

MARÇO 2023, ANO 14, VOL. 29, SEMESTRAL

---

# DIREITO DAS SOCIEDADES *em Revista*

---

## DOCTRINA

Os grupos de sociedades no direito dos cartéis da UE

*J. M. Coutinho de Abreu*

Direitos dos sócios, propriedade societária e autonomia da sociedade – reflexões a propósito do regime do exame (inquérito) judicial no direito de Macau e das suas diferenças face ao regime do CSC português

*Filipe Cassiano dos Santos*

Delegação de poderes no âmbito do conselho de administração

*Paulo Olavo Cunha*

O regime português das limitações do direito legal de preferência em aumentos de capital

*Paulo de Tarso Domingues*

Impressão, Proposta de Directiva de harmonização do Direito da insolvência (I. Disposições gerais e impugnação de actos prejudiciais aos credores)

*Catarina Serra*

Empreendedorismo sustentável e Sociedades benefício

*Maria Elisabete Ramos*

Morte de sócio de SpQ. Transmissão e cláusulas de amortização de quotas

*Evaristo Mendes*



## ÍNDICE

- 5 Abreviaturas

### DOUTRINA

- 13 Os grupos de sociedades no direito dos cartéis da UE  
*J. M. Coutinho de Abreu*
- 21 Direitos dos sócios, propriedade societária e autonomia da sociedade – reflexões a propósito do regime do exame (inquérito) judicial no direito de Macau e das suas diferenças face ao regime do CSC português  
*Filipe Cassiano dos Santos*
- 55 Delegação de poderes no âmbito do conselho de administração  
*Paulo Olavo Cunha*
- 77 O regime português das limitações do direito legal de preferência em aumentos de capital  
*Paulo de Tarso Domingues*
- 99 Impressão, Proposta de Directiva de harmonização do Direito da insolvência (I. Disposições gerais e impugnação de actos prejudiciais aos credores)  
*Catarina Serra*
- 121 Empreendedorismo sustentável e Sociedades benefício  
*Maria Elisabete Ramos*
- 161 Morte de sócio de SpQ. Transmissão e cláusulas de amortização de quotas  
*Evaristo Mendes*



## 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
RIDBDUL	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:** A jurisprudência comunitária acerca dos grupos de sociedades no direito da concorrência, embora com soluções em geral aceitáveis, vem apresentando argumentação algo incoerente.

**Palavras-chave:** acordos restritivos da concorrência; grupos de sociedades; unidade económica; empresa.

**ABSTRACT:** The jurisprudence of the EU Courts on groups of companies in competition law, although with generally acceptable solutions, presents somewhat incoherent reasoning.

**Keywords:** cartels; groups of companies; single economic unit; undertaking.

J. M. COUTINHO DE ABREU\*

## Os grupos de sociedades no direito dos cartéis da UE\*\*

### 1. Introdução

O grupo de sociedades, visto em sentido amplo como cadeia ou conjunto de sociedades em que uma controla ou domina, direta ou indiretamente, de direito (organicamente) e/ou de facto (extra-organicamente), outra ou outras sociedades, é, desde finais do século XIX, um fenómeno de crescente importância económica, social e política.

Sem desconsiderar possíveis vantagens do fenómeno grupal, ele propicia tipicamente a instrumentalização das sociedades dominadas pelas dominantes, a promoção de finalidades destas, que em geral são divergentes dos interesses das dominadas. Naturais, portanto, os possíveis prejuízos para as sociedades dominadas, os seus sócios minoritários (quando o domínio não seja total), credores (voluntários e involuntários) e outros terceiros.<sup>1</sup>

Porém, o poder político-jurídico (escudado no poder económico dos grupos) da grande maioria dos países não tem sentido necessidade ou conveniência de uma legislação especial-excepcional para os grupos empresariais. Na UE, apenas meia dúzia de países (com a Alemanha à cabeça) procedeu à «codificação» de um direito dos grupos que atribui à empresa controladora o direito de dar instruções vinculantes à administração das

\* Prof. Catedrático da Faculdade de Direito Univ Coimbra

\* Este texto foi escrito para um livro que homenageia o Doutor Manuel Lopes Porto.

<sup>1</sup> Cfr. J. M. COUTINHO DE ABREU, "Responsabilidade civil nas sociedades em relação de domínio", *SI (Scientia Iuridica)* 329 (2012), p. 224-225.

sociedades controladas – inclusive instruções desvantajosas para estas –, mas, em contrapartida, a responsabiliza perante estas e/ou os credores destas. Nos demais países, com ressalva de uma ou outra exceção, a regra tradicional (oitocentista) do direito das sociedades ditas de responsabilidade limitada persiste: cada sociedade do grupo empresarial é pessoa jurídica com responsabilidade própria, está separada subjetivamente e patrimonialmente dos outros sujeitos do agrupamento; por quaisquer obrigações de uma filial, ainda que influenciada determinantemente pela empresa-mãe, responde somente ela própria, até ao limite do seu património.<sup>2</sup>

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<sup>a</sup> diretiva em matéria de sociedades.<sup>3</sup>

No entanto, há harmonização em alguns campos jurídicos importantes. Uma, já consolidada, no campo do direito de defesa da concorrência;

<sup>2</sup> Na falta de lei (especial-excepcional) para responsabilizar as sociedades controladoras por danos diretamente causados pelas controladas a terceiros, alguma doutrina e jurisprudência vem apelando a regras e princípios da responsabilidade civil geral e/ou societária – algumas vezes 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 organização... Sobre estas figuras (ou algumas delas e outras mais) no contexto referido, v. p. ex. J. M. COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade – As empresas no direito*, Almedina, Coimbra, 1996 (reimp. 1999), 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, “Haftung für Menschenrechtsverletzungen”, *RabelsZ* (Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht) 80 (2016), p. 766, s. (comparando experiências da Holanda, Alemanha e Inglaterra). No campo das decisões dos tribunais, é de assinalar a 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 Milieodefensie 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 breve 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.

<sup>3</sup> Cfr. COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade...*, p. 249-250 (para 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<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2002, p. 177, s.

outra, em vias de se afirmar, a propósito do dever de diligência empresarial em matéria de direitos humanos e ambiente. Tratarei aqui somente daquele primeiro setor.<sup>4</sup>

## 2. Concertações restritivas da concorrência

2.1. O art. 101/1 do TFUE (nos mesmos termos em que o fazia o art. 85/1 do TCE) proíbe acordos e práticas concertadas «entre empresas» restritivos da concorrência.

A propósito da aplicação daquela norma a grupos de sociedades, o TJ (Tribunal de Justiça) foi consolidando, já desde os anos 70 do século passado, o entendimento de que ela *não é aplicável aos acordos entre sociedades pertencentes ao mesmo grupo* (entre sociedade-mãe e filiais ou entre filiais) quando tais sociedades formem uma «unidade económica», no interior da qual as filiais não gozam de real autonomia na determinação dos seus comportamentos no mercado, seguindo antes instruções da sociedade-mãe, titular do poder de controlo.<sup>5</sup>

E, agora a respeito das relações externas, foi firmando a ideia, a partir daquele período e também com base na referida conceção de «unidade económica», de *a conduta anticoncorrencial ilícita de uma filial poder ser imputada à sociedade-mãe, sendo por isso sancionável com coimas*.<sup>6</sup> Esta imputação do facto ilícito e da responsabilidade não exige que a sociedade-mãe

<sup>4</sup> Sobre o segundo, v. já *Dever de diligência das empresas e responsabilidade empresarial* (coords. J. M. Coutinho de Abreu, A. Soveral Martins, Rui P. Dias), Instituto Jurídico/FDUC, 2023.

<sup>5</sup> V. acórdãos dos anos 70 e 80 citados em *Da empresarialidade...*, p. 263-264, nt. (691). Alguns desses acórdãos acrescentavam a condição (para a inaplicabilidade do art. 85 do TCE) de esses acordos terem como objetivo estabelecer uma repartição interna das tarefas entre as sociedades do grupo – v. *ibid.*, p. 264, nt. (692). (Apesar de o Tribunal nunca ter explicitado, parece consubstanciarem acordos de repartição interna de tarefas os respeitantes, p. ex., à fixação dos objetos e níveis de produção, às transações intragrupos, à repartição da atividade de distribuição pelas diversas filiais, à determinação de preços unitários de venda. Fora da repartição interna de tarefas ficaria, p. ex., um acordo que, para evitar o aparecimento de uma empresa concorrente de uma integrante do grupo, vinculasse uma ou mais sociedades do mesmo grupo a não vender bens à empresa exterior, ou a vendê-los só no caso de esta empresa aceitar inusitadas obrigações suplementares – cfr. as als. d) e e) do nº 1 do art. 85 ou, agora, do art. 101.) Mas esta condição para a aplicação do «privilegio de grupo» parece ter caído a partir de meados dos anos 90 – v. J. M. COUTINHO DE ABREU, “Aspectos do direito económico da União Europeia (Apontamentos a propósito do diálogo U.E.-Mercosul)”, *BFD* (Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra), 1998, p. 725-726.

<sup>6</sup> V. acórdãos dos anos 70 e 80 citados em *Da empresarialidade...*, p. 263, nt. (690).

domine totalmente a filial; o poder de direção ou controlo daquela pode até bastar-se com uma participação minoritária, desde que integre direitos que excedem os atribuídos normalmente aos sócios minoritários.<sup>7</sup> No entanto, *presume-se* (ilidivelmente) que a sociedade-mãe exerce efetivamente influência determinante sobre a filial quando o domínio é total ou quase total.<sup>8</sup> Nos demais casos, o ónus da prova acerca do exercício efetivo de influência determinante impende sobre as autoridades da concorrência.

Esta jurisprudência foi legislativamente consagrada na Diretiva 2019/1. Diz o art. 13/5: «Para efeitos da aplicação de coimas a sociedade-mãe (...), os Estados-Membros asseguram que seja aplicável o conceito de empresa.» E explicita o considerando (46): 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».

**2.2.** Embora aquelas conclusões jurisprudenciais sejam, em geral, aceitáveis, a argumentação que as apoia tem evoluído de modo intrincado.

Para exemplificar, começemos por aludir à relação conceitual entre «unidade económica» (cujo significado ficou referido atrás) e «empresa» (no contexto dos grupos de sociedades).

Numa primeira fase, o TJ, pelo menos a propósito da não aplicação da norma que proíbe concertações restritivas da concorrência aos acordos entre sociedades pertencentes ao mesmo grupo, privilegiava o emprego de «*unidade económica*», sem a confundir ou identificar com «*empresa*».<sup>9</sup>

E, com efeito, para justificar aquela não aplicação, não é necessário, nem conveniente, ver o grupo de sociedades como uma empresa. Claro, se se vê o grupo como empresa e as sociedades que o compõem como partes ou secções dessa empresa (não como empresas), fácil é concluir não ser possível aplicar uma norma que se refere a acordos e práticas concertadas «entre empresas» (haveria, não acordos ou manifestações de vontade bilaterais ou plurilaterais, mas antes comportamento unilateral). Todavia, a não aplicação da norma basta-se com a ideia de «*unidade económica*» que

<sup>7</sup> V. os acs. do TG (Tribunal Geral) de 12/7/2011 (Fuji Electric/Comissão, T-132/07), n.ºs 183, 184, e de 9/9/2015 (Toshiba/Comissão, T-104/13), n.º 122.

<sup>8</sup> V. p. ex. o ac. do TJ de 27/4/2017 (Akzo Nobel e o./Comissão, C-516/15 – Akzo II), n.º 54.

<sup>9</sup> Cfr. COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade...*, p. 263-264, e nt. (693).

não negue a qualificação das sociedades do grupo como empresas (elas não deixam de ser entidades jurídicas que exercem atividade económica); mais precisamente, a não aplicação da norma funda-se na impossibilidade de as sociedades filiais (empresas) determinarem autonomamente o seu comportamento no mercado – sujeitas à vontade da sociedade cabeça do grupo, não têm liberdade bastante para serem partes em verdadeiros acordos intragrupo.

Por outro lado, parece irrazoável negar a qualificação de empresa a uma sociedade do grupo quando se relaciona com terceiros; a norma referida é aplicável a acordos e práticas concertadas entre um membro do grupo e outra ou outras empresas fora do grupo.

Por outro lado ainda, não é descartável a hipótese de aplicar a norma em relações internas de um grupo (especialmente quando seja «grupo de facto»), no caso de os acordos não se limitarem a estabelecer uma repartição interna de tarefas.<sup>10</sup>

Em uma segunda fase (já no presente século), o TJ acaba por afirmar a *identidade ou equivalência entre «unidade económica» e «empresa»*. Por exemplo, quando diz: «a sociedade-mãe e a sua filial fazem parte de uma mesma unidade económica e, portanto, formam uma única empresa»<sup>11</sup>; o «conceito de “empresa” abrange, portanto, qualquer entidade que exerce uma atividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento, e designa assim uma unidade económica, mesmo que, do ponto de vista jurídico, essa unidade económica seja constituída por várias pessoas singulares ou coletivas»<sup>12</sup>.

De todo o modo, parece que ainda aqui a conceção do grupo de sociedades como unidade económica /empresa não prejudica a qualificação das sociedades integrantes do grupo como empresas.

<sup>10</sup> Afirmando a pluralidade de empresas de grupo como regra no direito da concorrência, v. p. ex. J. M. COUTINHO DE ABREU, "L'européanisation du concept d'entreprise", *RIDE* (Revue Internationale de Droit Économique), 1995 (1), p. 25, *Da empresarialidade...*, p. 263, s., e, com mais indicações, DANIEL ZIMMER, "AEUV Art. 101 Abs. 1", em IMMENGA/MESTMÄCKER, *Wettbewerbsrecht*, Band I, 6. Aufl., Beck, 2019, Rn. 31, 35, 37, 110.

<sup>11</sup> Ac. do TJ de 10/9/2009 (Akzo Nobel e o./Comissão, C-97/08 – Akzo I), n.º 59; Akzo II, n.º 53.

<sup>12</sup> Ac. do TJ de 6/10/2021 (Sumal, C-882/19), n.º 41. Repare-se como aqui se faz a ponte (pouco segura) entre a formulação repetida [avançada em primeiro lugar no ac. do TJ de 23/4/1991 (Höfner e Elser, C-41/90)] do conceito de empresa (:«qualquer entidade que exerce uma atividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e modo de financiamento») – pensada para empresas singulares – e a unidade económica do grupo.

**2.3.** Contudo, é a propósito da *responsabilidade nos ou dos grupos societários* por infrações anticoncorrenciais que a evolução jurisprudencial mais surpreenderá.

Na verdade, sobretudo a partir do acórdão Akzo I (de 2009), começou a julgar-se que é a própria unidade económica/empresa constituída pelo grupo de sociedades a autora da infração anticoncorrencial<sup>13</sup>. Apesar de em alguns acórdãos se continuar a dizer, algo contraditoriamente, que o comportamento anticoncorrencial de uma filial pode ser imputado à sociedade-mãe<sup>14</sup> – se se considera que é a unidade económica/empresa (composta por várias sociedades) que pratica o ato ilícito, deixa de ser necessário imputar esse ato à sociedade cabeça do grupo.<sup>15</sup>

E, se é a própria unidade económica/empresa que infringe as regras da concorrência, então *a ela cabe, segundo o princípio da responsabilidade pessoal, responder por essa infração*<sup>16</sup>. Mas, porque a responsabilidade «quase penal» própria dos casos de *public enforcement* (sancionada com coimas) exige um sujeito jurídico que atua ilícita e culposamente<sup>17</sup>, e a unidade económica/empresa não tem personalidade jurídica nem subjetividade que a faça capaz de atuação e culpa<sup>18</sup>, haverá que imputar uma infração de uma sociedade do grupo ao grupo unidade económica/empresa (ou mesmo ficcionar que foi esta quem infringiu) e, em consequência, *responsabilizar pela infração as sociedades componentes da unidade económica*.<sup>19-20</sup>

<sup>13</sup> Ac. Akzo I, n.ºs 56, 77, e, entre outros, acs. do TJ de 10/4/2014 (Comissão/Siemens, C-231/11), n.º 49, e de 6/10/2021 (Sumal cit.), n.º 42.

<sup>14</sup> Acs. Akzo I, nº 58, Siemens, nº 46, Akzo II, nºs 52, 61.

<sup>15</sup> Cfr. também CHRISTIAN KERSTING, „Haftung von Schwester-und Tochtergesellschaften in europäischen Kartellrecht”, ZHR (Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht), 2018, p. 14, TABEA BAUERMEISTER, „Das Unternehmen im europäischen Wettbewerbsrecht – Zur Rechtsfigur der wirtschaftlichen Einheit auf Rechtsverletzung- und Haftungsebene”, NZG (Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht), 2022, p. 64.

<sup>16</sup> V. p. ex. os acs. Akzo I, n.ºs 56, 77, Siemens, nº 44, e Akzo II, n.º 49.

<sup>17</sup> Não é tanto assim, como se sabe, no domínio da responsabilidade civil (no campo da *private enforcement*, das ações de indemnização). Note-se que o ac. Sumal refere-se a um caso de responsabilidade civil.

<sup>18</sup> Todavia, GIOVANNI PITRUZZELLA, nas (interessantes) “Conclusões do Advogado-Geral” no processo Sumal, afirma no n.º 35 que a jurisprudência comunitária reconhece à unidade económica uma espécie de subjetividade jurídica. E KERSTING, em CHRISTIAN KERSTING/JAN-NIK OTTO, “Die Haftung der wirtschaftlichen Einheit – Teil 1”, NZKart (Neue Zeitschrift für Kartellrecht), 2021, p. 653, admite que, no direito dos cartéis, a unidade económica/empresa goza de (parcial) capacidade jurídica.

<sup>19</sup> Em sentido aproximado, v. PITRUZZELLA, *loc. cit.*, n.º 46, EVA FISHER/PETER ZICKGRAF, “Zur Reichweite der wirtschaftlichen Einheit im Kartellrecht”, ZHR, 2022, p. 155, 158-159, 188.

<sup>20</sup> Parafraseando o lema «um por todos, todos por um», se uma sociedade do grupo

Independentemente desta linha discursiva, o TJ vem declarando que o conceito de unidade económica/empresa implica a responsabilidade solidária das várias pessoas jurídicas dela componentes<sup>21</sup>. E, pela primeira vez, o acórdão Sumal declarou que *uma sociedade filial pode ser responsabilizada* (civilmente, no caso) *devido ao comportamento infrator de outra entidade jurídica* (sociedade-mãe, no caso) *pertencente à mesma unidade económica* (n.º 48).<sup>22-23</sup>

**2.4.** Em um quadro jurídico mais amplo, abrangente de outros domínios além do direito de defesa da concorrência, quem entende (e são muitos) que um grupo de sociedades é uma empresa, deveria, consequentemente, propugnar a responsabilidade das várias sociedades/partes da empresa pelas obrigações de cada uma delas perante terceiros.

Mas não é isto que sucede relativamente a algumas correntes com aquele entendimento. Ou consideram que cada sociedade do grupo continua sujeita tão só às regras aplicáveis às sociedades isoladas; ou, mais discutivelmente ainda, advogam a consagração legal do direito de a sociedade-mãe instruir as filiais, e sem qualquer específica responsabilidade daquela<sup>24</sup>.

A experiência jurisprudencial comunitário-europeia no direito dos cartéis, apesar das incongruências, deveria dar que pensar...

infringe regras da concorrência, todos os membros do grupo se responsabilizam pela infração...

<sup>21</sup> Por ex.,acs. Akzo I, nº 77, Akzo II, nº 57, Sumal, nº 44.

<sup>22</sup> No caso que motivou reenvio prejudicial para o TJ, a Sumal SL (espanhola) intentou uma ação de indemnização contra a Mercedes Benz Trucks España SL, filial do grupo Daimler cuja sociedade-mãe é a Daimler AG (alemã), com base no facto de , por intermédio da Stern Motor SL, lhe ter comprado dois camiões com um custo adicional de 22204,35 euros resultante do «cartel dos camiões» em que haviam participado quinze fabricantes europeus, incluindo a Daimler AG, a quem a Comissão tinha imposto coima.

<sup>23</sup> Novo, parece, é ainda o entendimento de que «uma mesma sociedade-mãe pode fazer parte de várias unidades económicas constituídas, em função da atividade económica em causa, por ela própria e por diferentes combinações das suas filiais que pertencem ao mesmo grupo de sociedades. Se assim não fosse, uma filial pertencente a esse grupo correria o risco de ser responsabilizada por infrações cometidas no âmbito de atividades económicas que não apresentam nenhuma ligação com a sua própria atividade e nas quais não estava envolvida, mesmo indiretamente» (Sumal, nº 47).

<sup>24</sup> Criticamente, v. J. M. COUTINHO DE ABREU, "The Law of Groups of Companies According to the European Model Company Act (EMCA)", *Rivista ODC* (Orizzonti del Diritto Commerciale) 3/2017, p. 1, s.



**RESUMO:** O presente texto tem como ponto de partida o exame (inquérito) judicial previsto no direito de Macau – que mobilizámos na óptica da sua comparação com o instituto e o regime correspondentes do direito português. Com essa base, desenvolvemos reflexões sobre o direito à informação como direito corporativo, a propriedade societária, a autonomia da sociedade e os direitos dos sócios.

**Palavras-chave:** exame ou inquérito judicial; direitos dos sócios; direito à informação; autonomia da sociedade; propriedade societária.

**ABSTRACT:** The present text has as its starting point the judicial examination (inquiry) in Macau's law - which we have mobilized with the purpose of its comparison with the corresponding legal notion, and applicable rules, in Portuguese law. On this basis, we have reflected on the right to information as a corporate right, on corporate property, on the autonomy of the company, and on shareholders' rights.

**Keywords:** judicial examination or inquiry; shareholders' rights; right to information; company's autonomy; corporate property.

FILIPE CASSIANO DOS SANTOS\*

## Direitos dos sócios, propriedade societária e autonomia da sociedade – reflexões a propósito do regime do exame (inquérito) judicial no direito de Macau e das suas diferenças face ao regime do CSC português\*\*

### INTRODUÇÃO

#### O EXAME JUDICIAL E O PROBLEMA DO SEU ÂMBITO: AS QUESTÕES CENTRAIS QUE SE COLOCAM NO DIREITO DE MACAU

O direito de Macau prevê, como outros ordenamentos jurídicos, mas de modo muito mais amplo do que a generalidade, o exame à sociedade

\* Professor Catedrático da Faculdade de Direito de Coimbra

\*\* O presente texto foi elaborado para ser incluído no livro de homenagem a Augusto Teixeira Garcia, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Macau. Tomou, por isso, como ponto de partida, o direito de Macau, sempre abordado em comparação com o português. Apoia-se, em vários trechos, no que escrevemos no Relatório que apresentámos a provas de agregação, na Faculdade de Direito de Coimbra, em curso de publicação pela Petrony Editora, com o título "Os mecanismos para a cooperação no exercício da empresa. Sociedades, grupos e acordos parassociais, consórcio e *joint venture*, ACE e cooperativa" — por esta razão, remetemos amiúde para esse texto e seguiremos de perto, por

ordenado por um tribunal. O exame, também designado, noutras latitudes, por inquérito, consiste numa intervenção do tribunal na vida da sociedade, integrada num procedimento próprio, cuja condução pertence ao juiz e que tem por cerne a inspecção, análise e apuramento de factos sobre a vida social, quer no plano da actividade económica, quer no da vida associativa (interna), definidos pelo juiz, e para a realização do qual este nomeia um perito. O objectivo central do exame é que, apurada a existência de justificação para tanto, o juiz venha a ordenar as medidas previstas na lei que entenda adequadas ao caso.

O exame tem, assim, uma dimensão duplamente intrusiva na vida da sociedade: com ele, apuram-se ou esclarecem-se por via judicial factos relativos à vida associativa ou à actividade económica exercida, e, a mais disso, o juiz toma decisões concretas sobre alguns desses aspectos, substituindo-se ou sobrepondo-se à vida institucional normal.

No Código Comercial de Macau, o exame judicial à sociedade pode ser requerido por sócios: está previsto no art. 209.º, n.º 5, como faculdade a que o sócio de qualquer tipo de sociedade (a disposição, tal como a que referiremos já a seguir, consta da Parte Geral do Livro II) pode recorrer no caso de ser violado o seu direito à informação, e no art. 211.º, n.º 1, agora como instrumento para qualquer sócio reagir contra “graves irregularidades na vida da sociedade” de que tenha “fundadas suspeitas”. A par da legitimidade atribuída a sócios, e no mesmo artigo 211.º em que prevê o exame com fundamento em graves irregularidades, a lei, no n.º 7, prevê outrossim a possibilidade de o exame ser requerido pelo conservador do registo comercial, sempre que haja indícios de irregularidades que, após notificação à sociedade, não tenham sido sanadas – indícios que hão-de resultar de omissões de actos de registo ou do teor de documentos levados a registo, e apenas dessas circunstâncias. A previsão de um exame a pedido do conservador com esta configuração tem um significado relevante: evidencia que, no direito de Macau, o exame judicial não é predisposto apenas a prosseguir interesses dos sócios e que a regularidade da vida associativa é protegida também do ponto de vista de terceiros (a quem o registo tutela) e da própria economia nacional (as irregularidades que fundamentam o pedido feito pelo conservador, se são desencadeadas

vezes, alguns trechos dele. Com a base no que então escrevemos, desenvolvemos reflexões sobre a compreensão do exame judicial previsto no direito de Macau e estudámos as questões postas pelo regime disposto no Código Comercial de Macau, sempre na óptica da sua comparação com o instituto e o regime correspondentes do direito português, e, sobre esta base, tratámos novos temas de carácter geral, cujo interesse não se confina, cremos, ao ordenamento jurídico que suscitou o seu tratamento.

por circunstâncias relativas ao registo, podem ser quaisquer irregularidades da vida social, sem que a lei exija gravidade). A iniciativa é puramente oficiosa (não depende de qualquer iniciativa da sociedade ou de sócios), é obrigatória (“sempre que haja indícios”) e o exame previsto têm um âmbito de aplicação mais amplo do que aquele que pode ser requerido por sócios, pois é desencadeado diante de indícios de quaisquer irregularidades (voltaremos ao ponto adiante, na Parte II).

Os dois preceitos que atribuem legitimidade aos sócios para requerer o exame têm pressupostos de aplicação que, aparentando, à luz da letra da lei, ser distintos, têm, na verdade, sentido e lógica comuns: num caso, o exame pode ser desencadeado com fundamento numa violação do direito à informação, no outro o fundamento é a “fundada suspeita” de “graves irregularidades”, mas, em ambos os casos, veremos, o instrumento disposto pela lei visa, em última instância, a tutela de direitos ou posições jurídicas fundamentais dos sócios. E é justamente por essa unidade fundamental decorrente de não terem fundamentos essencialmente distintos, contra o que, à primeira vista, é sugerido, que lhes vai corresponder um procedimento único: o n.º 5 do art. 209.º estabelece que o exame a que o sócio cujo direito à informação foi posto em causa pode recorrer é um exame “nos termos do art. 211.º”; do mesmo modo, os preceitos processuais que regulam a dimensão processual do exame, tomando-o como um verdadeiro processo, inserido no Capítulo XV do Código de Processo Civil (CPC), relativo aos processos de jurisdição voluntária, são também unitários. Dois pressupostos (aparentemente) diferentes, um processo unitário, pois.

Em qualquer caso, pela sua configuração intrusiva e pelas circunstâncias que o podem fundamentar, o exame é um instrumento de tutela excepcional. A autonomia da sociedade (v., *infra*, Parte I) apenas pode ser derrogada em casos de violação grave de direitos ou posições do sócio (como veremos na Parte II) ou, oficiosamente, por intervenção do conservador, quando o registo comercial revele irregularidades que podem pôr em causa interesses gerais.

A opção do legislador de Macau é diferente de outras. É diferente, designadamente, da opção do Código das Sociedades Comerciais (CSC) português. Com efeito, o ponto de partida do direito português não é coincidente com o do direito de Macau: prevendo também o inquérito (que é o nome que a lei portuguesa dá àquilo que a lei de Macau opta por designar por exame) para a tutela do direito à informação, não prevê, contudo, uma disposição geral que permita o recurso ao inquérito. Esta opção não significa propriamente que o legislador português tenha restringido o mecanismo ao caso de violação do direito à informação; com efeito,

o CSC prevê a possibilidade de recurso ao inquérito por sócios e até por administradores de modo relativamente amplo, em múltiplas situações concretas da vida da sociedade (v., *infra*, Parte III). Não obstante, não se pode ignorar que a diferença no plano da formulação e da intencionalidade da lei é assinalável: ao passo que a lei de Macau prevê uma possibilidade geral de recurso ao exame, assente na suspeita da existência de graves irregularidades na vida da sociedade, o direito português apenas admite o inquérito em casos pontuais de irregularidades que são assumidas pela lei como graves – ou seja, no direito de Macau são relevantes todas as irregularidades graves, ao passo que, em Portugal, apenas algumas delas (porventura, as mais graves) relevam.

Além desta, há ainda, quando comparado com outras leis, outra particularidade assinalável do direito de Macau, mesmo no âmbito do inquérito ou exame para tutela do direito à informação. Tomemos mais uma vez o Código das Sociedades Comerciais português como referente. Prevê a lei portuguesa o inquérito para os casos em que “tenha sido recusada a informação” ou em que o sócio “tenha recebido informação presumivelmente falsa, incompleta ou não elucidativa” (arts. 216.º, n.º 1, e 292.º, n.º 1, respectivamente para as sociedades por quotas e para as anónimas). O Código Comercial de Macau, por sua banda, prevê um procedimento especial para o caso de recusa de prestação da informação, pelo qual o sócio requere ao tribunal que ordene a prestação da informação recusada e o juiz decide, de modo simplificado, sobre a prestação requerida (n.º 4 do art. 209.º), admitindo o recurso ao exame tão-só a favor do “sócio a quem tenha sido prestada informação falsa, incompleta e ou manifestamente não elucidativa” – não considerando, em matéria de exame, a possibilidade de a informação ordenada nos termos do n.º 4 não ter sido efectivamente prestada porque a ordem do juiz não foi cumprida ou porque o juiz não deferiu o requerimento do sócio.

Em face do que expusemos, são facilmente perceptíveis as duas primeiras questões – e, porventura, as mais importantes – que, em matéria de exame judicial, se colocam no direito de Macau.

Eis a primeira: no quadro do exame requerido por violação do direito à informação, prevendo a lei um procedimento próprio para o caso de violação por recusa de prestação, no n.º 4 do art. 209.º, e mencionado no n.º 5 que o exame pode ser requerido pelo sócio a quem for prestada informação falsa, incompleta ou manifestamente não elucidativa, é admissível que aquele a quem, mesmo após o recurso ao instrumento do n.º 4, foi recusada informação, recorra ao exame judicial? Ou tem esse sócio que recorrer a outro mecanismo de tutela? E se o juiz tiver recusado ordenar a prestação, no âmbito do n.º 4, pode o sócio avançar para o exame?

A segunda dessas questões é mais fácil de expor: em que se analisam as fundadas suspeitas de graves irregularidades na vida da sociedade?

São as respostas a estas duas questões centrais que sobretudo nos ocuparão. De permeio, outras se nos colocarão, com realce para a indagação de quais os termos em que se dá a intervenção judicial na sociedade e do procedimento respectivo. Para uma resposta cabal a umas e outras, temos, é claro (é nessa linha que centraremos a nossa atenção), que enquadrar devidamente o exame judicial entre os meios de intervenção do sócio na sociedade, o que nos permitirá compreender o seu sentido como instrumento de que os sócios dispõem. Nesse quadro, não deixaremos de mobilizar a primeira e mais patente dimensão do exame judicial, qual seja a da compressão que ele representa no que respeita à autonomia da sociedade. Começaremos justamente por este ponto.

## PARTE I

### O EXAME JUDICIAL E A AUTONOMIA DA SOCIEDADE

#### 1. O exame como intromissão externa na vida associativa: a autonomia da sociedade e as suas contrafaces, a atribuição aos sócios de direitos de participação e a definição das regras essenciais de funcionamento da estrutura societária

A possibilidade de intervenção de uma entidade externa na vida de uma sociedade representa uma anomalia. A regra é a de que a sociedade é dos sócios e que se auto-governa, ou, dito de outro modo, é dotada de autonomia. Os sócios constituem a sociedade, investem nela e no seu projecto e, porque o investimento e o exercício são colectivos e para que, com essa natureza, o projecto comum possa ter sucesso acrescido, os sócios dotam a sociedade de fins, interesses e estrutura próprios, numa só palavra, atribuem-lhe autonomia. Como contrapartidas desses empenhamentos e investimentos dos sócios e da autonomia (liberdade, se quisermos analisar a questão sob outra óptica) que eles conferem à sociedade, e como condições ou pressupostos desta, os sócios recebem um conjunto de posições jurídicas relativas à sua participação na estrutura societária, a participação social, e definem e recebem nas suas esferas um elenco de regras de funcionamento da estrutura. A participação social e as posições que a integram, bem como as regras que vinculam a estrutura societária no seu funcionamento, são, assim, os instrumentos conferidos ao sócio para a tutela do seu investimento, constituindo a contrapartida dele – e esses mecanismos de tutela são reflectidos no valor da participação na sociedade. É a violação

das posições jurídicas que integram a participação social ou que a ela estão ligadas ou a violação das regras de funcionamento da estrutura societária, as quais, em última instância, põem em causa a própria participação dos sócios na sociedade e o seu valor, que constituem o fundamento geral para a intromissão do tribunal na vida da sociedade através do exame judicial. O exame é um mecanismo adicional, externo, de defesa dos sócios, do seu investimento e da sua participação social (e do valor desta).

Passamos a explicitar, ainda que de modo necessariamente breve, as notas fundamentais do enunciado geral que acabamos de fazer.

### **1.1. Contrato de sociedade e sociedade como instrumento dos sócios – a autonomia da sociedade e a propriedade societária**

A sociedade emerge tipicamente de um contrato: é esse o modelo historicamente consagrado e que está ainda pressuposto na generalidade das leis, decerto também por ser aquele que continua a ser socialmente dominante<sup>1</sup>. Esse contrato associa duas ou mais pessoas para a constituição e organização de uma nova estrutura, que, em muitos casos, a lei eleva a sujeito de direitos, cuja finalidade última é o exercício de actividades económicas – o contrato de sociedade reconduz-se, pois, à instituição da dimensão subjectiva da empresa, na qual se inscreve um programa de desenvolvimento de actividades económicas. No entanto, no contrato de sociedade, o projecto empresarial é identificado de modo genérico, reflectido sobretudo na cláusula sobre o objecto, e a sua exacta definição e concretização são remetidas para um momento ulterior, já na esfera da própria estrutura criada pelo contrato, a sociedade – o que significa que a empresa propriamente dita (ou, mais exactamente, a sua dimensão objectiva) surgirá normalmente já por acção da própria sociedade<sup>2</sup>. O primeiro ou central efeito do contrato de sociedade é justamente a formação de uma estrutura subjectiva de tipo associativo, a sociedade.

Pois bem. As características nucleares que assim vamos surpreendendo na sociedade são como que paradoxais: ela é, a um tempo, um instrumento dos sócios e uma estrutura dotada de autonomia face a eles. Criada

<sup>1</sup> Cf., FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, Os mecanismos para a cooperação no exercício da empresa. Sociedades, grupos e acordos parassociais, consórcio e joint venture, ACE e cooperativa, Petrony Editora (em curso de publicação), págs. 34 e segs.

<sup>2</sup> Por isto, se pode dizer que o contrato de sociedade (associativo) é sobretudo um fenómeno organizativo, que organiza um centro de imputação “colectivo”: cf., FARENZA, L., I contratti parasociali, Milão, Giuffre, 1987, págs. 98 e ss. e 138 e ss.

pelos contraentes, que, com o acto de criação, se transmutam em sócios, a sociedade é constituída para ser um instrumento daqueles que lhe dão vida. É, todavia, um instrumento peculiar, marcado pela sua dimensão associativa ou colectiva: a sociedade é um instrumento de cooperação para um exercício que, ainda que se apresente externamente como unitário, é, na sua base, um exercício colectivo. Dito de outro modo: constituída pelos sócios, mediante compromissos recíprocos, para levar a cabo projectos de intervenção económica por eles partilhados, a sociedade é, em primeira linha, coisa dos sócios, mas, por natureza, é coisa comum a todos os sócios e deve, por isso, ser conduzida em modo colectivo. Isto significa que as opções tomadas na sociedade resultam sempre da vontade dos sócios, mas que essa vontade é apurada no quadro da estrutura e que ela resulta da composição e prevalência dos interesses dos sócios em relação ao exercício<sup>3</sup>. A sociedade não é, em caso algum, um ente superior aos próprios sócios, nem se constitui como um fim em si mesma, mas serve os interesses dos sócios e é fundamentalmente um instrumento destes<sup>4</sup> – independentemente de outros factores que hoje sobre ela incidem pelo exterior: a ponderação de outros interesses, como os dos trabalhadores ou os dos credores, pode ser imposta por lei no momento em que o interesse da sociedade é determinado pelos seus sócios e órgãos. Mas é um instrumento de que estes se servem em modo especial, colectivo.

