, Nomos Verlag, Baden-Baden, 2017, p. 89, s., e a demais bibliografia aí referida.

⁴¹ Note-se, porém, que esta questão já tinha sido apreciada pelos nossos tribunais que, desconsiderando o regime comunitário aplicável sobre a matéria, julgaram lícita a atri-

para o TJUE, ao abrigo da figura do reenvio prejudicial, suscitando a questão da desconformidade da legislação portuguesa com o direito da União Europeia⁴².

Situação idêntica ocorria com a operação de redução do capital social. Com efeito, o nosso direito insolvencial atribui ainda aos credores o poder para, no âmbito do plano de insolvência e pela maioria exigida para a respetiva aprovação (cfr. artigo 212.º CIRE), deliberarem a realização de uma operação de redução – incluindo a redução a zero – do capital (cfr. artigo 198.º, n.º 2, al. a) CIRE).

Também esta solução era, no entanto, no que respeita às SA, de muito duvidosa conformidade com o regime comunitário⁴³. Apesar de tudo, no entanto, a questão apresentava contornos diferentes relativamente à operação de aumento de capital decidida pelos credores.

Com efeito, como se disse, a deliberação do aumento de capital era, de acordo com o quadro legal comunitário aplicável às SA, uma competência exclusiva dos sócios⁴⁴. Diferentemente, o artigo 73.º da Diretiva Codificadora⁴⁵, atribuindo, como regra, à assembleia geral a competência para deliberar a redução, admitia contudo a hipótese de a operação ser “ordenada por decisão judicial”. Ora, no processo de insolvência, apesar de a decisão ser aprovada pelos credores, ela deveria ser sempre homologada judicialmente (vide artigo 214.º CIRE), pelo que, aqui, se poderia entender que tal medida ficava a coberto da exceção prevista no referido artigo 73.º da Diretiva Codificadora.

buição desta competência aos credores sociais, para deliberar o aumento de capital. Cfr. Ac. da Relação de Coimbra, de 21 de abril de 1998, CJ, 1998, II, p. 48, s., e Ac. STJ, de 29 de junho de 2000, que se pode ler em <www.dgsi.pt>, com o n.º convencional JSTJ00040756.

⁴² Os acórdãos do TJUE supra referidos foram precisamente tirados ao abrigo da figura do reenvio prejudicial. Se, apesar da clareza da jurisprudência do TJUE nesta matéria, o tribunal português recusasse o reenvio – como sucedeu no Ac. do Tribunal da Relação de Lisboa, de 21/01/2014, proc. 4843/10.9TBFUN-H.L1-7, que versava precisamente sobre esta temática, e que se pode ler em <www.dgsi.pt> – restaria ao interessado a ação de responsabilidade civil do Estado, por decisões contrárias ao direito da UE, tiradas no exercício da função jurisdicional. Ou, eventualmente, suscitar – como sucedeu, em situações paralelas, na Alemanha – a intervenção do Tribunal Constitucional. Sobre a questão do da responsabilidade do Estado e dos magistrados por erro judiciário, pode ver-se, *inter alia*, ANA CELESTE CARVALHO, Responsabilidade por erro judiciário”, in *Responsabilidade civil do Estado*, CEJ, Ebook, 2014, p. 37-68, e SALVADOR DA COSTA, *Responsabilidade civil por danos derivados do exercício da função jurisdicional*, 2009, in <www.inverbis.pt/2007-2011>, p. 1, s..

⁴³ No sentido de que também este regime violava o direito comunitário, vide COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. 1, p. 351.

⁴⁴ Cfr. artigo 68.º da Diretiva Codificadora que corresponde ao artigo 29.º da nova Diretiva do Capital.

⁴⁵ Que corresponde ao artigo 34.º da nova Diretiva do Capital.

Finalmente, o direito insolvencial português violava ainda, relativamente às SA, o regime previsto na Diretiva do Capital no que respeitava ao direito de preferência na subscrição do aumento de capital.

Com efeito, o CIRE atribui a possibilidade de eliminação, por parte dos credores, do direito de preferência dos sócios relativamente a uma qualquer operação de aumento de capital – ainda que realizada através de novas entradas em dinheiro (cfr. artigo 198.º, n.º 2, al. b) CIRE) –, quando a mesma constitua uma medida de reestruturação da empresa societária. Ora, esta solução não se coadunava com o disposto no artigo 71.º da Diretiva Codificadora⁴⁶, que expressamente estabelecia que “em todos os aumentos de capital subscrito por entradas em dinheiro, as ações devem ser oferecidas com preferência aos acionistas”⁴⁷. E a competência para afastar este direito apenas era atribuída aos sócios ou ao órgão da sociedade autorizado a decidir o aumento de capital (cfr. artigo 72.º, n.ºs 4 e 5 da Diretiva Codificadora). Donde, aquela solução de o artigo 198.º, n.º 2, al. b) CIRE permitir aos credores excluir o direito de preferência dos sócios numa operação de aumento de capital social era também, para as SA, manifestamente contrária ao regime comunitário.

4. A alteração do regime societário europeu, no âmbito dos processos de reestruturação, efetuada pela Diretiva 2019/1023 e a sua transposição para o direito interno

Acontece que o regime comunitário foi, entretanto, profundamente alterado nesta matéria. Com efeito, a Diretiva sobre Reestruturação e Insolvência (Diretiva (UE) 2019/1023, de 20 de junho de 2019) veio alterar a Diretiva Codificadora e expressamente admitir que a aplicação das regras de direito societário dos Estados-Membros – nomeadamente as que respeitam às operações de variação de capital – não deve constituir um entrave à adoção e execução de um plano de reestruturação⁴⁸. O que se

⁴⁶ Correspondente ao anterior n.º 1 do artigo 25.º da originária Segunda Diretiva.

⁴⁷ O artigo 72.º, n.º 2 da Diretiva Codificadora ressalva algumas situações em que o direito de preferência poderia ser afastado pelo legislador nacional, mas nelas não se incluía a hipótese de insolvência da sociedade. É esta a solução prevista também no nosso CSC, que, para as SQ e para as SA, estabelece um direito legal de preferência no aumento de capital social por novas entradas em dinheiro (cfr. artigo 266.º CSC, para as SQ, e artigo 458.º CSC, para as SA).

⁴⁸ Cfr. considerando 96 da Diretiva 2019/2013: “A eficácia do processo de adoção e execução do plano de reestruturação não deverá ser posta em causa pelo direito das sociedades”.

pretende, com o novo regime, é facilitar a aprovação de medidas de reestruturação das empresas por parte dos credores (impedindo que os sócios possam “desrazoavelmente” levantar obstáculos às mesmas), mas sem, contudo, deixar de acautelar os “interesses legítimos dos acionistas”⁴⁹.

Para isso, a Diretiva 2019/2013 veio aditar um novo n.º 4 ao artigo 84.º da Diretiva Codificadora, a qual autoriza agora que os Estados-Membros possam derrogar as regras nesta estabelecidas – bem como nos respetivos direitos nacionais –, nomeadamente quanto ao regime societário aplicável (*e.g.*, a competência dos sócios) relativo à variação do capital social (redução e aumento) e ao direito legal de preferência dos sócios.