Sobre este carácter instrumental *sui generis* da sociedade, incide uma outra característica, a autonomia. Constituída para um exercício colectivo, a sociedade é uma estrutura que, não se sobrepondo aos sócios e sendo até um instrumento deles, é distinta deles e que se apresenta como um centro ou instância de definição, imputação e gestão de interesses e finalidades

<sup>3</sup> A sociedade é, como projecto colectivo, um projecto com marca própria: ela é, além do mais, um mecanismo de concorrência interna e de prevalência de interesses: sobre isto, v. FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, Estrutura associativa e participação societária capitalística. Contrato de sociedade, estrutura societária e participação sócio nas sociedade capitalísticas. Coimbra, Coimbra editora, 2006, págs. 86 e segs..

<sup>4</sup> A base de quanto se afirma radica na assunção de que, no plano naturalístico, a sociedade e as organizações em geral não têm interesses em si mesmas e todos os interesses nelas definidos ou que lhes são imputados são “referíveis” em última instância às pessoas humanas que as utilizam para prosseguir relações ou que com ela se relacionam e são, nessa medida, susceptíveis de “verificação de validade” à luz desses interesses humanos; v. JAEGER, P. G./DENOZZA, F./TOFFOLETTO, A., Appunti di diritto commerciale. Impresa e società, Milão, Giuffrè, 2010, pág. 110, de quem são as palavras e expressões citadas) – só as pessoas humanas têm interesses e não faz sentido o uso em “chave antropomórfica da noção de subjectividade atribuída às organizações” (cita-se, de novo, os autores italianos) ou, mais genericamente, elas não podem ser tratadas à imagem dos seres humanos, mas como instrumentos deles.

– por isso, é dotada pelos próprios sujeitos que a constituem de fins e de governo próprios, com órgãos e com regras de funcionamento decorrentes da lei e do estatuto. Ainda que na aparência isso possa parecer paradoxal, a autonomia tem uma relação directa com a instrumentalidade e constitui um modo de afirmar: com a criação de uma estrutura societária autónoma, a projecção dos interesses dos sócios (e, portanto, a utilização pelos sócios da sociedade como instrumento dos seus interesses) faz-se – como se faz o investimento – em modo colectivo, o que significa que a participação de todos os sócios se concretiza pela intervenção na estrutura que mediatiza o exercício e, sobretudo, pela intervenção na assembleia geral, cujo funcionamento obedece ao princípio maioritário. Os sócios, enquanto tais, não têm uma relação directa com a actividade e com a empresa da sociedade, e é em função da participação na estrutura e da medida desta (da sua posição relativa nessa participação, pois), por um lado, e da “soberania” transferida para a sociedade (isto é, da esfera de acção que todos aceitaram que a sociedade assuma ou possa assumir), por outro, que cada sócio pode influenciar o projecto societário. Numa só frase, o sócio, no âmbito do projecto societário, não só não tem uma relação directa com a actividade que o concretiza, como a sua participação fica à mercê do jogo das regras próprias do exercício colectivo e da correspondente vida associativa.

A autonomia é, assim, uma qualidade natural e necessária da sociedade como instituição, inerente ao específico modo colectivo do investimento e de exercício. Presente à partida, com a constituição da sociedade, a autonomia vai estar presente ao longo da vida da sociedade, como característica fundamental da sociedade e do seu funcionamento, de tal modo que se apresenta como um verdadeiro princípio que rege a vida associativa<sup>5</sup>. Como princípio associativo, a autonomia analisa-se fundamentalmente em duas regras: na relação com os sócios, a regra é de que eles não podem interferir na formação da vontade da sociedade por outra via que não a que resulta da actuação institucional da qualidade de membros dos órgãos sociais – ou seja, os sócios não têm a possibilidade de determinar a vida desta de outro modo que não através da participação institucional, devendo sujeitar-se às regras de funcionamento da estrutura, que mediatiza a sua participação; na relação com o exterior, a regra é de que os não-sócios, o Estado e os tribunais incluídos, não podem intervir na definição

<sup>5</sup> Mais desenvolvidamente, sobre a autonomia como característica da sociedade e princípio que rege a sua vida, v, FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, Os mecanismos para a cooperação no exercício da empresa, págs. 77 e segs. Cf., ainda, na literatura portuguesa, enunciando justamente um afloramento da ideia de autonomia, MENEZES CORDEIRO, A., Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades Comerciais, Lisboa, Lex, 1996, págs. 522-523.

da vontade social: a esfera social pode apenas ser actuada e concretizada pela sociedade e a autonomia implica que só em situações admitidas excepcionalmente por lei um tribunal possa intervir na vida da sociedade, para tutela de interesses relevantes que giram em torno da sociedade.

O princípio funda-se, em concreto, na vontade dos sujeitos que constituem a sociedade, em função do modo que elegem para investir e exercer actividades económicas: os sócios constituintes querem instituir uma organização com vida própria, pelo menos relativamente independente do impulso e actuação deles próprios e fechada (imune) a intervenções e interesses externos. É sobre esta base volitiva que as leis societárias estruturam a sociedade comercial, assegurando e reforçando a autonomia, sobretudo através da previsão de regras de funcionamento dos órgãos e da delimitação de competências.

Tendo presente o que se diz sobre a sociedade como projecto de intervenção colectiva de tipo associativo, pode ser dado um outro passo. Num sentido que não é puramente económico, mas cujos contornos jurídicos não se contêm no quadro dos direitos reais clássicos, os sócios podem ser caracterizados como proprietários em comum da sociedade e da empresa social. Em sentido formal, correspondendo o exercício societário a um exercício uno e autónomo, imputado à própria sociedade, e sendo os bens afectos a esse exercício bens cuja titularidade pertence juridicamente à própria sociedade – este é um dos efeitos da subjectivação desta, que as mais das vezes atinge o patamar da personalidade jurídica –, a propriedade formal ou directa da empresa e dos bens a ela afectados é da própria sociedade, e não dos sócios. Estes são apenas, formal ou juridicamente, proprietários das suas participações sociais.

Há, no entanto, aspectos do fenómeno societário e da sua regulamentação que não permitem reduzir as relações jurídicas constituídas em torno dele a essas relações simples e formais: primeiro, a sociedade é criada para ser um instrumento dos sócios; depois, ela é conduzida por eles, seja por prevalência, seja por composição, sendo eles os detentores do poder de determinar os seus interesses e finalidades, e, em geral, as suas decisões<sup>6</sup>. Em paralelo, a subjectivação ou personalização, que, no plano jurídico-formal, introduzem uma separação entre a esfera da sociedade e as esferas dos sócios, não podem ser – e não são, de há muito – absolutizadas: a dimensão subjectiva da sociedade reconduz-se essencialmente a uma característica instrumental da dimensão externa da sociedade, a presença no mercado e no tráfico jurídico. As posições que integram a participação

<sup>6</sup> Sobre a sociedade como mecanismo para a prevalência de interesses e obtenção de supremacia, cf. de novo, o nosso Estrutura associativa, *cit.*, págs.86 e segs.

social não são mais do que meios para, em função do modo colectivo do investimento e do exercício, os sócios assumirem o controlo do processo produtivo e dos bens que lhe estão afectos e para se apropriarem dos lucros produzidos e para, no termo do projecto, assumirem directamente os resultados do investimento – no quadro do exercício económico colectivo, a participação social tem exactamente a mesma função social que o direito de propriedade tem nos exercícios individuais ou em comunhão.

A esta outra luz, o fenómeno societário e os seus instrumentos específicos podem ser vistos como uma nova forma de propriedade, que, sendo colectiva ou múltipla na base (no plano dos sujeitos que a utilizam e dela beneficiam), se caracteriza, tal como o direito de propriedade clássico, pela unidade do poder exercido sobre a empresa (assegurada justamente pela estrutura da sociedade e pela imputação a ela) e pela exclusão – exclusão que, justamente em função do jogo em modo colectivo, se estende, ou pode estender, a alguns dos participantes na estrutura. É justamente o carácter colectivo que justifica o esbatimento, nesta nova forma de poder sobre as coisas, da relação directa entre o sujeito e o bem, típica dos direitos reais tradicionais: os proprietários em sociedade são proprietários de novo tipo, numa relação em que a relação directa típica de domínio é substituída por novas formas de controlo e poder, de que se destacam os direitos de voto, de informação e sobre os lucros. Na propriedade societária, a relação de domínio afirma-se por novas formas, próprias do modo colectivo, mas, em última instância, o controlo do processo e dos bens que o integram (*maxime*, a escolha das finalidades do processo produtivo e das suas decisões fundamentais) e a apropriação do respectivo produto (isto é, do lucro) pertencem em conjunto aos sócios, pelo exercício da participação social e pelo jogo da regra da prevalência maioritária. Em síntese, no fenómeno societário confluem, em algo que se assemelha a uma nova refeudalização, uma propriedade formal, a da sociedade, e, sobre ela, uma propriedade de tipo novo, que, em última instância, é a prevalente<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Pode assim apresentar-se a propriedade por intermédio de uma sociedade como uma nova forma de propriedade e descortinar uma dimensão simultaneamente real e ficcional na imputação da actividade e da propriedade a um sujeito societário (com exercício uno), bem como a assimilação a este das características próprias do empresário individual: cf., sobre o tema, GLIOZZI, E., *Dalla proprietà all'impresa*, 2.<sup>a</sup> ed., Milão, Franco Angeli Editore, 1983, págs. 109-110 e 115 e ss., esp. 123-126, e, na literatura inglesa e norte-americana, onde o tema é mais recorrente, ainda que com expressões nem sempre coincidentes, v. p. ex., cf. TALBOT, L.E., *Critical Company Law*, Oxford, Routledge – Cavendish, 2008, págs. 28-29, ou, sublinhando justamente o poder de controlo e de receber os lucros como as duas notas da propriedade societária, ARMOUR, J./ HANSMANN, H./KRAAKMAN, R., *What is corporate law?*, Oxford Univ. Press, 2.<sup>a</sup> ed., 2009, pág. 14, ou já HANSMANN, H., *Ownership of*

Assinalar a sociedade como instrumento dos sócios e a propriedade societária de sócios não implica, à luz de quanto vimos dizendo, desconsiderar ou sequer esbater a dimensão institucional do mecanismo societário. A sociedade, enquanto estrutura subjectiva constituída a um nível distinto do dos sócios – sendo ela, nesse sentido, uma estrutura supraindividual –, tem uma indesmentível dimensão institucional. Por isto, a instrumentalização apenas é possível com observância das regras decorrentes da interposição da estrutura e do modo escolhido para o exercício do domínio: os interesses dos sócios que não passam pelo crivo da definição dos interesses sociais e que não acedem à instância societária, com respeito pelas regras do jogo da formação da vontade da sociedade, são sempre interesses externos (isto é, não são interesses sociais ou, se quisermos, da sociedade), mesmo sendo real e comprovadamente interesses de sócios com grande peso na sociedade – desenvolveremos o ponto, que se reconduz à questão clássica do interesse social, no número seguinte.

Correspondentemente, é esta dimensão institucional que permite afirmar que o interesse da sociedade (ou social) que se determina em cada momento da vida associativa após a celebração do contrato (a que chamamos interesse social secundário, por assentar no interesse primariamente definido no contrato e ser ulterior) é o interesse da sociedade e não o dos sócios ou da maioria: esta determina-o, observando certas regras, mas não é a sua detentora<sup>8</sup> – em suma, apenas os fins e os interesses da maioria que passam pelo crivo institucional são transmutados em fins e interesses comuns (*rectius, sociais ou associativos*)<sup>9</sup>.

Esta dimensão institucional não é, pois, incompatível com a afirmação da sociedade como instrumento dos sócios.

## 1.2. O exame judicial como instrumento de tutela da propriedade societária e exceção à autonomia

A possibilidade de um tribunal intervir numa sociedade por via de um exame judicial comporta um entorse à autonomia societária - como vimos,

firm, em ROMANO, R. (org.), Foundations of corporate law, Oxford Press University, Nova Iorque/Oxford, 1993, págs. 18 e segs. Na jurisprudência portuguesa, vejam-se as considerações interessantes do Supremo Tribunal de Justiça, em Acórdão de 12-01-2021 (CJ/STJ, 2021-I, págs. 5 e segs.).

<sup>8</sup> Reflectindo ideia similar, v. CAEIRO, A./NOGUEIRA SERENS, M. *Direito aos lucros e direito ao dividendo anual*, RDE, 1979, pág. 374.

<sup>9</sup> Sobre o interesse social e a sua formação, matéria conexa com as abordadas, mas que não cabe nos limites do presente trabalho, remetemos para FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, Os mecanismos para a cooperação no exercício da empresa, *cit.* págs. 73-75 e 80 e segs.

a autonomia significa que mesmo as intervenções judiciais só excepcionalmente são admitidas, se e na medida em que a lei as preveja.

O fundamento geral dessas previsões é a tutela dos sócios. O sócio entra na sociedade, estabelece regras e recebe direitos, que são a contrapartida do seu envolvimento e da autonomia que confere à nova estrutura. Respeitar esses direitos e regras são as condições da subsistência intocada da autonomia e é nos casos em que a tutela de direitos dos sócios e da própria qualidade de sócio, reflectida na participação social, se apresentam como um valor superior que deve prevalecer sobre a autonomia, que a lei admite o exame judicial. É assim com o exame admitido em caso de violação do direito à informação e é assim nos casos de falhas graves do funcionamento (autónomo) da estrutura. Neste último caso, a admissão do exame pode radicar ainda na tutela de interesses dos credores sociais ou de interesses gerais da economia.

No essencial, pois, o exame judicial é um instrumento de tutela da (nova) propriedade societária, constituindo um elemento decisivo da estrutura jurídica do direito (de propriedade societária) de cada sócio. Passamos a desenvolver o ponto, dedicando-lhe um número autónomo.

## **2. Os direitos dos sócios e as regras de funcionamento da estrutura como mecanismos de tutela da participação social e da propriedade societária – a legitimação da intromissão judicial**

O investimento e o empenhamento na sociedade, por um lado, e a alienação ou delegação de soberania, com o correspondente poder que o sócio atribui à sociedade na definição e gestão do projecto de intervenção na actividade económica e da empresa social, reflectido na sua sujeição à regra da maioria e ao processo de decisão interno, por outro, são disposições pessoais e patrimoniais coenvolvidas na participação do sujeito na formação da sociedade (ou, para os que se tornam sócios após a constituição, com a entrada no grémio social) que não são realizadas sem contrapartida. A contrapartida é adquirida pelos sócios logo no momento da celebração do contrato social: efeito essencial do contrato é a aquisição por cada contraente, em verdadeira relação de troca (comutativa) com essas disposições e, portanto, com a sua participação na formação da sociedade e com os compromissos que nela assume, e designadamente com os compromissos relativos à sua entrada, é a aquisição, dizíamos, da qualidade de sócio, a qual se estrutura no plano jurídico na participação social.

Estruturalmente, a participação social analisa-se num conjunto de posições jurídicas relativas à sociedade, de naturezas heterogéneas, que

são quer direitos subjectivos em sentido próprio, quer direitos corporativos ou sociais, quer meras expectativas, e que têm por fontes a lei societária ou o próprio contrato de sociedade. Ela corresponde, já o vimos, à unificação jurídica e abstracta do conjunto de direitos, poderes, faculdades, expectativas e outras posições jurídicas, incluindo também deveres, que o sócio, por força da sua participação no contrato, recebe ou assume face à sociedade.

Mas a participação social não se reduz a essas posições. Ela assume uma tríplice dimensão: primeiro, é um *status* e um título de legitimação, que, a um tempo, corresponde à entidade constituída pela lei que unifica formal e jurídica do conjunto de direitos e posições em que se analisa a participação do sócio na sociedade (e que é relativamente aberta no seu conteúdo) e que tem por função permitir o exercício da participação na sociedade e legitima, portanto, o exercício da propriedade societária; depois, é um bem no património do sócio; por fim, já num plano mais económico, mas que é aquele que justifica em última instância a tutela jurídica, é a representação de uma fracção do valor da sociedade no património do sócio.

A participação social, constituindo-se, por regra, com a formação da sociedade, por força de estipulações do contrato ou do estatuto e por acção da lei, ingressa e sedimenta-se imediatamente na esfera jurídica pessoal ou individual de cada sócio, reflectindo a transmutação de contraente em sócio, como expressão jurídico-societária dos interesses individuais que o sócio tem na sociedade. Em conformidade, a lei atribui-lhe um estatuto jurídico definido e reconhece-a explicitamente como um bem existente no património de cada sócio: é objecto de direito de propriedade e de outros direitos reais, pode consequentemente ser disposta pelo sócio, é susceptível de ser atacada pelos seus credores pessoais e é suscetível de posse – para mencionar apenas os aspectos mais relevantes do seu estatuto como bem<sup>10</sup>.

Dimensão não menos saliente do estatuto jurídico da participação social é que, sendo um bem que é propriedade do sócio e sendo o título que permite ao sócio a participação na estrutura societária, ela não pode, não obstante ser relativa à sociedade, ser atingida ou afectada pela própria sociedade, estando ao abrigo tanto de deliberações da assembleia geral como de decisões ou actuações do seu órgão de administração: a participação social é elemento da esfera pessoal do sócio (do seu património, se quisermos dizer assim) e a sociedade é constituída para actuar a sua própria esfera, a esfera social, e não para interferir nas esferas pessoais

<sup>10</sup> Sobre o tema, v. o Acórdão de 12-01-2021 do Supremo Tribunal de Justiça (CJ/STJ, 2021, I, págs. 5 e segs.).

dos seus sócios. Deliberações da assembleia geral ou do órgão de administração que afectem o direito de propriedade do sócio a lessem são, por incidirem sobre matéria que não está, por natureza, sujeita a deliberação dos sócios ou da sociedade, nulas (art. 228.º. n.º 1, alínea d))<sup>11</sup>.

Esta afirmação não éposta em causa pela circunstância de, no plano funcional (face à sociedade, portanto), relevar especialmente a dimensão participativa: a participação social permite ao sócio a sua intervenção na sociedade e é, portanto, o instrumento que lhe permite exprimir juridicamente a sua influência na estrutura colectiva – o que, naturalmente, se reflecte também na participação como bem e como valor. Mas a relação que assim se estabelece é de sentido único: o sócio intervém na sociedade, mas a sociedade não tem qualquer poder para intervir no (na esfera do) sócio.

Nessa dimensão participativa, a participação social não se analisa num todo unitário, mas confere ao sócio uma posição complexa, a qual envolve posições que se colocam em planos distintos da esfera jurídica do sócio e que assumem naturezas distintas. Ela corresponde, pois, em síntese, à unificação jurídica e abstracta do conjunto de direitos, poderes, faculdades, expectativas e outras posições jurídicas, incluindo também deveres, que o sócio, por força da sua participação no contrato, recebe ou assume face à sociedade

Podemos agora olhar com mais detalhe, ainda que com brevidade, o lado activo da participação social.

Num primeiro patamar, encontramos os direitos sociais (ou de sociedade) ou corporativos gerais. Trata-se de posições jurídicas que se caracterizam por uma característica positiva e por uma característica negativa: por um lado, são as posições do sócio (enquanto tal) face à sociedade em que se desdobra a sua participação na estrutura social e que se integram sempre na participação social (não dependem de situações ou convenções eventuais, especiais ou anómalias), por resultarem da lei ou do contrato (em rigor, do estatuto) social; por outro lado, não são verdadeiros direitos subjectivos, não só porque são posições que não são autónomas ou autonomizáveis da participação social no seu todo, como porque não conferem um direito a uma pretensão que não dependa de uma cooperação concretizadora do seu próprio conteúdo por parte da sociedade – para se concretizarem numa pretensão a uma prestação, dependem em absoluto de um acto da sociedade (não lhes correspondendo, por isso, um verdadeiro dever jurídico – à pretensão do sócio inerente aos direitos corpo-

<sup>11</sup> Sobre esta nulidade, v. FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, Estrutura associativa e participação societária capitalística, *cit.*, págs. 616 e segs., esp. n. 716.

rativos não corresponde necessária e imediatamente uma vinculação da sociedade a realizar um determinado comportamento). Os direitos sociais ou corporativos gerais são, assim, posições de todos os sócios relativas à sua participação na sociedade, quer no plano associativo, quer no plano patrimonial<sup>12</sup>. Alguns destes direitos são qualificados na doutrina como abstractos ou gerais, numa imagem que pretende reflectir a sua natureza: são os casos paradigmáticos, do direito ao lucro ou do direito a participar em aumentos de capital, que se analisam numa posição geral face à sociedade, mas que apenas conferem ao seu titular o direito a pretensões concretas quando ocorre um evento que desencadeia a sua concretização – com a concretização, mas só com ela, o direito geral ou abstracto como que se desdobra em direitos a pretensões concretas: é com a formação de lucros e a deliberação que aplica os resultados que se forma o concreto direito ao lucro (agora chamado direito ao dividendo), do mesmo modo que é com a deliberação que decide um aumento de capital que o sócio adquire o direito a adquirir novas participações sociais<sup>13</sup>.

Os direitos corporativos gerais podem ser direitos de participação na estrutura (também chamados direitos políticos ou administrativos), como o direito a participar na assembleia geral, o direito de voto, o direito a ser designado para os órgãos de administração da sociedade, o direito à informação sobre assuntos sociais, o direito a obter a convocação da assembleia e a fazer constar ou aadir assuntos na ordem de trabalhos, o direito a impugnar deliberações sociais, etc. – alguns destes direitos corporativos podem ser limitados à titularidade de uma participação mínima, caso em que a lei permite em regra que sejam exercidos colectivamente. Podem

<sup>12</sup> Sobre os direitos corporativos e a sua distinção face aos direitos subjectivos, além de C. A. DA MOTA PINTO, Teoria Geral do Direito Civil, 4.<sup>a</sup> ed. (por A. Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto), 2005 Coimbra, Coimbra Editora, págs. 178-179 e 182, v., com referência já à contraposição entre direitos abstractos (ou potenciais) e direitos concretos ou actuais, VASCO LOBO XAVIER, Anulação de deliberação social e deliberações conexas, Coimbra, Atlântida Editora, 1975, pág. 177 (em nota): “não pode recusar-se a reconhecer a diferença entre os «direitos» que se afirma integrarem a *Mitgliedschaft* e as pretensões e poderes concretos que nestas se filiam e que só vão surgindo no desenrolar da vida da sociedade” – o Mestre usa mesmo as expressões contrapostas “direito abstracto, virtual ou potencial” e “direito concreto, actual” (pág. 227).

<sup>13</sup> Cf., sobre este ponto, A. FERRER COREIA, Lições de Direito Comercial, vol. III, Coimbra, Universidade de Coimbra, 1968, págs. 348-349, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Direito das Sociedades, I, Parte Geral, 3.<sup>a</sup> ed, 2011, Coimbra, Almedina, págs. 623-624. Em vista sobretudo, respectivamente, do direito aos lucros e do direito a participar em aumentos de capital, FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, A posição do accionista face ao lucro de balanço, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, pág. 24, e FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, O aumento de capital nas sociedades por quotas e anónimas, Lisboa, Petrony Editora., 2020, págs. 100-101.

ser também direitos patrimoniais, de que são exemplos paradigmáticos os direitos (*abstractos*) aos lucros e a participar em aumentos de capital.

Não sendo embora verdadeiros direitos subjectivos, os direitos corporativos são objecto de tutela pelo ordenamento jurídico. Essa tutela é feita, umas vezes, com recurso a instrumentos especiais, próprios do direito societário (é o caso do direito à informação) ou pode, até, ser feita em termos similares aos dos direitos subjectivos em sentido próprio – é o caso do direito de voto, na sua dimensão quantitativa: se o exercício do direito de voto exige sempre um acto social, que é a realização da assembleia (ainda que não necessariamente pelo meio comum da reunião dos sócios), a sua dimensão quantitativa, a ser concretamente violada, pode ser objecto de tutela por meios comuns; é, ainda, o caso do direito à exoneração. Alguns desses direitos constituem, pois, posições inderrogáveis pela sociedade: enquanto direitos *abstractos*, se não conferem realmente direito a uma prestação, o seu *se* e *quantum* não podem ser atingidos pela sociedade. Exemplos são o direito abstracto a participar em aumento de capital ou o direito abstracto de voto, na sua dimensão quantitativa – que não podem ser suprimidos ou afectados pela sociedade<sup>14</sup>. O direito abstracto não carece de reconhecimento, por estar inscrito na lei, e o direito concreto só é exercitado e reconhecido em face da vontade do sócio de o exercitar.

Num plano próximo dos direitos corporativos, mas distinguindo-se deles, há um conjunto de posições ou poderes que se integram na participação social como posições reflexas das regras que organizam a estrutura e disciplinam o funcionamento societário e, em geral, que regem a ordem (esfera) social e estrutura da sociedade. São posições do sócio que não têm densidade para se apresentarem como direitos corporativos, por serem meros reflexos de regras gerais impostas à sociedade, mas que, em certas condições (*maxime*, diante de actos concretos que as violam), os sócios podem actuar como limites ao poder da sociedade e da assembleia – são faculdades incluídas no *licere* da participação social, enquanto título que exprime a propriedade societária, e que se analisam num direito geral à observância dos preceitos legais sobre o funcionamento e o procedimento da sociedade e da assembleia, em particular<sup>15</sup>. Temos em mente as posi-

<sup>14</sup> Sobre a inderrogabilidade e irrenunciabilidade do direito abstracto e os seus fundamentos, no caso do aumento de capital, v. VASCO LOBO XAVIER, Anulação de deliberação social, *cit.*, págs. 177, nota 76a, e FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, O aumento de capital nas sociedades por quotas e anónimas, *cit.* págs. 82-83 e 100-101.

<sup>15</sup> Sobre estas posições, v VASCO LOBO XAVIER, Anulação de deliberação social, *cit.*, págs. 171-173, nota 76a.

ções que decorrem das regras que impõem à sociedade e aos seus órgãos o respeito pelo objecto e pela capacidade da sociedade, pelas competências dos órgãos ou pelas regras de vinculação, ou as posições que resultam das regras sobre os deveres dos membros dos órgãos e dos próprios órgãos (como as faculdades de intentar acções de responsabilidade ou de requerer judicialmente a nomeação ou a destituição de administradores) ou, ainda, as posições que são reflexas das regras sobre o funcionamento dos órgãos (como a faculdade de intervir na assembleia).

A participação pode integrar também direitos extracorporativos. Os sócios, como quaisquer outros sujeitos, podem ter direitos de crédito sobre a sociedade. Esses direitos não têm qualquer relação específica com a condição de sócio – são direitos dos sócios enquanto terceiros face à sociedade. Há, no entanto, direitos que têm como fonte a relação social e a qualidade de sócio, mas que se autonomizaram por força de um acto social (que pode ser uma deliberação ou uma cláusula do estatuto) ou da lei – são direitos que, em muitos casos, têm origem num direito corporativo, abstrato, e que correspondem à concretização ou transformação desse direito geral ou abstracto em direito concreto<sup>16</sup>. Trata-se agora de posições jurídicas que radicam directa e autonomamente na esfera de direitos do sócio e que, ainda que integradas na participação social, por força da sua origem societária, são autonomizáveis dela e têm um estatuto jurídico assimilável aos direitos de crédito, sendo, como esses direitos, inderrogáveis por acto da sociedade. Caracterizam-se, pois, por não dependerem (já) de um acto social e por estarem fora do alcance da intervenção da sociedade. O exemplo paradigmático de elemento da participação social que faz parte da esfera individual do sócio é o direito ao dividendo deliberado, que resulta da concretização do direito abstracto ao lucro, o qual é um direito corporativo que tem que passar pela apreciação da assembleia para se converter em direito ao dividendo e em direito ao pagamento de uma quantia concreta. Em geral, integram-se na participação social como elementos da esfera pessoal ou individual do sócio todas as posições do sócio face à sociedade que estão formadas no seu *se* e *quantum* e que não carecem de qualquer cooperação da sociedade para se afirmarem como posições juridicamente exigíveis – é ainda o caso do direito à manutenção da posição relativa na sociedade e dos direitos de subscrição em aumento de capital deliberado (o direito a participar proporcionalmente e o direito à subscrição preferencial) ou do direito ao dividendo atribuído estatuta-

<sup>16</sup> Cf., de novo, A. FERRER CORREIA, Lições, cit., págs. 348-349.

riamente ou por lei (como sucede, no direito português, com os arts. 217.º e 294.º do CSC)<sup>17</sup>.

Por fim, integram-se na participação social, se existirem na concreta sociedade, os direitos especiais<sup>18</sup>. Trata-se de direitos que são atribuídos por disposição do estatuto a um ou mais sócios – no limite, a todos – e que são especiais por exorbitarem do quadro típico de posições que integram a participação social e por serem atribuídos especialmente, como privilégio ou vantagem adicional à condição geral de sócio, a um sócio ou a um conjunto de sócios – isto é, são especiais porque não pertencem aos sócios em geral, pela simples circunstância de serem sócios e de se tratar de direitos que estão associados tipicamente à condição de sócio. Embora resultem do ordenamento social (a sua fonte é o estatuto), têm natureza contratual e satisfazem interesses individuais dos sócios que deles beneficiam, não sendo atingíveis pela sociedade<sup>19</sup>. O exemplo talvez mais comum na prática é o direito a ser gerente, numa sociedade por quotas: o sócio, pelo simples facto de o ser, não tem esse direito, que pode, no entanto, ser atribuído especificamente a um sócio, a alguns ou até a todos – e não é por pertencer a todos que deixa de ser um direito especial, sujeito à tutela própria desses direitos. A prática conhece ainda direitos especiais em matéria de lucros, de voto ou de utilização de bens sociais. Ressalva-se que, nas sociedades anónimas, os direitos especiais não são atribuídos a sócios, mas a acções, e que as acções com o mesmo direito pertencem a uma categoria especial.

Pois bem. As posições jurídicas heterogéneas que integram a participação social na sua dimensão participativa têm uma relação dialética com as demais dimensões da participação social: os direitos e posições do sócio e, mais amplamente, as regras nucleares impostas ao funcionamento da estrutura são funcionalmente dirigidos a tutelar a participação do sócio, nos termos em que ela foi configurada – diante da autonomia da sociedade, o sócio tem na participação social os mecanismos que lhe permitem tutelar o seu investimento e a propriedade societária.

De entre essas posições jurídicas, algumas delas são as condições pressupostas pelo sócio ao participar na sociedade com o seu investimento e envolvimento e ao atribuir autonomia à sociedade. Exemplos flagrantes

<sup>17</sup> Sobre isto, v. o que se disse supra, neste número, a propósito dos direitos corporativos gerais ou abstractos, e, em especial, os autores e obras referidos nas notas 13, 14 e 15. Especificamente sobre o direito à manutenção da posição relativa, na óptica da sua relação com o direito à qualidade de sócio, cf. FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, Estrutura associativa e participação societária capitalística, *cit.*, págs. 491 e segs. e 509 e segs.

<sup>18</sup> Sobre estes direitos, v. A. FERRER CORREIA, Lições, *cit.*, págs. 350-351.

<sup>19</sup> A. FERRER CORREIA, Lições, *cit.*, págs. 352.

são o direito a participar na assembleia e o direito de voto, por um lado, e o direito à informação, por outro. Ora, é a violação ou quebra dessas posições ou das regras de funcionamento de que elas são reflexo, quando ela reduz a posição do sócio a uma participação diminuída e o coloca, por isso, em posição diminuída para influenciar a formação da vontade social (na medida da sua participação, bem entendido) e tutelar o seu investimento, que justifica a intromissão judicial na sociedade.

A resposta à questão de saber quais são dos direitos e regras cuja violação justifica a quebra da autonomia tem este ponto de partida: a autonomia da sociedade não é absoluta e a lei permite excepcionalmente a intervenção judicial em vários planos da vida social, quando aspectos importantes da posição dos sócios quanto à sua participação na sociedade. Vejamos, então, os casos de intromissão judicial na vida da sociedade, por via de exame, previstos na lei de Macau.

## PARTE II

### O EXAME JUDICIAL EM CASO DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À INFORMAÇÃO

É a propósito do direito à informação que o Código de Macau tem a primeira e mais específica previsão do recurso por sócios ao exame judicial. Justifica-se, pois, que a compreensão do conjunto dos preceitos do direito de Macau que prevêem o instrumento que é o exame judicial comece pela análise desse caso. Justifica-se, ainda, que o primeiro passo seja olhar o direito à informação no quadro da participação social do sócio.

#### 1. O direito à informação como direito corporativo e a sua essencialidade para a participação do sócio no projecto societário

Não tendo o sócio papel directo na actividade económica, uma vez confiados o planeamento, a organização e a gestão dessa actividade à própria estrutura da sociedade e remetido o sócio simplesmente a titular de direitos de participação nessa estrutura, a informação é elemento essencial da participação societária. A participação do sócio na actividade económica desenvolvida pela sociedade, na qual é aplicado o seu contributo patrimonial, é sempre mediatisada pela estrutura societária e faz-se por duas vias principais: activamente, através da participação na formação da vontade social, em primeira linha em sede de assembleia e, em geral, nos órgãos sociais; passivamente, através da recepção de informação sobre a vida da sociedade. A informação e direito social ou corporativo que a tem

por objecto têm um valor próprio, enquanto conhecimento pelo sócio da vida da sociedade, e um valor instrumental do exercício dos outros direitos de participação – o direito à informação não se reduz, pois, a um direito instrumental de outros direitos societários.

O direito à informação, por esta sua centralidade na participação societária, e porque é um direito que apenas se concretiza pela cooperação da sociedade e cuja realização efectiva convoca inúmeras dificuldades, justifica uma tutela especialmente cuidada e a própria possibilidade de intervenção judicial. Veremos, todavia, que a lei preserva redutos mínimos de autonomia e que o seu afastamento é apenas admitido na medida do necessário à realização do direito – pode mesmo dizer-se que o princípio da autonomia informa e explica aspectos fundamentais do regime legal do direito à informação. Para confirmar estas conclusões, importa começar por delimitar com brevidade o fundamento e o âmbito do direito dos sócios à informação, para nos centrarmos, depois, nas hipóteses de violação do direito (que tanto podem consistir na recusa de informação devida, como na prestação de informação insuficiente ou incorrecta) que podem constituir causas de promoção pelo sócio da intervenção judicial – a qual, tendo como ponto de partida a violação do direito, pode, em certas circunstâncias, ter um fundamento mais amplo, não se limitando à obtenção da concreta informação.

O direito à informação é um direito corporativo que faz parte do conteúdo essencial da participação social e o seu reconhecimento é justamente consequência da interposição e da autonomia da sociedade e da necessidade de encontrar mecanismos que tutelem a participação e o investimento realizado pelo sócio: surge na esfera do sócio com a constituição da sociedade e os seus fundamentos imediatos e específicos são, a um tempo, a renúncia ao acesso directo à actividade inherente à natureza do mecanismo societário (e, em certos casos, à personalização), o interesse em participar na actividade<sup>20</sup> e em tutelar o investimento realizado na sociedade e a assimetria informativa entre a sociedade e o sócio<sup>21</sup>. Enquanto

<sup>20</sup> ANTÓNIO CAEIRO sublinhava que o regime do direito à informação tem por referente as sociedades de pessoas, “em que os sócios são poucos e se interessam pela vida social”: ANTÓNIO A. CAEIRO, *As sociedades de pessoas no Código das Sociedades Comerciais*, em Estudos em homenagem ao Professor Doutor Eduardo Correia, vol. II, BFDUC, Coimbra, 1984, pág. 43.

<sup>21</sup> Qualificando o direito como corporativo e estruturante, no quadro da participação dos sócio, v. JOÃO LABAREDA, *Direito à informação*, em Problemas do direito das sociedades, IDET/Almedina, Coimbra, 2002, págs. 129 e ss. Encontrando o fundamento do direito à informação a um tempo no contrato e na sua execução (mas só em sentido muito amplo se pode dizer que a sociedade executa o contrato social: v., *supra*, § 1.º, 1.3.) e na dissociação entre o sócio e a pessoa jurídica, v. Diogo DRAGO, *O poder de informação dos sócios nas*

direito do sócio, o direito à informação é uma imposição da dimensão participativa da qualidade de sócio e do investimento inerente à participação societária e é um instrumento da sua tutela – essa participação apenas será eficaz se for informada. É esta relação que justifica que se tenha de distinguir, em certos casos (sobretudo no quadro do investimento que se dá através do mercado de capitais), a informação inerente à própria participação daquela informação que se dirige apenas à tutela do investimento.

É a esta luz que deve começar por ser perspectivada a intervenção da lei em matéria de direito à informação. Na medida em que o direito se liga directamente à participação na sociedade, não é a lei a sua fonte imediata: o direito não é criado pela lei, que apenas regula o seu exercício e pode estabelecer limites ao seu conteúdo, sendo antes um elemento necessário e natural da participação social. Por isto, aliás, os próprios estatutos não podem restringir o núcleo fundamental do acesso do sócio à informação (é esse, desde logo, o sentido do n.º 1 do art. 209.º – cf. o seu n.º 2).

Sendo inerente à participação na sociedade, a concreta configuração do acesso à informação depende de factores como o grau de estruturação da organização e a dimensão desta, a relação dela com os sócios e o peso relativo do investimento do sócio.

O direito tem por conteúdo o acesso a informação sobre quaisquer aspectos da vida associativa (da posição do sócio face à estrutura societária e das dimensões várias da vida interna ou externa desta) e da actividade económica exercida no desenvolvimento do dever de prosseguir o objecto social<sup>22</sup>.

sociedades comerciais, Coimbra, Almedina, 2009, pág. 110. O direito à informação tem uma relação directa com a chamada propriedade do sócio: é elo fundamental para saber se e como exerce o direito *sui generis* de propriedade – e, no limite, se sai ou não da sociedade e da “multi-propriedade” (Cf. J. ARMOUR/H. HANSMANN/R. KRAAKMAN, *Agency problems and legal strategies*, em H. KRAAKMAN/J. ARMOUR/P. DAVIES/L. ENRIQUES/H. HANSMANN/ G. HERTIG/ K. HOPT/H. KANDA/E. ROCK, *The anatomy of corporate law. A comparative and functional approach*, 2.ª ed, Oxford, Oxford Press University, 2009, pág. 49). Já em *Mandatory disclosure and the protection of investors*, Easterbrook/Fischel sublinhavam a relação da informação espontânea com a propriedade, ao assinalar o seu papel como compensação ou solução para a falha do direito de propriedade (F. H. EASTERBROOCK/D. R. FISCHEL, *Mandatory disclosure and the protection of investors*, em R. ROMANO (org.), *Foundations of corporate law*, Nova Iorque/Oxford, Oxford Press University, 1993, pág. 303 e ss., esp. 306).

<sup>22</sup> O Supremo Tribunal de Justiça português explicitou recentemente a extensão do direito, assinalando que este respeita “não apenas quanto ao não fornecimento de informações, como, também, em caso de recusa do direito de consulta ou de informação sobre a vida da sociedade, nomeadamente, quando lhe é negado o direito de obter informação sobre um específico assunto respeitante à gestão da sociedade” (Acórdão do STJ de 29-10-2013, em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), proc. n.º 3829/11.0TBVCT.G1.S1).

## **2. A tutela do direito à informação por recurso ao tribunal: a ordem judicial para a prestação de informação, prevista no n.º 4 do art. 209.º do CComMacau**

Como vimos já (*supra*, Introdução, 1), na lei de Macau são previstos dois mecanismos para tutela do direito à informação: a intervenção do tribunal por meio de ordem de entrega de documentos, prevista no n.º 4 do art. 209.º, e a realização de exame judicial. Ambos os mecanismos constituem restrições graves à autonomia da sociedade, que se justificam por estar em causa a tutela de um direito essencial à participação do sócio – sendo indiscutível que o exame judicial é a medida mais intrusiva. Ante os dois pólos que são autonomia da sociedade e direito do sócio, justifica-se um particular cuidado no recurso a ambos os instrumentos, ponderando a medida da restrição à autonomia em função do necessário à realização da participação do sócio e à tutela do seu investimento<sup>23</sup>.

A previsão da entrega de documentos ordenada judicialmente é justamente um reflexo dessa ponderação: a ordem prevista no n.º 4 é disposta na lei para reservar a intromissão mais radical, o exame judicial, para os casos mais graves – naquelas situações em que está em causa a pura e simples não entrega de informação e em que a realização do direito (de modo verdadeiro, completo e elucidativo, para usarmos a formulação da lei) ainda é possível, não é admitido o recurso directo ao exame. Pela mesma razão – isto é, para preservar o exame como última *ratio* –, a lei circunscreveu a sua admissibilidade aos casos em que a violação do direito é já tão clara que permite assumir um incumprimento definitivo – aquelas em que a sociedade prestou informação, mas ela não é completa, verdadeira ou elucidativa, isto é, em que a sociedade falhou já na prestação. O resultado da articulação dos dois mecanismos é que, para recorrer ao exame judicial, o sócio tem que provar actos positivos de violação do direito e não uma pura omissão: a recusa pura e simples de prestação da informação é fundamento, e exige, o recurso ao mecanismo do n.º 4 – nesses casos, o sócio não pode optar por ir directamente para o exame. No entanto, se a recusa revelar uma vontade de não cumprir em definitivo, nomeadamente se o sócio demonstrar que há uma reiterada recusa de informação ou prestação de informação insuficiente e dessa actuação resultar uma vontade inequívoca da sociedade de não cumprir, a situação é equiparada àquelas

<sup>23</sup> Não cremos, assim, que, apesar de se tratar de um processo “pesado” e “lesivo”, se deva afirmar que ele deve apenas ser objecto de recurso nas mais extremas circunstâncias”: nesse sentido, Diogo DRAGO, *O poder de informação*, *cit.*, pág. 326.

que permitem o recurso ao exame e o sócio pode recorrer directamente a este mecanismo.

Claro que a distinção entre os campos de aplicação de um e outro mecanismos não é absoluta. Na verdade, nem sempre será fácil saber quando estamos diante de uma pura e simples recusa de informação e quando se configura antes uma prestação de informação incompleta ou não elucidativa, a qual, por natureza, faltando algo, corresponde também a uma recusa de entrega (da informação em falta, naturalmente) – mesmo quando é prestada informação que é falsa, é certo que falta ... a informação verdadeira. Cremos que a *ratio* que acima expusemos poderá fornecer um critério prático para a distinção entre as hipóteses em que cabe o recurso à ordem judicial e aquelas em que é permitido o exame: se houve um pedido de informação e a sociedade recusou, sem mais, o sócio pode e deve recorrer à ordem judicial; se houve um pedido de informação e a sociedade o satisfez apenas parcialmente, de modo incompleto, não verdadeiro ou não elucidativo, então o caso é não apenas o de uma omissão que ainda pode ser colmatada por uma ordem judicial, mas é, antes, o de um acto positivo de violação do direito, que justifica logo (sem mais) uma intromissão mais profunda do tribunal – que justifica o exame. Mas nem sempre que houver falhas na informação prestada o sócio poderá recorrer, sem mais, ao exame: sempre ponderando os eixos que estão presentes no regime (a composição ou compatibilização entre direito do sócio à informação e limitação à autonomia societária), deve exigir-se, para o recurso ao exame, um requisito adicional, o de que os elementos omitidos sejam relevantes para que o sócio forme a sua opinião ou posição sobre o aspecto da vida social em causa, no quadro do pedido do sócio, tal como foi formulado – um dado não verdadeiro ou não elucidativo, mas que não tem peso no conhecimento pelo sócio do aspecto da vida social sobre o qual ele pretende informação, não justifica o recurso ao exame. Nessas hipóteses, o sócio deve recorrer à ordem judicial para obter a informação em falta.

Questão que a lei não trata directamente é a de saber o que pode fazer o sócio em caso de não acatamento pela sociedade da ordem judicial prevista no n.º 4 do art. 209.º. O preceito não prevê a hipótese e não prevê, portanto, um mecanismo de tutela específico. Por outro lado, o processo de execução para prestação de facto não é adequado à tutela de um direito corporativo não patrimonial. Por outro lado, ainda, a letra dos n.ºs 4 e 5 parece afastar a aplicação do exame previsto no n.º 5 à hipótese que consideramos. Não obstante o que se diz, é certo que o ordenamento jurídico não pode deixar de prever solução para o caso. Ponderados estes dados, cremos que a solução mais adequada é considerar que a violação da

ordem judicial comporta uma violação especialmente grave e qualificada do direito do sócio à informação e que, com isso, se preenche a hipótese do n.º 1 do art. 211.º: o não acatamento pela sociedade de uma ordem judicial prevista especificamente na lei constitui uma grave irregularidade de funcionamento da vida associativa e o sócio pode, nesse caso, requerer exame judicial – ao abrigo, pois, do art. 211.º. Na medida em que o n.º 5 do art. 209.º remete para esse outro preceito, a solução conduz ao mesmo resultado prático a que levaria a aplicação, por interpretação extensiva, do art. 209.º. Em qualquer caso, o inquérito pedido nos termos do 211.º pressupõe o recurso ao mecanismo do n.º 4 do art. 209.º e o não cumprimento pela sociedade da ordem judicial.

O que se diz adiante (na Parte IV) sobre a tramitação do processo vale para o caso do n.º 5 do art. 209.º e vale para o inquérito pedido ao abrigo do art. 211.º, sempre que a irregularidade invocada for a recusa de informação.

### **PARTE III**

#### **O EXAME FUNDADO EM “GRAVES IRREGULARIDADES” NA VIDA DA SOCIEDADE E OS EXAMES REQUERIDOS POR CONSERVADOR OU POR INICIATIVA DE JUIZ**

Como vimos já, a lei comercial de Macau prevê uma hipótese especial de recurso pelo sócio ao exame judicial: o exame pode ser requerido se ele tiver fundadas suspeitas da existência de graves irregularidades na vida da sociedade (n.º 1 do art. 211.º). O Código prevê, ainda, dois casos de realização de inquérito que não dependem, ou não dependem directamente, de iniciativa de um sócio. Começaremos por uma breve análise destes mecanismos.

O primeiro é o previsto no n.º 7 do art. 211.º: prevê-se aí que “idêntico [ao do n.º 1 do preceito] exame judicial à sociedade” seja requerido por conservador. Nos termos do preceito, o conservador tem o poder-dever de requerer a realização de exame judicial sempre que omissões de actos de registo ou o teor de documentos levados a registo indiciem ou contenham indícios da existência de irregularidades. A existência de um dever não oferece dúvidas: não obstante a lei começar por dizer que o “exame judicial à sociedade *pode* ser requerido”, explicita logo de seguida que o conservador actua nesse sentido “*sempre*” que as circunstâncias referidas na lei (e que são actos ligados ao registo) se verifiquem e indiciem irregularidades – o “*pode*” não indica facultatividade, mas é apenas a forma verbal encontrada pelo legislador para estabelecer que também o conservador tem legitimi-

dade para requerer o exame. Não basta, note-se, a simples omissão de actos de registo ou qualquer teor de documentos trazidos a registo para a actuação do conservador: há-de haver uma relação indicária entre as omissões de registo ou o teor dos documentos e a existência de irregularidades – estas devem ser indiciadas por aqueles e o conservador, ao requerer o exame, tem que estabelecer essa relação. Mas, sublinhe-se, a lei não exige, ao contrário do que faz para um sócio requerer o exame ao abrigo do n.º 1, a gravidade das irregularidades, bastando-se com irregularidades que se reflictam no registo. Esta amplitude justifica-se pela função do registo, a tutela de terceiros: irregularidades que se reflectem em omissões ou documentos levados a registo bulem com terceiros e são, por natureza, graves.

No n.º 2 do art. 259.º, a lei prevê um inquérito desencadeado oficialmente pelo juiz – ainda que o juiz não possa interferir sem que tenha havido uma iniciativa anterior de um sócio. A hipótese é a seguinte: em caso de não apresentação de contas e relatório da administração para aprovação pela assembleia geral de sócios, se um sócio requerer ao juiz a fixação de um prazo suplementar para essa apresentação (é este o impulso de que depende a iniciativa do juiz) e esta não ocorrer no prazo fixado, o juiz pode tomar medidas excepcionais de intromissão na vida da sociedade, uma das quais é a realização de exame judicial (a outra é a destituição de um ou mais administradores).

Isto posto, retomamos o contacto com n.º 1 do art. 211.º. Como vimos, a lei confere legitimidade ao sócio que tenha fundadas suspeitas de graves irregularidades para requerer exame para apuramento delas.

A lei não especifica o que se deve entender por graves irregularidades. É este o problema interpretativo que o preceito convoca, no plano substantivo, e é sobre ele que agora nos vamos centrar.

O ponto de partida da interpretação da noção constante do preceito é o de que graves irregularidades não são quaisquer irregularidades, mas aquelas que tenham uma repercussão importante na vida associativa ou na actividade económica da sociedade.

A confirmar isto, está a comparação das letras dos n.ºs 1 e 7: o conservador pode (e deve) suscitar o exame diante de indícios de irregularidades, mas a faculdade atribuída ao sócio coloca-se num plano mais exigente, pois que o sócio apenas pode actuar se invocar e provar fundadas suspeitas de “graves irregularidades”.

Um outro elemento para a fixação do alcance da noção inscrita no n.º 1 do art. 211.º é-nos fornecido pela comparação com o direito português, com o qual, é sabido, o direito comercial de Macau tem uma relação próxima. No Código das Sociedades Comerciais, como vimos, o legislador português, não optou por uma previsão geral, tendo antes elencado um

conjunto de casos específicos em que o inquérito pode ser desencadeado. Trata-se de hipóteses em que está directa ou indirectamente em jogo o direito aos lucros: directamente, temos o inquérito que deve ser requerido por administrador quando o direito ao dividendo já deliberado é afectado por deliberação ulterior do órgão de administração (art. 31.º, n.º 3, do CSC); indirectamente, a lei admite que, em caso de remuneração de gerente excessiva (que põe indirectamente em causa os lucros), esta possa ser reduzida em processo de inquérito requerido por qualquer sócio (art. 255.º, n.º 2) e admite, ainda, inquérito em caso de falta de contas ou relatório de gestão, isto é, nos casos de não apresentação das contas, de relatório de gestão e de outros documentos de prestação de contas dentro do prazo suplementar previsto na lei, nos termos do art. 67.º, n.º 1, do CSC, da não aprovação de contas apresentadas por administrador ou gerente *ad hoc*, nos termos do n.º 3 do mesmo artigo, e da não aprovação de contas pela assembleia quando a administração não aceita a sua reforma, nos termos do art. 68.º, n.º 2 – nestes casos, a lei portuguesa tutela simultaneamente o direito patrimonial ao lucro e o funcionamento mínimo da vida associativa, em vista da execução do projecto social e do seu controlo pelos sócios; numa relação também indirecta com o direito aos lucros, a lei portuguesa admite um inquérito em caso de abuso de informação interna (arts. 449.º e 450.º, n.º 1). Pois bem. Ao optar por uma previsão assente na noção geral de “graves irregularidades”, o legislador de Macau afastou-se desse modelo que tinha diante de si e optou por uma previsão mais ampla, cuja intencionalidade é a de ser mais aberta do que o elenco tipificado no direito português,

Ora, com estes dados, pode interpretar-se a noção prevista no n.º 1 do art. 211.º: “graves irregularidades” para efeito do recurso a exame por iniciativa de sócio, são situações de violação da lei ou do estatuto social que afectem a participação do sócio na vida associativa ou o seu direito aos lucros – no fundo, violações das regras e direitos em que o sócio confiou no momento da sua participação na sociedade.

Na concretização da noção, pode pensar-se, como graves irregularidades que justificam a intromissão do tribunal na vida da sociedade, a pedido de um sócio, em:

- i) actuações da sociedade que atinjam o direito do sócio sobre a participação social ou que afectem o valor desta – ou seja, que ponham em causa a propriedade societária;
- ii) violação de preceitos quanto à apresentação e aprovação de contas (arts. 254.º, 255.º e 256.º), que tutelam terceiros e, indirectamente, o direito ao lucro;

- iii) violação de preceitos que tutelam directamente o direito ao lucro (arts. 195.º, n.º 1, alínea a), 431.º, n.º 2 e 377.º, n.º 2);
- iv) violação de preceitos sobre as regras fundamentais que regem a competência e o funcionamento dos órgãos sociais, incluindo o princípio da igualdade de tratamento (art.194.º);
- v) existência de abuso de posição dominante de sócio (art. 212.º, n.º 2);
- vi) violação das regras sobre a afectação do património social à actividade social e sobre a tutela de credores, de que são exemplos a regra sobre a capacidade da sociedade e a especialidade do fim, a regra sobre a afectação exclusiva do património da sociedade ao cumprimento das obrigações da sociedade, ou, ainda, as regras relativas ao cumprimento do objecto social e à formação da reserva legal – arts. 177.º, n.º 1, 213.º, n.º 1, 381.º, al) m)<sup>24</sup> e 465.º, n.º 1, 236.º, n.º 2 e 377.º n.º, 4 e 432.º, 198.º, n.º 1 e 3, 206.º, respectivamente).

Em geral, constituem “graves irregularidades” os ataques aos direitos mais importantes e à participação do sócio na sociedade – o direito sobre a participação social é o direito patrimonial central, a par do direito ao lucro e ao direito ao dividendo deliberado. Numa só frase, fundamentarão o exame judicial ao abrigo do art. 211.º, n.º 1, todas as actuações da sociedade que afectam faculdades e elementos importantes da propriedade societária.

A concretização da noção pode atender ao tipo societário e à concreta configuração da sociedade. Por regra, na sociedade anónima, justificar-se-á mais amplamente a intervenção judicial: esse tipo social caracteriza-se, em abstracto, por uma menor personalização e, em consequência, por uma maior autonomia da sociedade face aos sócios, a que corresponde um controlo por estes mais evanescente e com menos meios. Justifica-se, por isto, uma heterotutela mais forte e uma intervenção do tribunal que supra a carência de controlo pelos accionistas – ainda que limitando o acesso em função do capital detido.

<sup>24</sup> Se a ultrapassagem do objecto através de outra sociedade, mesmo que de responsabilidade limitada, apenas pode ser feita mediante deliberação da assembleia, por maioria de razão a actuação directa da sociedade fora do seu objecto, que envolve sempre responsabilidade ilimitada, está vedada aos administradores – coisa distinta é a vinculação pela actuação destes.

**PARTE IV**  
**O PROCESSO DE EXAME – ALGUMAS NOTAS**

A disciplina que rege o processo de exame deve ser compreendida à luz da tensão entre autonomia e intromissão fundada na defesa da propriedade societária. É sob essa perspectiva que vamos percorrer, com brevidade, os traços fundamentais do processo de exame<sup>25</sup>.

Os n.ºs 1 a 5 do art. 211.º, para os quais remetem explicitamente o n.º 5 do art. 209.º e o n.º 2 do art. 259.º, e, implicitamente, o n.º 7 do art. 211.º (“idêntico exame” quer dizer exame feito nos mesmos termos), prevêem, de modo unificado, alguns dos termos do processo de exame. Esses preceitos valem como normas especiais em relação às disposições dos arts. 1262.º e seguintes do CPC de Macau, o que significa que, quando o exame se requeira ao abrigo do n.º 1 do art. 211.º ou de preceito que remeta para ele, as disposições do art. 211.º, onde contenham especificidades, prevalecem sobre as regras gerais do CPC. Há, no entanto, que ter presente que, no caso previsto no n.º 3 do art. 1262.º, os termos do inquérito articulam-se antes com as regras especiais do art. 259.º, que prevalecem sobre as do Código de Processo Civil: a lei, permitindo que o juiz determine logo à partida a destituição de um ou mais administradores, o que, no limite, pode significar a destituição de todos os administradores, associa claramente essa medida à abertura de exame judicial e à nomeação de um administrador judicial, o que implica, articulando as regras gerais e especiais, que o perito auditor nomeado nos termos dos arts. 1263.º, n.º 2, do CPC e 211.º, n.º 2, pode assumir a condição de administrador, se uma das irregularidades em questão no inquérito for a não apresentação de contas e relatórios de gestão.

Recorde-se, à margem, que, independentemente do exame, nos casos de informação ligada à realização de assembleia e a deliberação social, a violação do direito pode conduzir à anulabilidade da deliberação afectada.

No direito de Macau, o recurso ao exame não depende, em caso algum, da prévia convocação ou realização de uma assembleia geral – é assim mesmo no caso do direito à informação, pois, a prestação de informação total ou parcialmente desconforme com a realidade ou com o solicitado é a única condição explícita da possibilidade de recurso ao inquérito judicial. O recurso à reunião da assembleia é, portanto, um meio suplementar

<sup>25</sup> Nas palavras de Remédio Marques, a propósito da precedência da autocomposição interna, o inquérito “traduz uma intromissão autoritária do tribunal na vida da sociedade” (J. P. REMÉDIO MARQUES, *Anotação ao artigo 292.º*, Código das Sociedades Comerciais em Comentário, Coimbra, Almedina, vol. V, pág. 233).

e facultativo para o sócio realizar o direito e não um pressuposto da realização do inquérito.

O sócio requerente tem que indicar as graves irregularidades ou a prestação de informação falsa, incompleta ou manifestamente não elucidativa e, como vimos (*supra*, Parte III), pode, ainda, invocar a recusa de prestação de informação objecto de decisão judicial – as irregularidades têm que ser graves, no sentido que acima determinámos, e a informação em causa tem que estar no âmbito do concreto direito à informação do sócio requerente.

Não há, no entanto, uma relação directa necessária entre as irregularidades ou a informação em causa e o objecto do inquérito: se, em primeira linha, o exame se destina ao apuramento das irregularidades invocadas e à obtenção da informação a que o sócio tem direito (n.º 1 do art. 211.º, *in fine*, e art. 1263.º, n.º 1, *in fine*), a lei admite a ampliação do objecto do exame a matérias que sejam apuradas no exame ou sejam trazidas ao processo e que seriam fundamento para um novo exame; a ampliação não se dará, no entanto, se dela “resultarem graves inconvenientes” – a lei não explicita que inconvenientes são esses, mas, estando em causa matérias que fundamentariam um exame autónomo e não estando esse exame sujeito a um critério de conveniência, os inconvenientes parecem dever restringir-se aos inconvenientes que para a sociedade ou para o processo em curso adviriam da própria ampliação (como o prolongamento excessivo daquele processo ou a circunstância de o alargamento dificultar a realização do objectivo central), que não acontecem nos casos em que as matérias abrangidas pela ampliação apresentam uma conexão decorrente de uma essencial unidade de comportamentos ou propósitos por parte da sociedade. O valor da economia processual e o valor da celeridade na defesa do sócio cedem apenas se a ampliação colocar em risco a defesa do sócio ou a correcção de irregularidades que o exame já em curso visa. Por outro lado, no juízo sobre a ampliação, há que ponderar que o princípio, quanto ao âmbito do inquérito, é o de que ele não pode comportar uma intrusão desproporcionada e sem conexão com a informação em falta ou com as irregularidades.

Ao contrário do que sucede no direito português, não vale aqui em absoluto o princípio do inquisitório: o juiz fixa os pontos de facto que o exame deve abranger, mas estes devem situar-se no âmbito dos fundamentos que determinaram o juízo de procedência do requerimento inicial (art. 1263.º, n.º 1 do CPC). Quer isto dizer que, mesmo no quadro da latitude de poderes que a lei atribui ao juiz na fixação de medidas cautelares que considere convenientes para garantia dos interesses da sociedade, dos sócios ou dos credores, essas medidas devem estar contidas no âmbito das irregularidades que fundaram o exame ou a que ele se estendeu, no

âmbito da informação em falta ou, ainda, devem ser a resposta a actos susceptíveis de entravar a investigação em curso (art. 1265.<sup>a</sup>). A autonomia da sociedade implica que o juiz, a partir dos fundamentos do requerimento, adeque as diligências e fins do inquérito e as medidas cautelares aos aspectos que fundamentaram a intervenção judicial.

O inquérito tem que ser requerido por sócio – o requerente tem que demonstrar a sua legitimidade, invocando e alegando a qualidade de sócio. A isso acresce, no caso da invocação de violação do direito à informação, que o requerente alegue ser o sócio a quem foi recusada a informação ou a quem ela foi prestada de forma indevida – não pode, qualquer que seja o fundamento, haver intervenção oficiosa do tribunal, nem, estando em causa o direito à informação, o inquérito pode ser requerido por outro sócio que não aquele a quem foi violado o direito – já a invocação de irregularidades graves pode, naturalmente, ser feita por qualquer sócio que tenha sido afectado ou prejudicado nas suas posições societárias.

O requerimento tem que alegar os fundamentos do pedido de inquérito, que são ou as irregularidades graves ou, no caso do direito à informação, a recusa ou prestação indevida, nos termos que vimos acima, invocando e especificando os factos em que se consubstanciam as fundadas suspeitas, o que, no caso da violação direito à informação prevista no n.º 5 do art. 209.<sup>º</sup>, se analisa em o sócio invocar as razões pelas quais a informação foi presumivelmente incompleta, falsa ou não elucidativa, bastando-lhe fazer a prova indiciária do incumprimento pela sociedade – cabendo a esta provar que cumpriu cabalmente<sup>26</sup>. O requerente deve ainda indicar

<sup>26</sup> Parece-nos, na falta de indicação da lei processual, ser esta a solução que melhor se adequa aos princípios gerais e à regulamentação substantiva: por um lado, é ao requerente, que invoca o direito e a sua violação, que cabe fazer a alegação e a prova dos factos respectivos; terá que fazer a prova da recusa ou falta (e, no caso de recusa, deve fazer a prova de que recorreu ao procedimento do n.º 4 do art. 211.<sup>º</sup>), mas uma prova estrita da falsidade ou da insuficiência da informação seria impossível ou muitas vezes contraditória com o próprio pedido de inquérito (pois que, no limite, a saber da falsidade ou da insuficiência isso significa que o sócio não carece realmente da informação, pois já a tem...); mas, se é assim, e se não se pode frustrar o direito com uma prova excessiva, também não se pode derrogar o princípio geral de quem invoca o direito deve fazer a prova dos seus pressupostos; por outro lado, tem que haver uma base mínima para o juiz ordenar a intromissão na sociedade em prejuízo da sua autonomia. Daí, pois, que se exija ao requerente uma prova indiciária, mas que se coloque a cargo da sociedade a prova do cumprimento correcto. Cremos que neste sentido vai o direito substantivo: como já sublinhámos, o art. 209.<sup>º</sup>, n.º 5, ao enunciar os pressupostos em que o sócio pode requerer o exame, refere que a informação deve ser presumivelmente falsa, incompleta ou não elucidativa, ao passo que no n.º 4, para a recusa, não exige quaisquer qualificações – presumivelmente remete para uma prova indiciária. O STJ português decidiu já nessa base que “*o inquérito judicial só é*

os pontos de facto que interessa averiguar e requerer as providências que reputa convenientes (art. 1262.º, n.º 1, *in fine*, do CPC), sendo que os pontos a averiguar e as providências hão-de ter uma conexão com a irregularidade invocada ou com a informação solicitada. O inquérito pode ter por objecto a obtenção ou consulta de documentos, nos termos que vimos acima.

São citados para contestar a sociedade e os titulares dos órgãos sociais a quem sejam imputadas irregularidades no exercício das suas funções (art. 1048.º, n.º 2, do CPC). A referência singela do n.º 2 do art. 211.º a ser “ouvida a administração” não deve ser considerada uma norma processual especial – tem antes, a natureza de disposição de direito substantivo cuja execução processual é feita pelo CPC, e não implica, portanto, qualquer aligeiramento em matéria de contraditório.

Depois da citação e de ouvidos os citados, o juiz decide se há motivos para proceder ao exame, podendo determinar logo que a informação pretendida pelo requerente seja prestada – art. 1263.º, n.º 1, do CPC. O juiz pode simplesmente ordenar a prestação da informação, reduzindo o processo a isso, se os fundamentos não se estenderem a “graves irregularidades”.

Decidido que se proceda ao exame, o juiz fixa os pontos que a diligência deve abranger e nomeia o perito ou peritos que devem realizar a

*permitido quando tiver sido recusada informação a sócio da sociedade ou tiver sido frustrada informação presumivelmente falsa incompleta ou não elucidativa*” (Acórdão do STJ de 27-04-1993, em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), proc. n.º 083080. Numa decisão mais recente, o Tribunal Supremo de Portugal (Acórdão do STJ 29-10-2013, em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), proc. n.º 3829/11.0TBVCT.G1.S1) assume literalmente o princípio, não sem dar abertura à prova a realizar pelas partes: com efeito, o Tribunal assume que “*o pedido de inquérito judicial deve fundar-se em factos, concretamente, alegados pelo autor sobre a falsidade da informação solicitada ou a sua insuficiência, como factos constitutivos do seu direito, cuja demonstração lhe cabe efectuar*”, mas que “*a sociedade requerida tem, em contraponto, o ónus de demonstrar os factos donde se possa retirar ou inferir a licitude da recusa, que se traduzem em factos impeditivos do direito do requerente, atento o preceituado pelo artigo 342º, nºs 1 e 2, do CC, respectivamente*”. Noutra decisão recente, o STJ, num caso em que a sociedade assumiu a não prestação completa de informação, entendeu haver pressupostos para o inquérito porque “*é ilícita a recusa por parte de uma sociedade anónima em prestar informações sobre assuntos sociais pedidas por um acionista titular de pelo menos 10% do capital social, pedidas com a invocação que as mesmas se destinavam a apurar responsabilidades dos membros do órgão de administração, se a sociedade não lograr provar que não era esse o fim visado pelo sócio*” (Acórdão do STJ de 24-04-2014, em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), proc. n.º 287/12.6TBAMR.G1.S1). Sobre o tema, na doutrina, defendendo a existência de uma presunção, v. DRAGO, Diogo, *O poder de informação*, *cit.*, págs. 329-330, nota 503. Para uma enunciação em geral do ónus da prova, com formulação que, sem explicitar o ponto, parece sugerir uma prova plena a cargo do requerente, v. REMÉDIO MARQUES, J. P., *Anotação ao art. 216.º, cit.*, pág. 320.

investigação – se o processo for requerido ao abrigo do art. 211º, o perito deve ser um auditor de contas (n.º 2 do art. 211.º), o que não impede, se o juiz o entender, que, sendo nomeado mais do que um perito, os outros sejam nomeados nos termos do CPC (isto é, havendo vários peritos, só um tem que ser necessariamente auditor de contas).

O perito nomeado tem (*ex lege*) poderes para realizar os seguintes actos: “*a) Inspeccionar os bens, livros e documentos da sociedade, ainda que estejam na posse de terceiros; b) Recolher, por escrito, as informações prestadas por titulares de órgãos da sociedade, pessoas ao serviço desta ou quaisquer outras entidades ou pessoas; c) Solicitar ao juiz que, em tribunal, prestem depoimento as pessoas que se recusem a fornecer os elementos pedidos, ou que sejam requisitados documentos em poder de terceiros*” (art. 1263.º, n.º 3, do CPC). A lei acrescenta que estes poderes são “além de outros que lhe sejam especialmente cometidos”, o que implica que a lei atribui ao juiz um poder com grande latitude na fixação dos poderes do perito que conduz o exame. O juiz pode, nomeadamente, por aplicação extensiva ou analógica do n.º 2 do art. 259.º (ainda que o processo de exame não tenha sido por si desencadeado, portanto), atribuir ao perito poderes de administrador judicial, quando o exame tenha sido promovido também ou apenas com base na irregularidade que é a não apresentação de contas e relatório de administração – além de poder usar o poder de destituir administradores previsto nesse preceito. Cremos que, do mesmo modo, dados os termos amplos do n.º 3 do art. 1263.º do CPC e o poder também amplo que a lei confere ao juiz de aplicar as medidas cautelares que “considera convenientes para garantia dos interesses da sociedade, dos sócios ou dos credores sociais” (art. 1265.º do CPC), que o juiz, logo que apure a existência de irregularidades, e no âmbito das medidas cautelares que entenda justificadas (e, portanto, não apenas na decisão final do processo), pode ordenar a destituição de titulares de órgãos sociais (art. 211.º, n.º 5, alínea c)): os termos deste n.º 5, articulado com aquele art. 1265.º, significam que a lei admite que o juiz, “durante a realização do exame” (art. 1265.º) e logo que tenha por “apurada a existência de irregularidades” (n.º 5 do art. 211.º), pode, independentemente de se tratar de exame a que se aplique o art. 259.º, e em termos e com poderes mais amplos do que os que são admitidos expressamente nesse preceito especial, ordenar a destituição de administradores e atribuir poderes de administração ao perito judicialmente nomeado – o juiz pode tomar as medidas que sejam adequadas e proporcionadas à correcção das graves irregularidades e à reposição do cumprimento da lei e dos estatutos e ao respeito pelos direitos dos sócios e, se optar pela destituição, tem que assegurar por via judicial a condução dos assuntos sociais. A nomeação judicial justificar-se-á não só por ter que

se assegurar a gestão, como, ainda, pela necessidade de propor acções ou de praticar actos necessários à reposição da legalidade (se bem que alguns possam estar já incluídos na mera gestão). O juiz pode ainda, no âmbito do art. 1265.º do CPC, e sempre em função das concretas irregularidades, inibir órgãos sociais ou concretos administradores de actuação ou da prática de certo tipo de actos que tenham relação com as irregularidades em causa no processo e que possam contender com a sua correcção e (ou) possam pôr em causa a realização das medidas já tomadas (ou que prefigura que podem vir a ser tomadas) ou as finalidades do próprio exame. E se o juiz pode o mais, pode também o menos: em lugar de destituir um administrador ou todos, pode simplesmente decretar a inibição de todos ou de alguns dos administradores que fiquem em funções – bem como da assembleia geral – para interferir com a acção do administrador judicial.

Terminado o exame propriamente dito, o juiz profere decisão sobre a matéria de facto (art. 1266.º, n.º 2, do CPC), apreciando os pontos de facto que constituíram fundamento do exame. De seguida, retira deles as consequências jurídicas previstas na lei comercial, ponderando a gravidade das irregularidades: pode ordenar a regularização das situações ilegais apuradas em prazo por si fixado, a destituição dos titulares de órgãos sociais responsáveis por irregularidades apuradas ou a dissolução da sociedade.

A lei de Macau não dispõe sobre a cessação das funções do perito, investido ou não em funções de administração. Se bem vemos, esse silêncio tem implícito que a regra é a da cessação com o termo do processo, com a prolação da decisão final. Mas está nos poderes do juiz no quadro do controlo do processo fazer cessar essas funções durante o exame. As funções de perito ou de administrador nomeado judicialmente cessam, nos casos em que lhe cabe propor acções ou praticar actos de reposição de legalidade, quando o juiz, ouvidos os interessados (a sociedade, os membros da administração em funções ou suspensos e os maiores accionistas ou os mais activos na vida associativa), o entender. O entendimento do juiz não é, naturalmente, arbitrário. Ele terá que ponderar os objectivos colocados à actuação do perito ou do administrador e o grau de realização e a importância da manutenção das funções para a prossecução desses objectivos; havendo desnecessidade ou podendo já as tarefas em curso ser desempenhadas por administradores nomeados pelos sócios, deve ser resposta a normalidade e, com ela, a autonomia. Terminado o processo, ou após data anterior que tenha sido fixada pelo juiz, o perito ou o administrador judicial vê as suas funções cessar por caducidade com a eleição de novos administradores, feita nos termos da lei e ou do estatuto.



**RESUMO:** Neste texto aborda-se a delegação de poderes no âmbito do conselho de administração, procurando responder ao modo como a mesma pode ocorrer e enuncianado os problemas e questões que suscita, designadamente as matérias indelegáveis e o conceito de gestão corrente.

**Palavras-chave:** delegação de poderes; comissão executiva; administrador-delegado; gestão corrente.

**ABSTRACT:** In this paper we analyze the delegation of powers within the board of directors and the issues to be solved regarding the delegation, notably the matters that cannot be delegated and the meaning of the day-to-day management.

**Keywords:** delegation of powers; executive committee; deputy director; day-to-day management.

PAULO OLAVO CUNHA\*

## Delegação de poderes no âmbito do conselho de administração\*\*

### Introdução: relevância do tema

A delegação de poderes é um fenómeno que pode ocorrer no âmbito das sociedades por quotas ou das sociedades anónimas, que permite concentrar a direção efetiva da sociedade num ou em vários membros do órgão de gestão, afastando da administração corrente os demais gestores societários. Para que tal possa acontecer, nas sociedades anónimas, é necessário que os estatutos autorizem a delegação (cfr. art. 407.º, n.º 3 do Código das Sociedades Comerciais<sup>1</sup>)<sup>2</sup>.

\* Professor catedrático da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa (Escola de Lisboa). Advogado (VdA).

\*\* O presente texto destina-se aos Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor António Pinto Monteiro e constitui o desenvolvimento da conferência efetuada no Funchal (organização do Conselho Regional da Madeira da Ordem dos Advogados) sobre Temas Atuais de Direito das Sociedades, realizada em 14 de outubro de 2022.

<sup>1</sup> Diploma também designado apenas por CSC; e a que se reportam todas as disposições legais que não se encontrarem especialmente referenciadas.

<sup>2</sup> Trata-se de um tema que não tem suscitado, por parte da doutrina, o interesse que a sua expressão prática justificava.

Apesar disso, são vários os autores nacionais que se têm pronunciado sobre a delegação de poderes.

De entre todos, assume preponderância ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, designadamente a sua dissertação de mestrado sobre *Os poderes de representação dos administradores de sociedades anónimas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, em especial pp. 342-392, a monografia sobre *Administradores-delegados e comissões executivas. Algumas considerações*, 2.<sup>a</sup> ed., Cadernos

Vamos introdutoriamente focar a atenção nos dois tipos societários mais relevantes – sociedade por quotas e sociedade anónima –, para, em

nos, n.º 7, IDET/Almedina, Coimbra, 2011, em especial pp. 7-14, 18-60 e 64-75, o estudo sobre «Comissão Executiva, Comissão de Auditoria e Outras Comissões na Administração», AA.VV., *Reformas do Código das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2007, pp. 247-255, e a anotação que faz ao art. 407.º do CSC, no *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, volume VI (Artigos 373.º a 480.º), 2.ª ed., coord. por Jorge Coutinho de Abreu, IDET/Almedina, Coimbra, 2019, pp. 444-464. Do mesmo autor temos ainda o livro sobre a *Administração de Sociedades Anónimas e Responsabilidade dos Administradores*, Almedina, Coimbra, 2020 (pp. 165-170).