O regime desta Diretiva sobre Reestruturação e Insolvência foi transposto para o direito nacional pela Lei 9/2022, de 11 de janeiro, a qual foi, apesar de tudo, no que respeita à derrogação das regras societárias aplicáveis nesta sede, muito parcimoniosa⁵⁰, como se verá nos pontos seguintes, limitando-se a expressamente afastar a aplicação do regime de certas normas do CSC, quando estejam pendentes processos regulados no CIRE. Com efeito, o legislador pátrio afasta, nestes processos, as regras do CSC

⁴⁹ É esclarecedor, a este propósito, o considerando 57 da Diretiva sobre Reestruturação e Insolvência, onde se afirma: “Embora devam ser protegidos os interesses legítimos dos acionistas ou outros detentores de participações, os Estados-Membros deverão assegurar que estes não possam impedir desrazoavelmente a adoção de planos de reestruturação suscetíveis de restabelecer a viabilidade do devedor. Os Estados-Membros deverão poder usar diversos meios para alcançar este objetivo, por exemplo, não conferindo aos detentores de participações o direito de votar um plano de reestruturação e não fazendo depender a adoção de um plano de reestruturação da aceitação dos detentores de participações que, após a avaliação da empresa, não receberiam qualquer pagamento ou outra retribuição em contrapartida se fosse aplicada a ordem normal das prioridades de liquidação. Contudo, caso os detentores de participações gozem do direito de votar um plano de reestruturação, este deverá poder ser confirmado por uma autoridade judicial ou administrativa através da aplicação das regras sobre reestruturação forçada da dívida contra categorias de credores, não obstante a discordância de uma ou mais categorias de detentores de participações. Os Estados-Membros que excluem os detentores de participações da votação não precisarão de aplicar a regra da prioridade absoluta na relação entre credores e detentores de participações. Outra forma possível de assegurar que os detentores de participações não evitem, de forma desrazoável, a adoção de planos de reestruturação consistirá em assegurar que as medidas de reestruturação que afetem diretamente os direitos dos detentores de participações e que têm que ser aprovadas pela assembleia geral de acionistas ao abrigo do direito nacional e da União das sociedades, não fiquem sujeitas a requisitos de maioria desrazoavelmente elevados e que os detentores de participações não disponham de competência no que toca às medidas de reestruturação que não afetem diretamente os seus direitos”.

⁵⁰ Com efeito, o legislador nacional não aproveitou todas as possibilidades previstas e admitidas pela Diretiva 2019/2013. Cfr., especialmente, os considerandos 57 (transcrito na nota anterior) e 96 da Diretiva.

relativas ao regime da perda grave do capital social (cfr. artigo 35.º, n.º 4 CSC), ao regime do aumento de capital por novas entradas (cfr. artigo 87.º, n.º 6 CSC), ao regime do aumento de capital por incorporação de reservas (cfr. artigo 91.º, nº 5 CSC), e ao regime da redução do capital (artigos 94.º, n.º 3, 95.º, n.º 3, e 96.º, n.º 4 CSC). Em todas essas novas normas do CSC, o legislador limitou-se a prescrever que aquelas regras do CSC deixam de ter aplicação “durante a pendência de qualquer processo de reestruturação de empresas previsto no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas”.

A Lei 9/2022 alterou ainda a alínea e) do artigo 141.º CSC, esclarecendo – trata-se de solução que não necessitaria desta clarificação para se considerar já aplicável, antes desta modificação legislativa – que a dissolução imediata da sociedade apenas se verifica com a declaração de insolvência da sociedade, quando no respetivo processo seja decidida a sua liquidação.

Vejamos com mais pormenor o impacto destas alterações.

5. O regime aplicável ao aumento do capital

Relativamente ao aumento do capital social, o novo regime afasta, no âmbito dos processos regulados no CIRE, a aplicação da norma do artigo 87.º CSC, relativa ao regime do aumento de capital por novas entradas, e da norma do artigo 91.º CSC, relativa ao regime do aumento de capital por incorporação de reservas.

Comece por se assinalar que a Lei 9/2022 não exceciona – nos processos regulados pelo CIRE – a aplicação de todo o regime que regula o aumento de capital. Como se disse, no âmbito de tais processos, apenas deixam de ter aplicação as regras que constam do artigo 87.º CSC (relativo aos requisitos da deliberação dos sócios no aumento de capital por novas entradas) e do artigo 91.º CSC (relativo aos requisitos da deliberação dos sócios no aumento de capital por incorporação de reservas)⁵¹.

Por outro lado, com as alterações da Lei 9/2002, as regras societárias deixam de se aplicar a “qualquer processo” de reestruturação de empresas previsto no CIRE⁵², pelo que, em princípio, não serão aplicáveis quer

⁵¹ E daqui resulta – ao apenas se exencionar o regime das deliberações dos sócios relativo às operações de aumento de capital – que o que se terá precipuamente visado com esta alteração terá sido afastar a competência da coletividade dos sócios para a aprovação de uma (qualquer) operação de aumento de capital.

⁵² Ficam, portanto, de fora desta solução legal quaisquer outros processos de reestruturação não previstos no CIRE, como o RERE – Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas, aprovado pela Lei 8/2018, de 2 de março.

ao processo de insolvência, quer ao PER (ambos previstos e regulados no CIRE). Tenha-se, no entanto, presente que as medidas aprovadas no âmbito de um PER resultam de um processo negocial e do acordo entre a sociedade e os seus credores. Donde, quaisquer medidas de reestruturação, aprovadas no PER, terão de ter a concorrência da vontade sociedade, não lhe podendo ser impostas pelos credores.

Em todo o caso, o que importa sobretudo sublinhar é que, hoje, com a transposição da Diretiva sobre Reestruturação e Insolvência, efetuada pela Lei 9/2022⁵³, os credores poderão⁵⁴, no âmbito de um processo de insolvência, em todos os tipos sociais (inclusivamente nas SA), aprovar medidas de reestruturação que, em princípio, são da competência da coletividade dos sócios⁵⁵, nomeadamente operações de variação do capital social, observadas que sejam as regras previstas, para o efeito, no CIRE. Ou seja, não há, hoje, o espartilho comunitário – que existiu no passado – que impeça os credores de aprovar, ainda que contra a vontade dos sócios e ainda que se trate de uma SA, operações de aumento de capital social no âmbito do processo de insolvência.

6. O regime aplicável ao direito de preferência na subscrição do aumento de capital

Como se referiu, a Diretiva sobre Reestruturação e Insolvência (Diretiva (UE) 2019/1023, de 20 de junho de 2019) veio expressamente prever que as regras da Diretiva Codificadora – e também dos respetivos direitos societários internos – possam ser derrogadas pelos Estados-Membros, quando tal solução vise facilitar e permitir a adoção e execução de um plano de reestruturação de empresas societárias. E, de acordo com o novo

⁵³ Não nos parece que fosse possível defender a aplicação das alterações resultantes da Diretiva sobre Reestruturação e Insolvência aos processos de insolvência pendentes antes da sua transposição, atenta a inexistência do efeito direto horizontal das Diretivas. Cfr. Acórdão Marshall, de 26 de fevereiro de 1986, Processo 152/84, do TJUE, cuja doutrina continua atual, onde se afirma que “o carácter vinculativo de uma directiva, sobre o qual se baseia a possibilidade de a invocar perante um tribunal nacional, existe apenas relativamente ao «Estado-membro destinatário». Sobre a matéria do efeito direto das Diretivas, vide, por todos, GORJÃO-HENRIQUES, *Direito da União*, 9.^a ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 355, s.

⁵⁴ Terá sido essa a finalidade primeira desta alteração efetuada ao CSC pela Lei que transpõe, para o direito interno, a Diretiva sobre Reestruturação e Insolvência. Cfr. supra nota 51.

⁵⁵ Podendo tais medidas ser aprovadas sem a concordância dos sócios ou até contra a vontade destes.

n.º 4 ao artigo 84.º da Diretiva Codificadora – aditado pela Diretiva 2019/1023 –, uma das regras que pode ser afastada, no âmbito de um processo de reestruturação, é a prevista no artigo 72.º da Diretiva Codificadora, que respeita ao direito de suscrição preferente dos sócios nas operações de aumento de capital social.

Na transposição da regime da Diretiva efetuada pela Lei 9/2022, o legislador pátrio expressamente afastou, como vimos, no âmbito de um processo de insolvência, a aplicação do regime do CSC relativo às operações de variação do capital social. Sucedeu, porém, que solução idêntica não foi expressamente consagrada relativamente ao direito de preferência. Na verdade, ao artigo 458.º CSC, norma que contém o regime do direito de subscrição preferente para as SA – o tipo a que se aplica, nesta matéria, a Diretiva Codificadora –, não foi aditada norma semelhante à dos 87.º, 91.º, e 94.º a 96.º CSC. Em todo o caso, se é verdade que o legislador nacional não inseriu no artigo 458.º CSC uma norma a excecionar a sua aplicação no âmbito do processo de insolvência, tal conclusão pode, de forma menos explícita, retirar-se do disposto no artigo 87.º CSC. Com efeito, o n.º 2 deste artigo alude ao direito de preferência dos sócios, sendo que o regime desta norma (todo ele) é, em caso de pendência de processos insolvenciais, expressamente afastado pelo (novo) n.º 6 deste artigo 87.º CSC. Deverá, por isso, entender-se que é hoje possível, no nosso ordenamento jurídico, que os credores aprovem, no âmbito de um processo insolvencial, um aumento de capital social, suprimindo o direito de preferência dos sócios. É este o regime que resulta do artigo 198.º, n.º 2, al. b) CIRE, o qual agora, não só não é obstaculizado pelo direito comunitário, como é expressamente admitido – mesmo nas SA – pela Diretiva Codificadora (indo, de resto, de encontro ao resultado que, manifestamente, o legislador comunitário quis privilegiar), sendo esta a solução que, de forma menos clara, o legislador português terá querido consagrar com a Lei 9/2022, que transpôs para o direito interno a Diretiva sobre Reestruturação e Insolvência.