Com desenvolvimento sobre o tema, vd. também JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, «A comissão executiva. Breves reflexões sobre a natureza e o seu regime jurídico», *DSR*, ano 9, vol. 18, 2017, pp. 81-96, NUNO BARBOSA, «Delegação orgânica: as relações entre “administradores executivos” e “não executivos”», AA.VV., *E Depois do Código das Sociedades em Comentário*, IDET/Almedina, Coimbra, 2016, pp. 255-264, ISABEL MOUSINHO DE FIGUEIREDO, «O administrador delegado (A delegação de poderes de gestão no Direito das Sociedades)», *O Direito*, ano 137.º III, 2005, pp. 547-599, JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades. A obrigação de vigilância dos órgãos da sociedade anónima*, Almedina, Coimbra, 2015, pp. 164-180 (em especial pp. 176-180), e «Novas regras sobre o governo das instituições de crédito: Primeiras impressões (incluindo densificação da obrigação de administração de acordo com o “princípio da responsabilidade global”)», *RDS*, ano VII, n.º 1, 2015 (pp. 7-49), p. 34-43.

Constituindo outras referências específicas nesta matéria, vd. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Governação de Sociedades Comerciais*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, pp. 99-104, LUIS BRITO CORREIA, *Os Administradores de Sociedades Anónimas*, Almedina, Coimbra, 1993, pp. 275-289, PAULO OLAVO CUNHA, «Designação de pessoas colectivas para os órgãos de sociedades anónimas e por quotas», *DSR*, ano I, n.º 1, 2009 (pp. 165-213), em especial pp. 175-178, e *Deliberações sociais: formação e impugnação*, Almedina, Coimbra, 2020, pp. 161-164, DIOGO PEREIRA DUARTE, «A comissão executiva e as suas competências no governo interno das instituições bancárias», AA.VV., *Administração e Governo das Sociedades*, coord. Paulo Câmara, Coimbra, Almedina, 2020, pp. 141-181, MARIA ISABEL LOPEZ HEITOR, «A responsabilidade civil, em relação à sociedade, dos administradores executivos e não executivos nas sociedades anónimas de modelo monista», *RDS*, ano V, n.º 4, 2013 (pp. 939-955), em especial, pp. 948-953, PEDRO MAIA, *Função e funcionamento do Conselho de Administração da Sociedade Anónima*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 247-294, PEDRO CAETANO NUÑES, *Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 193-199, 226-236, 456-458 e 510-514, e «Os modelos de governo das sociedades anónima – Os poderes-deveres dos non-executive directors», AA.VV., *IV Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2016, pp. 51-77, em especial pp. 70-71 e 74-77, JOÃO CALVÃO DA SILVA, «“Corporate Governance” – Responsabilidade civil de administradores não executivos, da comissão de auditoria e do conselho geral e de supervisão», *RLJ*, ano 136.º, n.º 3940, 2006 (pp. 31-59), em especial pp. 36-38 e 47, ARMANDO MANUEL TRIUNFANTE, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, 397-400.

Nos livros e comentários sobre sociedades comerciais em geral, vd., para além do nosso *Direito das Sociedades Comerciais*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, pp. 808-811,

seguida, nos debruçarmos essencialmente sobre o fenómeno no domínio das sociedades anónimas.

Na sociedade por quotas, todos os gerentes assumem tendencialmente funções executivas e dedicam-se à gestão da sociedade. A sua intervenção, como é sabido, é conjunta, representando a sociedade pela intervenção da maioria; ou por diferente número.

Mas pode suceder que seja conveniente delegar os poderes mais significativos de gestão corrente nalguns gerentes, designadamente porque nem todos são residentes em Portugal, ou na zona geográfica em que se localiza a sede social (e efetiva), e os que vivem no estrangeiro não conseguem, dada a distância, acompanhar a gestão quotidiana da sociedade, ou tão-só por razões organizativas em que se pretende concentrar num gerente em particular a representação e vinculação da sociedade, relativamente a certas categorias de atos.

Nesses casos, a lei societária admite que, mesmo sem permissão contratual, a delegação é possível, entregando a gestão efetiva da sociedade a um gerente, ou mais do que um. Para o efeito, os gerentes não têm sequer de reunir formalmente. É suficiente que subscrevam um instrumento – que pode ter a forma (e designação) de ata – no qual procedam a essa delegação de poderes (cfr. art. 261.º, n.º 2)<sup>3</sup>.

Mas, não sendo indispensável a existência de cláusula contratual que preveja a delegação de poderes nada impede que esta seja contratualmente excluída. Quer dizer, o contrato de sociedade por quotas não tem de permitir a delegação – como sucede no domínio das sociedades anónimas (cfr. art. 407.º, n.º 3) –, mas pode afastá-la, vedando-a, ao abrigo da autonomia da vontade dos sócios. Não sendo inviabilizada – o que se afigura

os seguintes textos: ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades Comerciais e Valores Mobiliários*, vol. I, 8.ª ed., Almedina, Coimbra, 2022, pp. 470-473, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO/A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, anot. ao art. 407.º, in ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 5.ª ed. (com a colab. A. Barreto Menezes Cordeiro), Almedina, Coimbra, 2022, pp. 1329-1332, JORGE HENRIQUE PINTO FURTADO, *Curso de Direito das Sociedades*, 5.ª edição, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 348-351, M. NOGUEIRA SERENS, *Notas sobre a sociedade anónima*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1997, pp. 77-78, e RAÚL VENTURA, *Sociedades por Quotas*, vol. III (Comentário ao CSC), Almedina, Coimbra, 1991, pp. 192-194.

A jurisprudência (específica) é quase inexistente.

<sup>3</sup> Refira-se, a este propósito, que partilhamos inteiramente da interpretação que RAÚL VENTURA (*Sociedades por Quotas*, vol. III, cit., 1991, pp. 191-192) faz da menção do art. 261.º, n.º 1 às “deliberações” dos gerentes. Com efeito, a gerência não funciona habitualmente por deliberação colegial – embora esta não seja proibida –, mas por intervenção conjunta (da maioria) dos gerentes.

possível<sup>4</sup> –, a delegação pode ocorrer com caráter geral, mas limitada a categoria(s) de atos, ou com natureza pontual.

Tal como antecipámos, na sociedade anónima a delegação de poderes tem de ser contratualmente autorizada. Se os estatutos forem omissos, ela não é possível (cfr. art. 407.º, n.º 3) e todos os administradores assumem a qualidade de executivos – com responsabilidade pela gestão quotidiana da sociedade –, não sendo viável existirem não executivos.

Diferentemente, como vimos acima, na sociedade por quotas a previsão contratual não é indispensável, sendo a delegação de poderes num ou mais gerentes possível (cfr. art. 261.º, n.º 2). Esse ato – que pode, e deve, ser formalizado em ata da gerência, eventualmente exarada no livro de atas da assembleia geral se a sociedade não dispuser de um livro de atas da gerência, o que raramente acontece – viabilizará a atividade social, sobretudo se alguns gerentes não forem residentes em Portugal, devendo permitir ao gerente delegado assegurar a gestão corrente da sociedade, com poderes delegados para celebrar os negócios sociais e movimentar as finanças societárias. Em suma, a delegação é admissível para certas matérias.

Em qualquer caso, a delegação não deve, nem pode, equivaler a substituição na gerência. Por outras palavras, não é possível desempenhar funções de gerente sem a designação para o efeito; o que não impede que sejam pontualmente atribuídos poderes para a prática de categorias de atos de gestão<sup>5</sup>.

Nas sociedades anónimas, a resposta não é necessariamente a mesma.

Em suma, vamos procurar responder à seguinte questão:

– Quando é que há delegação de poderes?

Nesse contexto, a delegação não tem sentido nas sociedades em que os sócios, em especial, pretendem assumir a direção efetiva, mas revela-se um instrumento adequado se nem todos quiserem estar envolvidos ou se

<sup>4</sup> Não obstante o acima exposto (no texto), admite-se ser discutível concluir que uma cláusula do contrato de sociedade por quotas possa afastar a possibilidade de delegação de poderes.

<sup>5</sup> A nossa lei societária (de 1986) pretendeu afastar a figura do mandatário-gerente de facto, que era generalizadamente aceite na legislação anterior – permitindo o acesso à gerência efetiva a quem o mesmo se encontrava juridicamente proibido (como sucedia, por exemplo, com os trabalhadores de seguros relativamente a sociedades de mediação de seguros) –, tendo para o efeito exigido que a representação voluntária se passasse a cingir a «determinados atos ou categorias de atos» (art. 252.º, n.º 6).

Não resultando da letra da lei, relativamente à delegação de poderes, qualquer limitação (cfr. arts. 252.º, n.º 5 e 261.º, n.º 2), afigura-se que a mesma se pode efetuar sem restrições no contexto dos poderes de que a gerência dispõe em cada caso, ainda que tal equivalha a atribuir contratualmente poderes de representação e gestão societária a um só gerente.

for conveniente designar para o órgão de administração pessoas que não queiram assumir o envolvimento quotidiano na atividade da sociedade.

Assim, importa ver, caso a caso, quando faz sentido recorrer à delegação de poderes.

Antes de o fazermos, previna-se que, doravante, vamos centrar e restringir a nossa indagação ao domínio da administração das sociedades anónimas.

## 1. A organização da administração da sociedade anónima

Como é do conhecimento geral, a governação de uma sociedade anónima pode seguir mais do que um modelo, apresentando diferentes estruturas orgânicas, variando o número de opções de ordenamento para ordenamento.

Como explicámos já<sup>6</sup>, a governação pressupõe a articulação entre os órgãos de administração e de fiscalização, a qual, em Portugal, é possível em três modelos diferentes, um deles – o mais antigo – sob duas formas distintas.

Não deixa de ser paradoxal que, num pequeno país como o nosso – com um tecido económico-social modesto –, exista tanta escolha em matéria de estrutura orgânica (forma jurídica) a adotar pelas nossas maiores empresas.

Tais modelos são acolhidos positivamente no art. 278.º do Código das Sociedades Comerciais<sup>7</sup>.

<sup>6</sup> No nosso livro de *Direito das Sociedades Comerciais*, 7.ª ed., citada, 2019, pp. 574-576.

A expressão governação foi inicialmente utilizada por JORGE COUTINHO DE ABREU, no seu livro, *Governação das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2006 (de que existe uma 2.ª edição, de 2010).

Afigura-se uma expressão mais correta, ainda que menos elegante (em razão do ditongo, “ão”), do que “governo societário”, utilizada por alguns autores, em especial em Lisboa, e pela própria lei por influência de um deles, na pele do legislador.

Está em causa a tradução (ou, melhor, a retroversão) para o português da expressão anglo-americana “corporate governance”.

Ora, converter governance em “governo” é reduzir o sistema a um órgão único – o executivo –, recorrendo a um termo usado genericamente para caracterizar o órgão executivo do Estado, aparentando fazê-lo numa perspetiva eminentemente estática.

Governação reflete a dinâmica que existe no sistema orgânico da sociedade anónima que envolve uma articulação necessária entre o órgão de administração e o órgão (ou órgãos) de fiscalização, no exercício da atividade social.

<sup>7</sup> E neste diploma disciplinados (arts. 64.º a 82.º, 390.º a 423.º-A, 424.º a 445.º, 423.º-B a 423.º-H, 446.º e 446.º-A a 446.º-F)

Em conformidade com este preceito, a sociedade anónima pode organizar e articular a sua administração e fiscalização segundo uma de três estruturas possíveis, que recordamos:

A primeira, e mais antiga, corresponde ao modelo clássico, por alguns designado por “latino”, desdobrado em órgãos de administração e de fiscalização autónomos e diferenciados.

Por sua vez, da conjugação do art. 278.º, n.ºs 1, alínea a), 2 e 3 com o art. 413.º, n.º 2, alínea a), conclui-se que este modelo pode apresentar duas configurações diferentes:

- Uma, com estrutura de fiscalização simples, que corresponde à sociedade anónima com a orgânica mais simplificada possível que pode ser inclusivamente participada apenas por órgãos de composição singular, como o administrador único – admissível se o capital social não for superior a 200 mil euros (arts. 278.º, n.º 2 e 390.º, n.º 2) – e o fiscal único, que deve ser um ROC ou uma sociedade de revisores oficiais de contas (arts. 278.º, n.º 2, 413.º, n.ºs 1, alínea a), 3, e 414.º, n.º 1), ou ser composto por um conselho de administração (com um mínimo de dois membros) e por um fiscal único ou um conselho fiscal com um mínimo de três membros efetivos e um suplente (art. 413.º, n.º 4), de que faz parte necessariamente um ROC ou uma SROC (art. 414.º, n.º 2 I Parte); e
- Outra, com estrutura de fiscalização complexa – obrigatória para as grandes sociedades anónimas e para as cotadas –, que, para além do conselho de administração, desdobra a fiscalização em dois órgãos diferenciados: o conselho fiscal que tem de acolher um membro com curso superior adequado ao exercício das suas funções e conhecimentos em auditoria ou contabilidade (e que seja independente) (art. 414.º, n.º 4), e o ROC autónomo ou externo (art. 413.º, n.º 2), que pode ser uma SROC.

Em 1986 seria introduzido, na nossa ordem jurídica, o segundo modelo de governação – designado por germânico ou dualista – hoje, composto por conselho de administração executivo, conselho geral e de supervisão e revisor oficial de contas (ROC).

Finalmente, com a Reforma de 2006, passou a ser oferecida – em especial às grandes sociedades anónimas e cotadas –, uma terceira hipótese: o modelo anglo-saxónico, integrado por um conselho de administração, uma comissão de auditoria – que faz parte do mesmo – e um ROC.

É num destes modelos que a governação de uma sociedade anónima se estrutura necessariamente, sem possibilidade de introdução de variações que descharacterizem a tipicidade da opção seguida.

## **2. A admissibilidade da delegação nos diversos modelos de governação societária**

Vejamos agora se a delegação de poderes, num ou mais gestores, é possível em todos os modelos de governação da sociedade anónima, começando pelo mais antigo.

### **2.1. A delegação no modelo clássico**

#### **2.1.1. Fundamento**

A delegação de poderes permite concentrar num ou mais administradores a gestão quotidiana e corrente da sociedade, dispensando alguns dos seus administradores da obrigação de comparecer diariamente na sociedade e encontrarem-se permanentemente disponíveis para praticar os atos em que se consubstancia a respetiva atividade social.

A lei admite que estatutariamente possa ser prevista a delegação, em termos gerais ou dentro de certos limites. Mas, para que a delegação de poderes possa ocorrer, é necessário que o contrato de sociedade (os estatutos) a autorize. Com efeito, o art. 407.º, n.º 3 exige que essa permissão conste do próprio contrato. Não sendo o caso, o conselho não poderá deliberar delegar poderes num ou nalguns dos seus membros, constituindo, eventualmente, com essa finalidade, uma comissão executiva.

A delegação de poderes, por sua vez, não se confunde com a atribuição de pelouros (p. ex., comercial, financeiro, de recursos humanos, jurídico, operacional, informático ou tecnológico, sobre o património), que é possível sempre que os estatutos não a inviabilizarem (cfr. art. 407.º, n.º 1).

Mas nem todas as matérias podem ser objeto de delegação, como veremos adiante (infra, n.º 3.2), e como resulta do n.º 4 do ar. 407.º.

Existem assuntos que a lei não permite que sejam delegados apenas nalguns administradores, impondo que sejam objeto de apreciação colegial pelo conselho, como é o caso da constituição de garantias pela sociedade, insuscetível de delegação; e de outras matérias a que nos referiremos adiante.

O contrato de sociedade anónima pode autorizar a delegação de poderes – em termos mais ou menos amplos, mas sempre dentro dos limites legalmente admissíveis –, recusá-la, proibindo-a expressamente, ou ser omisso, circunstância em que também não será possível, ainda que os acionistas e, ou, os administradores estejam unanimemente de acordo em fazê-lo.

Fundamental, para que seja viabilizada, é que os estatutos sejam previamente alterados, consagrando os termos, genéricos ou específicos, em que a deliberação será possível. Só após a modificação estatutária, poderá a administração tomar uma decisão nessa matéria.

Sendo contratualmente permitida, cabe exclusivamente ao conselho de administração dispor sobre a delegação de poderes, não havendo lugar a interferência dos acionistas. Nestes termos, quem, no contexto da sociedade anónima, escolhe o CEO (*Chief Executive Officer*), isto é, o presidente da comissão executiva, é o próprio conselho de administração ou eventualmente a comissão executiva, se o conselho, quando delegar poderes e constituir a comissão executiva, nada deliberar sobre a respetiva liderança. Por isso, quando jornalisticamente se diz que os acionistas escolheram fulano, beltrano ou sicrano para ser CEO da empresa, essa afirmação deve ser entendida *cum grano salis*, de ser essa a vontade e o desejo dos acionistas, sem prejuízo de a decisão final e formal não lhes caber juridicamente. Relevante é, nessa circunstância, a administração realizar essa vontade e, designar, de entre os seus membros, aquele que corresponde à figura e ao perfil desejados pelos acionistas.

### 2.1.2. Implicações a nível de governação societária

Vejamos agora quais são as consequências da delegação de poderes no plano da governação de uma sociedade anónima que adote o modelo clássico.

A delegação, em si mesma, pressupõe permissão contratual, a qual é invariavelmente genérica, pelo que a decisão sobre os poderes a delegar caberá ao conselho que a decidir.

Baseado na autorização estatutária, deverá então o conselho deliberar sobre a extensão da delegação de poderes, devendo fixar-lhe limites se pretender que não abranja todos os poderes legalmente delegáveis. Se quiser delegar a generalidade dos seus poderes – leia-se todos os que sejam delegáveis –, a deliberação, que deve constar sempre de ata e se forma no contexto de uma reunião do conselho de administração, deve mencioná-lo. Se for omissa sobre a extensão, limitando-se a nomear o administrador-delegado ou a comissão executiva, a quem o conselho confere poderes delegados, deve entender-se que a delegação é genérica, abrangendo a totalidade dos poderes delegáveis.

Se o conselho não delegar poderes em administradores individualmente considerados (que designaremos por administradores-delegados),

mas numa comissão (que chamaremos de executiva), este subórgão deve ser composto por um mínimo de dois administradores, devendo ter um número de membros naturalmente inferior ao do conselho.

Constituída a comissão executiva, deve ser fixada a sua composição e o modo do seu funcionamento, nomeadamente sobre a esfera de competência dos seus membros – CEO (*Chief Executive Officer*), CFO (*Chief Executive Officer*), COO (*Chief Operational Officer*) e outros –, estabelecendo-se a periodicidade das respetivas reuniões.

Como adiantámos (*supra*, n.º 2.1.1), cabe ao conselho (delegante dos poderes) designar o presidente desta comissão executiva e, se não o fizer, serão os respetivos membros a fazê-lo (cfr. art. 407.º, n.º 5).

Quanto à forma como a comissão representa e vincula a sociedade externamente, a mesma deve respeitar as regras legais e contratuais sobre essa matéria, podendo ser objeto de disciplina no regulamento de gestão.

Autorizando a delegação de poderes, o contrato de sociedade prevê habitualmente a vinculação desta pelos negócios celebrados pelo(s) administrador(es)-delegado(s) ou por aqueles que integram a comissão executiva no âmbito dos limites da delegação efetuada (cfr. art. 408.º, n.º 2).

A delegação de poderes – quer opere em favor de um administrador ou de uma comissão – tem o efeito de qualificar os demais administradores como não executivos, dispensando-os do envolvimento quotidiano com a gestão societária, mas não os priva dos seus poderes originários.

Com efeito, o conselho de administração não perde a sua competência própria, incluindo a que é relativa aos atos que delegar no subórgão, podendo, em qualquer momento, avocar os poderes delegados ou simplesmente deliberar sobre as matérias que haviam sido objeto de delegação, sobrepondo a sua vontade à daquele subórgão (cfr. art. 407.º, n.º 8).

Mais do que isso.

Os administradores não executivos devem vigiar ou supervisionar a atuação dos delegados ou dos executivos, sendo responsáveis pelos «prejuízos causados por atos ou omissões destes», sempre que, tendo tido conhecimento oportuno dos mesmos, nada tenham feito para os evitar (art. 407.º, n.º 8), designadamente convocando o conselho para adotar as providências necessárias a impedir os danos.

O Código de Governo do Instituto Português de Corporate Governance (de 2018, revisão de 2020) acentua esta exigência, alargando o campo de intervenção dos administradores não-executivos (cfr. cap. III, n.os III.6 e 7).

### **2.1.3. Limitações organizativas decorrentes da delegação**

A delegação de poderes altera substancialmente a organização do conselho de administração.

Tal como referimos anteriormente, é esta operação que cria a categoria dos administradores não executivos, por contraposição aos executivos, que são aqueles em quem os poderes são delegados.

Por outras palavras, sem delegação de poderes não faz sentido falar em administradores executivos, porque todos que estiverem designados para o conselho de administração terão idênticas funções (executivas), sendo responsáveis pela atividade da sociedade.

Ocorrendo a delegação – nas sociedades de grande dimensão, em geral, numa comissão executiva –, o conselho de administração, sem prejuízo de conservar os seus poderes, passa a funcionar em duas velocidades: por um lado, os negócios sociais em que se materializa a gestão corrente concentram-se na comissão executiva e nos seus membros que assumem a prática dos atos societários e a representação da sociedade perante as suas contrapartes; por outro lado, as suas decisões mais relevantes são objeto de deliberação em reunião do conselho e são objeto de documentação em ata, sendo nessa oportunidade que os executivos informam os demais sobre o desenvolvimento da atividade social.

Na organização da comissão executiva importa respeitar a hierarquia própria da administração, o que significa que, se integrar esse órgão, o presidente do conselho de administração tem também de assumir a respectiva coordenação, não se podendo subalternizar a um administrador que, no contexto geral do órgão de gestão, está submetido à sua coordenação. Neste caso, o *chairman* e o CEO coincidirão necessariamente.

### **2.2. A delegação no modelo anglo-saxónico; o aparente paradoxo**

O modelo anglo-saxónico de governação disciplina o funcionamento do órgão de administração com base na respetiva disciplina legal aplicável ao modelo clássico, não consagrando a lei societária regras que lhe sejam especificamente aplicáveis, como o faz para o conselho de administração executivo (arts. 424.<sup>º</sup> a 433.<sup>º</sup>). Por isso, sempre que estiver em causa uma questão relativa ao órgão de gestão deve aplicar-se-lhe o disposto para o conselho de administração que se encontra disciplinado *ab initio* no CSC (arts. 390.<sup>º</sup> a 412.<sup>º</sup>).

Mas, no que respeita à delegação de poderes, poderia admitir-se não ser a mesma possível, como acontece no modelo anglo-saxónico puro em

que, no âmbito da administração, apenas encontramos administradores com funções executivas e aqueles que, integrando a comissão de auditoria, são não-executivos e não têm funções de decisores. Nesse sistema, nem faria sentido falar em administradores. Existiriam os membros do órgão de fiscalização (a comissão de auditoria), que são não-executivos, e os demais, a quem cabe administrar e representar a sociedade.

A lei societária portuguesa acolheu este modelo na sua forma impura, uma vez que admitiu que, para além dos membros da comissão de auditoria, existissem outros administradores não executivos que não fizessem parte dessa comissão. Fê-lo implicitamente quando impôs aos membros desta comissão o dever de «participar nas reuniões da comissão executiva onde se apreciem as contas do exercício» (art. 423.º-G, n.º 1, alínea c))<sup>8</sup>; e, indiretamente, revelou poder haver lugar a delegação de poderes.

Ao conselho de administração do modelo anglo-saxónico aplicam-se as regras sobre esse órgão legalmente consagradas para o modelo clássico.

A delegação de poderes no modelo em apreço constitui um paradoxo, porquanto os administradores deviam ocupar-se da gestão societária – e, como tais, serem executivos – ou integrar a comissão de auditoria e terem por função fiscalizar o exercício da administração.

Admitir que haja administradores não executivos que não sejam membros do órgão de controlo – isto é, que haja administradores executivos e administradores não executivos que façam parte do conselho, mas não sejam membros da comissão de auditoria, a par dos não executivos que o são – implica reconhecer que a administração societária funcionará efetivamente em dois planos: num, geral, com todos os seus membros, isto é, também com a participação dos que compõem a comissão de auditoria; e outro, particular, em que só participam aqueles em que são delegados poderes de gestão e representação societária.

Em síntese, para que a delegação seja possível no modelo de governação anglo-saxónico, é necessário que os administradores que não sejam membros do órgão de fiscalização estejam estatutariamente autorizados a constituir um subórgão com poderes delegados, no qual concentrem os poderes executivos e através do qual possam gerir a sociedade, devendo fazê-lo nos termos do disposto no art. 407.º, n.ºs 3 e seguintes.

<sup>8</sup> Não estará naturalmente em causa a aprovação (interna) das contas pelo conselho de administração, matéria que é sempre indelegável (cfr. arts. 407.º, n.º 4 e 406.º, alínea d)), mas tão-só a discussão das contas, para apresentação ao conselho.

### **2.3. A inadmissibilidade de delegação no modelo germânico ou dualista**

Equacionado a delegação de poderes no contexto dos modelos clássico e anglo-saxónico, fica a faltar ponderar o recurso a este instituto no âmbito do modelo germânico.

Na disciplina legal do mesmo não só não encontramos qualquer referência implícita à sua admissibilidade, como é percetível haver uma omissão de remissão para o art. 407.º quando, a propósito dos poderes de gestão e representação dos administradores, se remete para as disposições legais vizinhas: os arts. 406.º, 408.º e 409.º (cfr. art. 431.º, n.º 2). Da exclusão intencional da aplicação do art. 407.º ao modelo germânico de governação – feita pela reforma societária de 2006 – resultou não ser admissível defender a aplicação dessa regra, «nem sequer por via de interpretação extensiva ou de analogia»<sup>9</sup>.

Mas essa omissão não deve surpreender porquanto é conforme com a natureza da intervenção dos administradores neste modelo de governação, uma vez que os mesmos integram o “conselho de administração

<sup>9</sup> PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 7.ª ed., cit., 2019, p. 811.

No mesmo sentido, expressamente JOÃO CALVÃO DA SILVA, «“Corporate Governance”: responsabilidade civil de administradores não executivos, da comissão de auditoria e do conselho geral e de supervisão», cit., 2006 (pp. 31-59), p. 47; ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, «Comissão executiva, comissão de auditoria e outras comissões na administração», cit., 2007 (pp. 243-275) – que acrescenta que o n.º 5 do art. 425.º do CSC, que impede expressamente a representação dos membros do conselho de administração executivo no exercício do cargo, não faz qualquer ressalva à possibilidade de delegação de poderes (p. 248) –, PAULO CÂMARA, «Os Modelos de Governo das Sociedades Anónimas», AA.VV., *Reformas do Código das Sociedades*, Almedina/IDET, Coimbra, 2007 (pp. 179-242), p. 229, e ARMANDO TRIUNFANTE, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, cit., 2007, pp. 469.

Analisando a questão antes da reforma societária de 2006, PEDRO MAIA, *Função e funcionamento do Conselho de Administração da Sociedade Anónima*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 258-259, considerava que «a direcção (atual conselho de administração executivo), na estrutura dualista, corresponde à comissão executiva na estrutura monista». E, reportando-se a esta estrutura, considerava que «os poderes indelegáveis do conselho de administração correspondem quase ponto por ponto às competências deferidas por lei ao conselho geral», por confronto do disposto no n.º 4 do art. 407.º com o disposto no art. 441.º do CSC (p. 255). Na perspetiva deste professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, o conselho de administração da estrutura monista estaria para a comissão executiva, como o conselho geral está para a direção (atual conselho de administração executivo), na estrutura dualista.

Diferentemente do texto, admitindo a «aplicação analógica» «do regime de delegação ampla» (o previsto no n.º 3 do art. 407.º), embora recusando a possibilidade de constituir uma comissão executiva no seio do conselho de administração executivo, PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas*, cit., 2012, p. 234.

executivo”, precisamente por lhes ser, a todos, impostas funções executivas (cfr. art. 431.º, n.ºs 1 e 2), como sucede, afinal, em todos as sociedades em que não ocorre a delegação de poderes.

Por isso, afirmámos que «a lei afasta, pela natureza das respetivas funções, a constituição de comissão executiva e a designação de administradores-delegados (cfr. art. 431.º, n.º 3 do CSC)»<sup>10</sup>.

Em suma, no modelo germânico não pode haver delegação de poderes, porque todos os membros do conselho de administração já têm poderes executivos, não fazendo sentido delegá-los nalguns deles, para evitar criar três níveis de poderes de gestão: dois no contexto do conselho de administração (executivo) e um terceiro no plano do conselho geral e de supervisão, sempre que o mesmo, legal ou contratualmente, tiver de consentir nos atos de gestão (cfr. arts. 442.º, n.º 1 e 431.º, n.º 1 *in fine*).

### 3. Deliberação de delegação de poderes

Ponderado o recurso a este instituto no contexto dos diversos modelos de governação, vejamos como deve agir a administração nos casos em que pretenda proceder à delegação de poderes e o possa fazer.

#### 3.1. Requisitos

Como já antecipámos, a delegação de poderes tem de ser permitida pelos estatutos, para poder ser decidida.

Tratando-se de matéria da competência legal da administração, cabe a este órgão reunir com a finalidade de deliberar sobre o modo como se propõe materializar a delegação, devendo fazê-lo nos termos estatutariamente estabelecidos, designadamente deliberando por maioria qualificada dos seus membros ou até por unanimidade se tal constituir exigência contratual. A este propósito, refira-se que não consideramos imperativo o quórum deliberativo exigido no n.º 7 do art. 410.º, uma vez que a sociedade podia até ter optado por não admitir a delegação, o que teria acontecido se

<sup>10</sup> PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 7.ª ed., cit., 2019, p. 810.

No mesmo sentido, PAULO CÂMARA, AA.VV., «Os Modelos de Governo das Sociedades Anónimas», AA.VV., *Reformas do Código das Sociedades*, cit., 2007, p. 229, ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, *Administradores delegados e comissões executivas. Algumas considerações*, 2.ª ed., cit., 2011, p. 12, e JOÃO CALVÃO DA SILVA, «“Corporate Governance” – Responsabilidade civil de administradores não executivos, da comissão de auditoria e do conselho geral e de supervisão», cit., 2006, p. 47.

os estatutos fossem omissos. Como explicamos em escritos anteriores<sup>11</sup>, a maioria simples para formar o quórum deliberativo no conselho de administração só é imperativa nos casos de gestão corrente da sociedade que sejam incompatíveis com uma situação de impasse, o que não sucede com o recurso ao instituto da delegação.

Assim, encontrando-se contratualmente consagrada a delegação de poderes, deve o conselho de administração reunir para deliberar sobre o respetivo âmbito e sobre a forma de concretizar, definindo o subórgão a quem atribuirá poderes executivos.

### **3.2. Limites; matérias indelegáveis. Casos de dúvida**

Nem todas as matérias da competência do conselho de administração podem ser delegadas.

Há matérias que não podem ser objeto de delegação, como sucede, por exemplo, com a constituição de garantias, que não pode ser objeto de delegação de poderes (cfr. art. 407.º, n.º 4), devendo, consequentemente, ser objeto de decisão colegial do órgão de administração. As limitações legais decorrentes do n.º 4 do art. 407.º constituem aparentemente obstáculos intransponíveis em matéria de delegação de poderes; e, se há temas que se comprehende não poderem ser delegados nalguns administradores, devendo ser assumidos colegialmente por todos ou, pelo menos, pela maioria – tais como a designação do presidente do conselho de administração ou a substituição de administradores (por cooptação), o pedido de convocação de assembleias gerais ou a aprovação (interna) dos relatórios e contas anuais, as alterações do contrato de sociedade (aumento do capital e sede) e a aprovação de projetos de modificações estruturais da sociedade (fusão, cisão ou transformação) –, já a referida prestação de garantias pode suscitar dúvidas, porquanto surge frequentemente associada à contracção de financiamentos.

### **3.3. Garantias correntes em financiamentos**

Na realidade, se a celebração de um contrato de financiamento – qualquer que seja o seu objeto – envolver a prestação de uma garantia, apa-

<sup>11</sup> PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 7.ª ed., cit., 2019, pp. 845-847, e, com maior desenvolvimento, em «A formação das deliberações da administração da sociedade anónima», *DSR*, ano 9, vol. 17, 2017 (pp. 113-133), pp. 122-128.

rentemente esse contrato deve ser aprovado em reunião do conselho, por não ser delegável a ponderação e decisão da prestação de garantias; e não no âmbito da comissão executiva, ainda que esta tenha competência delegada para contrair financiamentos. Afigura-se que tal leitura, para além da entropia que possa acarretar para a gestão corrente da sociedade, é excessiva, considerando os interesses a acautelar. Por isso, no que respeita à restrição decorrente da proibição de delegação de poderes em matéria de prestação de garantias (cfr. alínea f) da art. 406.<sup>º</sup> e o n.<sup>º</sup> 4 do art. 407.<sup>º</sup>), talvez se justifique fazer uma interpretação restritiva aplicável aos casos em que as garantias sejam usuais e estejam associadas a financiamentos também habituais e cuja extensão e volume se enquadrem na gestão corrente da sociedade.

Isto é, apesar de indelegável na comissão executiva, a subscrição de garantias pelos administradores executivos seria admissível no contexto de um contrato de financiamento corrente; como, por exemplo, a abertura de uma conta (bancária) caucionada. Trata-se de questão a rever.

### **3.4. Interpretação extensiva do disposto no art. 407.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 4; crítica**

Nem todos os autores realizam uma interpretação literal – ou até restritiva, como nós – do n.<sup>º</sup> 4 do art. 407.<sup>º</sup> e das proibições de delegação de poderes que o mesmo impõe.

Com efeito, Jorge Coutinho de Abreu<sup>12</sup> propugna uma interpretação extensiva desse preceito legal, estranhando que o mesmo não exclua da delegação outras matérias, como, por exemplo, a compra e venda de imóveis (cfr. art. 406.<sup>º</sup>, alínea f)), a abertura, encerramento e transmissão de estabelecimentos e outros atos relevantes relativos à organização da empresa e ao seu relacionamento estável com entidades congêneres (todos enquadráveis nas alíneas g) a j) do art. 406.<sup>º</sup>). Em defesa da sua tese, recorre à história do preceito, invocando a regra prevista no Projeto de Código das Sociedades (de 1983)<sup>13</sup>, que limitaria as possibilidades de delegação – relativamente ao Código –, em norma que não seria transposta para o CSC (aprovado em 1986).

Discordamos do ilustre mestre, catedrático de Direito das Sociedades Comerciais da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra e nosso

<sup>12</sup> *Governação de Sociedades Comerciais*, 2.<sup>a</sup> ed., cit., 2010, p. 41.

<sup>13</sup> JORGE COUTINHO DE ABREU, *Governação de Sociedades Comerciais*, 2.<sup>a</sup> ed., cit., 2010, pp. 41-42.

estimado colega na Direção da DSR. Cremos mesmo, embora tal não seja decisivo, que o argumento que utiliza é reversível.

O facto de o referido Projeto, que esteve na base do Código, afastar a possibilidade de delegação de poderes noutras matérias, nomeadamente daquelas que Jorge Coutinho de Abreu considera não serem passíveis de delegação no atual quadro legal, não justifica essa conclusão. Antes pelo contrário. Se tais limitações não foram transpostas para o articulado do Código, foi porque o legislador final quis ampliar as matérias suscetíveis de delegação.

Mas, mais do que o argumento histórico, afigura-se que a interpretação da disposição legal em análise – o âmbito e extensão do n.º 4 do art. 407.º – tem de considerar o seu contexto sistemático e os interesses que estão subjacentes ao funcionamento do conselho de administração, na formação das suas decisões e na representação e vinculação da sociedade.

A lógica da delegação de poderes é a de concentrar a gestão societária, e em particular a gestão corrente, nalguns dos membros que compõem o conselho, permitindo que a respetiva composição seja variada e que nem todos tenham de se dedicar à gestão com a mesma intensidade. Neste quadro, há que reservar determinados atos a todo o conselho, mas permitir que o subórgão delegado tenha a competência necessária para atuar com agilidade em representação da sociedade no mercado em que participa e no relacionamento que estabelece com terceiros.

Quando o art. 406.º amplia os poderes de gestão corrente da administração societária – que constam do art. 405.º – fá-lo com intenção de reservar a este órgão no seu conjunto, ou através dos administradores que designa em especial para o efeito, a gestão da sociedade. Daí que o legislador tenha restringido ao máximo os poderes que não são delegáveis; e, mesmo entre esses, como vimos acima (n.º 3.3), se justifica uma interpretação restritiva.

É no momento da conceção do contrato social e, em especial, quando o conselho de administração decide ativar a delegação que os poderes a atribuir devem ser ponderados e limitados a apenas alguns administradores se a maioria deles considerar excessiva a delegação de certos poderes.

Os acionistas podem não autorizar a delegação de poderes, sendo suficiente que os estatutos sejam omissos, ou podem permiti-la, eventualmente com limitações.

Por sua vez, encontrando-se a delegação autorizada, os administradores não têm de delegar a totalidade dos seus poderes, podendo optar por manter no conselho alguns deles.

Mas se procederem a uma delegação genérica, então devemos considerar que a mesma – por mais ampla que seja – não prejudica a sociedade, que poderia sempre optar por constituir um conselho de administração

reduzido, com uma competência plena, em vez da comissão executiva com a limitação de poderes decorrente da lei.

### 3.5. Matérias (in)delegáveis e gestão corrente da sociedade

Para concluir a análise da deliberação de delegação de poderes, vejamos se há matérias que, não sendo expressamente enquadráveis no art. 407.º, n.º 4 – e consequentemente cabendo numa deliberação de delegação sem restrições (estatutárias ou intrínsecas) –, não são suscetíveis de constituir objeto de delegação (por deliberação), por não se reconduzirem ao conceito de gestão corrente.

O n.º 3 do art. 407.º determina que a delegação da gestão corrente da sociedade seja delegável se o contrato social o autorizar.

Por sua vez, o n.º 4 do mesmo preceito legal, a que já fizemos ampla referência, afasta expressamente da delegação os assuntos que considera deverem necessariamente ser objeto de deliberação do conselho de administração, tais como a escolha do respetivo presidente – quando não for da competência dos acionistas –, a cooptação de administradores, o pedido de convocação de assembleias gerais, a aprovação dos relatórios e contas anuais, a prestação de cauções e garantias pessoais e reais pela sociedade, as alterações do contrato de sociedade que o órgão de gestão possa deliberar e a aprovação de projetos de fusão, cisão e transformação da sociedade a submeter à apreciação dos acionistas (art. 406.º, alíneas a) a d), f), l) e m)).

Está em causa saber se, para além das matérias expressamente afastadas da delegação de poderes – e que não cabem na mesma por interpretação restritiva das limitações legais enunciadas –, outras há que também não podem ser objeto de delegação, por não serem de gestão corrente.

Vimos já que há quem exclua da delegação certos assuntos constantes do art. 406.º, porque não se reconduziriam à gestão corrente, como sucede com os atos dispositivos sobre imóveis ou sobre o estabelecimento comercial ou fabril da sociedade, por exemplo<sup>14</sup>.

Mas outros autores afastam da gestão corrente outras matérias que consideram indelegáveis, tais como «as competências de aprovação de planos estratégicos empresariais e de escolha de sistemas de controlo financeiro

<sup>14</sup> JORGE COUTINHO DE ABREU, *Governação de Sociedades Comerciais*, 2.ª ed., cit., 2010, pp. 41-42.

e de controlo de riscos» ou até a «nomeação dos trabalhadores executivos (diretores) que exercem funções junto do órgão de administração»<sup>15</sup>.

Somos de opinião de que a gestão corrente da sociedade abarca não apenas os atos em que se concretiza o objeto social, mas todos aqueles que contribuem para a sua realização, embora haja que distinguir os contratos que consistem no exercício da atividade social – por exemplo, a compra e venda de mercadorias numa sociedade de distribuição alimentar –, que devem ser assegurados pelos administradores na forma em que estes representam e vinculam a sociedade, de todos os outros negócios que, contribuindo para a boa realização daqueles que constituem objeto social, também são gestão corrente, ainda que devam ser objeto de prévia deliberação colegial pela relevância que têm na atividade da sociedade, como decisões orçamentais, abertura de novos estabelecimentos e aquisição de imóveis necessários para a atividade da sociedade. Todos estes atos, acolhidos no art. 406.º, são atos de gestão corrente, diferenciando-se de outros atos de gestão – qualificados pela lei como tais (cfr. epígrafe do art. 406.º) – que são particularmente relevantes ou até excepcionais no respetivo contexto. São apenas estes atos que a lei societária considera indelegáveis. Todos os demais ficam na discricionariedade dos acionistas, em primeiro lugar, e, quando estatutariamente autorizados, dos administradores, em segundo lugar.

Logo, e em conclusão, o conceito de gestão corrente, para que nos remete o art. 407.º, n.º 3, é amplo, abrangendo todos os atos societários que não forem expressamente excluídos (pelo n.º 4 da mesma disposição legal)<sup>16</sup>.

#### 4. O administrador-delegado

Tradicionalmente, quando a respetiva dimensão era menor, as sociedades anónimas optavam por designar administradores-delegados, em vez de criarem uma comissão executiva.

<sup>15</sup> PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas*, cit., 2012, p. 231. Neste sentido, aponta também ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, anot. ao art. 407.º do CSC, em AA.VV., *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. VI, 2.ª ed., cit. 2019, p. 455, e mais à frente, na p. 457.

<sup>16</sup> Neste sentido, vd. também ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO/A. BARRETO MENEZES CORDEIRO, anot. ao art. 407.º, in ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 5.ª ed. cit., 2022, p. 1331, e JOSÉ FERREIRA GOMES «Novas regras sobre o governo das instituições de crédito», 2015, pp. 37-38.

Reconhecendo ser a lei omissa sobre «o que seja gestão corrente», ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, anot. ao art. 407.º do CSC, em AA.VV., *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. VI, 2.ª ed., cit. 2019, pp. 454-455.

Isso sucedia frequentemente, e ainda se verifica, nas sociedades pertencentes a empresas estrangeiras, que (tinham e) têm por hábito preencher os lugares do conselho de administração com diversos administradores estrangeiros não residentes – para os dispensar do exercício quotidiano da gestão societária –, que delegam no administrador residente (o “administrador-delegado”), por vezes, nacional, noutros casos, estrangeiro, os assuntos de gestão corrente e a administração diária da sociedade.

O administrador-delegado, que assumia sozinho a administração efectiva da sociedade, reuniria periodicamente, em conselho, com os seus pares, informando-os sobre o desenvolvimento da atividade da sociedade e validando as (suas) principais decisões de gestão.

## 5. O funcionamento da comissão executiva e o seu relacionamento com o conselho de administração

Com o crescimento das grandes sociedades e a complexidade crescente da gestão das empresas comerciais a delegação num único administrador deixou de fazer sentido em muitas empresas, que passaram a exigir que a administração fosse assumida por um coletivo de administradores, em geral mínimo de três e frequentemente, nas grandes sociedades anónimas, com cinco ou mais elementos.

A delegação de poderes passou a fazer-se numa comissão executiva e nos administradores que a integram, a qual, na prática, se substituiu ao conselho na administração da sociedade, passando a dar resposta a todas as exigências da sua atividade, reunindo com regularidade, frequentemente uma vez por semana, e reportando a sua atividade ao conselho de administração, em reuniões temporalmente cada vez mais espaçadas: uma vez por mês ou até de dois em dois meses.

A comissão executiva passou, assim, a funcionar como se de um verdadeiro conselho de administração se tratasse, concentrando os respetivos poderes e representando e vinculando a sociedade na maioria dos seus atos.

O presidente da comissão executiva (CEO) tem funções de coordenação da mesma, em moldes paralelos aos que caracterizam o desempenham do presidente do conselho de administração (*chairman*) (cfr. art. 395.º). Assim, para além do seu relacionamento interno, incluindo, embora tal não esteja expressamente previsto, promover a convocação da comissão quando a mesma não reunir em datas fixas, o presidente da comissão deve facultar, a todos os membros do conselho, informação periódica e pontual sobre a atividade e as deliberações da comissão (cfr. art. 407.º, n.º 6, alínea a)) e zelar «pelo cumprimento dos limites da delegação, da estratégia

da sociedade e dos deveres de colaboração perante o presidente do conselho de administração» (art. 407.º, n.º 6, alínea b)).

Em termos organizativos, ao presidente da comissão executiva – que disfruta de voto de qualidade no âmbito deste subórgão (vd. art. 395.º, n.º 3, aplicável ex vi art. 407.º, n.º 7) – cabe promover a convocação da comissão quando a mesma não reunir em datas fixas, ainda que tal competência não esteja expressamente prevista na lei, nos estatutos ou no regulamento do funcionamento da comissão.

## 6. Inadmissibilidade de subdelegação

No que se reporta aos poderes do subórgão delegado, tenha ele uma composição plural, quer seja individual, somos de opinião que os mesmos não envolvem a faculdade de subdelegar os poderes delegados.

A lei societária é omissa sobre esta possibilidade, mas afigura-se que a mesma é de afastar.

Com efeito, a lei limita a delegação, no domínio das sociedades anónimas, impedindo-a quando não for autorizada. Logo dever-se-ia concluir também que a subdelegação nunca seria possível sem permissão análoga.

Mas nem a mesma seria suficiente.

Cremos que uma eventual autorização contratual de subdelegação é de rejeitar<sup>17</sup>. Tratar-se-ia de uma extensão excessiva de poderes, incompatível com o normal funcionamento da sociedade e sem a cobertura legal de regras que articulam o exercício de poderes delegados com a intervenção do órgão delegante. A subdelegação subtrairia ao controlo do órgão delegante, no caso o conselho de administração, o exercício das suas competências; e isso não é aceitável no contexto da sociedade anónima.

## 7. Revogação da delegação de poderes; extinção da comissão executiva ou do cargo de administrador-delegado ou redução dos respetivos poderes

Para terminarmos a nossa análise sobre a delegação de poderes em matéria de gestão societária, importa explicar como é que a sociedade lhe pode pôr termo; e se a sua decisão é idêntica quer a delegação tenha sido instituída por maioria simples, quer tenha sido efetuada por maioria qualificada – ou mesmo unanimidade –, em cumprimento de exigências estatutárias.

<sup>17</sup> No mesmo sentido, por considerar já ter a delegação caráter excepcional, Luís BRITO CORREIA, *Os Administradores de Sociedades Anónimas*, cit., 1993, pp. 277-278.

Vimos já ser admissível dificultar contratualmente a constituição de um subórgão com poderes de administração delegados e exigir para o efeito o consenso dos administradores da sociedade.

Vejamos agora como pode o conselho extinguir uma comissão em funcionamento – se não estiver de acordo com a atuação dos seus membros – ou, eventualmente, proceder a ajustamentos na sua composição.

Imagine-se que no contexto de um conselho de administração formado por cinco pessoas foi constituída, por unanimidade – em cumprimento de requisito contratual –, uma comissão executiva composta por três administradores e que, decorrido um certo tempo, se verifica uma clara divergência entre eles, solidarizando-se os (dois) administradores não executivos com um dos administradores executivos; e pretendendo os três dissolver a comissão executiva.

Por sua vez, os dois executivos, que se encontram alinhados, mas em minoria no conselho, entendem que a comissão só pela (mesma) maioria observada na sua criação pode ser extinta ou alterada. *Quid juris?*

Somos de opinião que, por mais dificultada que esteja a instituição da delegação de poderes, a sua revogação pode ser sempre decidida por maioria simples do conselho de administração e que a eventual existência de cláusula estatutária que imponha uma maioria qualificada para o efeito (ou a unanimidade) é nula, por contrária a norma imperativa, no caso o art. 407.º, n.º 8.

Já antecipámos o nosso entendimento, quando explicámos que o conselho de administração nunca perdia os poderes que delegava e que não só os poderia exercer a todo o tempo, como retirá-los à comissão executiva (ou ao administrador-delegado) ou mesmo pôr termo ao funcionamento desta, revogando a sua constituição; e, acrescentamos agora, se não optar por alterar a sua composição.

A sociedade anónima está vocacionada para funcionar sem delegação de poderes e sem comissão executiva, pelo que se esta for autorizadamente criada deve atuar no quadro da delegação estabelecida e com respeito pelas diretrizes do órgão delegante, que pode avocar a todo o tempo os poderes delegados, que nunca perde.

Para essa conclusão aponta decisiva e inequivocamente o disposto no n.º 8 do art. 407.º. É com fundamento nessa norma que deveremos resolver a questão acima enunciada, reconhecendo que o conselho de administração, no seu conjunto, pode interferir com o funcionamento da comissão executiva, pondo-lhe termo e reassumindo plenamente as rédeas da gestão societária.

Lisboa, março de 2023



**RESUMO:** No presente artigo é analisado o direito legal de preferência em aumentos de capital social e o regime da sua supressão ou limitação.

**Palavras-chave:** Aumento de capital; direito de preferência na subscrição do aumento de capital; Limitação ou supressão do direito de preferência.

**ABSTRACT:** This article analyses the preemption legal right in share capital increases and the regime of its suppression or limitation.

**Keywords:** Capital Increase; preemption right; Limitation or suppression of preemptive rights.

**PAULO DE TARSO DOMINGUES**

## O regime português das limitações do direito legal de preferência em aumentos de capital\*

### 1. A consagração do direito legal de preferência no ordenamento jurídico português

O direito de preferência na subscrição<sup>1</sup> de um aumento de capital social foi, com caráter geral<sup>2</sup>, legislativamente consagrado entre nós, pela

\* O presente texto destina-se ao livro de Homenagem que, em feliz hora, decidiram organizar ao Prof. Augusto Teixeira Garcia.

<sup>1</sup> Note-se que a subscrição de uma participação social não se confunde com a figura da aquisição. Na subscrição, há a manifestação de uma vontade – unilateral e receptícia – por parte do sócio para o exercício do direito de preferência. Assim, A. SÁNCHEZ ANDRÉS, *El derecho de suscripción preferente del accionista*, Civitas, Madrid, 1973, p. 248, s., e P. ALBUQUERQUE, *Direito de preferência dos sócios em aumentos de capital nas sociedades anónimas e por quotas*, Almedina, Coimbra, 1993, p. 227, s., que escreve “o direito de preferência dos sócios deve considerar-se um direito de opção, exercido através de uma declaração de vontade unilateral e receptícia. Ela constitui uma manifestação de vontade que a sociedade deve atender, não uma oferta a aceitar” (p. 240). Em sentido idêntico, Menezes Cordeiro que refere traduzir-se a subscrição num “acto jurídico pelo qual uma pessoa manifesta a intenção de aceitar a titularidade de determinadas ações, com todos os deveres daí derivados e, designadamente, o de realizar o seu valor” (cfr. MENEZES CORDEIRO, “Da preferência dos accionistas na subscrição de novas ações: exclusão e violação”, ROA, ano 50, 1990, vol. II, p. 345, s.). Diferentemente, há quem entenda que se trata de um contrato (o contrato de subscrição). Assim, Osório de Castro (cfr. OSÓRIO DE CASTRO, *Valores mobiliários: conceito e espécies*, UCP, Porto, 2.<sup>a</sup> ed., 1998, p. 213, s.), muito embora este A. afirme também que se está em presença de uma “figura negocial *sui generis*, condicionada à realização do aumento”, e M. JOÃO P. VASCONCELOS, “Do direito de preferência dos sócios em aumentos de capital nas sociedades anónimas e por quotas”, *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais. Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco*

primeira vez, no Código das Sociedades Comerciais (CSC)<sup>3</sup>. Já era, contudo, frequente na nossa *praxis* societária anterior ao CSC a consagração estatutária de um direito (convencional) de preferência no aumento de capital<sup>4</sup>.

O regime previsto no CSC resulta, em grande medida, do direito comunitário<sup>5</sup>, sendo, por isso, idêntico ao consagrado nos demais ordenamentos.

*Lobo Xavier*, vol. III – Congresso Empresas e Sociedades, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 558. A configuração contratual da figura, será, contudo, a mais adequada, assim nos parece, quando esteja em causa a subscrição por parte de um terceiro (e já não de um sócio que pretenda exercer o seu direito preferencial). Sobre as dificuldades existentes no direito português (e também no direito continental europeu) relativamente à celebração de acordos entre a sociedade e terceiros para a subscrição do capital da sociedade (*subscription agreements*), vide PINTO DUARTE, “A regulação contratual entre sociedade e «investidor externo» da subscrição de aumentos de capital”, *Diálogos com Coutinho de Abreu*, Almedina, Coimbra, 2020, p. 909, s..

<sup>2</sup> Este direito já tinha sido, no entanto, instituído para situações particulares, nomeadamente para o caso da emissão de ações privilegiadas (artigo 3.º do DL 1645, de 1915) e da emissão de obrigações convertíveis em ações (artigo 7.º do DL 397/71, de 22 de setembro). Cfr. M. ÂNGELA COELHO, “Aumento do capital”, in *Problemas do direito das sociedades*, IDET, Almedina, Coimbra, p. 248, s..

<sup>3</sup> A doutrina maioritária considerava, por isso, que não assistia aos sócios qualquer direito legal de preferência na subscrição do aumento de capital. Vide FERRER CORREIA/ANTÓNIO CAEIRO, “Aumento do capital, preferência dos accionistas e sobrepreço das acções”, *RDES*, 1968, p. 1. Havia já, no entanto, quem defendesse, antes ainda da entrada em vigor do CSC, a consagração legislativa deste direito, considerando que “o aludido direito legal de preferência resulta com toda a segurança dos preceitos da nossa lei positiva e dos princípios que presidem à disciplina jurídica das sociedades” (cfr. AMÂNDIO ANES D’AZEVEDO, “O Direito de preferência dos accionistas na subscrição de novas acções emitidas pela sociedade”, *RDES*, Ano XVI, 1969, Separata, 1970, p. 5). Para uma visão panorâmica sobre esta questão no direito progresso, vide P. ALBUQUERQUE, *Direito de preferência...*, nt 4, p. 15, s..

<sup>4</sup> Assim, VENTURA, “Adaptação do direito português à Segunda Directiva do conselho da comunidade económica europeia sobre o direito das sociedades”, *GDDC*, Lisboa, 1980, p. 80.

<sup>5</sup> A regulamentação das sociedades comerciais foi e 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 objetivo inicial da então Comunidade Económica Europeia a criação de um mercado único, com a eliminação das restrições à liberdade de estabelecimento (vide a redação inicial do artigo 54.º do Tratado de Roma, de 25 de março de 1957, que instituiu a CEE) e sendo as sociedades comerciais, inquestionavelmente, os principais agentes e motores da atividade económica, tal levou a que, desde o começo, se tivesse verificado, a nível europeu, uma abundante produção legislativa em matéria societária, designadamente as estruturantes 1.ª e 2.ª Directivas sobre sociedades (respectivamente, Directiva do Conselho n.º 68/151/CEE, de 9 de março de 1968, 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 e Directiva 77/91/CEE, de 13 de dezembro de 1976, que veio especialmente

tos jurídicos europeus<sup>6</sup>. Apesar de o regime comunitário, nesta matéria, se dirigir apenas ao tipo sociedade anónima, o nosso legislador societário consagrou regime semelhante também para as SQ, nos artigos 266.<sup>º</sup> e seguintes do CSC.

## 2. Âmbito do direito legal de preferência: aumento por novas entradas em dinheiro

O direito de preferência foi, em Portugal, exclusivamente consagrado para os aumentos de capital em dinheiro. Trata-se de uma imposição que resulta – embora apenas para as SA –, do artigo 72.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 1 da Diretiva Codificadora<sup>7</sup>.

Ficam, pois, de fora do âmbito deste direito quaisquer outras modalidades de aumento do capital social<sup>8</sup>, *v.g.*, o aumento por entradas em espécie.

O afastamento do direito de preferência no aumento de capital por entradas *in natura* é uma solução que sem dificuldade se comprehende, uma vez que com ela se visa permitir a aquisição de um bem por parte da sociedade, que sendo porventura importante ou até essencial para o desenvol-

regular, para as sociedades anónimas, “a conservação e as modificações do capital social” e que foi, por isso, também designada por Diretiva do Capital). Atenta a profusão e dispersão legislativa entretanto verificada neste âmbito, entendeu o legislador europeu, em 2017, concentrar numa única Diretiva matérias que se encontravam reguladas em distintos instrumentos normativos, nomeadamente nas 1.<sup>a</sup> e 2.<sup>a</sup> 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, onde está hoje sobretudo concentrada a legislação comunitária em matéria societária.

<sup>6</sup> Sobre o regime comunitário e a interpretação que dele tem sido feita, nomeadamente pelo TJUE, vide VENTURA, “Adaptação do direito português à Segunda Directiva...”, p. 76, s., TARSO DOMINGUES, *Variações sobre o capital social*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 468, s., e MARIANA P. RAMOS, “O direito de preferência dos sócios nos aumentos de capital”, RDS, 2012, n.<sup>º</sup> 1, p. 210, s..

<sup>7</sup> A Diretiva Codificadora, nesta matéria, apenas se aplica às SA (cfr. artigo 44.<sup>º</sup> e Anexo I da Diretiva Codificadora). Tenha-se, no entanto, presente que o nosso legislador estendeu expressamente aquela solução também para as SQ (cfr. artigo 266.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 1 CSC).

<sup>8</sup> Ficam assim, p. ex., de fora da aplicação do regime da preferência o aumento em caso de fusão e o aumento por conversão de obrigações, o que facilmente se percebe, uma vez que a aplicação da preferência a estes aumentos de capital poderia inviabilizar a realização daquelas operações, que se podem revelar de todo o interesse para a sociedade.

vimento da atividade societária, poderá não ser conveniente ou sequer possível adquiri-lo por outra via<sup>9</sup>.

Note-se, porém, que, conforme afirmou *expressis verbis* o TJUE, no Ac. Siemens/Nold<sup>10</sup>, nada impede que as legislações nacionais estendam o regime do direito de preferência a outras modalidades de aumento do capital, *e.g.*, ao aumento com entradas *in natura*<sup>11</sup>. É essa, de resto, a solução consagrada na Alemanha, onde se entende que o regime da preferência (consagrado no § 186 *AktG*) é também aplicável aos aumentos de capital por entradas em espécie (*Sachkapitalerhöhung*)<sup>12</sup>.

<sup>9</sup> Assim, GALGANO, *La società per azioni – trattato di diritto commerciale e diritto pubblico dell'economia*, vol. 7, Cedam, Padova, 1988, p. 383.

<sup>10</sup> Cfr. ponto 18 do Ac. Siemens/Nold, p. 6035 (Ac. de 19 de novembro de 1996, Proc. C-42/95, in CJ-TJCE, 1995, I, p. 6017 s.).

<sup>11</sup> De facto, como nota Osório de Castro (OSÓRIO DE CASTRO, *Valores mobiliários...*, p. 236, nt 248), não há “nenhuma razão lógica invencível apta a justificar a exclusão legal da preferência, no caso dos aumentos em espécie, como o comprova o facto de que outra é a solução vigente na Alemanha”. Em sentido divergente, veja-se MENEZES CORDEIRO, “Da preferência dos accionistas...”, p. 352, para quem a “realização das acções em espécie não é compatível com a preferência”.

<sup>12</sup> Vide HÜFFER, *Aktiengesetz*, Beck, München, 2010, § 186, IV, 2, Rdn 34, p. 958. A aplicação do regime do direito legal de preferência, em caso de aumento de capital em espécie, consubstancia-se na aplicação das regras gerais que regulam a exclusão daquele direito – extremamente rigorosas – também a esta modalidade de aumento (vide supra, no ponto anterior, o regime que resultava da jurisprudência firmada pelo *Bundesgerichtshof* nos Acs. “Kali & Salz”, de 13 de maio de 1978, e “Holzmann”, de 19 de abril de 1982, a qual foi, no entanto, abandonada no Ac. BGH “Siemens/Nold”, de 23 de junho de 1996). Esta solução – i.e., a aplicação do regime legal da preferência ao aumento de capital por entradas em espécie – significa que a sociedade terá de justificar porque é que recorre àquela modalidade de aumento do capital, que necessariamente implica a “forçosa supressão” (cfr. OSÓRIO DE CASTRO, *Valores mobiliários...*, p. 216) da subscrição do aumento por parte dos sócios, na medida em que estes não poderão oferecer o mesmo bem que o terceiro suscriptor do aumento tem para entregar à sociedade (vide MENEZES CORDEIRO, “Da preferência dos accionistas...”, p. 352). Por isso, a preferência dos sócios na operação de aumento apenas poderá ser suprimida, quando a sociedade tenha um legítimo interesse na aquisição do bem que constitui o objeto da entrada *in natura* – *v.g.*, porque ele é necessário para o exercício da atividade societária – e o mesmo não possa por ela ser adquirido, em condições comparáveis, por outra forma. Vide, sobre esta matéria, LUTTER, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Carl Heymanns Verlag, Köln, § 186 Rdn 79, p. 219, que refere alguns exemplos ilustrativos de quando tais requisitos se não verificam, nomeadamente quando a entrada é uma pintura destinada a um aumento numa sociedade metalúrgica, ou uma “Villa” na Costa de Prata destinada a uma sociedade bancária, ou ainda quando o bem se destina a projetos fora do objeto social (*e.g.*, uma fábrica de máquinas de escrever para um construtor automóvel). A consagração do direito de preferência nos aumentos de capital por entradas em espécie não é, porém, uma solução isenta de críticas por parte da doutrina.

Entre nós, porque inequivocamente o regime do direito de preferência não é aplicável ao aumento por entradas em bens diferentes de dinheiro<sup>13</sup>, não se coloca a questão de a sociedade ter de observar os requisitos – sejam de natureza formal ou material – previstos para a exclusão deste direito, nesta modalidade de aumento<sup>14</sup>. Ou seja, porque o direito de preferência não está, nesta hipótese, legalmente previsto, não há necessidade de deliberar a exclusão do direito de subscrição dos sócios, nem, em princípio, necessidade de justificar a realização da operação.

Isto não significa, contudo, que a sociedade possa arbitrariamente, por imposição de deliberação maioritária, admitir novos sócios<sup>15</sup> ou alterar a relação de forças intrassocietária, mediante um aumento de capital por entradas em espécie. O recurso a esta modalidade de aumento deverá também ser justificado pelo interesse social<sup>16</sup>. Por isso, aos sócios será sempre possível impugnar a deliberação do aumento de capital, conquanto demonstrem – o ónus aqui é, porém, dos sócios<sup>17</sup> – que o mesmo não é justificado por qualquer relevante interesse social, mas pelo simples objetivo de prejudicar um ou mais sócios (cfr. artigo 58.º, n.º 1, al. b) CSC).

Parece-nos, por outro lado, que, nas SQ e nas SA fechadas<sup>18</sup>, deverá a sociedade permitir que os sócios – que o desejem e manifestem essa vontade<sup>19</sup> – possam realizar novas entradas em dinheiro, por forma a asse-

Vide KINDLER, "Bezugsrechtsausschluß und unternehmerisches Ermessen nach deutschem und europäischem Recht", ZGR, 1/1998, p. 42, s..

<sup>13</sup> Cfr. a redação do artigo 266.º, n.º 1 CSC, para as SQ e artigo 458.º, n.º 1 CSC, para as SA. Vide também M. ÂNGELA COELHO, "Aumento do capital", p. 249.

<sup>14</sup> Como sucede, quando se verifica a exclusão do direito de preferência, nos aumentos de capital por entradas em dinheiro.

<sup>15</sup> Seria, de facto, contraditório que, p. ex., o regime da SQ – onde se preveem diversos mecanismos que visam prevenir a entrada de um estranho para o grémio social – pudesse ser completamente subvertido através deste expediente de um aumento de capital *in natura*.

<sup>16</sup> Cfr. OSÓRIO DE CASTRO, *Valores mobiliários...*, p. 236.

<sup>17</sup> Cfr. GALGANO, *La società per azioni...*, p. 383. Tudo se passa, afinal, como se a lei, no caso de aumento de capital por entradas em espécie, presuma a existência de um interesse social que justifica a exclusão do direito de preferência, cabendo ao sócio demonstrar o contrário, caso pretenda que aquela operação se não realize. Cfr. OSÓRIO DE CASTRO, *Valores mobiliários...*, p. 236, s.. É diferente o regime – nomeadamente quanto ao ónus da prova relativamente ao interesse social –, quando está em causa a eliminação do direito de preferência no aumento de capital por novas entradas em dinheiro.

<sup>18</sup> O problema, que com a solução proposta em texto se visa acautelar, não se coloca nas sociedades cotadas, uma vez que nestas os sócios poderão facilmente, através de aquisições no mercado, assegurar a manutenção da sua posição relativa na sociedade.

<sup>19</sup> A qual deverá ser expressa até à data da deliberação do aumento de capital.

gurar, na medida do possível<sup>20</sup>, que a sua “quota de participação” se mantém inalterada<sup>21</sup>. Para tanto, deverá o aumento de capital por entradas *in natura* ser deliberado simultaneamente<sup>22</sup> com um aumento por novas entradas em dinheiro, destinado àquele fim e em concordância com as manifestações de vontade expressas pelos sócios<sup>23</sup>.

### 3. Razões justificativas e modelos de regulação possíveis do direito de preferência

A consagração do direito de preferência<sup>24</sup>, no caso de aumento do capital social – que se chega a considerar um dos direitos “elementares” da socialidade<sup>25</sup> –, é fundamentalmente justificada por uma dupla finalidade<sup>26</sup>:

<sup>20</sup> A manutenção da posição relativa por parte de todos os sócios, através da realização de novas entradas em dinheiro, será sempre possível quando o aumento de capital *in natura* for subscrito por alguém que já era sócio. Quando a nova entrada em espécie for realizada por um terceiro, aquela solução já poderá não ser exequível, desde logo quando todos os sócios queiram manter o seu *status socii*, uma vez que do grémio societário passará a fazer parte um novo membro, o que implica necessariamente que o capital social passe a ser dividido por um maior número de sócios.

<sup>21</sup> Em sentido idêntico, vide HÜFFER, *Aktiengesetz*, § 186, IV, 2, *Rdn* 34, p. 960.

<sup>22</sup> Sob pena de a deliberação de aumento de capital por entradas em espécie se poder configurar como uma deliberação abusiva e, portanto, anulável (cfr. artigo 58.º, n.º 1, al. a) CSC).

<sup>23</sup> Neste sentido, vide também P. OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, p. 1022, que, porém, não ressalva as sociedades cotadas, onde, para além de não se justificar (cfr. supra nota 18), a observância desta regra se poderá revelar extremamente custosa e de difícil execução.

<sup>24</sup> Sobre a natureza jurídica deste direito, pode ver-se P. ALBUQUERQUE, *Direito de preferência...*, p. 227, s., e JOSÉ TAVARES GUERREIRO, “Direito de preferência – Definição, natureza jurídica e interpretação. Declaração unilateral de vontade, de caráter receptício. Direito potestivo. Notas de direito brasileiro”, *Dialogos com Coutinho de Abreu*, Almedina, Coimbra, 2020, p. 539, s., que assinala a distinção entre o direito de preferência (em que com o exercício da preferência, o preferente pretere/afasta alguém) e o direito de opção (em que tal não sucede).

<sup>25</sup> Vide KÜBLER, *Gesellschaftsrecht*, C. F. Müller Verlag, Heidelberg, 1999, 16, IV, 1, al. c). No mesmo sentido, SERENS, “Direito de preferência dos accionistas em aumentos de capital – Apontamento sobre o modo do seu exercício”, DSR, vol. 1, 2009, p. 158, para quem este direito integra o “núcleo irredutível da ação-posição da sociedade”. Estamos aqui a referir-nos ao chamado direito abstrato de preferência, que se deve considerar incindível da respectiva participação social (vide infra, sobre a distinção, ponto 4).

<sup>26</sup> Pedro de Albuquerque (P. ALBUQUERQUE, *Direito de preferência...*, p 43, s.) – em sentido próximo, vide também OSÓRIO DE CASTRO, *Valores mobiliários...*, nt 213, p. 215, s. – defende

- a) permitir assegurar a manutenção da posição relativa dos sócios – o seu *status socii* – dentro do grémio societário, evitando a diluição ou “aguamento”, seja dos seus direitos políticos (*v.g.*, direito de voto), seja dos seus direitos patrimoniais (*e.g.*, direito ao lucro); e
- b) evitar ou compensar a diminuição do próprio valor da participação social, que pode resultar de uma operação de aumento de capital<sup>27</sup>.

Com efeito, sendo os direitos corporativos, em princípio, determinados em função da participação de cada sócio no capital social, se a algum sócio não for assegurada a possibilidade de, num aumento de capital, subscrever novas participações sociais em percentagem idêntica àquela de

que a consagração deste direito de preferência, para além das duas finalidades referidas, pretenderá ainda assegurar uma situação de privilégio para os sócios, seja relativamente à participação nas vantagens e lucros que a sociedade venha a gerar no futuro, seja relativamente ao benefício económico – *v.g.*, por as novas ações serem emitidas por um valor inferior ao seu valor real – que do aumento do capital social pode resultar. Parece-nos, no entanto, que esta não se deve considerar uma das finalidades visadas pelo regime do direito de preferência. Com efeito, importa ter presente que os sócios têm apenas uma mera expectativa de participarem no aumento do capital social, não podendo exigir da sociedade a realização desta operação, assim como não podem exigir ou impor as condições em que a mesma deve ser efetuada (cfr. LUTTER, *Kölner Kommentar*, § 185, Rdn 34, p. 181). Por outro lado, sendo a expectativa (ou nem sequer isso – cfr. LUTTER, *Kölner Kommentar*, § 189, Rdn 5, p. 267, A. que defende que a posição dos subscritores no aumento de capital não corresponde sequer a uma expectativa juridicamente tutelada) de um aumento do recebimento de lucros futuros meramente potencial e sendo também meramente eventual a emissão de novas ações por um valor economicamente vantajoso para os subscritores, parece-nos excessivo dizer que a tutela destas expectativas – que, para além de expectativas, têm ainda um caráter meramente potencial e/ou eventual – subjaz à consagração do direito de preferência.

Há ainda quem assinale ao direito de preferência a finalidade de evitar a entrada de estranhos para a sociedade. Cfr. VENTURA, “Adaptação do direito português à Segunda Diretiva...”, p. 184, e M. JOÃO P. VASCONCELOS, “Do direito de preferência...”, p. 507.

<sup>27</sup> Note-se que apenas esta finalidade, e já não a primeira, poderá ser acautelada através do ágio. Na verdade, o prémio de emissão impedirá que o sócio veja diminuído o valor da sua participação social, mas já não impedirá – caso o sócio não possa ou não queira concorrer ao aumento de capital – evitar a diluição dos seus direitos corporativos. Por isso, será de admitir a cumulação dos dois instrumentos (direito de preferência e ágio), por ser esta a única forma de assegurar eficazmente uma plena tutela dos interesses dos sócios. Assim também, A. GRAZIANI, “Sovraprezzo delle azioni e diritto di opzione”, RS, 1961, p. 56. Em sentido oposto, M. ROTONDI, “È compatibile col diritto di opzione la emissione di azioni con sovraprezzo?”, RivDirCom, 1960, I, p. 81, s., para quem, no caso de aumento de capital com direito de preferência, as ações deverão ser necessariamente emitidas ao par. Sobre a problemática do ágio, enquanto instrumento para assegurar o princípio da igualdade de tratamento entre os sócios, pode ver-se TARSO DOMINGUES, *Variações...*, p. 452, s..

que já é titular, ele poderá ver diminuída – em termos proporcionais – a sua posição societária<sup>28</sup>.

Por outro lado, se o valor da emissão das novas participações sociais for inferior ao valor real das mesmas<sup>29</sup>, o sócio sofrerá uma perda patrimonial<sup>30</sup>, a qual poderá, contudo, ser eliminada ou atenuada com o direito de preferência, seja através da subscrição proporcional do aumento por parte do sócio (o que lhe permitirá manter a mesma posição relativamente ao valor patrimonial da sociedade), seja mediante a alienação deste direito de preferência (com o correspondente recebimento da contrapartida, que permitirá compensar a perda sofrida pelo sócio)<sup>31</sup>.

Daí, que na generalidade dos ordenamentos jurídicos – precisamente com o intuito de assegurar as finalidades referidas – tenha sido consagrado um direito legal de preferência a favor dos sócios em caso de aumento de capital social, visando-se assim assegurar a conservação daquilo que se costuma designar por “quota de participação” (*Beteiligungsquote*) do sócio na sociedade<sup>32</sup>, de que resulta, diz-se, uma “justa e elegante” conciliação

<sup>28</sup> Atente-se no seguinte exemplo: A e B são titulares, cada um, de uma quota no valor nominal de 100, correspondendo cada uma delas a 50% do capital social. Se este for aumentado de 200 para 400, através da entrada de um novo sócio que subscreve a totalidade do aumento, A e B – mantendo a sua quota de 100 – passam, no entanto, a ser titulares de uma participação social que corresponde agora apenas a 25% do capital social, com as consequências daí decorrentes quanto ao conteúdo dos seus direitos sociais.

<sup>29</sup> Nomeadamente quando o valor da emissão é inferior ao valor que resultaria da quota de liquidação, i. é, ao valor que, atendendo ao património líquido da sociedade, corresponderia a cada participação social em caso de liquidação da sociedade.

<sup>30</sup> Tenha-se presente o exemplo dado na nota 28. Se o património líquido da sociedade valer 600, antes do aumento, isto significa que, apesar do valor nominal de cada quota ser de 100, ela vale realmente 300 (correspondente a 50% do valor do património da sociedade). Aumentado o capital social, o património líquido passa a ser de 800 (600 já existentes, acrescidos da entrada de 200 do novo sócio). Isto significa que os sócios A e B sofrem uma perda, uma vez que a sua participação – que valia 300 – passa a valer apenas 200 (25% de 800) e que concomitantemente o novo sócio é beneficiado com a operação, uma vez que entregou apenas 200 à sociedade e recebeu em troca uma quota que vale 400.

<sup>31</sup> Por isso, pode dizer-se que subjacente ao direito de preferência está um princípio geral designado por “princípio da integridade da participação social”, do qual resulta a obrigação, para a sociedade, de respeitar a substância e o valor das participações dos sócios. Assim, A. SÁNCHEZ ANDRÉS, “Notas sobre la función económica del aumento de capital con medios propios”, *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, III, Editorial Tecnos, Madrid, 1971, p. 214.