7. O regime aplicável à redução do capital

No que respeita à redução de capital, o legislador nacional teve o cuidado de aditar uma norma a todos os três artigos do CSC que regulam esta operação (cfr. artigos 94.º a 96 CSC), expressamente excecionando a sua aplicação no âmbito dos processos de reestruturação de empresas previstos no CIRE. Daqui decorre que – tal como sucede com a operação de aumento de capital – a regra da competência exclusiva dos sócios para deliberar a redução de capital deixa, na pendência daqueles processos, de

ter aplicação, assim como, em princípio, o demais regime legal societário previsto para esta operação.

Há, no entanto, um aspeto deste novo regime que suscita perplexidade e dificuldades interpretativas. Com efeito, se as normas aditadas aos artigos 94.^º e 96.^º CSC⁵⁶ afastam o regime nelas previsto, na sua totalidade, em caso de pendência de um processo previsto no CIRE, já a norma aditada ao artigo 95.^º CSC vem afirmar que a solução prevista no seu n.^º 2 (a possibilidade de redução do capital para um montante inferior ao legalmente estabelecido) é também permitida⁵⁷ quando esteja em causa “o estabelecimento dos regimes de reestruturação preventiva⁵⁸ previstos no CIRE. Ou seja, aparentemente pelo menos⁵⁹, todos os demais aspetos da regulamentação prevista no artigo 95.^º CSC continuarão a ser aplicáveis no âmbito dos processos previstos no CIRE, nomeadamente a necessidade de a situação líquida da sociedade ficar a exceder, após a operação de redução, o novo capital em, pelo menos, 20% (cfr. artigo 95.^º, n.^º 1 CSC) e a proibição de com esta operação se liberar os sócios das suas obrigações de entrada (cfr. artigo 95.^º, n.^º 4 CSC).

8. O regime aplicável na operação da conversão de créditos de terceiros em capital social, aprovado pela Lei 7/2018, de 2 de março

A Lei 7/2018, de 2 de março, veio consagrar um novo regime da conversão em capital de créditos de terceiros (fornecedores, financiadores, etc.⁶⁰)

⁵⁶ Cfr. artigo 94.^º, n.^º 3 e artigo 96.^º, n.^º 4 CSC.

⁵⁷ Não deixa de ser um pouco bizantino que o legislador tenha vindo especificamente considerar admissível e permitir esta solução na pendência dos processos insolvenciais e não o tenha feito para os demais aspetos do regime previstos no mesmo artigo.

⁵⁸ Com esta expressão, terá o legislador pretendido referir-se ao PER, enquanto processo preventivo da insolvência. Em todo o caso, esta possibilidade (de redução do capital abaixo do mínimo legalmente exigido) não pode igualmente deixar de se aplicar ao processo de insolvência, uma vez que no artigo 198.^º, n.^º 3 CIRE – norma que consagra as medidas que podem ser adotadas no plano de insolvência – expressamente se admite a redução do capital a zero, circunstância em que, *il va sans dire*, necessariamente se verifica aquela situação de redução do capital social abaixo do mínimo estabelecido na lei.

⁵⁹ A menos que se entenda que, ao não mencionar os demais aspetos do regime previstos no artigo 96.^º CSC, pretendeu afastar a sua aplicação no âmbito dos processos insolvenciais. Mas a ser esse o resultado pretendido, o legislador deveria ter sido bem mais claro...

⁶⁰ Que poderão eventualmente também ser sócios, relativamente a créditos de que sejam titulares e que não correspondam a suprimentos. Neste sentido, vide também CATARINA SERRA, *Lições de direito da insolvência*, Almedina, Coimbra, 2018, p. 531.

sobre a sociedade, autorizando e facilitando a realização dessa operação em momento pré-insolvencial. Esta operação de conversão de créditos em capital – ou, para utilizar a expressão mais comumente usada na literatura anglo-saxónica, a operação de conversão de débitos de uma sociedade em capital social (*debt for equity swap*⁶¹ ou DES) – tem sido muito estudada (e usada)⁶² por esse mundo fora, uma vez que ela consubstancia-se num instrumento que permite, de forma rápida e expedita, moderar e combater o sobreendividamento societário⁶³.

Com efeito, com esta operação visa-se e consegue-se “melhorar” o balanço da sociedade⁶⁴, uma vez que, permitindo-se a “conversão” de débitos da sociedade – ou, é o mesmo, visto por outro enfoque, a “conversão” de créditos sobre a sociedade – em capital social, isso implica uma correspondente diminuição do respetivo passivo. E esta melhoria do balanço social ajuda a melhorar a imagem da sociedade, podendo ser relevante ou até decisiva para a sua viabilização futura, evitando que ela venha a ser declarada insolvente. Por isso, tem-se pugnado pela consagração de regimes que visem agilizar e facilitar a realização desta operação, solução que foi consagrada, entre nós, pela Lei 7/2018.

A agilização desta operação num momento pré-insolvencial – e não apenas no âmbito de um processo de insolvência, onde normalmente é admitida, até com alguma generosidade⁶⁵ – deve ser aplaudida. Com efeito, a prática tem demonstrado que os remédios que visam a recuperação da empresa societária, quando aplicados no âmbito da insolvência, têm uma taxa de sucesso muito reduzida. Por isso, soluções que possam ajudar à viabilização das sociedades são sempre bem-vindas... O problema

⁶¹ Operação que também é designada por *debt to equity swap* ou *debt equity swap* ou simplesmente, como se refere em texto, pelo acrônimo DES.

⁶² Especialmente no âmbito do processo de insolvência. Na Alemanha, onde esta matéria mais tem sido estudada, são inúmeras as obras monográficas dedicadas ao tema. Vide, ex multis, PATRICK SCHULZ, *Der Debt Equity Swap in der Insolvenz*, Duncker & Humblot, Berlin, 2015, CARSTEN CHRISTOPHERY, *Der Debt-Equity-Swap als Sanierungsinstrument im Insolvenzplanverfahren*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2017, HELGE PÜHL, *Der Debt Equity Swap im insolvenzplanverfahren – Die Umwandlung von Fremdkapital in Eigenkapital per Insolvenzplan nach Reform durch das ESUG*, RWS Verlag, Köln, 2016, e MICHAEL BURKERTE, *Der Debt-to-Equity Swap im Spannungsverhältnis von Gesellschafts- und Insolvenzrecht*, Nomos, Baden-Baden, 2014.

⁶³ Vide A. SOVERAL MARTINS, “O regime da conversão de créditos em capital”, in *Estudos de direito da insolvência*, Almedina, Coimbra, 2018, p. 34, s..

⁶⁴ Sobre o regime contabilístico aplicável a estas operações de DES, vide IAS 32 e 39 e IFRS 19.

⁶⁵ Vide, entre nós, o artigo 198.^º, n.^º 2, al. b) CIRE.

deste novo regime não está, no entanto, no resultado e na finalidade que pretende alcançar, mas nas soluções que nele se encontram consagradas e que não acautelam devidamente os diferentes interesses em jogo⁶⁶.

Com o novo regime, consagrado na Lei 7/2018, veio permitir-se⁶⁷ que, em momento pré-insolvencial, os credores possam alterar a estrutura societária, através de uma operação de aumento do capital social. O regime, tal como foi consagrado entre nós, é profundamente intrusivo da vida da sociedade – tenha-se presente que a operação pode ser aprovada mesmo contra a vontade dos sócios – e a sua bondade é (muito!) discutível.

Em todo o caso, esta solução – até à Lei 9/202, de 11 de janeiro, que transpôs para o direito interno a Diretiva sobre Reestruturação e Insolvência (Diretiva (UE) 2019/1023, de 20 de junho de 2019) – não se deveria considerar admissível, para as SA, por desrespeitar e violar o direito comunitário relativo à variação do capital social⁶⁸.

O regime da União europeia comunitário foi, entretanto, como vimos, profundamente alterado nesta matéria, pela Diretiva sobre Reestruturação e Insolvência. A transposição desta Diretiva para o direito nacional – efectuada pela Lei 9/2022 – apenas afastou, porém, expressamente as regras do CSC no âmbito de processos de reestruturação de empresas previstos no CIRE⁶⁹. Ora, o processo de DES, previsto na Lei 7/2018, não está consagrado no CIRE⁷⁰ e, por isso, aparentemente pelo menos, o regime do CSC – nomeadamente quanto à competência exclusiva dos sócios⁷¹ para operação de aumento de capital social – teria aqui aplicação.

De todo o modo, também nesta sede, parece-nos que, hoje, o regime consagrado na Lei 7/2018 – de atribuição de competência aos credores

⁶⁶ Para uma análise crítica deste novo regime, vide TARSO DOMINGUES, *O financiamento societário...*, p. 415, s., SOVERAL MARTINS, “O regime da conversão de créditos em capital”, p. 34, s., FERREIRA GOMES/CATARINA MONTEIRO PIRES, “Resposta à consulta pública relativa ao projeto de proposta de lei que aprova o Regime Jurídico de Conversão de Créditos em Capital”, RDS, 2019, n.º 1, p. 148.

⁶⁷ Ainda que com uma intervenção judicial, que é, contudo, muito reduzida e minimalista.

⁶⁸ Vide o que ficou dito supra no ponto 3.

⁶⁹ Cfr. as novas normas dos artigos 87.º, n.º 6, 91.º, n.º 5, 94.º, n.º 3, 95.º, n.º 3, e 96.º, n.º 4, todas do CSC, aditadas pela referida Lei 9/2022.

⁷⁰ Muito embora se trate de um processo “de prevenção de insolvência”. Vide RUI PINTO DUARTE, “A conversão em capital social de suprimentos e de outros créditos – Notas sobre o Dec.-Lei 79/2017, de 30 de junho, e sobre um projeto legislativo relativo à conversão de créditos de terceiros em capital social”, *IV Congresso de direito da insolvência*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 320.

⁷¹ Ou também do CA, no caso do aumento do capital social autorizado – cfr. artigo 456.º CSC.

para aprovação de operações de aumento do capital social – não pode ser contestado com fundamento na violação do direito comunitário. Efetivamente, a Diretiva 2019/1023 veio expressamente permitir afastar o regime restritivo nesta matéria consagrado pela Diretiva Codificadora, quando estejam em causa processos de reestruturação⁷² da empresa societária. Ora, o processo de DES consagrado pela Lei 7/2028 é, manifestamente, um processo de reestruturação societária, pelo que o afastamento da competência dos órgãos societários para a aprovação de operações de aumento de capital, no âmbito deste processo, é agora permitida pelo direito da União Europeia. Donde, não há hoje constrangimentos resultantes do direito comunitário que impeçam ou obstaculizem que os credores, no âmbito do processo previsto e regulado pela Lei 7/2018, aprovem – mesmo relativamente a SA – operações de aumento de capital, sendo certo que essa é a solução expressamente consagrada neste diploma legal.

9. O regime aplicável à situação de perda grave do capital social

Finalmente, na análise da transposição societária da Diretiva sobre Reestruturação e Insolvência para o direito português, importa fazer uma breve referência à alteração efetuada, pela Lei 9/2022, no regime da perda grave do capital social.

Com efeito, esta Lei veio aditar um novo número 4 ao artigo 35.º CSC – norma que regula, entre nós, esta matéria – estatuindo que o regime ali previsto deixa de ser aplicável às sociedades comerciais, quando esteja pendente um qualquer processo de reestruturação de empresas previsto no CIRE (e.g., o processo de insolvência e o PER)⁷³.

Fica, pois, hoje claro que, estando pendente um daqueles processos, nem os gerentes/administradores têm de convocar ou promover a convocação da assembleia geral para dar conhecimento aos sócios da situação de perda grave em que se encontra a sociedade, nem os sócios têm – embora se possa questionar se o podem fazer – de reunir para apreciar aquela

⁷² Quaisquer processos de reestruturação e não apenas os processos previstos no CIRE, como estabeleceu o legislador nacional nas alterações introduzidas no CSC.

⁷³ Ficarão, portanto, de fora desta solução legal – continuando a aplicar-se o regime do artigo 35.º CSC – quaisquer outros processos de reestruturação não previstos no CIRE, como o RERE – Regime Extrajudicial de Recuperação de Empresas, aprovado pela Lei 8/2018, de 2 de março. Note-se, no entanto, que se o processo de reestruturação for, por qualquer motivo, encerrado sem que a situação de perda grave do capital tenha ficado resolvida, será novamente aplicável o regime do artigo 35.º CSC.

situação e eventualmente aprovar alguma medida para fazer face à mesma. É uma solução a que subjaz a ideia (que enforma a Diretiva 2019/1023) de que, estando pendente um processo de reestruturação, a competência – inclusivamente nas SA – para deliberar sobre as soluções destinadas à recuperação da empresa societária cabe aos credores sociais.

RESUMO: Neste texto analisam-se as principais alterações introduzidas pela Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro, nos artigos 509.º a 529.º do CSC, referentes às disposições penais e de mera ordenação social. Consideram-se, entre outras, a agravação das penas aplicáveis aos crimes societários, as correções e atualizações no plano das condutas típicas e o novo crime de *Apresentação de contas adulteradas ou fraudulentas*.

Palavras-chave: Crimes societários; responsabilidade penal dos gerentes e administradores; revisão legal.

ABSTRACT: This text analyses the main amendments introduced by Law n. 94/2021, of 21 December, in articles 509 to 529 of the CSC, referring to the criminal and offence provisions. It considers, among others, the aggravation of the penalties applicable to corporate crimes, the corrections and updates in the plan of the criminal facts and the new crime of *Adulterated or fraudulent accounts*.

Keywords: Corporate crimes; corporate administration liability, legal amendments.

SUSANA AIRES DE SOUSA*

“Disposições penais e de mera ordenação social” do Código das Sociedades Comerciais: alterações introduzidas pela Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro

I. Contextualização

A responsabilidade penal dos administradores por abuso da sociedade comercial não é uma questão recente. O abuso da forma societária para desviar bens da sociedade, ou para incrementar lucros dos seus acionistas e projetos dos seus dirigentes existe, em rigor, desde o momento em que se criou a própria figura jurídica da sociedade comercial – é neste contexto que surgem e se tipificam, por exemplo, na Europa, os primeiros crimes societários. Este direito penal das sociedades comerciais tem assim mais de um século e meio de existência. Embora se aponte normalmente como seu início as leis francesas de 17 de Julho de 1856 e 24 de Julho de 1867, foi nos Estados Unidos e na Inglaterra, países onde a industrialização avançava a largos passos, que mais cedo se iniciou a reforma das sociedades comerciais e a aplicação de sanções punitivas aos responsáveis pela sua gestão¹. Seguindo um

* Professora Auxiliar da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Membro do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Univ. Coimbra, IJ,
FDUC
susanaas@fd.uc.pt

¹ Quanto a Inglaterra veja-se o *Fraudulent Trustees Act* de 1857 e o *Larceny Act* de 1861. Uma análise desta evolução histórica pode ver-se em José Manuel Merêa Pizarro Beleza, «Direito

modelo mais amplo, com a criação de incriminações referentes à tutela da sociedade nos diversos momentos da sua vida, ou seguindo um modelo mais restrito, pautado por alguma subsidiariedade dos crimes societários em face de normas incriminadoras primárias², certo é que os ordenamentos jurídicos europeus foram introduzindo, na sua legislação, incriminações que procuravam garantir o correto funcionamento da sociedade comercial.

Há alguns anos atrás, escrevia-se nas páginas desta mesma revista, que o caso em Portugal era, contudo, bem diferente³. Muito embora o Projeto de Código das Sociedades Comerciais de 1983 previsse a inclusão de normas incriminatórias, o percurso dos crimes societários em Portugal é, no mínimo, invulgar, designadamente num juízo comparativo com outros ordenamentos jurídicos próximos.