<sup>32</sup> Vide K. SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, Carl Heymanns Verlag, Köln, 2002, § 29, III, 2, d), LUTTER, *Kölner Kommentar*, § 186, Rdn 58, p. 210, e OSÓRIO DE CASTRO, *Valores mobiliários...*, p. 214. Na doutrina norte-americana é usual referir-se que o direito de preferência visa preservar o “shareholder’s proportionate ownership interest” ou simplesmente o “propor-

entre este legítimo interesse dos sócios e o interesse da sociedade em obter um reforço dos seus capitais próprios<sup>33</sup>.

São vários os modelos legais possíveis de regulação deste direito de preferência. Tendo em consideração uma análise dos diferentes regimes que foram sendo historicamente consagrados, são, porém, de relevar fundamentalmente três<sup>34</sup>:

- a) o modelo rígido: que é o regime mais rigoroso na defesa do direito de preferência e se traduz na consagração legal deste direito, o qual não poderá nunca ser afastado pela sociedade<sup>35</sup>;
- b) o modelo flexível: em que o direito de preferência tem caráter meramente facultativo, i.e., este direito só existirá se os sócios, nomeadamente através de uma cláusula estatutária, o prescreverem. Trata-se, por isso, de um regime em que é extremamente fácil suprimir o direito de preferência dos sócios na subscrição do aumento de capital<sup>36</sup>; e
- c) o modelo intermédio ou eclético: que é aquele em que se verifica a consagração legal imperativa do direito de preferência, permitindo-se, no entanto, que, verificados certos requisitos, o mesmo possa ser afastado pela sociedade.

É este último o modelo que, por imposição do artigo 72.º da Diretiva Codificadora<sup>37</sup>, está atualmente consagrado nos ordenamentos jurídicos comunitários.

tionate interest” do sócio. Cfr., por todos, HAMILTON, *The law of corporations*, West Publishing Company, St. Paul, Minnesota, 2000, p. 196, s..

<sup>33</sup> Cfr. LUTTER, *Kölner Kommentar*, § 186, Rdn 58, p. 210.

<sup>34</sup> A classificação é de Vasquez Albert. Cfr. VASQUEZ ALBERT, “El derecho de suscripción preferente a la luz de la experiencia estadounidense”, *RDM*, 1993, p. 920, s..

<sup>35</sup> Trata-se de um regime – que tendo sido consagrado, p. ex., na lei espanhola sobre sociedades anónimas de 1951 – está hoje, a nível de direito comparado, completamente ultrapassado, dadas as dificuldades que o mesmo levantava às operações de financiamento por parte da sociedade.

<sup>36</sup> É este o modelo hoje perfilhado no regime jurídico norte-americano (cfr. § 6.30 RMBCA), sendo aquele que vigorou em Portugal até ao CSC.

<sup>37</sup> Que corresponde ao artigo 25.º, n.º 1 da originária Diretiva do Capital. Embora este regime apenas abranja o tipo SA, a generalidade dos países estendeu a sua aplicação – tal como Portugal – também ao tipo correspondente à nossa SQ.

#### **4. Possibilidade de supressão ou limitação do direito de preferência: distinção entre o abstrato e o concreto direito de preferência**

O regime legal português (e europeu) permite, pois – pese embora se trate, como se disse, de um dos direitos “elementares” da socialidade –, que, em certas circunstâncias, o direito de preferência seja limitado ou suprimido.

É preciso, no entanto, nesta sede, socorrer-nos da fundamental distinção entre direito abstrato e direito concreto<sup>38</sup>, uma vez que só este último pode ser objeto de limitações.

Com efeito, importa sublinhar que o direito abstrato de preferência (também designado direito virtual ou potencial), que se traduz no poder de os sócios subscreverem preferencialmente todo e qualquer aumento de capital da sociedade é um direito irrenunciável e indisponível. Daí que, ele não poderá nunca ser eliminado ou ser objeto de qualquer limitação. Qualquer deliberação nesse sentido será nula, nos termos do artigo 56.º, n.º 1, al. d) CSC<sup>39</sup>.

Diferentemente, quanto ao direito de preferência concreto – que é agora o direito que diz respeito a um concreto aumento de capital (já deliberado ou a deliberar) – já se admite que o mesmo possa ser limitado ou até suprimido, verificados que sejam determinados requisitos.

O direito (concreto) de subscrição preferente por parte dos sócios não é, pois, um direito absoluto. Razões da mais variada ordem, mesmo num aumento de capital por entradas em dinheiro – e é apenas para esta modalidade de aumento que o nosso ordenamento jurídico atribui um direito legal de preferência aos sócios – poderão, de facto, justificar e levar a que a sociedade pretenda, casuisticamente, eliminar ou restringir este direito<sup>40</sup>.

<sup>38</sup> O direito abstrato é, pode dizer-se, um direito potencial ou virtual do sócio; ele integra o *status socii*, mas, diferentemente do direito corporativo concreto, não se refere a uma específica e concreta pretensão derivada da sua qualidade de sócio. Note-se que relativamente aos direitos concretos é possível fazer ainda uma subdistinção entre o direito (ainda) não ativado e o (já) ativado (este último corresponde, p. ex., ao direito ao lucro de um determinado exercício, cuja distribuição já foi deliberada pelos sócios).

<sup>39</sup> Assim, LOBO XAVIER, *Anulação de deliberação social e deliberações conexas*, Almedina, Coimbra, 1975, nt 99a, p. 226. M. ÂNGELA COELHO, “Aumento do capital”, p. 252 e M. JOÃO P. VASCONCELOS, “Do direito de preferência...”, p. 514. Em sentido diferente, se bem percebemos, defendendo para o caso a mera anulabilidade, vide MENEZES CORDEIRO, “Da preferência dos accionistas...”, p. 359.

<sup>40</sup> Pense-se, p. ex., no interesse da sociedade em que um determinado terceiro entre para o grémio social; ou ainda na hipótese em que o dono de um bem, que se revela essencial para o desenvolvimento da atividade societária, impõe que não só o valor daquele bem

O regime da exclusão do direito de preferência no CSC – que resulta, em grande medida, do artigo 72.º da Diretiva Codificadora<sup>41</sup> – está previsto, para as SA, no artigo 460.º CSC e, para as SQ, no artigo 266.º CSC.

Nos termos destas normas, para que seja possível a exclusão ou restrição do concreto direito de subscrição preferencial, é necessário que o mesmo seja deliberado pelo órgão competente e que sejam observados diversos requisitos, quer de caráter formal, quer de caráter material<sup>42</sup>. É a matéria que se passa a analisar de seguida.

## 5. Órgão competente

Antes do mais, importa ter presente que a exclusão do direito de subscrição preferencial apenas poderá ser decidida, de acordo com o regime do CSC<sup>43</sup>, pela coletividade dos sócios<sup>44</sup>. Com efeito, a competência para decidir sobre a supressão ou limitação deste direito cabe, entre nós, exclusivamente à assembleia geral, seja qual for a modalidade de aumento. É isso que resulta, assim o julgamos, cristalinamente do artigo 460.º, n.º 3 CSC<sup>45/46</sup>.

seja imputado no capital social, mas que igualmente lhe seja permitido ainda realizar uma entrada em dinheiro. Vide VENTURA, “Adaptação do direito português à Segunda Diretiva...”, p. 218, s., e PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social nas sociedades comerciais*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, p. 223, s..

<sup>41</sup> Aplicável apenas às SA, mas cujo regime o nosso legislador alargou às SQ.

<sup>42</sup> Vide VENTURA, *Alterações do contrato de sociedade*, p. 217, s. e 222, s., e OSÓRIO DE CASTRO, *Valores mobiliários...*, p. 225, s..

<sup>43</sup> O nosso legislador não aproveitou a possibilidade concedida pelo artigo 72.º da Diretiva Codificadora de atribuir tal competência ao órgão de administração (cfr. artigo 72.º, n.º 5 CSC).

<sup>44</sup> Note-se que aqui não está propriamente em causa um mero requisito formal ou procedimental, mas uma matéria relativa à repartição legal das competências entre os órgãos societários. Sobre as consequências da inobservância desta repartição de competências, vide COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. 2, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2021, p. 494, s..

<sup>45</sup> Norma igualmente aplicável às SQ, por força da remissão do artigo 266.º, n.º 4 CSC.

<sup>46</sup> Neste sentido, vide também VENTURA, *Alterações do contrato de sociedade*, Almedina, Coimbra, 1988, p. 216, que perentoriamente escreve: “Em caso algum pode a supressão do direito de preferência ser resolvida pelo conselho de administração”, M. ÂNGELA COELHO, “Aumento do capital”, p. 252, s., P. ALBUQUERQUE, *Direito de preferência...*, p. 376, e M. JOÃO P. VASCONCELOS, “Do direito de preferência...”, p. 531.

Não nos parece, por isso, de acolher<sup>47</sup> a solução proposta por alguns autores<sup>48</sup> que consideram admissível a possibilidade de a assembleia geral conceder ao conselho de administração a competência para deliberar a exclusão do direito de subscrição preferente<sup>49</sup>.

## 6. Requisitos formais

A deliberação de supressão ou limitação do direito de preferência – a aprovar necessariamente pela coletividade dos sócios – tem de observar determinados requisitos formais:

- a) Em primeiro lugar, aquela deliberação da assembleia geral deverá ser aprovada pela maioria exigida para o aumento de capital social (cfr. artigo 460.º, n.º 4 CSC)<sup>50</sup>;
- b) Aquela deliberação deve, por outro lado, ser aprovada em separado de qualquer outra (cfr. artigo 460.º, n.º 4 CSC). Visa-se com este requisito levar a que os sócios ponderem devidamente os motivos e razões que podem justificar a exclusão e/ou restrição do direito de preferência<sup>51</sup>;
- c) Acresce que esta deliberação terá de ser tomada na assembleia geral que deliberar o aumento de capital social, conforme estabelece limpidamente o artigo 460.º, n.º 2 CSC<sup>52</sup>. Ou seja, a exclusão ou limitação do direito de preferência – ainda que para uma concreta operação de aumento de capital – não poderão resultar do pacto social<sup>53</sup>, nem de qualquer deliberação anterior ou posterior

<sup>47</sup> Assim, também M. ÂNGELA COELHO, "Aumento do capital", p. 252, s..

<sup>48</sup> Vide MENEZES CORDEIRO, "Da preferência dos accionistas...", p. 355, s., e OSÓRIO DE CASTRO, *Valores mobiliários...*, p. 226, s..

<sup>49</sup> Ainda que os limites para esse efeito sejam rigorosamente fixados pela assembleia geral conforme propõe Osório de Castro (cfr. OSÓRIO DE CASTRO, *Valores mobiliários...*, p. 226, s.).

<sup>50</sup> Trata-se de um regime com o qual se visa assegurar que a deliberação seja objeto de aprovação por uma maioria alargada. Cfr., para as SQ, o artigo 265.º CSC e, para as SA, os artigos 383.º, n.ºs 2 e 3 e 386.º, n.º 2 CSC.

<sup>51</sup> Cfr. VENTURA, *Alterações do contrato de sociedade*, p. 224, s..

<sup>52</sup> O artigo 460.º, n.º 2 CSC dispõe: "A assembleia geral que deliberar o aumento de capital pode, para esse aumento, limitar ou suprimir o direito de preferência dos accionistas, desde que o interesse social o justifique" (o negrito é nosso).

<sup>53</sup> É esse também o regime consagrado na Diretiva Codificadora, onde se dispõe: "O direito de preferência não pode ser limitado nem suprimido pelos estatutos ou pelo ato constitutivo" (artigo 72.º, n.º 4). Em sentido concordante, vide P. ALBUQUERQUE, *Direito de preferência...*, p. 376, que considera que tal cláusula será nula (vide p. 122). Divergente-

à do aumento de capital<sup>54</sup>. É também esta uma solução que sem dificuldade se comprehende: a lei visa assegurar que a coletividade dos sócios valores, casuisticamente e atendendo à conjuntura do momento, avalie a necessidade e/ou conveniência daquela exclusão, decidindo em conformidade<sup>55</sup>;

- d) Finalmente, a deliberação de exclusão ou restrição ao exercício do direito de preferência deve ser precedida de um relatório escrito<sup>56</sup>, o qual deve conter a justificação da proposta, o modo de atribuição das novas participações, as condições da sua liberação, o valor de emissão e os critérios utilizados para a determinação deste valor (cfr. artigo 460.º, n.º 5 CSC)<sup>57</sup>. Trata-se de uma peça fundamental do regime, com a qual se visa permitir aos sócios<sup>58</sup> avaliar e sindi-

mente, contudo, há quem, entre nós, admita a possibilidade de os estatutos excluírem o direito de preferência relativamente a um concreto aumento de capital que nele seja previsto. Cfr. OSÓRIO DE CASTRO, *Valores mobiliários...*, p. 227, M. JOÃO P. VASCONCELOS, "Do direito de preferência...", p. 532, e MENEZES CORDEIRO, "Da preferência dos accionistas...", p. 355, s., entendendo este A. que a proibição do artigo 460.º, n.º 2 CSC respeita apenas à eliminação estatutária do direito abstrato de preferência.

<sup>54</sup> Note-se que, se a exclusão do direito de preferência for posterior à deliberação de aumento de capital, poderá entender-se que tal direito se tem por "definitivamente radicado" na esfera jurídica do sócio (VENTURA, *Alterações do contrato de sociedade*, p. 224, p. ALBUQUERQUE, *Direito de preferência...*, p. 153, s., e M. ÂNGELA COELHO, "Aumento do capital", p. 248), equiparando-se assim a um direito extracorporativo, o que implicará que aquela deliberação de supressão do direito de preferência será nula – cfr. artigo 56.º, n.º 1, al. d) CSC. Defendendo a nulidade das deliberações que afetem direitos extracorporativos dos sócios, vide V. LOBO XAVIER, "O regime das deliberações sociais no projecto do código das sociedades", *Temas de direito comercial*, Almedina, Coimbra, 1986, p. 18, VENTURA, *Alterações do contrato de sociedade*, p. 82, P. MAIA (2015), 246, e COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. 2, p. 493, que estriba a sua posição numa argumentação distinta daqueles outros AA. Considerando que tal deliberação é ineficaz, vide FERRER CORREIA, *Lições de direito comercial*, vol. II, *Sociedades comerciais. Doutrina geral*, Coimbra, ed. policopiada, 1968, p. 366, s., e PINTO FURTADO, *Deliberações de sociedades comerciais*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 538, s..

<sup>55</sup> Deve, aliás, entender-se que estas mesmas razões levam a que também se deva considerar ilícito estabelecer, no pacto social, a proibição de os sócios, em qualquer futuro aumento de capital, deliberarem a supressão ou limitação deste direito de preferência. Neste sentido, vide também VENTURA, *Alterações do contrato de sociedade*, p. 216.

<sup>56</sup> O qual deverá ser colocado à disposição dos sócios, pelo menos, com 15 dias de antecedência relativamente à data da assembleia (cfr. artigo 289.º, n.º 1, al. c) CSC, norma esta prevista para as SA, mas também aplicável às SQ ex vi artigo 248.º, n.º 1 CSC).

<sup>57</sup> O artigo 72.º, n.º 4 da Diretiva Codificadora apenas impõe que do relatório escrito constem os motivos justificativos para a exclusão do direito e para o valor de emissão proposto.

<sup>58</sup> E ao Tribunal, se a deliberação de exclusão do direito de preferência vier a ser impugnada judicialmente. Sobre a possibilidade de os Tribunais apreciarem o mérito desta

car a bondade da solução proposta. Por isso, deve entender-se que à falta de relatório *tout court* equivale a elaboração de um relatório que não contenha uma correta e clara informação e fundamentação – *v.g.*, com considerações extremamente vagas –, visto que, dessa forma, se impede que os sócios possam conhecer, com verdade e transparência, as razões que justificam a exclusão ou limitação do direito de preferência<sup>59</sup>.

O artigo 460.º, n.º 5 CSC prescreve que é ao órgão de administração que incumbe apresentar este relatório escrito, referindo-se, porém, apenas à hipótese em que a proposta de limitação ou supressão do direito é por este órgão apresentada. Acontece que esta proposta pode não ser apresentada pela administração da sociedade (poderá sê-lo, p. ex., por um sócio), pelo que se levanta a questão de saber qual o regime aplicável a esta situação. Há quem defende que, neste caso, caberá ao proponente elaborar aquele relatório escrito<sup>60</sup>, uma vez que é ele quem conhece as razões e dispõe dos elementos que estão na base da proposta efetuada, não fazendo sentido, por isso, impor tal tarefa ao órgão de administração<sup>61</sup>. Se é obviamente razoável que seja o proponente a defender e a justificar a solução que propõe – devendo, pois, elaborar um relatório justificativo para a mesma –, parece-nos, porém, que o órgão de administração deverá sempre, mesmo quando não seja ele o autor da proposta, elaborar o relatório a que alude o artigo 460.º, n.º 5 CSC<sup>62</sup>. Na verdade, é seguramente este órgão quem está em melhores condições para avaliar da bondade da solução proposta, sendo extremamente importante para os sócios que essa sua avaliação lhes seja dada a conhecer<sup>63</sup>.

deliberação de exclusão e a sua conformidade com o interesse social, vide infra ponto seguinte.

<sup>59</sup> Cfr. PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social...*, p. 224.

<sup>60</sup> Neste sentido, vide OSÓRIO DE CASTRO, *Valores mobiliários...*, p. 228, s., M. ÂNGELA COELHO, “Aumento do capital”, p. 253, e M. AUGUSTA FRANÇA, *A estrutura das sociedades anónimas em relação de grupo*, AAFDL, Lisboa, 1990, p. 156, s..

<sup>61</sup> Raúl Ventura refere que o órgão de administração poderia ver-se, de resto, obrigado a defender uma proposta com a qual poderia não estar sequer de acordo. Cfr. VENTURA, *Alterações do contrato de sociedade*, p. 229.

<sup>62</sup> O qual poderá, obviamente, neste caso, não ser favorável à eliminação do direito de preferência que é proposta.

<sup>63</sup> Esta solução é, de resto, a que está mais próxima do regime da Diretiva Codificadora (cfr. artigo 72.º, n.º 4) que expressamente impõe ao órgão de administração a elaboração do relatório, independentemente de a proposta de supressão do direito de preferência ter a sua autoria. Note-se que o regime comunitário – que apenas abrange, no entanto, as SA – obriga a que a deliberação de exclusão ou limitação do direito de preferência seja objeto de

## 7. Requisito material: o interesse social

O único requisito de ordem substantiva que o artigo 460.º CSC prevê, para a exclusão ou limitação do direito de subscrição preferencial, é o de que esta deverá necessariamente ser justificada pelo interesse social (cfr. artigo 460.º, n.º 2 CSC)<sup>64</sup>.

Não cabe aqui analisar a temática do interesse social<sup>65</sup>. Importa-nos apenas referir que nenhuma outra exigência adicional de caráter substantivo<sup>66</sup> – nomeadamente relativa à conveniência ou à adequação, necessidade e proporcionalidade da medida de exclusão<sup>67</sup> – se deve ter por consagrada no nosso ordenamento jurídico<sup>68</sup>.

publicidade (cfr. artigo 72.º, n.º 4, *in fine* da Diretiva Codificadora), solução que, contudo, não se encontra plasmada no artigo 460.º CSC.

<sup>64</sup> Trata-se de uma solução cuja fonte é o artigo 2441 do código civil italiano. Vide VENTURA, *Alterações do contrato de sociedade*, p. 218. Note-se que a Diretiva Codificadora não estabelece qualquer requisito de natureza material, no que respeita à exclusão do direito de preferência.

<sup>65</sup> Sobre o interesse social, vide, por todos, COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. 2, p. 275, s.. Especificamente sobre a temática do interesse social a propósito do direito de preferência, pode ver-se AGUILA-REAL, *Interés social y derecho de suscripción preferente*, Civitas, Madrid, 1995, p. 17, s., e, entre nós, VENTURA, *Alterações do contrato de sociedade*, p. 220, s., OSÓRIO DE CASTRO, *Valores mobiliários...*, p. 229, s., M. JOÃO P. VASCONCELOS, “Do direito de preferência...”, p. 534, s..

<sup>66</sup> Tal exigência foi, no entanto, defendida, entre nós, por M. AUGUSTA FRANÇA, *A estrutura das sociedades anónimas...*, p. 157 (para quem a limitação do direito de preferência terá de ser a que, permitindo perseguir o interesse social, acarrete as menores desvantagens para os sócios), P. ALBUQUERQUE, *Direito de preferência...*, p. 342, s., esp. p. 348, s. (A. que defende que só a absoluta necessidade – e já não a mera conveniência – poderá justificar a limitação ou supressão do direito de preferência).

<sup>67</sup> I. é, no fundo, as três vertentes essenciais do princípio da proporcionalidade, entendido em sentido amplo. Sobre o princípio da proporcionalidade, pode ver-se, pela sua clareza e concisão, o Ac. do Tribunal Constitucional n.º 632/2008, de que foi relatora a Conselheira Lúcia Amaral, que se pode ler em <<http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos/20080632.html>>. Note-se, contudo, que esta posição mais extremada foi defendida também entre nós por M. JOÃO P. VASCONCELOS, “Do direito de preferência...”, p. 540, A. que defende que a exclusão do direito de preferência só será lícita quando seja uma medida adequada, necessária e proporcional. Rejeitando qualquer exigência de proporcionalidade na eliminação do direito de preferência, vide OSÓRIO DE CASTRO, *Valores mobiliários...*, p. 229, s. e 237, s., e M. ÂNGELA COELHO, “Aumento do capital”, p. 253, s.. De resto, mesmo na Alemanha, o rigoroso regime que resultava da observância do princípio da proporcionalidade, foi já, nesta sede, suavizado pelo *Bundesgerichtshof*, com o seu Ac. “Siemens/Nold”, de 23 de junho de 1996. Sobre este Ac., veja-se RAISER/VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften*, Verlag Franz Vahlen, München, 2006 p. 328, s..

<sup>68</sup> Neste sentido, vide OSÓRIO DE CASTRO, *Valores mobiliários...*, p. 217, e M. ÂNGELA COELHO, “Aumento do capital”, p. 253, s..

Assim sendo, no entanto, desta regra aparentemente nada de novo resultaria, uma vez que, por princípio, às deliberações sociais deverá estar subjacente o interesse social. A norma do artigo 460.º, n.º 2 CSC implica, contudo, importantes consequências de ordem prática. Desde logo, dela resulta uma inversão do ónus da prova. Com efeito, entendendo um sócio que determinada deliberação foi motivada por interesses extrassociais, compete-lhe a ele, de acordo com as regras gerais<sup>69</sup>, demonstrar que a mesma não é justificada pelo interesse social, visando antes prosseguir outros propósitos<sup>70</sup>. Diferentemente, no caso de impugnação da deliberação de exclusão do direito de preferência, competirá à sociedade evidenciar – caso pretenda sustentar a sua validade – que a mesma foi tomada em conformidade com o interesse social.

Resulta, assim, do artigo 460.º, n.º 2 CSC a exigência de demonstração da conformidade daquela deliberação com o interesse social. I. é, exige-se aqui um “requisito positivo” para a validade da deliberação respeitante à exclusão do direito de preferência<sup>71</sup>: para que se possa considerar lícita, é preciso que a sociedade consiga demonstrar, de forma positiva, que com ela se pretendeu realizar o interesse social, que há um interesse sério e ponderoso da sociedade em que o aumento seja subscrito por terceiros e não pelos sócios<sup>72</sup>.

Esta solução implica, pois, que, em caso de impugnação da deliberação, o Tribunal tenha de sindicar e apurar a conformidade daquela deliberação com o interesse social. Isto não significa, porém, que o Tribunal se possa substituir aos órgãos societários na definição, *a posteriori*, do que

<sup>69</sup> Cfr. artigo 342.º, n.º 1 do Código Civil português.

<sup>70</sup> Vide o disposto no artigo 58.º, n.º 1, al. b) CSC.

<sup>71</sup> Cfr., neste sentido, VENTURA, *Alterações do contrato de sociedade*, p. 221. Vide também P. ALBUQUERQUE, *Direito de preferência...*, p. 350, s..

<sup>72</sup> Este regime afasta-se, pois, do regime das deliberações abusivas, onde a demonstração de que a deliberação não prossegue o interesse social não é suficiente para tornar a deliberação inválida; decisivo é que se demonstre que com ela se visa atingir finalidades extrassociais (cfr. artigo 58.º, n.º 1, al. b) CSC). Solução idêntica é, no entanto, defendida por alguns autores também para a deliberação de exclusão do direito de preferência. Assim, GALGANO, *La società per azioni...*, p. 384, s., e entre nós, OSÓRIO DE CASTRO, *Valores mobiliários...*, p. 236, s.. I.é, também aqui não haveria que provar a conformidade da deliberação com o interesse social; ter-se-ia apenas que evidenciar que com ela não se visava prosseguir interesses extrassociais. Esta posição doutrinária (que atribui, no fundo, a este requisito um cariz negativo e não positivo) tem uma importante consequência: afasta a possibilidade de o Tribunal sindicar e ter qualquer intervenção na determinação do modo como o interesse social deve ser prosseguido, competência que, defende-se, deverá ficar reservada para os sócios. Vide também, sobre esta matéria, P. ALBUQUERQUE, *Direito de preferência...*, p. 351, s., e o que fica dito, de seguida, em texto.

seja o interesse social e, nomeadamente, se aquela exclusão do direito de preferência era o meio mais adequado e proporcionado para o alcançar<sup>73</sup>. O controle judicial em causa deverá limitar-se a ajuizar se, de acordo com critérios de razoabilidade e tendo em conta as circunstâncias em que foi tomada<sup>74</sup>, se poderá considerar que aquela deliberação tinha por finalidade alcançar um benefício para a sociedade (e, portanto, visava, *hoc sensu*, o interesse social<sup>75</sup>) ou se, diferentemente, a mesma era determinada por um interesse extrassocial, p. ex., a obtenção de uma vantagem para um ou mais sócios ou terceiros<sup>76</sup>.

## 8. A supressão ou limitação irregular do direito de preferência

Questão complexa e controvertida é a do regime aplicável à supressão ou limitação irregular do direito de preferência. Importa, por isso, tentar fixar o respetivo regime, uma vez que ele não se apresenta uniforme para os diferentes vícios de que pode padecer aquela exclusão.

Como nota prévia, convém sublinhar que, assim nos parece, o regime para a preterição irregular do direito de subscrição preferencial de novas participações sociais se deve buscar no direito societário – e não no direito civil<sup>77</sup>–, seja porque ele contém uma solução ponderada para os problemas que a violação de tal direito suscita<sup>78</sup>, seja porque a regulamentação

<sup>73</sup> Averiguando, p. ex., se aquela concreta medida sujeita a juízo era a mais vantajosa para a sociedade e a que menos prejuízos causava aos sócios. Vide o que ficou dito supra na nota 67.

<sup>74</sup> Aplicando aqui um regime idêntico ao consagrado com a chamada *business judgment rule* (cfr. artigo 72.º, n.º 2 CSC). Assim, OSÓRIO DE CASTRO, *Valores mobiliários...*, p. 238.

<sup>75</sup> Independentemente de ser o meio mais adequado ou conveniente para a sociedade e o que menos prejuízo cause aos sócios.

<sup>76</sup> Note-se que, com este entendimento, as duas posições doutrinárias sobre o artigo 460.º, n.º 2 CSC – a que lhe atribui um conteúdo negativo (vide supra nota 72) e a que ali vê a consagração de um requisito positivo, quanto à conformidade da deliberação com o interesse social – conduzirão, na maioria dos casos, a resultados idênticos. Cfr. OSÓRIO DE CASTRO, *Valores mobiliários...*, p. 239.

<sup>77</sup> Em sentido diferente, veja-se P. ALBUQUERQUE, *Direito de preferência...*, p. 383, s., e também MENEZES CORDEIRO, “Da preferência dos accionistas...”, p. 351.

<sup>78</sup> Com efeito, como veremos de seguida em texto, o direito societário consegue uma justa e equilibrada composição entre os interesses em confronto, a saber, o interesse dos sócios em ver assegurado o exercício daquele direito e o interesse dos terceiros que subscreveram o viciado aumento de capital.

do direito privado comum se mostra desajustada para a resolução desses mesmos problemas<sup>79</sup>.

## 8.1. Preterição da regra da competência

Neste âmbito, importa começar por ter presente que, entre nós, só a coletividade dos sócios pode deliberar esta eliminação ou restrição do direito de preferência. Por isso, estaremos perante um caso de nulidade, se a limitação ou supressão do direito de preferência for aprovada, não pelos sócios, mas pelo órgão de administração. Com efeito, nesta hipótese, estaremos em presença de um vício de conteúdo relativo à violação das regras legais imperativas de repartição da competência dos órgãos sociais<sup>80</sup>.

## 8.2. Preterição dos requisitos formais

Há, depois, uma importante destrinça a fazer, que se prende com o facto de a violação do direito legal de preferência por parte de uma deliberação dos sócios poder resultar da não observância de algum dos requisitos formais ou do requisito material<sup>81</sup>.

Tratando-se da preterição de requisitos formais (*v.g.*, quando não seja apresentado o relatório justificativo, quando a deliberação não seja aprovada na AG que delibera o aumento, não seja aprovada separadamente ou não seja aprovada pela maioria legalmente exigida), porque não está em causa nenhum dos dois vícios de procedimento que originam a nulidade<sup>82</sup>, a deliberação será meramente anulável (cfr. artigo 58.º, n.º 1, al. a) CSC), ficando, pois, sujeita ao respetivo regime<sup>83</sup>.

<sup>79</sup> Como, de resto, de alguma forma reconhece Pedro de Albuquerque (P. ALBUQUERQUE, *Direito de preferência...*, p. 385) que constata “a impossibilidade de o direito de preferência dos sócios se reconduzir ao direito de preferência em sentido estrito”. Pense-se, p.ex., na inexequibilidade do recurso à ação de preferência para fazer valer este direito, quando o aumento de capital tenha sido pulverizado por uma miríade de pequenos subscritores. Considerando, no entanto, que é possível recorrer, neste âmbito, à ação de preferência, vide MENEZES CORDEIRO, “Da preferência dos accionistas...”, p. 361, s., e P. ALBUQUERQUE, *Direito de preferência...*, p. 385, s.

<sup>80</sup> Vide COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. 2, p. 494.

<sup>81</sup> Trata-se de uma distinção que nos parece essencial dever ser feita – apesar de a nossa doutrina a não costumar fazer – porquanto, como se verá de seguida em texto, o regime aplicável é absolutamente diverso num e outro caso.

<sup>82</sup> Cfr. artigo 56.º, n.º 1, als. a) e b) CSC.

<sup>83</sup> Cfr. artigos 59.º a 62.º CSC.

### **8.3. Preterição do requisito material**

No segundo caso (inobservância do requisito material), a deliberação será nula, nos termos da al. d) do n.º 1 do artigo 56.º CSC, por o respetivo conteúdo – a supressão do direito preferencial de subscrição sem a mesma se justificar no interesse social – violar um preceito de natureza imperativa (o artigo 460.º, n.º 2 CSC) que os sócios não podem afastar<sup>84</sup>.

### **8.4. A execução indevida da supressão e/ou limitação do direito de preferência**

Apesar de a deliberação social ser inválida (nula ou anulável), ou até mesmo quando não exista qualquer deliberação dos sócios a suprimir ou limitar o direito de preferência, pode suceder que o órgão de administração dê execução a um aumento de capital em violação das regras legais que asseguram aos sócios o direito preferencial de subscrição na emissão das novas participações sociais.

Nesta hipótese, há agora também duas situações distintas a considerar:

a) Se faltar a deliberação dos sócios a suprimir ou a restringir o direito de preferência dos sócios<sup>85</sup>, a celebração, por parte do órgão de administração, de acordos de subscrição das novas participações com quaisquer pessoas (sócios ou terceiros), em violação do regime legal de preferência, traduzir-se-á num ato ineficaz para a sociedade, que, portanto, não a vinculará<sup>86</sup>.

<sup>84</sup> Consideração de que a violação do regime legal de preferência conduz à nulidade da deliberação social é também a posição defendida por VENTURA, *Alterações do contrato de sociedade*, p. 206, A. que estende, no entanto, a aplicação desta sanção também a irregularidades formais, como, p. ex., quando a deliberação de supressão ou limitação do direito de preferência não é aprovada separadamente. Diferentemente, considerando que a deliberação que não observe os requisitos do artigo 460.º – sem distinguir entre os requisitos formais e o requisito material – é meramente anulável, vide P. ALBUQUERQUE, *Direito de preferência...*, p. 380, s..

<sup>85</sup> A esta hipótese corresponderá também – uma vez que aí igualmente não existe a necessária deliberação dos sócios – a situação em que a eliminação de preferência tenha sido decidida pelo próprio órgão de administração. Esta deliberação do órgão de administração será, de resto, uma deliberação nula. Assim, VENTURA, *Alterações do contrato de sociedade*, p. 226, e COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. 2, p. 494, s..

<sup>86</sup> Em sentido idêntico, VENTURA, *Alterações do contrato de sociedade*, p. 226, que, no entanto, considera nulos os atos da administração de execução e atribuição de ações em violação do regime legal de preferência, e OSÓRIO DE CASTRO, *Valores mobiliários...*, p. 242, s.. Com posição

Com efeito, ao contrário das limitações contratuais ou deliberativas que não são oponíveis pela sociedade a terceiros<sup>87</sup>, as limitações legais aos poderes de representação do órgão de administração das sociedades de capitais podem sempre ser opostas a quem contrata com a sociedade. É esse o regime que resulta do nosso CSC, quando estabelece que os gerentes e administradores vinculam a sociedade “dentro dos poderes que a lei lhes confere”<sup>88</sup>, sendo uma solução que sem esforço se comprehende, uma vez que, como é sabido, o desconhecimento da lei não é desculpável (artigo 6.º do Código Civil).

Estas limitações legais podem decorrer, p. ex., do facto de a lei atribuir a competência a outro órgão para a prática de certos atos ou fazer depender a prática de determinados atos da intervenção de outro órgão. É precisamente este circunstancialismo aquele que se verifica na situação de que agora estamos a cuidar. Assim, se a prática do ato não observar os pressupostos legais – designadamente se, *in casu*, a subscrição sem a observância da preferência legal não tiver sido precedida da competente deliberação da assembleia geral necessária para esse efeito –, aquele ato não vinculará a sociedade, ainda que o subscritor desconhecesse aquela exigência legal, dado que a ignorância da lei não lhe aproveita. Nesta situação o ato é, pois, ineficaz em relação à sociedade<sup>89</sup>.

Ou seja, entre os dois interesses em jogo merecedores de tutela jurídica<sup>90</sup>, a lei dá prevalência ao direito dos sócios a subscreverem preferen-

contrária, vide ENGRÁCIA ANTUNES, “Wandel- und Optionanleihen in Portugal”, ZGR, 1/1995, p. 56, nt 63. Para este A., a celebração daqueles contratos cabe dentro dos poderes de representação do órgão de administração e, por isso, eles vincularão a sociedade. Para os sócios sobrarão apenas uma pretensão indemnizatória correspondente aos prejuízos sofridos com a violação do regime legal da preferência. Como veremos, em texto, não nos parece que esta seja a solução que decorre da nossa lei. Aliás, a ser assim, estava encontrado o caminho para os membros do órgão de administração poderem facilmente – apesar do travão que a tutela indemnizatória concedida aos sócios sempre constituirá – realizar operações dirigidas à diminuição ou exclusão da participação dos sócios indesejados. Na Alemanha, tem-se entendido que os sócios só se podem prevalecer do regime legal da preferência até ao momento do registo. A partir daí, passarão apenas a ter uma pretensão indemnizatória sobre a sociedade. Cfr. LUTTER, *Kölner Kommentar*, § 12, Rdn 33, s., p. 204, s..

<sup>87</sup> Trata-se de um regime que é imposto pelo artigo 9.º, n.º 2 da Diretiva Codificadora (que corresponde ao originário artigo 9.º, n.º 2 da Primeira Diretiva), cujo regime se encontra transposto, entre nós, nos artigos 260.º, n.º 1 e 409.º, n.º 1 CSC, aplicáveis, respetivamente, às SQ e SA.

<sup>88</sup> Cfr. artigo 409.º, n.º 1 CSC, para as SA, e artigo 260.º, n.º 1 CSC, para as SQ.

<sup>89</sup> Assim, SOVERAL MARTINS (1998), p. 180.

<sup>90</sup> O interesse dos sócios titulares do direito de preferência e o interesse dos subscritores do aumento.

cialmente o aumento<sup>91/92</sup>. É uma solução que não custa aceitar, uma vez que os subscritores (sejam sócios ou terceiros) não podem desconhecer a lei e têm, portanto, a obrigação de indagar se a sua subscrição do aumento de capital foi ou não deliberada pelo órgão competente<sup>93</sup>.

b) Diferentemente se passam as coisas, quando haja uma deliberação dos sócios a restringir ou eliminar o direito de preferência e a mesma seja inválida, uma vez que aqui já prevalecerá o interesse do subscritor de boa fé do aumento de capital.