Naquele Projeto, apresentava-se um Código das Sociedades Comerciais (CSC) dividido em oito títulos. O Título VII compreendia as disposições penais, tipificadas nos artigos 500.^º a 514.^º De acordo com a nota preambular que entreabria aquele diploma, optava-se pela criminalização de "certos comportamentos faltosos cuja verificação devia dar lugar à aplicação de penas, por serem susceptíveis de prejudicar de modo inadmissível o património social, direitos dos sócios ou de terceiros." Previam-se as seguintes incriminações: *Declarações feitas para efeito de constituição, alteração ou registo da sociedade* (artigo 500.^º); *Falta de cobrança de entradas; aquisição de acções próprias; Participações recíprocas* (artigo 501.^º); *Atribuição ilícita de bens da sociedade* (artigo 502.^º); *Infracção relativa à apreciação da situação anual da sociedade* (artigo 503.^º); *Falta de convocação ou de preparação de assembleia* (artigo 504.^º); *Infracções relativas ao funcionamento da assembleia* (505.^º); *Infracções relativas à redacção de actas* (artigo 506.^º); *Infracção no caso de perda de metade do capital* (507.^º); *Escrituração fraudulenta* (artigo 508.^º); *Oposição à fiscalização* (artigo 509.^º); *Infracções relativas ao registo ou depósito de acções* (artigo 510.^º); *Abuso de informações* (artigo 511.^º); *Manobras fraudulentas sobre títulos* (artigo 512.^º); *Emissão irregular de acções ou obrigações* (artigo 513.^º).

penal das sociedades comerciais», in: DPEE, Vol. II., Coimbra: Coimbra Editora, 1999, p. 101 e ss. Também, Susana Aires de Sousa, «Direito penal das sociedades comerciais: qual o bem jurídico?», in: DPEE, Vol. III., Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 435-459.

² Sobre estes modelos, o primeiro de matriz francesa, o segundo exemplarmente seguido na Alemanha, veja-se Susana Aires de Sousa, «Comentário Geral sobre as disposições penais», *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, 2^a ed., Almedina, 2021, p. 424.

³ Susana Aires de Sousa, «Nótulas sobre as disposições penais do Código das Sociedades Comerciais», DSR, ano 5, Vol. 9 (2013), p. 115-134.

Contudo, como também se explicava naquele texto publicado em 2013, o Código entraria em vigor, através do Decreto-lei n.º 262/86, de 2 de setembro, sem que nele se incluisse, em qualquer título ou capítulo, disposições penais ou sancionatórias. É através do Decreto-Lei n.º 184/87, de 21 de abril, que se introduz no CSC, já então em vigor, o Título VII, constituído pelos artigos 509.º a 529.º, a que se fez corresponder a epígrafe inicial de "Disposições penais", mais tarde retificada pela Declaração de 31 de julho de 1987, que ampliava a designação para "Disposições penais e de mera ordenação social", de forma a abranger os ilícitos contraordenacionais tipificados no artigo 528.º.

Estas normas permaneceriam praticamente intocadas ao longo dos anos, agravando-se a sua desatualização à medida que as normas societárias e os deveres nelas contidos (e pressupostos pelas incriminações) iam sendo modificados pelo legislador.

À passividade do legislador penal contrapunha-se a importância da salvaguarda da boa gestão das sociedades comerciais, evidenciada por casos mediáticos a que fomos assistindo ao longo dos últimos anos, também na realidade portuguesa. De facto, está hoje mais longínquo o tempo em que a comunidade se mostrava alheia e até tolerante à "vida" das sociedades comerciais. A considerável dimensão adquirida por grandes empresas e o impacto, económico, mas também social, ligado a uma gestão ilícita da sociedade, fez despertar ou reavivar o interesse da comunidade na boa administração das sociedades. À dimensão objetiva dos danos económicos e sociais causados pela má gestão, associa-se também uma dimensão subjetiva concretizada numa maior consciência coletiva sobre o seu impacto negativo, amplificado, nos últimos anos, por situações fraudulentas em empresas de enorme importância social e económica, colocando em crise setores essenciais da economia portuguesa. Deste modo, uma intervenção punitiva mais eficaz no plano da gestão fraudulenta da sociedade comercial vinha sendo reclamada não só por alguma doutrina, mas também pela opinião pública.

A relevância da tutela penal da gestão societária assenta também, no plano dogmático, no bem jurídico protegido por aquelas incriminações, identificado com o *correto funcionamento da sociedade comercial* enquanto centro aglomerador de diferentes interesses económicos e instrumento capaz de intervir na economia⁴. Neste sentido, por via daquelas normas,

⁴ Uma tal compreensão do bem jurídico pode ver-se em Susana Aires de Sousa, «Direito penal das sociedades comerciais. Qual o bem jurídico?», RPCC 12 (2002), p. 66 e ss. e, «Nótuas sobre as disposições penais do Código das Sociedades Comerciais», cit., p. 115-134.

tutela-se em primeira linha a *própria sociedade comercial* enquanto instrumento económico, prevenindo a prática de atos abusivos da forma jurídica societária. Trata-se pois de um bem jurídico coletivo, dotado de estrutura valorativa suficiente para sustentar e legitimar a intervenção penal e cujo reflexo constitucional se pode encontrar no art. 86.º da CRP que estabelece “o estatuto da empresa privada enquanto instituto da organização económica”⁵. A tutela deste bem jurídico de natureza coletiva serve, ainda que de forma mediata, a proteção de interesses individuais daqueles que se relacionam com a empresa, designadamente os interesses dos credores, dos sócios, dos acionistas, de terceiros, bem como, num outro plano, a salvaguarda da própria economia.

O governo português ter-se-á apercebido da relevância destas normas incriminatórias no contexto da estratégia política de combate à corrupção em Portugal. Com efeito, o XXII Governo Constitucional constituiu, por iniciativa da Senhora Ministra da Justiça, um grupo de estudo que apontou, entre as prioridades ao combate à corrupção, a responsabilização dos administradores e gerentes das sociedades comerciais. No documento apresentado por este grupo, há uma referência expressa aos crimes societários, sublinhando-se a relevância direta de algumas disposições penais que integram o CSC em matéria de corrupção, nomeadamente as que se referem aos crimes de aquisição ilícita de quotas ou ações (artigo 510.º) e de informações falsas (artigo 519.º), os quais são punidos, porém, com penas manifestamente irrisórias. Esta é, de resto, uma crítica que é feita, em geral, às penas previstas para os crimes tipificados neste Código, a par de outras a justificar uma intervenção corretiva. A este propósito, assinala-se a não criminalização de comportamentos como a escrituração fraudulenta, de grande relevância instrumental em matéria de criminalidade económico-financeira⁶.

As várias propostas legais, oriundas de vários partidos, fazem também referência, entre as medidas a adotar em matéria de corrupção e criminalidade económica, à necessidade de rever as penas aplicáveis aos crimes societários. Não surpreende por isso que, havendo consenso entre os principais partidos⁷, essas e outras propostas viessem a ser consagradas legalmente. Assim, a Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro, alterou as dis-

⁵ J. J. Gomes Canotilho/Vital Moreira, *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 1013.

⁶ Cf. <https://justica.gov.pt/Portals/0/Estrategia%20Nacional%20de%20Combate%20a%20Corrupcao%20-%20ENCC.pdf>

⁷ O texto final da proposta legislativa resultaria de uma proposta de substituição subscrita pelos dois maiores partidos, disponível em <https://www.parlamento.pt/ActividadeParlamentar/Paginas/DetalheIniciativa.aspx?BID=110758>

posições penais e contraordenacionais que integram o Título VII do CSC, cerca de trinta e cinco anos depois da sua entrada em vigor.

II. A Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro

1. Nota prévia

A alteração do direito das sociedades comerciais verificada ao longo dos anos, desacompanhada de qualquer alteração no plano incriminador, determinou uma evidente incongruência entre as disposições sancionatórias e as normas primárias que lhe estão referidas, impondo-se, também por essa razão, uma necessária atualização daquelas normas incriminatórias⁸. Para além de um certo desacerto entre os regime societário e o respetivo regime sancionatório, o direito penal societário, não obstante a sua enorme importância, sofria ainda de problemas intrínsecos de varia natureza (técnica legislativa errada, desadequação doutrinal das sanções previstas, ou ausência de uma estratégia de política criminal), alguns dos quais de nascença, que limitam a sua aplicabilidade e lhe impõem uma quase inexistência na prática jurisprudencial⁹.