O CSC estabelece, de facto, no artigo 61.º, n.º 2 CSC que a declaração de nulidade ou a anulação da deliberação não prejudicam os direitos adquiridos de boa fé<sup>94</sup> por terceiros, com fundamento em atos praticados em execução da deliberação. Donde, se a deliberação de exclusão da preferência legal for inválida, isso não afetará os direitos daqueles terceiros que tenham, entretanto, subscrito o aumento de capital<sup>95</sup>.

É agora esta uma solução que também sem dificuldade se comprehende, porque os terceiros confiaram que o direito de preferência – atenta a deliberação de exclusão aprovada pelos sócios – teria sido regularmente suprimido e/ou limitado, não sendo exigível que eles saibam se aquela deliberação social é válida ou se, pelo contrário, enferma de algum vício. Por isso, se justifica que aqui se sobreponha o interesse do terceiro de boa fé, ao qual, como é sabido, o direito comercial em geral e, em especial, o direito societário dispensam uma especial proteção.

<sup>91</sup> Note-se que os subscritores não ficarão, contudo, totalmente desprotegidos, uma vez que sempre poderão reclamar uma indemnização pelos prejuízos sofridos. Assim, também OSÓRIO DE CASTRO, *Valores mobiliários...*, p. 246.

<sup>92</sup> Em sentido diferente, vide P. ALBUQUERQUE, *Direito de preferência...*, p. 387, para quem a posição do terceiro de boa fé – mesmo na hipótese de ausência de deliberação a excluir a preferência legal – deverá prevalecer sobre o interesse do sócio preferente. Em sentido idêntico, vide também a posição de ENGRÁCIA ANTUNES, “Wandel- und Optionanleihen in Portugal”, p. 56, nt 63.

<sup>93</sup> Tenha-se também presente que eles não podem ignorar que aquela subscrição não respeita as regras de preferência legalmente estabelecidas, uma vez que tal necessariamente se verifica, seja quando o aumento é subscrito por terceiros (uma vez que o aumento se destina, por força da lei, prioritariamente aos sócios), seja quando a subscrição pelos sócios é proporcionalmente superior ao valor da sua participação social.

<sup>94</sup> Trata-se aqui da boa fé subjetiva, uma vez que, como esclarece a parte final do artigo 61.º, n.º 2 CSC, esta não se verificará quando o terceiro tenha conhecimento da nulidade ou da anulabilidade.

<sup>95</sup> Assim também, MENEZES CORDEIRO, “Da preferência dos accionistas...”, p. 361, s., e P. ALBUQUERQUE, *Direito de preferência...*, p. 386, s..

Em todo o caso, importa sublinhar que a posição dos sócios preferentes não fica totalmente desacautelada. Para além de poderem reclamar uma indemnização pelos prejuízos sofridos<sup>96</sup>, os sócios têm ao seu dispor – querendo obstar a que a atribuição das novas participações se consolide validamente na titularidade de terceiros – a possibilidade de propor uma providência cautelar de suspensão da deliberação social<sup>97</sup>, a qual implica que a sociedade não possa executar a deliberação impugnada<sup>98</sup>.

<sup>96</sup> Esta é, de facto, uma das situações típicas que pode originar a responsabilidades dos administradores. Cfr. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores das sociedades*, IDET, Almedina, Coimbra, 2007, p. 85.

<sup>97</sup> Cujo regime está previsto nos artigos 380.º, s. CPC.

<sup>98</sup> Pelo menos até à decisão de 1.ª instância (cfr. artigo 381.º, n.º 3 CPC).

**RESUMO:** Neste primeiro texto transmite-se a impressão geral que suscita a Proposta de Directiva que harmoniza certos aspectos do Direito da insolvência, com um olhar mais demorado sobre a impugnação de actos prejudiciais aos credores.

**Palavras-chave:** Proposta de Directiva; Direito da insolvência; pessoas especialmente relacionadas; impugnação de actos prejudiciais aos credores; actos que favorecem um credor ou grupo de credores; actos conformes e desconformes; actos a título gratuito ou contra contraprestação manifestamente desadequada; actos intencionalmente prejudiciais aos credores; desenriquecimento.

**ABSTRACT:** This first text conveys the general impression on the Proposal for a Directive harmonising certain aspects of insolvency Law, with a more attentive look at avoidance actions.

**Keywords:** Proposal for a Directive; insolvency Law; closely related parties; avoidance actions; preferences; congruent and incongruent coverages; transactions at an undervalue; intentionally fraudulent transactions; lapse of enrichment.

CATARINA SERRA\*

## Impressão, Proposta de Directiva de harmonização do Direito da insolvência (I. Disposições gerais e impugnação de actos prejudiciais aos credores)

1. Em 7 de Dezembro de 2022, a Comissão Europeia propôs novas medidas para o desenvolvimento da União dos Mercados de Capitais da União Europeia.

Tudo começou há pouco mais de dois anos, com o Novo Plano de Acção da Comissão – a Comunicação “Uma União dos Mercados de Capitais”<sup>1</sup>.

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

<sup>1</sup> Trata-se, mais precisamente, da “Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões Uma União dos Mercados de Capitais ao serviço das pessoas e das empresas – Novo Plano de Ação”, Bruxelas, 24.09.2020 [COM(2020) 590 final] (disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52020DC0590>).

Esta Comunicação constitui, ainda hoje, o documento de referência para esta e para uma série de outras iniciativas. A propósito do Direito da insolvência diz-se aí que “[a] acentuada divergência entre os regimes nacionais de insolvência constitui um obstáculo estrutural de longa data ao investimento transfronteiras. Dada a existência de regimes nacionais divergentes e, por vezes, ineficientes, revela-se difícil para os investidores transfronteiras antecipar a duração e o resultado dos processos de recuperação de valor pelos credores em caso de falência, o que dificulta uma estimativa adequada dos riscos, em especial no que se refere aos instrumentos de dívida. A harmonização de determinados aspectos específicos das normas nacionais em matéria de insolvência ou a sua convergência poderia reforçar a segurança jurídica. Além disso, um acompanhamento regular da eficiência dos regimes nacionais de insolvência permitiria aos Estados-Membros comparar os seus regimes de insolvência com os existentes noutras Estados-Membros e incentivar aqueles que denotam regimes de fraco desempenho a procederem à sua reforma”<sup>2</sup>.

É neste contexto<sup>3</sup> que surge agora a Proposta de Directiva que harmoniza certos aspectos do Direito da insolvência (Directiva)<sup>4</sup>.

Pode parecer estranho que ela surja neste preciso momento. Ainda mal foi transposta a Directiva anterior, sobre reestruturação e insolvência<sup>5</sup>. E todos os esforços pareciam crescentemente concentrados na reestruturação preventiva.

<sup>2</sup> Esta é, na classificação da Comunicação, a “Ação n.º 11” (cfr. Comunicação, p. 16).

<sup>3</sup> Veja-se ainda o anúncio de uma iniciativa (legislativa ou não legislativa) na “Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões – Programa de Trabalho da Comissão para 2022”, Estrasburgo, 19.10.2021 [COM(2021) 645 final] (cfr. ponto 2.3) e o anúncio de uma Directiva na “Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões – União dos Mercados de Capitais – Resultados um ano após o Plano de Ação”, Bruxelas, 25.11.2021 [COM(2021) 720 final] (cfr. ponto 3.4.) (disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52021DC0720>).

<sup>4</sup> De seu nome completo: “Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho que harmoniza certos aspectos do Direito da insolvência”, Bruxelas, 7.12.2022, COM(2022) 702 final (disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:52022PC0702>).

<sup>5</sup> Cfr. “Directiva (UE) 2019/1023 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de junho de 2019 sobre os regimes de reestruturação preventiva, o perdão de dívidas e as inibições, e sobre as medidas destinadas a aumentar a eficiência dos processos relativos à reestruturação, à insolvência e ao perdão de dívidas, e que altera a Directiva (UE) 2017/1132 (Directiva sobre reestruturação e insolvência)” (disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/ALL/?uri=CELEX:32019L1023>). Como se sabe, a transposição desta Directiva para o Direito português foi realizada através da Lei n.º 9/2022, de 11 de Janeiro.

É preciso ver, no entanto, que, enquanto a Directiva anterior é um instrumento de harmonização, sobretudo, da reestruturação preventiva (processos pré-insolvenciais e exoneração do passivo restante), a Directiva agora proposta se centra na situação em que a empresa se encontra em situação de insolvência e é objecto de um processo formal de insolvência.

Não há dúvida de que esta tentativa de harmonização é polémica, tanto na sua oportunidade como na sua forma<sup>6</sup>. É por isso evidente que é altura de começar a trabalhar ao nível interno e em diálogo com plataformas internacionais.

2. A Directiva tem o objectivo imediato de aumentar a convergência das legislações nacionais para incentivar o investimento transnacional e visa três dimensões do Direito da insolvência consideradas fundamentais: (i) a recuperação de activos através da liquidação da massa insolvente; (ii) a eficácia dos processos; e (iii) a distribuição previsível e justa do valor recuperado entre os credores<sup>7</sup>.

No desenho proposto, a Directiva será composta de sessenta e três considerandos e de setenta e três artigos e será acompanhada de um anexo<sup>8</sup>.

O articulado divide-se em nove títulos, a saber: disposições gerais (Título I), impugnação de actos prejudiciais aos credores (Título II), detecção dos activos pertencentes à massa insolvente (Título III), processos “*pre-pack*” (Título IV), obrigação dos administradores de apresentação à insolvência e responsabilidade civil (Título V), liquidação das microempresas em situação de insolvência (Título VI), comissão de credores (Título VII), medidas destinadas a reforçar a transparéncia da legislação nacional em matéria de insolvência (Título VIII) e disposições finais (Título IX).

Só perante este elenco, ou seja, sem considerar o que é proposto no articulado, já é possível dizer que as áreas de intervenção são as mais oportunas e as que têm merecido a atenção dos especialistas, dentro e fora de contextos de harmonização.

Não sendo nova, a impugnação de actos prejudiciais à massa é, indiscutivelmente, uma matéria complexa, cuja disciplina tem um impacto

<sup>6</sup> Na plataforma para apresentação de comentários à Proposta de Directiva, um cidadão europeu anónimo limitou-se a escrever “*Abgelehnt!*”, ou seja, “Rejeitada!” (disponível em [https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12592-Legislacao-relativa-a-insolvencia-aumentar-a-convergencia-das-legislacoes-nacionais-a-fim-de-incentivar-o-investimento-transnacional/feedback\\_pt?p\\_id=31731599](https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12592-Legislacao-relativa-a-insolvencia-aumentar-a-convergencia-das-legislacoes-nacionais-a-fim-de-incentivar-o-investimento-transnacional/feedback_pt?p_id=31731599)).

<sup>7</sup> Foram estas as três dimensões do Direito da insolvência cujo impacto foi avaliado. Cfr. Exposição de Motivos, ponto 3., p. 10.

<sup>8</sup> O anexo refere-se a um registo nacional de activos.

directo nas escolhas de investimento internacional<sup>9</sup>. Tem sido, por isso, um tópico constante (dir-se-ia: “clássico”) nas discussões sobre a harmonização do Direito da insolvência e, nos últimos tempos, objecto de importantes estudos de Direito comparado. Importa, em particular, referir o trabalho desenvolvido no âmbito da *Conference of European Restructuring and Insolvency Law (CERIL)*, mais precisamente do *Working Party 2 (Avoidance Actions)*, coordenado por Reinhard Bork e Catarina Serra<sup>10</sup>. Mas a obra fundamental é de autoria de Reinhard Bork e Michael Veder: numa abordagem baseada em princípios (“*principle-based*”), faz um pormenorizado estudo comparativo das opções legislativas de vários Estados (Estados-membros da União Europeia e Reino Unido) e culmina com a proposta de uma lei-modelo (*Model Law on Transaction Avoidance Law*)<sup>11</sup>.

No que toca à detecção de activos pertencentes à massa insolvente (matéria vulgarmente conhecida como “*asset tracing*”), ela é, claramente, uma área em expansão. O alargamento da actividade empresarial a contextos transfronteiriços e a diversificação, em resultado de fenómenos de desmaterialização da riqueza, dos bens susceptíveis de apreensão para a massa, como os criptoactivos (“*crypto assets*”)<sup>12</sup> e as suas sub-espécies<sup>13</sup>, suscitam problemas novos e complicados no domínio da identificação e da apreensão dos activos<sup>14</sup>. No plano europeu, estão a começar a ser

<sup>9</sup> Postas as coisas ao contrário, e usando as palavras da Directiva: a sua desarmonia é “um dos principais obstáculos à liberdade de circulação de capitais na UE e a uma maior integração dos mercados de capitais da UE”.

<sup>10</sup> O projecto deu origem aos relatórios “Clash of Principles: Equal Treatment of Creditors vs. Protection of Trust in European Transactions Avoidance Laws” (CERIL Report 2017-1 on Transaction Avoidance Laws) e “Reversal of Value Extraction Schemes” (CERIL Report 2019-2 on reversal of Value Extraction Schemes) (disponíveis em <https://www.ceril.eu/working-parties/wp-2-avoidance-actions>). Este ultimo relatório encontra-se sintetizado em REINHARD BORK/CATARINA SERRA, “Esquemas de transferência de valor/*Value extraction schemes*”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, 2020, vol. 23, pp. 13 e s.

<sup>11</sup> Cfr. REINHARD BORK/MICHAEL VEDER, *Harmonisation of Transaction Avoidance Laws*, Antwerp, Intersentia, 2022. A obra é resultado do trabalho do grupo de investigação europeu independente. Contém ainda as avaliações de impacto em cada um dos ordenamentos jurídicos envolvidos.

<sup>12</sup> Na definição da Proposta de Regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho relativo aos mercados de criptoactivos e que altera a Directiva (UE) 2019/1937, de 24.09.2020] criptoativo é “uma representação digital de valor ou de direitos que pode ser transferida e armazenada eletronicamente, recorrendo à tecnologia de registo distribuído ou a outra tecnologia semelhante” [cfr. art. 3.<sup>º</sup> (2)].

<sup>13</sup> Por exemplo, a criptomoeda estável (*stablecoin*) ou o registo electrónico controlável (*controllable electronic record*).

<sup>14</sup> Pense-se, para um exemplo simples, no caso da insolvência de um depositário de criptomoeda e na quantificação dos créditos dos clientes (naturalmente, em criptomoeda).

desenvolvidos esforços no sentido de saber se e de que forma deve regular-se a matéria. Destaca-se o projecto da CERIL, mais precisamente do *Working Party 16* (“*Crypto Assets in Restructuring and Insolvency*”), coordenado por Paula Moffatt e Dominik Skauradszun<sup>15</sup>.

Os “*pre-packs*”<sup>16</sup> são, em contrapartida, um instrumento já conhecido e absolutamente consolidado no Reino Unido e em outros países de *common law*<sup>17</sup>. Têm vindo a difundir-se, com assinalável sucesso, um pouco por toda a Europa. A ideia geral por detrás dos “*pre-packs*” é a de propiciar um acordo entre a empresa e certos sujeitos, designadamente credores, fora e antes da abertura formal do processo de insolvência, de modo a que, quando esta abertura tenha lugar, exista um plano pré-preparado, pronto a executar. As vantagens são evidentes: agilização e redução dos custos e da duração dos processos<sup>18</sup>.

<sup>15</sup> O Grupo de Trabalho tem o propósito de investigar-se o Regulamento europeu sobre insolvência transfronteiriça [Regulamento (UE) 2015/848 do Parlamento Europeu e do Conselho de 20 de Maio de 2015, relativo aos processos de insolvência (reformulação), disponível em <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/pt/TXT/?uri=CELEX%3A32015R0848>] necessita de uma definição de criptoactivos semelhante à definição que existe na Proposta de Regulamento relativo aos Mercados de Criptoactivos e se o artigo 2.º (9) do Regulamento deve definir, no caso de pluralidade de processos de insolvência, a qual das massas insolventes os criptoactivos devem ser afectados. O Grupo de Trabalho também examinará se a regra geral de conflitos contida no artigo 7.º do Regulamento é suficiente para a determinação da lei aplicável aos criptoactivos. Por fim, o Grupo de Trabalho identificará os agentes do mercado de criptoactivos que são susceptíveis de se enquadrar na exclusão do Artigo 1.º (2) do Regulamento. Mais informação (em actualização contínua) disponível em <https://www.ceril.eu/working-parties/wp-16-crypto-assets>.

<sup>16</sup> O “*pre-pack*” é definido na Directiva como “um processo sumário de liquidação que viabiliza a venda da empresa do devedor, no todo ou em parte, como uma empresa em atividade ao melhor proponente, com vista à liquidação dos ativos do devedor em resultado da situação de insolvência declarada do devedor” [cfr. art. 3.º, al. p)] ou ainda como um mecanismo em que “a empresa do devedor, ou parte da mesma, é vendida como uma empresa em atividade ao abrigo de um contrato negociado a título confidencial, sob a supervisão de um supervisor nomeado por um tribunal, antes do início do processo de insolvência, seguindo-se um breve processo de insolvência no âmbito do qual a venda pré-negociada é formalmente autorizada e executada” (cfr. Exposição de Motivos, nota 13).

<sup>17</sup> Apesar da sua origem norte-americana (no “*pre-packaged bankruptcy plan*”), é no Reino Unido que os “*pre-packs*” têm logrado o seu maior desenvolvimento, sobretudo sob a forma de “*pre-pack sales*”. Na “*pre-pack sale*” inglesa uma parte significativa dos credores é, normalmente, excluída das negociações. Parece ter sido este o modelo para o “*pre-pack*” que a Directiva visa introduzir.

<sup>18</sup> Sobre o tema cfr. CATARINA SERRA, “A contractualização da insolvência: *hybrid procedures* e *pre-packs* (A insolvência entre a lei e a autonomia privada)”, in: *II Congresso – Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra, Almedina, 2012, pp. 265 e s.

Relativamente à matéria das obrigações e da responsabilidade civil dos administradores é sabido o interesse que ela sempre suscita. Situando-se na confluência do Direito da Insolvência, do Direito das Sociedades Comerciais e ainda do Direito Civil, ela está sujeita a uma dinâmica particular – a dinâmica dos constantes ajustamentos impostos pela interacção entre os vários ramos do Direito. É certo que, nos últimos tempos, o tema tem sido tratado, principalmente, a propósito da pré-insolvência. Mas a verdade é que as coisas não são dissociáveis. Aquilo que se aprecia no processo de insolvência, para o efeito da *responsabilidade* é, essencialmente, o comportamento que os administradores adoptaram na fase anterior à insolvência, com o objectivo de apurar se cumpriram ou não as *obrigações* que sobre eles impendiam nessa fase<sup>19</sup>. De entre as várias iniciativas internacionais neste domínio, importa considerar, por exemplo, o Guia Legislativo sobre Direito da insolvência da Comissão das Nações Unidas para o Direito Comercial Internacional (CNUDCI)<sup>20</sup>.

Por fim, eis que surge um (novo) processo de liquidação das microempresas<sup>21</sup>. Há muito que se aguardava um conjunto de medidas dirigidas à insolvência das micro e pequenas empresas (MPE) ou – que seja – das microempresas<sup>22</sup>. A insolvência das empresas mais pequenas acarreta problemas específicos, relacionados com a iniciativa tardia dos empre-

<sup>19</sup> Apreciando as obrigações dos administradores na situação de pré-insolvência, 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.), *Diálogos com Coutinho de Abreu – Estudos Oferecidos no Aniversário do Professor*, Coimbra, Almedina, 2020 pp. 167 e s., e "Dever de prevenção da insolvência e (des)responsabilização de administradores", in: *Revista de Direito Comercial*, 2023, pp. 359 e s. (<https://www.revistadecomercio.com/dever-de-prevencao-da-insolvencia>). Apreciando o regime da responsabilidade dos administradores no quadro do processo de insolvência, cfr. CATARINA SERRA, "O incidente de qualificação da insolvência depois da Lei n.º 9/2022 – Algumas observações ao regime com ilustrações de jurisprudência", in: *Julgar*, 2022, n.º 48, pp. 11 e s.

<sup>20</sup> Cfr. UNCITRAL *Legislative Guide on Insolvency Law Part four: Directors' obligations in the period approaching insolvency (including in enterprise groups)*, 2<sup>nd</sup> edition (2020) (disponível em [https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/legislativeguides/insolvency\\_law](https://uncitral.un.org/en/texts/insolvency/legislativeguides/insolvency_law)).

<sup>21</sup> Na Directiva define-se microempresa como "uma microempresa na aceção do anexo da Recomendação 2003/361/CE da Comissão, ou seja, não se define, faz-se uma remissão [cfr. art. 3.º, al. j)]. Em contrapartida, um tanto desnecessariamente, define-se microempresa de responsabilidade ilimitada como "uma microempresa com ou sem personalidade jurídica distinta e cujos fundadores, proprietários ou sócios não beneficiam da proteção da responsabilidade limitada" [cfr. art. 3.º, al. k)].

<sup>22</sup> Cfr. CATARINA SERRA, "Enquadrar a recuperação das PME (*rectius*: MPE) à luz da Lei n.º 9/2022, de 11 de Janeiro", in: *Revista de Direito Comercial*, 2022, pp. 449 e s. (<https://www.revistadecomercio.com/enquadra-a-recuperacao-das-pme>), CATARINA SERRA, "Nova

sários e a consequente perda de valor da empresa, que urge solucionar. Nestes casos, é frequente que o processo de insolvência não tenha qualquer utilidade: abre-se e logo se encerra por insuficiência da massa, deixando empresários e credores absolutamente insatisfeitos e a economia mais depauperada. Salientam-se duas iniciativas que, embora de natureza diversa, são paradigmáticas da atenção que vem sendo dedicada a estes e outros problemas da insolvência das empresas mais pequenas nos planos internacional e estrangeiro: por um lado, as Recomendações Legislativas da CNUDCI sobre insolvência de MPE<sup>23</sup> e, por outro, o processo especial para microempresas recentemente introduzido no Livro Terceiro da *Ley Concursal*<sup>24</sup>.

Seria possível continuar a enumerar e a enquadrar as áreas de intervenção e a louvar a escolha de cada uma. Porém, vistas a extensão e a complexidade da Directiva, optou-se por dividir a sua leitura, abordando-se, neste primeiro texto, apenas as disposições constantes dos Títulos I e II.

Tendo o texto um objectivo informativo e (ou mas) um estilo impresionista, considerar-se-á apenas as disposições e/ou os aspectos (subjectivamente) marcantes.

3. Como todos os primeiros títulos de directivas, o Título I comprehende uma disposição sobre o objecto e o âmbito de aplicação (cfr. art. 1.º<sup>25</sup>) e uma disposição contendo as definições dos principais termos usados (cfr. art. 2.º).

Destaca-se a opção de esclarecer numa disposição autónoma o momento relevante para determinar a existência de uma relação estreita com o devedor (cfr. art. 3.º). Esta circunstância releva tanto no campo da impugnação de actos prejudiciais aos credores (Título II) como no dos processos "pre-pack" (Título IV).

Tudo indica que as "partes que têm uma relação estreita com o devedor", que se distinguem por gozarem "de uma vantagem em termos de

reestruturação de empresas: coordenadas na óptica das Micro e Pequenas Empresas", in: VI Congresso – Direito das Sociedades em Revista, Coimbra, Almedina, 2022, pp. 85 e s.

<sup>23</sup> UNCITRAL *Legislative Recommendations on Insolvency of Micro- and Small Enterprises* (2021) (disponível em <https://uncitral.un.org/en/lrimse>).

<sup>24</sup> Segundo FRANCISCO GARCÍMARTIN ("The New Face of Spanish Insolvency Law: The Restructuring Framework", in: *Julgat*, 2022, n.º 48, p. 200) este novo processo de recuperação ou liquidação de microempresas é um processo "fast-track" que visa diminuir os custos, eliminando formalidades desnecessárias (acrescenta-se: adoptando sistemas electrónicos) e reduzindo a intervenção de certos profissionais (explicita-se: o administrador da insolvência).

<sup>25</sup> Todos os artigos sem outra indicação são da Directiva.

informações relativas à situação financeira do devedor” (cfr. considerando 12), mais não são do que as “pessoas especialmente relacionadas com o devedor”<sup>26</sup>, já há algum tempo conhecidas dos juristas portugueses e enumeradas (taxativamente) no artigo 49.º do CIRE.

Em confirmação, veja-se que “[p]arte que tem uma relação estreita com o devedor” é definida como “[a] pessoa[], incluindo as pessoas coletivas, com acesso preferencial a informações não públicas sobre os negócios do devedor” [cfr. art. 2.º, al. q)].

Veja-se também os dois elencos (não taxativos) disponibilizados na norma<sup>27</sup>.

Se o devedor for uma pessoa singular, as partes que têm uma relação estreita com o mesmo incluem, em especial, (i) o cônjuge ou o parceiro do devedor, (ii) os ascendentes, descendentes e irmãos do devedor ou do cônjuge ou do parceiro e os cônjuges ou os parceiros dessas pessoas, (iii) as pessoas que coabitam com o devedor, (iv) as pessoas que trabalham para o devedor por força de um contrato de trabalho com acesso a informações não públicas sobre os negócios do devedor ou que de outro modo executam tarefas através das quais têm acesso a informações não públicas sobre os negócios do devedor, incluindo os consultores, os contabilistas ou os notários, (v) as entidades jurídicas em que o devedor ou uma das pessoas referidas nas subalíneas i) a iv) sejam membros dos órgãos de administração, direcção ou supervisão ou exerçam funções para as quais têm acesso a informações não públicas sobre os negócios do devedor.

Se o devedor for uma pessoa colectiva, as partes que têm uma relação estreita com o mesmo incluem, em especial, (i) qualquer membro dos órgãos de administração, direcção ou supervisão do devedor, (ii) os detentores de participações de controlo no devedor, (iii) as pessoas que exercem funções semelhantes às exercidas pelas pessoas referidas na subalínea i), (iv) as pessoas que têm uma relação estreita, nos termos do segundo parágrafo, com as pessoas referidas nas subalíneas i), ii) e iii).

<sup>26</sup> Em ambos os casos o correspondente é a expressão inglesa “closely related parties”.

<sup>27</sup> A Lei n.º 9/2022, de 11 de Janeiro, veio afastar as dúvidas quanto ao facto de o art. 49.º do CIRE consagrar uma enumeração taxativa das pessoas especialmente relacionadas, que não admite casos exorbitantes. A alteração foi feita através da introdução do advérbio “exclusivamente” nos proéみos do n.º 1 e do n.º 2. Para uma crítica a esta opção/interpretação cfr. CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, Coimbra, Almedina, 2021 (2.ª edição), pp. 68-72. Tal como na lei portuguesa, na Directiva deixa-se em aberto a questão de saber se os factos elencados na norma constituem ou devem constituir presunções relativas ou *iuris tantum* ou presunções absolutas ou *iuris et de iure* de uma relação especial/estreita com o devedor. Cfr., para a discussão da questão a propósito da norma portuguesa, CATARINA SERRA, ob. cit. loc. cit.

4. O Título II tem em vista harmonizar as regras aplicáveis à impugnação de actos prejudiciais aos credores<sup>28</sup>, mais precisamente, à impugnação dos actos, incluindo as omissões<sup>29</sup>, ocorridos antes da abertura do processo de insolvência que sejam prejudiciais aos credores.

Embora de difícil harmonização, esta é, como se disse, visada como uma das áreas capitais para a harmonização, tendo em conta os objectivos gerais da liberdade de circulação de capitais e da maior integração dos mercados de capitais da União Europeia.

Apesar de tudo, muitos são os que se manifestam contra a harmonização neste ponto e defendem a manutenção (inalterada) dos regimes nacionais<sup>30</sup>.

**4.1.** Acredita-se que a disciplina da impugnação de actos prejudiciais aos credores, subordinada à epígrafe “[a]ções de impugnação pauliana”, foi concebida a partir da já referida lei-modelo proposta por Bork e Veder para a harmonização das leis nacionais.

<sup>28</sup> Impugnação de actos prejudiciais aos credores é a denominação correcta do instituto, atendendo que “só devem estar sujeitos às regras relativas às ações de impugnação pauliana os atos jurídicos que sejam prejudiciais para o conjunto dos credores” (cfr. considerando 6). Evita-se a expressão “em benefício da massa” para não afastar liminarmente a possibilidade de a impugnação não aproveitar à massa ou à generalidade dos credores. Este (ainda) é o caso da impugnação pauliana regulada no art. 127.º do CIRE, cujos efeitos aproveitam apenas ao credor impugnante (cfr. art. 616.º, n.ºs 1 e 4, do CC, *ex vi* do 127.º, n.º 6, do CIRE). De qualquer forma, a Directiva também não parece impor que a impugnação seja “em benefício da massa”.

<sup>29</sup> Veja-se, no sentido da inclusão das omissões, *expressis verbis*, a definição de acto jurídico do art. 2.º, al. *f*). Veja-se ainda o considerando 6, onde se explica que “é irrelevante que os credores sofram um prejuízo em consequência de uma ação ou da passividade da parte em causa” e se exemplifica dizendo: “é irrelevante que um devedor renuncie ativamente a um crédito contra o seu devedor ou que permaneça passivo e deixe que o crédito prescreva. Entre outros exemplos de omissões que podem ser objeto de ação de impugnação pauliana contam-se a omissão de impugnação de uma sentença desfavorável ou outras decisões de tribunais ou de autoridades públicas ou a omissão de registo de um direito de propriedade intelectual”.

<sup>30</sup> Cfr., por exemplo, a Câmara do Comércio austríaca (*Wirtschaftskammer Österreich*) no comentário à Proposta de Directiva (disponível em [https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12592-Legislacao-relativa-a-insolvencia-aumentar-a-convergencia-das-legislacoes-nacionais-a-fim-de-incentivar-o-investimento-transnacional/F3377936\\_pt](https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12592-Legislacao-relativa-a-insolvencia-aumentar-a-convergencia-das-legislacoes-nacionais-a-fim-de-incentivar-o-investimento-transnacional/F3377936_pt)). Em contrapartida, outros acolhem bem a iniciativa, como, por exemplo, a Ordem dos Advogados alemã (*Bundesrechtsanwaltskammer*) no seu comentário (disponível em [https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12592-Legislacao-relativa-a-insolvencia-aumentar-a-convergencia-das-legislacoes-nacionais-a-fim-de-incentivar-o-investimento-transnacional/F3386652\\_pt](https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12592-Legislacao-relativa-a-insolvencia-aumentar-a-convergencia-das-legislacoes-nacionais-a-fim-de-incentivar-o-investimento-transnacional/F3386652_pt)).

Abre com uma norma intitulada “[p]ré-requisitos gerais aplicáveis às ações de impugnação pauliana”, dispondo que “[o]s Estados-Membros devem assegurar que os atos jurídicos que se tornem atos jurídicos definitivos antes da abertura do processo de insolvência e que prejudiquem o conjunto dos credores podem ser anulados ou declarados nulos nas condições previstas no capítulo 2 do presente título” (cfr. art. 4.º).

Resulta daqui, claramente, que todos os Estados-membros têm de dispor de um sistema para reagir contra os actos prejudiciais aos credores – o que se verifica, como é sabido, no Direito português (cfr. arts. 120.º a 127.º do CIRE)<sup>31</sup>.

Sendo, como se disse, uma das áreas em que a convergência é mais importante, é desejável, para começar, que se assegure uma boa versão da disciplina em língua portuguesa.

A equivalência da expressão “*avoidance actions*” a “acções de impugnação pauliana” é redutora na perspectiva do Direito português. É consensual, na doutrina especializada internacional, que a expressão “*avoidance actions*” ou “*transaction avoidance*” (com a raiz “*void*”) designa o sistema que permite contestar ou impugnar certos actos com vista a destituí-los, total ou parcialmente, de efeitos jurídicos, sendo a impugnação pauliana (*actio pauliana*) apenas um dos seus instrumentos possíveis.

O Direito português ilustra bem esta ideia. Como se sabe, a impugnação pauliana está prevista no CIRE (cfr. art. 127.º) mas é só um dos dois instrumentos dirigidos a desempenhar aquela função e, ainda para mais, o instrumento subsidiário da resolução em benefício da massa.

Em suma: no contexto da Directiva, poder-se-á falar em impugnação – em impugnação em sentido amplo – mas não, ou não com inteira propriedade, em impugnação pauliana.

A referência a “pré-requisitos gerais”, inspirada na expressão inglesa “*prerequisites*”, tão-pouco é a mais adequada, por razões óbvias. Reinterpretando o quadro disposto na Directiva, dir-se-ia, simplesmente, que os requisitos do art. 4.º são requisitos gerais e que os requisitos dos artigos 6.º, 7.º e 8.º são requisitos específicos<sup>32</sup> ou complementadores<sup>33</sup>.

Por fim, a designação sistemática das consequências da impugnação como sendo a nulidade e a anulabilidade dos actos não é rigorosa (“*void*” significa destituído de força jurídica). Além disso, não se coordena bem

<sup>31</sup> Sobre este sistema, cfr., por exemplo, CATARINA SERRA, *Lições de Direito da Insolvência*, cit., pp. 237-255.

<sup>32</sup> Para seguir a terminologia adoptada para o capítulo 2, falar-se-ia em “condições gerais” e “condições específicas”.

<sup>33</sup> Atendendo a que, de facto, complementam os requisitos gerais (cfr. considerando 7).

com o que está previsto no Direito português, tanto para a resolução em benefício da massa como para a impugnação pauliana, isto é, respectivamente, a ineficácia do acto em relação à massa e a ineficácia do acto em relação ao credor impugnante. E a aparência de descoordenação não se desfaz com a referência (de resto, isolada no articulado) a “inexequibilidade dos atos” (cfr. art. 5.º)<sup>34</sup>.

4.2. Precisões terminológicas à parte<sup>35</sup>, regressando à primeira norma deste Título (o art. 4.º), verifica-se que os requisitos gerais da impugnação são dois: para serem susceptíveis de impugnação, os actos têm de se tornar actos jurídicos definitivos antes da abertura do processo de insolvência e têm de ser prejudiciais para o conjunto dos credores.

Perguntar-se-á, imediatamente, o que significa a referência a ou a exigência de que os actos se tornem actos jurídicos *definitivos*<sup>36</sup>.

Aparentemente, ela visa esclarecer que o momento relevante é a conclusão da causa do prejuízo para os credores, isto é, o momento em que o acto jurídico se torna perfeito, e não aquele em que o acto é executado. Exemplifica-se com o caso de uma transferência electrónica, o momento relevante não deve ser o da transmissão das instruções, pelo ordenante da transferência, à instituição financeira (prática do acto jurídico), mas o da chegada do dinheiro à conta bancária do beneficiário (perfeição do acto jurídico)<sup>37</sup> (cfr. considerando 5).

Segundo os defensores da medida, ela seria a mais adequada ao objectivo imediato da disciplina, que é o de reverter os efeitos prejudiciais do acto; além disso, seria a que melhor se prestaria à concretização deste objectivo no contexto de determinados comportamentos do devedor,

<sup>34</sup> Admite-se, no art. 5.º, a possibilidade de os Estados-membros “adotarem ou de manterem disposições relativas à nulidade, à anulabilidade ou à inexequibilidade dos atos jurídicos prejudiciais para o conjunto dos credores no contexto dos processos de insolvência, sempre que essas disposições proporcionem uma maior proteção do conjunto dos credores”.

<sup>35</sup> Na verdade, a partir de agora, são relegadas para segundo plano, ou seja, para estas notas de rodapé.

<sup>36</sup> Encontra-se apenas a definição de “acto jurídico” como “qualquer comportamento humano, incluindo uma omissão, que produza um efeito jurídico” [cfr. art. 2.º, al. f)]. A ideia é a de abranger “qualquer comportamento humano com efeitos jurídicos” (cfr. considerando 6).

<sup>37</sup> O exemplo é o avançado, a propósito, em REINHARD BORK/MICHAEL VEDER, *Harmonisation of Transaction Avoidance Laws*, cit., p. 95.

designadamente os que passam por uma inacção (só releva o momento em que se produzem os efeitos desvantajosos)<sup>38</sup> <sup>39</sup>.

Explica-se ainda na Directiva que o período de tempo em que cada acto pode ser impugnado faz parte dos “fundamentos de impugnação específicos que se baseiam em quadros factuais comuns e típicos e que devem complementar os pré-requisitos gerais aplicáveis às ações de impugnação pauliana” (cfr. considerando 7).

Resulta daqui, se bem se comprehende, que o período de tempo durante o qual o acto pode ser “atacado” (período este que, como se verá, varia consoante o acto que está em causa) é um requisito específico.

Não deve, assim, confundir-se a exigência de que os actos se tornem actos jurídicos definitivos em *período anterior* à abertura do processo de insolvência com a exigência de que os actos se tornem actos jurídicos definitivos *em certo período de tempo* (variável de acordo com a categoria do acto); a primeira configura um requisito geral e a segunda configura um requisito específico.

**4.3.** Propõe-se, na Directiva, a distinção entre três grandes categorias de actos para o efeito da impugnação: actos que favorecem, mediante satisfação, constituição de garantias ou qualquer outra forma, um credor ou um grupo de credores, denominados “preferências”<sup>40</sup> (cfr. art. 6.º); actos a título gratuito ou contra uma contraprestação manifestamente desadequada (cfr. art. 7.º); e actos intencionalmente prejudiciais aos credores (cfr. art. 8.º)<sup>41</sup>.