Procurou o legislador mudar este cenário através da Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro, que entrará em vigor 90 dias após a sua publicação. No seu artigo 9.º, esta lei, contempla um conjunto de alterações ao Título VII do CSC.

Em jeito de nota preambular ao catálogo das alterações realizadas deve assinalar-se o carácter minimalista desta revisão legal, centrada essencialmente em corrigir e atualizar as normas incriminadoras existentes, tanto no plano da conduta típica como ao nível das sanções previstas. Fica por realizar uma revisão mais profunda e crítica deste regime sancionatório, designadamente à luz de uma ideia de mínima intervenção penal, ponderando-se a descriminalização ou despenalização de algumas condutas que, pela sua natureza quase bagatilar, detêm um grau de ofensividade que poderia ser adequadamente respondido por via da sanção contraordenacional.

⁸ Sobre esta desconformidade veja-se o comentário ao «Artigo 523.º – Violação do dever de propor a dissolução da sociedade ou redução do capital», *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (org. Jorge Coutinho de Abreu), Vol. VII, 2^a. Ed., Coimbra: Livraria Almedina, 2021, p. 549 e ss.

⁹ Mais desenvolvidamente, Susana Aires de Sousa, «Comentário geral sobre as disposições penais», *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, cit., p. 421 e ss.

Impõe-se, assim, desde já, afirmar que as alterações introduzidas pela Lei n.º 94/2021 não correspondem a qualquer mudança de paradigma em matéria de crimes societários. O direito penal societário mantém-se no CSC, afastando-se a sua integração no Código Penal ou em legislação específica e contruindo-se as normas incriminatórias essencialmente por reenvio para as normas societárias. Espera-se, contudo, que os erros passados possam constituir lições para o futuro, designadamente no que diz respeito a eventuais e vindouras atualizações do regime societário, que considerem o respetivo regime sancionatório, sob pena de novos e contínuos desacertos entre o enquadramento societário e as disposições penais societárias.

Ressalvando a criação de uma nova norma incriminatória – o crime de *apresentação de contas adulteradas ou fraudulentas* – as condutas típicas na sua essência mantêm-se. Não obstante, foram alterados praticamente todos os artigos que integram este título: os artigos 509.º a 523.º, 527 e 528.º. Sobra apenas o artigo 526º e 529.º, este último sobre a legislação subsidiariamente aplicável.

Os artigos 509.º a 526.º tipificam condutas de pessoas singulares, responsáveis pela atuação empresarial, relacionadas com a infração de regras que acompanham o desenvolvimento da vida societária¹⁰. De um ponto de vista sistemático, o legislador tipificou crimes relacionados com a realização e preservação do capital social e do património social, como, no artigo 509.º, a *falta de cobrança de entradas de capital* ou, no artigo 514.º, a *distribuição ilícita de bens da sociedade*. Prevêem-se ainda crimes relacionados com a *aquisição e amortização de quotas ou ações em violação da lei* (artigos 510.º, 511.º, 512.º e 513.º), bem como determinadas *irregularidades na emissão de títulos* (artigo 526º). Um terceiro grupo de incriminações tem por referência a assembleia social, criminalizando-se a *irregularidade na sua convocação* (artigo 515.º), a *falsidade de informação constante na convocatória* (artigo 520.º), a *perturbação* (artigo 516.º) e a *participação fraudulenta em assembleia social* (artigo 517.º) e, por fim, a *recusa ilícita de lavrar ata* (artigo 521.º). De grande atualidade e relevância são as incriminações relacionadas com o dever de prestar informação sobre a sociedade, como sejam os crimes de *recusa ilícita de informação* (artigo 518.º), de *prestação de informações falsas* (artigo 519.º) e de *impedimento à fiscalização da vida da*

¹⁰ Acrescente-se ainda que, na sua versão originária, tipificavam-se nos artigos 524.º e 525.º as condutas de *Abuso de informação* e de *Manipulação fraudulenta de cotações de títulos*. Todavia, estas normas incriminatórias foram revogadas pelo Decreto-lei nº 142-A/91, de 10 de abril, e, com modificações, integram hoje os crimes contra o mercado de valores mobiliários, por via dos artigos 378.º e 379.º do Código dos Valores Mobiliários.

sociedade (artigo 522.º). Por último, o artigo 523º, agora modificado, em virtude da sua notória desatualização por nele se sancionar a violação de um dever inexistente: o dever do gerente ou do administrador de propor a dissolução da sociedade ou a redução do capital quando estiver perdida metade do capital¹¹.

No artigo 529.º, como se referiu, não se prevê qualquer tipo legal incriminador ou de mera ordenação social; antes refere-se à legislação subsidiária aplicável em matéria criminal e contraordenacional. Os artigos 524.º (*Abuso de informações*) e 525.º (*Manipulação fraudulenta e cotações de títulos*), foram já revogados pelo Decreto-Lei 142-A/91, de 10 de Abril, que aprovou o Código de Valores Mobiliários.

Apenas o artigo 526º (*Irregularidades na emissão de títulos*) parece ter escapado à pena do legislador. Esta norma compreende as condutas do administrador da sociedade que apuser, fizer apor, ou consentir que seja apostila, a sua assinatura em títulos, provisórios ou definitivos, de ações ou obrigações, emitidos pela sociedade em nome desta, quando a emissão não tenha sido aprovada pelos órgãos sociais competentes, ou não tenham sido realizadas as entradas mínimas exigidas por lei, punindo-as com prisão até um ano e muita até 150 dias. A norma permanece inalterada uma vez que, em nenhum momento, a lei se refere a este artigo. Antecipa-se que a imutabilidade desta norma (ou mesmo a sua vigência) se mostra incompreensível, tanto por razões formais como materiais. Por razões formais, porque, em face das alterações introduzidas pela Lei n.º 94/2021, designadamente em matéria de penas aplicáveis, e num juízo comparativo com as novas penas, a sanção prevista no artigo 526.º se torna disforme e incongruente, tanto na sua insignificância como na sua natureza, ao manter, residualmente, a multa cumulativa que a nova revisão procurou, entre os seus objetivos fundamentais, erradicar (como se desenvolverá adiante). Materialmente por nos parecer que esta norma se encontra em grande parte esvaziada no seu conteúdo pelas normas que regulam esta matéria no Código de Valores Mobiliários¹², questionando-se a utilidade da sua permanência no CSC.

É, pois, o momento de nos referirmos de forma mais concreta às alterações introduzidas pela Lei n.º 94/2021. São justamente essas modificações, algumas delas ligadas a pontos anteriormente descritos, que passamos a enunciar e a analisar nos seus traços essenciais.

¹¹ Cf. «Artigo 523.º», *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, cit., p.549 e ss.

¹² Cf. Susana Aires de Sousa, com bibliografia adicional, «Art. 526.º», *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, cit., p. 562.

2. Alteração e modificação das penas aplicáveis

A modificação mais significativa realizada pela Lei n.º 94/2021, de 21 de dezembro, nos crimes societários, pelos efeitos práticos que lhe são inerentes, liga-se à revisão das penas aplicáveis. No plano sancionatório, os crimes societários destacavam-se, até agora, pela natureza branda e pouco grave das penas que lhes cabiam, uma vez que, por regra, a escolha legislativa recaiu preferencialmente sobre a pena de multa e/ou pena de prisão de curtíssima duração. As molduras penais foram atualizadas de modo a corresponder minimamente às assinaladas exigências de política criminal em matéria de gestão fraudulenta da empresa e à dignidade do bem jurídico tutelado por estas incriminações.

Procurando sintetizar as principais alterações neste domínio, é possível agrupá-las em três aspectos principais, atendendo aos seus efeitos jurídicos e ao seu significado jurídico-penal.

a) É de ressaltar a equiparação entre a sanção prevista em alguns crimes societários, na sua forma agravada, e o tipo legal de *Infidelidade* previsto, na redação atual, no artigo 224.º do Código Penal, enquanto norma que sanciona a violação do dever, conferido por lei ou ato jurídico, de dispor ou administrar interesses patrimoniais alheios, causando-lhes, intencionalmente, prejuízo patrimonial importante. Esta equiparação dos crimes societários ao crime de *Infidelidade patrimonial* era expressamente querida e referida pelo legislador societário na parte final do ponto 5 do preâmbulo do Decreto-lei n.º 184/67, de 21 de abril quando, a propósito do modelo seguido na graduação das penas, remete para aquela incriminação do direito penal comum, tipificada, à altura, no artigo 319.º do Código Penal. Esta escolha – justifica-se no texto preambular – deve-se às “analogias existentes entre a infidelidade e a maioria dos ilícitos compendiados no presente diploma”. Deste modo, são várias as incriminações societárias que no plano da sanção remetiam para a pena da infidelidade patrimonial (artigos 509.º, n.º 3; 511.º, n.º 2; 512.º, nº 3; 513.º, n.º 3; 514.º, n.º 4; 515.º, n.º 3; 518.º, n.º 3). Nas palavras do legislador, para todas estas modalidades de conduta “a pena será a da infidelidade”. Em causa estão, por regra, condutas ilícitas agravadas pela circunstância de o agente “causar dano grave, material ou moral, e que o autor pudesse prever, a algum sócio, à sociedade ou a terceiro”.

Todavia, ao tempo da entrada em vigor dos delitos societários (em 1987) a pena prevista para o crime de infidelidade era a de prisão até 1 ano e multa até 60 dias, ou só multa até 120 dias. Com a revisão do Código Penal em 1995 deu-se a agravação daquela sanção para prisão até

3 anos ou multa. Esta alteração no Código teve assim um reflexo na moldura penal dos tipos legais societários que reenviam a sanção para a pena da infidelidade, dando origem a uma desproporcionalidade e a um desfasamento entre as penas aplicáveis aos crimes societários. Esta situação é agora corrigida pelo legislador.

Mantém-se como padrão orientador das molduras penais a pena aplicável ao crime de infidelidade patrimonial, como era propósito inicial do CSC, mas tomando como referência a moldura penal atual: prisão até três ou pena de multa (em vez de prisão até um ano e multa até 60 dias como estava implicitamente na versão original). Prosseguindo esta harmonização faz-se corresponder, respectivamente, as penas previstas de 60 e 120 dias de multa a um e dois anos de prisão com multa em alternativa. As penas ficam agora estruturadas essencialmente, em coerência com um juízo de proporcionalidade, em um ano, dois e três anos de prisão, mantendo-se o juízo de gravidade das condutas formulado pelo legislador originário.

b) A partir da moldura do crime de infidelidade patrimonial, o legislador faz um esforço de alguma conformidade e perequação entre as penas previstas nos diferentes crimes societários e as penas previstas em crimes com alguma equivalência valorativa no Código Penal (por exemplo, no que respeita ao crime de *Perturbação de assembleia social*, previsto no artigo 516.^º do CSC, por referência ao crime de *Coação*, previsto no artigo 154.^º do Código Penal; ou o crime de *Participação fraudulenta em assembleia social*, previsto no artigo 517.^º do CSC por referência ao crime de *Uso de documento de identificação ou de viagem alheio*, previsto no artigo 261.^º do Código Penal). As penas são assim construídas atendendo a maior ou menor gravidade dos ilícitos societários, variando entre a multa como pena principal e um máximo de pena de prisão que pode alcançar os três anos. Escapa a esta sistematização e a esta racionalidade, de novo, o artigo 526.^º, incompreensivelmente esquecido pelo legislador na atualização das penas.

c) Uma outra nota importante diz respeito à eliminação da figura da multa complementar ou cumulativa. São vários os tipos legais (artigos 516.^º, n.^º 1, 517.^º, 518.^º, n.^º 1, 519.^º, 520.^º, 522.^º, 523.^º, 526.^º) que previam como sanção uma multa complementar à pena de prisão, figura que, pelos inconvenientes político-criminais que lhe estão associados, tem vindo a desaparecer da legislação penal. Com efeito, o recurso a esta figura sancionatória é contrário à conceção da pena de multa como alternativa à pena de prisão de que parte o Código Penal português na sua redação

atual¹³. Compreende-se assim que, no plano sancionatório, se tenha praticamente eliminado a multa cumulativa, muito embora, ela acabe por permanecer no artigo 526.^º uma vez que também aqui, incompreensivelmente, a norma não sofreu qualquer atualização.

3. Correções às condutas típicas incriminadas e outras atualizações

a) Alteram-se os artigos 511.^º, 512.^º e 513.^º Em causa estão, respetivamente, os crimes de *Amortização de quota não liberada*, *Amortização ilícita de quota dada em penhor ou que seja objeto de usufruto* e *Outras infrações às regras da amortização de quotas ou ações*. A conformação típica destas normas tem em comum a mesma desconformidade entre o dever pressuposto pela incriminação e o regime societário em matéria de amortização de quotas. Com efeito, nestes artigos, pressupunha-se ter o gerente da sociedade poder de amortizar a quota do sócio, sancionando-se o ato de amortização de quota não liberada ou dada em penhor ou objeto de usufruto. Ora, a amortização é um ato da sociedade, por deliberação dos sócios, e não um ato da esfera de competência da gerência. Deste modo, estas normas foram corrigidas em conformidade com o regime societário, sancionando-se o ato de propor à deliberação dos sócios a amortização ilícita. Deste modo, onde estava “O gerente de sociedade que, em violação da lei, amortizar ou fizer amortizar, passou a estar “O gerente de sociedade que, em violação da lei, propuser à deliberação dos sócios amortizar...”.

b) De enorme relevância é a revisão e atualização do artigo 523.^º. Esta norma, como se referiu anteriormente, constitui o exemplo por exceléncia do desacerto entre os regimes primário e sancionatório: as vicissitudes e o atribulado percurso do 35.^º do CSC¹⁴, sem qualquer ressonância no plano incriminador, determinou uma incongruência ou mesmo uma revogação implícita da norma incriminatória, que, no seu desenho típico, continuava a pressupor a violação do dever de o gerente ou de o administrador propor a dissolução da sociedade ou redução do capital. A transição de um modelo reativo à perda de capital para um modelo meramente informativo, realizada pelo Decreto-Lei n.^º 19/2005, de 18 de janeiro, não teve qualquer impacto no artigo 523.^º, que continuou a tomar como

¹³ Cf. Jorge de Figueiredo Dias, *Direito Penal Português. As Consequências Jurídicas do Crime*, Reimp. 2005, p. 154.

¹⁴ Veja-se o Paulo Tarso Domingues, *Variações sobre o Capital Social*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 346 e ss.

objeto um dever – agora inexistente – do gerente ou administrador¹⁵. A norma foi agora atualizada e ajustada ao regime legal societário previsto no artigo 35.º do CSC. Por conseguinte, sob a epígrafe “*Violação do dever de convocar ou requerer a convocação da assembleia geral em caso de perda grave do capital social*”, a conduta típica consiste em “o gerente ou administrador de sociedade que, verificando pelas contas de exercício estar perdida metade do capital, não dar cumprimento ao disposto no artigo 35º do Código”.

c) Modifica-se o artigo 527.º que compreende um conjunto de “princípios comuns” de natureza penal. Estas alterações justificam-se quer pela supressão da pena de multa complementar ou cumulativa¹⁶, quer por um propósito de diminuir ou atenuar entropias e incoerências existentes entre os “princípios” aí previstos e as normas gerais de direito penal¹⁷. Resulta das normas gerais do Código Penal e, de modo particular, do artigo 13.º, que só é punível o facto praticado com dolo, exigindo-se, para a punição da negligência, a expressa previsão do legislador. Deste modo, o anterior n.º 1 do artigo 527.º, ao estabelecer que os factos descritos nos artigos anteriores só seriam puníveis na forma dolosa, constituía uma redundância daquela regra geral¹⁸. Compreende-se, assim, que esse número tenha agora sido revogado.

Ainda neste artigo, também o nº 2 foi alterado, dizendo-se de forma clara que a tentativa é punível, em substituição de uma regra “especialíssima” em matéria de punição da tentativa, nos termos da qual se reservava a punição do facto tentado aos casos em que, no tipo legal, esteja prevista pena de prisão ou pena de prisão e multa. Sendo um dos propósitos da revisão destas normas eliminar a multa cumulativa, esta regra especialíssima não poderia subsistir na letra da lei.

As alterações dos números 3 e 4 do artigo 517.º são essencialmente de técnica jurídica: no primeiro caso, estabelecendo a intenção de benefício como um fator agravante da pena; no segundo, atribuindo-se à reparação dos danos causados a possibilidade de dispensar de pena o agente.

¹⁵ Sobre as consequências desta incongruência, Susana Aires de Sousa, «Art. 523.º», *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. VII, 2ª ed., p. 554 e ss.

¹⁶ Dizia-se no anterior n.º 2 que a tentativa seria punida quando o crime previsse pena de prisão ou pena de prisão e multa; tendo esta última sido erradicada quase integralmente, impunha-se uma revisão deste número.

¹⁷ Uma análise crítica deste artigo em Susana Aires de Sousa, «Art. 527.º», *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, cit., p. 565 e ss.

¹⁸ Neste sentido, Paulo de Sousa Mendes, «Art. 527.º», *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Almedina, 2020, p. 1729. Também Susana Aires de Sousa, «Art. 527.º», *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, cit., p. 566.

d) Nos n.os 8 e 9 do artigo 529.º atualizou-se a designação de uma das entidades competentes para a organização processo e para a decisão sobre a aplicação da coima na pessoa do presidente do conselho diretivo do Instituto dos Registos e do Notariado, entidade para quem reverte o produto das coimas.

4. O novo crime de *Apresentação de contas adulteradas ou fraudulentas*

Digno de nota é a criação de uma nova incriminação com clara inspiração no crime de *escrituração fraudulenta*, constante do Projeto do Código das Sociedades Comerciais¹⁹ que, no artigo 508.º, dispunha o seguinte:

"1. O gerente, administrador ou director que conscientemente elaborar ou apresentar para apreciação ou deliberação quaisquer peças que sirvam de base à prestação de contas de exercício, ou, no seu conjunto, a constituam, em que, com ofensa dos sãos princípios de contabilidade ou de regras legais de escrituração mercantil, se omita, aumente ou diminua qualquer elemento do activo ou passivo, ou se adopte qualquer outro procedimento susceptível de induzir em erro acerca da composição, valor e liquidez do património ou acerca das previsíveis oscilações dos mesmos elementos será punido com prisão até um ano.

2. Na mesma pena incorrem os membros dos órgãos de fiscalização que no seu relatório conscientemente omitam a menção e irregularidades referidas no número anterior".

Esta norma não seria introduzida no CSC, remetendo-se a prevenção e eventual sanção dos casos de prestações de contas fraudulentas ou adulteradas para normas incriminatórias gerais, designadamente para o crime de *falsificação de documentos*, previsto no artigo 256.º do Código Penal – uma norma de carácter geral, com requisitos e elementos típicos próprios, que, por isso mesmo, desconsideram as especificidades do contexto societário.

Em 2021, o legislador criou uma nova incriminação adequada ao regime societário e contruída sobre os deveres de relatar a gestão e apresentar as contas previstos no artigo 65.º do CSC. Assim, o gerente ou administrador que, em violação dos deveres previstos no artigo 65.º, intencionalmente apresentar, para apreciação ou deliberação, documentos ou elementos, que sirvam de base à prestação de contas, falsos ou adulterados é punido com pena de prisão até três anos ou com pena de multa.

¹⁹ Publicado no BMJ, nº 327 (1983).

5. Excuso

No plano da responsabilidade dos administradores é igualmente merecedor de destaque, pela novidade, mas também pelas dificuldades jurídicas a que pode dar origem, a extensão da pena acessória de *proibição do exercício de função*, prevista no artigo 66.^º do Código Penal (e tradicionalmente ligada ao exercício de deveres ou funções públicas), ao “gerente ou administrador de sociedade de tipo previsto no Código das Sociedades Comerciais” que cometa crime de recebimento ou oferta indevidos de vantagem ou de corrupção (n.^º 3 do artigo 66.^º). Por conseguinte, um administrador de sociedade que seja condenado por crime de corrupção pode agora ver-se inibido de exercer essas funções por um período entre 2 a 10 anos.

Com esta previsão normativa abre-se igualmente a porta à aplicação da medida de coação de *Suspensão do exercício de profissão, de função, de atividade e de direitos*, prevista no artigo 199.^º do Código de Processo Penal, aos gerentes e administradores. Deste modo, com esta revisão, um gerente ou administrador de uma “sociedade comercial do tipo previsto no Código das Sociedades Comerciais”, constituído arguido, em processo penal, por um crime de corrupção, pode ser suspenso do desempenho das suas funções de gestão, desde que verificados os pressupostos daquela medida de coação.

III. Conclusão

A Lei n.^º 94/2021, de 21 de dezembro, procedeu a uma atualização do direito penal societário, corrigindo as normas existentes de modo a torná-las aptas e adequadas à proteção do correto funcionamento da sociedade comercial. Em causa está uma intervenção legal minimalista, sem que se proceda a uma modificação do paradigma legal, mas ainda assim de particular relevância na correção de algumas assimetrias entre o regime societário e as normas sancionatórias. Sublinha-se, do mesmo passo, a essencialidade do direito penal no restabelecimento da confiança na gestão das sociedades comerciais, possibilitando que aquelas normas, agora revistas, possam ser efetivamente aplicadas pelos tribunais.

Assim, na prossecução deste propósito evidenciam-se, sucintamente, as seguintes alterações: a revisão das condutas típicas em conformidade com o regime societário; a atualização, no sentido da agravação, das penas aplicáveis, por referência ao juízo de gravidade do comportamento pressuposto por crimes comuns equivalentes; a coerência entre as penas

previstas para as diversas condutas ilícitas, concretizando-se um juízo de perequação entre as diversas molduras penais; eliminação (quase total) da multa complementar ou cumulativa.

Exceção, merecedora de censura, a estas linhas gerais que orientaram a revisão dos crimes societários é a imutabilidade e preservação intocada, seja no plano da conduta, seja no que respeita à sanção, do crime de *Irregularidades na emissão de títulos*, previsto no artigo 526.^º.

Por fim, é de saudar, com base na relevância criminal da conduta e nas exigências de política-criminal em matéria de gestão das sociedades, a criação de uma nova incriminação – *Apresentação de contas fraudulentas ou adulteradas* –, inspirada no crime de *escrituração fraudulenta*, constante do Projeto do Código das Sociedades Comerciais.

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 o endereço *ou* Por via postal para o endereço:

dsr.textos@gmail.com

DSR – Direito das Sociedades em Revista

Secretariado da Redação

Edições Almedina, SA

Rui Dias

Rua Fernandes Tomás, n.^{os} 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	<input type="text"/>													
MORADA	<input type="text"/>													
CÓD. POSTAL	<input type="text"/>													
LOCALIDADE	<input type="text"/>													
TELEFONE	<input type="text"/>													
Nº CONTRIBUINTE	<input type="text"/>													
PROFISSÃO	<input type="text"/>													
EMAIL	<input type="text"/>													

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

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.pt

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

NOME _____

Page 1 of 1

EMAIL

Por débito na nossa/minha conta abaixo indicada queiram proceder ao pagamento das importâncias que lhes forem apresentadas pela empresa EDIÇÕES ALMEDINA SA

CONTRIBUINTE FISCAL

ASSINATURA(S) CONFORME BANCO

BENS/SERVIÇOS	VALOR	REGULARIDADE ⁽¹⁾	INICIA A MÊS	ANO	TERMINA A 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 sdd@almedinanet.net.
 - Qualquer alteração que pretenda efetuar a esta autorização basta-
rá contactar as **EDIÇÕES ALMEDINA SA** por qualquer forma escrita
 - Também poderá fazer alterações através do Sistema Multibanco, conforme se apresenta seguidamente, ou no sistema de home banking, caso tenha essa opção. Também neste caso 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.

PARA ESCRIAR E RECEBER ATEMIENTOS ADICIONAIS

PARA ESCLARECIMENTOS ADICIONAIS
Telefone: 239 851 903 Fax: 239 851 901 Email: sdd@almedina.net