<sup>38</sup> Cfr. REINHARD BORK/MICHAEL VEDER, *Harmonisation of Transaction Avoidance Laws*, cit., p. 158.

<sup>39</sup> A opção foi, todavia, criticada pela Câmara do Comércio austríaca, no seu *feedback* à Proposta de Directiva (disponível em [https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12592-Legislacao-relativa-a-insolvencia-aumentar-a-convergencia-das-legislacoes-nacionais-a-fim-de-incentivar-o-investimento-transnacional/F3377936\\_pt](https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12592-Legislacao-relativa-a-insolvencia-aumentar-a-convergencia-das-legislacoes-nacionais-a-fim-de-incentivar-o-investimento-transnacional/F3377936_pt)). Segundo esta entidade, reportando-se ao exemplo da transferência eletrónica, seria preferível que a data relevante fosse a data em que ocorre a transferência e, portanto, o dinheiro sai do património do devedor

<sup>40</sup> Não se resiste a assinalar a impropriedade da correspondência entre o termo “*preferences*” e “preferências”, não só porque a expressão não tem um significado claro neste contexto normativo como porque se presta a confusões, transportando o intérprete, indevidamente, para outros contextos normativos (cfr. por exemplo, arts. 604.º, 666.º, 686.º, 692.º, 733.º, 746.º, 759.º e 822.º do CC). A impropriedade ou desadequação do termo no âmbito do Direito português foi assinalada no contexto da lei-modelo. Cfr. CATARINA SERRA (*National Reports – Portugal*), in: REINHARD BORK/MICHAEL VEDER, *Harmonisation of Transaction Avoidance Laws*, cit., p. 1139.

<sup>41</sup> É possível encarar estas categorias como requisitos específicos ou como fundamentos

A inspiração na lei-modelo de Bork e Veder é aqui particularmente visível. As categorias ou, para seguir a taxinomia adoptada pelo autores, os grupos de “*avoidance grounds*”, são as “*preferences*”, as “*transactions at an undervalue*” e as “*intentionally fraudulent transactions*”<sup>42</sup>.

Dentro da primeira categoria, cumpre fazer uma outra distinção: entre actos desconformes ou indevidos (“*incongruent coverages*”) [cfr. art. 6.º, n.º 1] e actos conformes ou devidos (“*congruent coverages*”) [cfr. art. 6.º, n.º 2]<sup>43</sup>.

Os primeiros são os actos em que de imediato se pensa quando se pensa em actos de favorecimento. São exemplos os pagamentos prematuros, a satisfação através de meios de pagamento não habituais, a constituição de uma garantia de um crédito até à data não garantido e que não tenha sido já acordada no âmbito do acordo de dívida original, a concessão de um direito extraordinário que permita à contraparte desvincular-se ou outras alterações não previstas no contrato inicial, a renúncia a mecanismos de defesa ou de impugnação judicial ou o reconhecimento de dívidas litigiosas ou suscetíveis de contestação (cfr. considerando 8).

Os segundos são os actos em que um crédito devido é regularmente satisfeito ou garantido mas que podem também ser sujeitos a impugnação, naturalmente, sob condições: é preciso que estejam preenchidos os requisitos específicos dos actos desconformes [cfr. art. 6.º, n.º 2, al. a)]<sup>44</sup> e que o credor soubesse, ou devesse saber, que o devedor era incapaz de pagar as suas dívidas vencidas ou que foi apresentado um pedido de abertura do processo de insolvência [cfr. art. 6.º, n.º 2, al. b)]<sup>45</sup>. O conhecimento presume-se se o credor for uma pessoa especialmente relacionada (nas palavras da versão portuguesa da Directiva: “tiver uma relação estreita”) com o devedor (cfr. art. 6.º, n.º 2, 2.º parágrafo), sendo a presunção ilidível (cfr. considerando 12).

de impugnação (*avoidance grounds*). Por razões de comodidade expositiva, não foi essa a opção no presente texto.

<sup>42</sup> Cfr. REINHARD BORK/MICHAEL VEDER, *Harmonisation of Transaction Avoidance Laws*, cit., pp. 100-118.

<sup>43</sup> Da Directiva em português consta “coberturas inconformes” e “coberturas conformes” (cfr. considerandos 8 e 9).

<sup>44</sup> Como se verá, na nomenclatura adoptada neste texto (em que as caracterização de cada tipo de actos identifica e distingue a categoria, não se reconduzindo a requisitos específicos), trata-se apenas de requisito de carácter temporal com duas formas alternativas [cfr. art. 6.º, n.º 1, als. a) e b)].

<sup>45</sup> Este é, portanto, o requisito específico adicional (que não existe para os actos conformes).

Distingue-se ainda um terceiro grupo de actos da primeira categoria – os actos que não podem estar sujeitos a impugnação ainda que preencham as condições de aplicabilidade do regime da impugnação [cfr. art. 6.º, n.º 3, als. a), b) e c)]. Justifica-se este regime de favor dizendo-se que “[e]sses atos jurídicos visam apoiar a atividade diária normal da empresa do devedor”. Integram-se neste grupo os actos jurídicos executados directamente mediante contraprestação justa em benefício da massa insolvente. Estes devem preencher três requisitos: ser executados directamente (embora não necessariamente de forma simultânea); ter uma contraprestação justa (a prestação e a contraprestação serem equivalentes em valor); e beneficiar a massa insolvente e não um terceiro. É um bom exemplo deste tipo de actos o pagamento efectuado ou a garantia prestada relativamente a um crédito concedido a título de novo financiamento ou de financiamento intercalar<sup>46</sup> (cfr. considerando 10)<sup>47</sup>. Note-se, porém, que não estão abrangidos os casos comuns de concessão de crédito (cfr. considerando 9).

A segunda categoria de actos respeita, como se disse, aos actos a título gratuito ou contra uma contraprestação manifestamente desadequada (cfr. art. 7.º). As razões pelas quais está abrangida pelo regime da impugnação são fáceis de compreender. Note-se que são ressalvadas as ofertas e as doações de valor simbólico (cfr. art. 7.º, n.º 2).

Também é fácil compreender por que estão abrangidos os actos intencionalmente prejudiciais aos credores (cfr. art. 8.º) – a terceira e última categoria. Tal como acontece quanto às categorias restantes (e como se verá, já de seguida), para que um destes actos se qualifique como suscetível de impugnação, deve ter-se tornado um acto jurídico definitivo dentro de certo espectro temporal<sup>48</sup>. Exige-se, além disso, que a outra parte conhecesse, ou devesse conhecer, a intenção do devedor de causar um pre-

<sup>46</sup> Trata-se, respectivamente, do financiamento disponibilizado depois de homologado o plano de reestruturação e de encerrado o processo, destinado a apoiar a execução do plano, e o financiamento disponibilizado durante um processo de reestruturação, destinado a assegurar a continuação da actividade da empresa (também conhecido como “financiamento-ponte”). Cfr. CATARINA SERRA, “Garantias ao financiamento das empresas e outros instrumentos jurídicos de combate à iliquidex na Lei n.º 75/2020 – a justa medida”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, 2021, 25, p. 66.

<sup>47</sup> Mas há outros exemplos: “o pagamento imediato de mercadorias, de salários ou de honorários por serviços prestados, em especial no que diz respeito a consultores jurídicos ou económicos, o pagamento em numerário ou com cartão dos bens necessários à atividade diária do devedor, a entrega de bens e de produtos ou a prestação de serviços a título oneroso, a criação de um direito de garantia relativamente ao desembolso do empréstimo e o pagamento imediato de taxas públicas mediante contraprestação (por exemplo, entrada em instituições ou espaços públicos)” (cfr. considerando 9).

<sup>48</sup> Trata-se do já referido requisito específico temporal.

juízo ao conjunto dos credores [cfr. art. 8.º, n.º 1, al. *b*]]. Este conhecimento presume-se se a parte for uma pessoa especialmente relacionada (nas palavras da Directiva: “tiver uma relação estreita”) com o devedor (cfr. art. 8.º, n.º 1, 2.º parágrafo), presunção esta que é ilidível (cfr. considerando 12). Trata-se, no fundo, de um requisito específico (adicional) idêntico, *mutatis mutandis*, do que é exigido para certos actos da primeira categoria [cfr. art. 6.º, n.º 2, al. *b*]].

Na óptica do Direito português, importa dizer que as três categorias reguladas nestas normas da Directiva estão globalmente “cobertas” – é certo, de forma menos organizada e mais casuística, mas, ainda assim, “cobertas” no conjunto constituído pela cláusula geral do art. 120.º e pelo disposto no art. 121.º do CIRE<sup>49</sup>.

Há, todavia, uma diferença que salta à vista. No Direito português só são susceptíveis de ser afectados os actos praticados pelo devedor enquanto a Directiva tem a intenção de que sejam abrangidos os actos praticados por terceiro: diz-se que “as regras relativas às ações de impugnação pauliana não se devem restringir aos atos jurídicos praticados pelo devedor, mas devem incluir igualmente os atos jurídicos praticados pela contraparte ou por um terceiro” (cfr. considerando 6)<sup>50</sup>.

Pode, de facto, acontecer que terceiros, não representando, rigorosamente, o devedor, favoreçam um credor do devedor com o prejuízo dos demais credores. Pense-se no pagamento efectuado pela sociedade-filha a um credor da sociedade-mãe. Em princípio, este acto não é prejudicial aos credores da sociedade-mãe, desembolsando a sociedade-filha dinheiro seu. No entanto, pode produzir-se uma modificação nefasta no universo dos credores se, ao contrário do crédito extinto pelo cumprimento, o crédito da sociedade-filha for garantido ou se com isso se perder um direito de compensação que a sociedade-mãe tinha contra o primitivo credor.

Segundo a Directiva, a extensão aos actos praticados por outros sujeitos além do devedor justificar-se-ia com base no princípio da igualdade de tratamento dos credores (cfr. considerando 6)<sup>51</sup>. Mas, além disso, está presente o princípio da máxima satisfação possível dos credores: quanto mais se alargar o alcance da impugnação mais possibilidades de aumentar

<sup>49</sup> Cfr., no contexto da lei-modelo, CATARINA SERRA (National Reports – Portugal), in: REINHARD BORK/MICHAEL VEDER, *Harmonisation of Transaction Avoidance Laws*, cit., pp. 1133-1136.

<sup>50</sup> Esta era também uma diferença relativamente à lei-modelo proposta por Bork e Veder e que foi assinalada na respectiva avaliação de impacto. Cfr. CATARINA SERRA (Impact Assessments – Portugal), in: REINHARD BORK/MICHAEL VEDER (*Harmonisation of Transaction Avoidance Laws*, cit., p. 454).

<sup>51</sup> Seria também com base neste princípio que se justificaria a extensão às omissões.

o valor da massa e, consequentemente, o grau de realização dos direitos dos credores<sup>52</sup>.

4.4. Viu-se atrás que a data em que o acto se torna acto jurídico definitivo tem de ser anterior à a data da abertura do processo de insolvência (a anterioridade é um requisito geral) mas que a impugnação está ainda condicionada em todas as categorias a um requisito específico temporal (variável consoante a categoria)<sup>53</sup>.

Complicando, aparentemente, as contas, surge um novo marco: a data de apresentação do pedido de abertura do processo de insolvência.

No caso dos actos que favorecem, mediante satisfação, constituição de garantias ou qualquer outra forma, um credor ou um grupo de credores, denominados “preferências”, diz-se que a impugnação é possível se os actos se tornarem actos jurídicos definitivos “[t]rês meses antes da apresentação do pedido de abertura do processo de insolvência, na condição de o devedor não ser capaz de pagar as suas dívidas vencidas; ou [ ] [a]pós a apresentação do pedido de abertura do processo de insolvência” [cfr. art. 6.º, n.º 1, als. a) e b)].

No caso dos actos a título gratuito ou contra uma contraprestação manifestamente desadequada admite-se a impugnação se eles se tornarem actos jurídicos definitivos “um ano antes da apresentação do pedido de abertura do processo de insolvência ou após a apresentação desse pedido” (cfr. art. 7.º, n.º 1).

Por fim, no caso dos actos intencionalmente prejudiciais aos credores, eles são susceptíveis de impugnação se se tornarem actos jurídicos definitivos “quatro anos antes da apresentação do pedido de abertura do processo de insolvência ou após a apresentação desse pedido” [cfr. art. 8.º, n.º 1, al. a)]<sup>54</sup>.

Bem vistas as coisas, a complicação gerada pelo novo marco não é tão grande como de início parecia. Acima de tudo, este marco não põe em causa o requisito geral nem impede que ele desempenhe a sua função. Sempre que é exigido que o acto se torne definitivo antes da data da apresentação do pedido de abertura do processo, não há nenhum problema: a apresentação do pedido de abertura do processo será sempre anterior à

<sup>52</sup> Veja-se a discussão em REINHARD BORK/MICHAEL VEDER, *Harmonisation of Transaction Avoidance Laws*, cit., p. 93, p. 154, e pp. 174 e s.

<sup>53</sup> Como também se viu, excepto no caso dos actos a título gratuito ou contra uma contraprestação manifestamente desadequada, há outros requisitos específicos além do temporal [cfr. art. 6.º, n.º 2, al. b), e art. 8.º, n.º 1, al. b)].

<sup>54</sup> Este é o espectro temporal mais extenso, o que bem se comprehende, tendo em conta que se trata de actos praticados com intenção de prejudicar os credores.

abertura do processo. Quando não é exigido que o acto se torne definitivo antes da data da apresentação do pedido de abertura do processo, admitindo-se, implicitamente, que tal ocorra depois dessa data, deve entender-se, sob pena de a disciplina se tornar incoerente, que o requisito geral fixa um prazo-limite: a impugnação só é admissível se o acto se tornar definitivo até à data da abertura do processo de insolvência.

Vale a pena lembrar que para os actos praticados (*rectius*: que se tornem definitivos) apenas após a abertura do processo de insolvência há – ou deve haver – um regime próprio<sup>55</sup>.

A terminar este ponto, não pode deixar de se dizer que a fixação do marco temporal na data de apresentação do pedido de abertura do processo de insolvência (em detrimento da data de abertura do processo de insolvência) se presta a manipulações por parte dos sujeitos legitimados. Além disso, torna o regime extensível, em abstracto, a situações em que ele não pode, de facto, aplicar-se, o que sucede sempre que o pedido seja indeferido ou julgado improcedente e o processo de insolvência não chegue, afinal, a ser aberto.

4.5. No capítulo final das consequências gerais da impugnação, as dificuldades de interpretação da Directiva multiplicam-se. Resultam, mais uma vez, das opções terminológicas e da falta de preocupação em obter a neutralidade possível relativamente aos institutos jurídicos nacionais correspondentes. A procura das palavras mais adequadas leva sempre algum tempo mas é imprescindível porque aponta os caminhos correctos da interpretação. Não, evidentemente, que isso eliminasse todos os problemas mas a verdade é tornaria as regras mais intelectíveis e os institutos mais familiares.

O capítulo das consequências é composto de várias regras distribuídas por três artigos: o artigo 9.º, com as “consequências gerais”; o art. 10.º, com as “consequências para a parte que beneficiou do ato jurídico declarado nulo”; e o art. 11.º, sobre a “responsabilidade de terceiros”.

Se se atender apenas aos títulos das normas, não se vê motivo para a autonomização do art. 10.º, uma vez que no art. 9.º se prevêm, também, consequências para a parte que beneficiou do acto jurídico impugnado: desde logo, a obrigação de compensação que sobre ele impende por força da impugnação (n.º 2) e as limitações que ele sofre no exercício de direitos perante a massa (n.ºs 1 e 5). A autonomização comprehende-se melhor se se atender a que as consequências do art. 9.º são do tipo obrigações ou restrições e as consequências do art. 10.º são do tipo direitos (o direito ao

<sup>55</sup> No Direito português, é ele o regime do artigo 81.º, n.º 6, do CIRE.

reembolso da contraprestação efectuada, previsto no n.º 2) ou garantias (a garantia de que, cumprida aquela obrigação de compensar a massa, qualquer crédito da contraparte é reconstituído, prevista no n.º 1).

Indo ao essencial, o que se procura, nesta fase, é saber quais são os efeitos jurídicos da impugnação ou, melhor, qual é o seu efeito principal.

Dispõe-se no art. 9.º, n.º 2, que a parte que beneficiou do acto jurídico é ou deve ser “obrigada a compensar integralmente a massa insolvente pelo prejuízo causado aos credores por esse ato jurídico” (cfr. art. 9.º, n.º 2, 1.º parágrafo), acrescentando-se que “o facto de o enriquecimento resultante do acto jurídico já não estar disponível nos bens da parte que beneficiou desse ato jurídico («caducidade do enriquecimento») só pode ser invocado se essa parte não tiver conhecimento nem devesse ter conhecimento das circunstâncias em que se baseia a ação de impugnação pauliana” (cfr. art. 9.º, n.º 2, 2.º parágrafo).

Determinando-se que a parte que beneficiou do acto “é obrigada a compensar integralmente a massa insolvente pelo prejuízo causado aos credores”, a primeira impressão é a de que a compensação é uma indemnização em sentido próprio.

As versões da norma noutras línguas apontam na mesma direcção, falando-se mesmo, algumas, em “indemnização”: “is obliged to compensate in full the insolvency estate concerned for the detriment caused to creditors”, “verpflichtet ist, den durch die betreffende Rechtshandlung verursachten Nachteil für die Gläubiger”, “soit tenue d’indemniser intégralement la masse de l’insolvabilité concernée pour le préjudice causé aux créanciers”, “sia tenuta a risarcire integralmente la massa fallimentare interessata per il pregiudizio arreccato ai creditori”, “esté obligada a indemnizar íntegramente a la masa del concurso de que se trate por el perjuicio causado a los acreedores”.

No considerando correspondente pode ler-se que “[a] compensação deve incluir emolumentos, se for caso disso, e juros, em conformidade com o direito civil geral aplicável” e que “implica o pagamento de um montante equivalente ao valor da prestação recebida, se esta não puder ser restituída in natura à massa insolvente” (cfr. considerando 11). Falando-se em restituição, começa a delinear-se a ideia de que talvez não esteja em causa, afinal, uma obrigação de indemnização em sentido próprio mas uma obrigação de restituição.

No parágrafo seguinte do n.º 2 do art. 9.º prevê-se ainda uma hipótese a que se chama (estranhamente), na versão portuguesa, “caducidade do enriquecimento”.

À caducidade do enriquecimento corresponde, na versão inglesa da Directiva, o “lapse of enrichment” e, nas versões em línguas românicas, “disparition de l’enrichissement”, “venir meno dell’arricchimento” e “desaparición

*del enriquecimento*". Percebe-se, então, que o que se quer considerar é a possibilidade de desaparecimento do enriquecimento ou, como se diz, mais incisivamente, na versão alemã, de desenriquecimento ("*Entreicherung*")<sup>56</sup>, ou seja, a situação em que o sujeito que beneficiou/enriqueceu com o acto impugnado já não dispõe do benefício/enriquecimento. Isto pode acontecer por várias razões: a coisa recebida pode ter sido vendida, usada ou consumida por ele ou pode ter perecido, ter-se perdido ou deteriorado, mesmo sem culpa dele.

Nos termos da Directiva, a indisponibilidade do benefício a partir de certa altura/o desenriquecimento não releva sem mais. O sujeito só pode valer-se dele quando não tenha tido conhecimento nem devesse ter tido conhecimento das circunstâncias em que se baseia a impugnação. O caso aparece como clara excepção à regra geral<sup>57</sup>: o sujeito que, afectado por um desenriquecimento, esteja de boa fé, pode, através da invocação do desenriquecimento, eximir-se à obrigação que sobre ele recairia de acordo com a regra geral. Processualmente, esta linha de defesa configura uma excepção, denominada excepção de desenriquecimento ("*defence of disenrichment*"<sup>58</sup>), constituindo a boa fé (subjectiva) a condição da sua invocabilidade ou admissibilidade<sup>59</sup>.

Retirando as devidas consequências deste caso excepcional para uma (re)leitura da regra geral, é razoável pensar que se, neste caso excepcional, o desenriquecimento é (negativamente) relevante é porque, normalmente, o enriquecimento é relevante ou, dito de outro modo, é porque, normalmente, o sujeito está obrigado a restituir o que recebeu/aquilo com que se enriqueceu e não, exactamente, a compensar o dano. A obrigação de compensação de que se fala acima parece, pois, não ser uma obrigação de indemnização mas sim uma obrigação de restituição de tudo quanto haja sido prestado, uma obrigação de restituição semelhante àquela que, em

<sup>56</sup> Apesar de não ser o termo usado na versão inglesa da Directiva, "*disenrichment*" também se usa na linguagem jurídica inglesa. Cfr., por exemplo, PETER BIRKS, *Unjust enrichment*, Oxford, Oxford University Press, 2005, pp. 208 e s.

<sup>57</sup> O carácter excepcional justifica-se na medida em que a situação implica o sacrifício do princípio que pauta todo o regime da impugnação (aumentar o valor da massa).

<sup>58</sup> PETER BIRKS (*Unjust enrichment*, cit., p. 208) fala também em "*defence of change of position*", descrevendo um caso que ilustra a associação do desenriquecimento à alteração das circunstâncias, em que, segundo o autor, a restituição deixa de ser justa por causa da alteração das circunstâncias.

<sup>59</sup> O princípio orientador é, manifestamente, o princípio da tutela dos terceiros de boa fé. REINHARD BORK/MICHAEL VEDER (*Harmonisation of Transaction Avoidance Laws*, cit., pp. 126-127 e pp. 257-259) preferem falar no princípio da protecção da confiança (*principle of protection of trust*).

Portugal, é consequência da resolução do contrato (cfr. art. 289.º, *ex vi* do art. 433.º do CC)<sup>60</sup>.

A obrigação de restituição compreende ainda os emolumentos, ou seja, os frutos<sup>61</sup> e os juros recebidos, quando aplicável. Isto é lógico: se o sujeito não deve poder reter a coisa recebida do devedor também não deve poder reter os frutos e os juros que ela tenha produzido<sup>62</sup>. Pode, então, dependendo do caso, ter de devolver à massa não só o prédio mas, se este tiver sido arrendado, também as rendas recebidas, não só as participações sociais mas, se tiverem sido distribuídos lucros, também os lucros recebidos, não só o capital mas também, se este tiver sido investido, os juros entretanto recebidos.

No caso de desenriquecimento, o sujeito não pode, naturalmente, restituir, ou restituir integralmente, o que recebeu, ficando obrigado ao pagamento do valor equivalente. Isto não importa um desvio da regra aplicável aos casos normais (i.e., em que não existe desenriquecimento), dado que, como se viu, consagrando-se embora o primado da restituição em espécie, se admite, subsidiariamente, a restituição por equivalente<sup>63</sup>.

Ficou por dizer em que consiste o “desagravamento” dos sujeito de boa fé, isto é, de que forma lhes aproveita o desenriquecimento<sup>64</sup>. Põe-se

<sup>60</sup> Neste caso, produz-se um efeito retroactivo que obriga à restituição de tudo quanto tiver sido prestado ou, se a restituição em espécie não for possível, do valor correspondente.

<sup>61</sup> A palavra “emolumentos” não é a mais adequada para designar frutos mas é ela que a aparece também nas versões da Directiva em outras línguas, sendo usada em documentos e textos estrangeiros com esse significado. Cfr., por exemplo, REINHARD BORK/MICHAEL VEDER, *Harmonisation of Transaction Avoidance Laws*, cit., pp. 127-129 e pp. 261-262.

<sup>62</sup> É concebível que a restituição dos frutos fique sujeita ao limite do valor dos frutos que tivesse sido possível ao próprio devedor obter se o acto não tivesse sido praticado. Cfr., neste sentido, REINHARD BORK/MICHAEL VEDER, *Harmonisation of Transaction Avoidance Laws*, cit., p. 128 e p. 262.

<sup>63</sup> REINHARD BORK/MICHAEL VEDER (*Harmonisation of Transaction Avoidance Laws*, cit., p. 259) propunham, apesar de tudo, que a sua lei-modelo contivesse uma regra prevendo especificamente este caso. Propunham ainda que fosse concebida uma regra para o caso, raro, em que é admissível a invocação da excepção de desenriquecimento. Esta deveria ter uma formulação genérica mas ser aplicada de forma casuística (*on a case-by-case basis*).

<sup>64</sup> Segundo REINHARD BORK/MICHAEL VEDER (*Harmonisation of Transaction Avoidance Laws*, cit., pp. 126-127 e pp. 258-259), nem todos os casos de desenriquecimento deverão valer para este efeito. Por exemplo, a venda do carro recebido ou o simples dispêndio do dinheiro recebido não se qualificam como desenriquecimento quando seja possível dizer que o sujeito realizaria as mesmas despesas ainda que não tivesse recebido nada, porque o enriquecimento permanece disponível no património do sujeito, em espécie ou em valor. Em contrapartida, as despesas extraordinárias ou que o sujeito não realizaria não fosse o recebido (por exemplo, uma doação inusitada a um terceiro ou a aquisição de um objecto de luxo) enquadram-se nos (raros) casos de desenriquecimento relevante.

a hipótese de a obrigação de restituição atender, nestes casos, não ao enriquecimento real (ao “valor objectivo da vantagem real adquirida”), mas apenas ao enriquecimento patrimonial (ao “saldo ou diferença para mais no património do enriquecido”)<sup>65</sup>. Sendo a hipótese mais provável que o enriquecimento real seja, nestes casos, superior ao enriquecimento patrimonial, o desenriquecido beneficiaria aqui de uma atenuação do *quantum* da sua obrigação ou mesmo, na prática, de uma eliminação da sua obrigação. Este parece ser um sentido possível e lógico para a disposição. A verdade é que, imediatamente, não se encontram pontos de apoio claros, nem na norma nem no considerando relevante.

Também não se diz em que momento é que a boa fé deve ser avaliada, ou seja, se é suficiente, para a excepção ser admissível, que o sujeito esteja de boa fé no momento em que o acto é praticado ou em que o acto adquire carácter definitivo ou se é preciso que permaneça de boa fé no momento em que ocorre o acto gerador do desenriquecimento (por exemplo, a doação da coisa a terceiro). Se for esta última hipótese, a data do registo da declaração de insolvência marca um limite máximo para o funcionamento da excepção. A partir dessa altura deixa de ser possível sustentar a inexigibilidade do conhecimento. Assim, se o acto que é a causa do desenriquecimento ocorrer depois desta data, o desenriquecimento não releva pois ocorre em momento em que o sujeito já não está – já não pode estar – de boa fé.

Uma nota final para observar que, não obstante esta ser uma disposição geral, definindo os efeitos jurídicos da impugnação para todas as categorias de actos, ela não se aplicará em todos os casos – não se aplicará no caso das “preferências” conformes (cfr. art. 6.º, n.º 2) nem no caso de actos jurídicos intencionalmente prejudiciais aos credores (cfr. art. 8.º), por uma razão fácil de compreender. A impugnação tanto de uns como de outros actos pressupõe requisitos de tipo subjectivo [cfr. al. b) do n.º 2 do art. 6.º e al. b) do n.º 1 do art. 8.º] que não são, em princípio, compatíveis com a boa fé que se exige para a invocação do desenriquecimento<sup>66</sup>.

E mais não se avança para já.

<sup>65</sup> Cfr. ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *O enriquecimento e o dano*, Coimbra, Livraria Almedina, 1970, pp. 29-30.

<sup>66</sup> Cfr., referindo-se a “subjective prerequisites” ou “mental elements”, REINHARD BORK/MICHAEL VEDER, *Harmonisation of Transaction Avoidance Laws*, cit., p. 259.

Pressente-se a multiplicidade de questões que se avizinham nesta matéria e que, sem possibilidade de reflexão, nem sequer ainda é possível enunciar convenientemente<sup>67</sup>.

5. Até melhor impressão ou segunda vista, dir-se-ia que a Directiva é complexa e, por vezes, desnecessariamente complicada. Registam-se muitas dificuldades na realização das adequadas correspondências verbais, de correspondências uniformes e coerentes, o que, por seu turno, se reflecte na tarefa de identificação dos institutos jurídicos subjacentes às regras da Directiva. Se esta fase for ultrapassada, será mais fácil suprirem-se as incompletudes e superarem-se as outras deficiências (inevitáveis).

Foi aberto, e ainda está em curso, o período para apresentação comentários à Proposta de Directiva (de 8 de Dezembro de 2023 a 17 de Março de 2023). É de esperar, no sentido comum (“*exspetare*”) e no sentido etimológico (“*sperare*”), que o texto da Directiva sofra muitas modificações antes de ela ser aprovada. *Have your say.*

<sup>67</sup> As perguntas mais prementes respeitam, já se sabe, ao cálculo da obrigação de restituir nos casos de restituição em equivalente. Poderá funcionar o limite do dano sofrido quando este seja de valor mais baixo do que o equivalente? Bork e Veder sustentam a afirmativa (REINHARD BORK/MICHAEL VEDER, *Harmonisation of Transaction Avoidance Laws*, cit., p. 257). Na verdade, a que valor se atende para definir o equivalente: ao valor da coisa à data em que saiu do património do devedor, ao valor da coisa tal como se reflectiu no património da contraparte ou ao valor actual da coisa? Bork e Veder (*loc. cit.*, nota 723) ilustram as várias possibilidades com o seguinte exemplo: o devedor vendeu o imóvel por 100.000 e a contraparte vendeu, por sua vez, o imóvel por 200.000; depois, já no património do terceiro, o imóvel valorizou-se, tendo passado a valer 300.000. Por um lado, seria defensável que a massa fosse colocada na situação que existiria se o acto não tivesse sido praticado, o que apontaria para a restituição de 300.000. Mas tal valor não pode ser exigido, evidentemente, ao terceiro nem, por respeito aos princípios da protecção da confiança e da proporcionalidade, à contraparte (dado que tão-pouco ela pode ser posta em pior situação do que aquela que existiria se o acto não tivesse sido praticado). Poder-se-á, alternativamente, exigir à contraparte a restituição de 200.000 e ao terceiro dos 100.000 restantes? Esta questão remete para a responsabilidade de terceiros que está regulada no art. 11.º da Directiva, em particular, no seu n.º 2, onde se estabelece que, se o sucessor/adquirente tiver adquirido a título gratuito ou mediante uma contraprestação manifestamente inadequada ou se o sucessor/adquirente conhecia ou devia conhecer as circunstâncias em que se baseia a impugnação, os direitos da massa, *maxime*, o direito à restituição lhe serão oponíveis.

**RESUMO:** Generalizou-se a convicção de que cabe às empresas societárias a resolução dos atuais problemas do mundo e que, neste processo, as decisões empresariais devem acautelar os interesses de todas as partes interessadas. As projeções jurídico-societárias do “capitalismo responsável” são particularmente visíveis no empreendedorismo e governo sustentável das sociedades. Captar o atual momento do direito das sociedades exige o conhecimento da mais recente agenda regulatória da União Europeia em matéria de governo sustentável. Requer também que interpelemos a *benefit corporation* que não foi acolhida em Portugal, apesar da sua disseminação internacional. O que nos leva a questionar, por um lado, se esta figura implica a alteração das tradicionais estruturas de poder societário e, por outro, se é licita, por força de estipulações estatutárias, a convergência de sociedades portuguesas com a *benefit corporation*.

**Palavras-chave:** ESG; governo sustentável de sociedades; *due diligence*; empreendedorismo sustentável; sociedade benefício.

**ABSTRACT:** It is widely believed that corporate enterprises are responsible for solving the world's current problems and that the interests of all stakeholders should be considered in this process. The legal and societal projections of “responsible capitalism” are particularly visible in entrepreneurship and sustainable corporate governance. Capturing the contemporary moment in company law requires knowledge of the European Union's most recent regulatory agenda on sustainable governance. It also requires us to question the “*benefit corporation*” which has not been accepted in Portugal, despite its international influence. This leads us to question, on the one hand, if this figure implies a change of the traditional corporate power structures and, on the other hand, if the convergence of Portuguese companies with the *benefit corporation* is allowed, by force of statutory provisions.

**Keywords:** ESG; sustainable governance; due diligence; sustainable entrepreneurship; benefit corporation.

# Empreendedorismo sustentável e Sociedades benefício\*\*

## 1. Planeta, pessoas, *purpose*

### 1.1. Lucro e externalidades negativas

\* Professora Auxiliar com Agregação em Direito, Faculdade de Economia da Universidade de Coimbra.

A expressão “stakeholder capitalism”<sup>1</sup> capta a evolução do sistema capitalista em que o lucro dos sócios é conjugado com decisões empresariais vocacionadas para a sustentabilidade e criação de valor no longo prazo. O que se liga ao *desenvolvimento sustentável* enquanto *desenvolvimento que satisfaz as necessidades atuais, sem comprometer a capacidade de futuras gerações darem satisfação às suas próprias necessidades*<sup>2</sup>. A pressão para ganhos de curto ou de muito curto prazo (o designado “*shortermism*”) dificulta ou impossibilita as decisões intergeracionais necessárias ao desenvolvimento sustentável.

“By definition, externalities don’t affect a company’s profits, even in a long run”<sup>3</sup>, mas podem ser muito gravosos os impactos resultantes das “externalidades” negativas causadas pelas sociedades na sua busca de lucro. As comunidades em que se inserem as sociedades e os sujeitos afetados por tais atividades económicas experimentam as consequências da degradação ambiental, da predação dos recursos naturais, da redução de

\*\* Univ Coimbra, CeBER, Faculty of Economics, Av Dias da Silva 165, 3004-512 Coimbra. Correio eletrónico: mgramos@fe.uc.pt.

<sup>1</sup> Outros preferem falar em “capitalismo responsável” para designar “economic system that accommodates private ownership and the pursuit of market opportunities while achieving societal goals”. Expressão usada pelo European Corporate Governance Institute – <https://ecgi.global/>, mas pertencente a Thomas Piketty, *Le capital au XXIe siècle*, Les Livres du nouveau monde, 2013.

<sup>2</sup> Report of the World Commission on Environment and Development: Our Common Future (Relatório Brundtland), 1987, 54. V. tb. Winfried Huck, *Sustainable Development Goals, Article – by – article Commentary*, Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft/München:Verlag Ch.H. Beck/Oxford:Hart Publishing, 2022, p. 18; M. Carlos Álvarez-Areces Rodríguez, “Desarrollo sostenible, acción climática y Estado”, María Rosario Alonso Ibañez (Directora), *Las relaciones entre el derecho y los objetivos de Desarrollo sostenible (ODS)*, Navarra: Thomson Reuters, 2022, p. 2015, ss.

<sup>3</sup> Alex Edmans, *The end of ESG*, European Corporate Governance Institute, Finance working paper n.º 847/2022, September 2022, p. 9.

biodiversidade, das práticas de escravatura e de trabalho infantil, de assédio laboral, etc.

Não é novo o tema dos interesses ao serviço dos quais as sociedades são geridas. São antigas as notícias sobre os impactos negativos resultantes de decisões societárias. Também não é novo que as sociedades, enquanto agentes económicos, sejam interpeladas a incorporar interesses de não sócios nas suas decisões empresariais.

Haverá, então, qualquer dado novo que mereça análise? Há, certamente. Há uma nova terminologia que se tornou global: *ESG*<sup>4</sup>, *ESG stewardship*<sup>5</sup>, *stewardship codes corporate purpose*, *stakeholderism*, *stakeholder governance*, *benefit governance*<sup>6</sup>, *benefit corporations*, *public benefit corporations*, *B-Corps*.

As preocupações subjacentes a este jargão internacional e globalizado – pessoas, planeta e *purpose* – têm motivado, na União Europeia, a emergência de um quadro regulatório sensível ao *governo sustentável das sociedades*. A reforma da Diretiva relativa aos direitos dos acionistas contém uma expectativa clara de que os investidores institucionais se envolvam nas empresas em que investem<sup>7</sup>. A Diretiva relativa a informações sobre

<sup>4</sup> O acrônimo ESG refere, respetivamente, em inglês, *Environmental, Social, and Governance*. As fronteiras entre cada uma destas questões é traçada de forma fluida e abrange um vasto leque de temas, desde a mitigação dos riscos associados às alterações climáticas, respeito pelos direitos humanos e práticas de remuneração dos executivos. É significativo o título da Revista *Economist* (número da semana de 23 a 29 de julho de 2022): “ESG: Three letters that won’t save the planet”.

<sup>5</sup> *Investor stewardship* pode ser definido como “investor’s engagement with public companies to promote corporate governance practices that are consistent with encouraging long-term value creation for shareholders of the company and (the use of thoughtful) voting to provide shareholders with the opportunity to express those views”. Cfr. World Economic Forum, *Enabling stewardship in the global public equity markets*, 2021, p. 10.

<sup>6</sup> Estas duas últimas designações são usadas pela organização *B-Lab*, <https://www.bcorporation.net/en-us/movement/stakeholder-governance> (consultado em 21 de dezembro de 2022).

<sup>7</sup> Diretiva (UE) 2017/828 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de maio de 2017 que altera a Diretiva 2007/36/CE no que se refere aos incentivos ao envolvimento dos acionistas a longo prazo. Veja-se o art. 3.º-G, n.º 1, al. a), e a elaboração e divulgação públicas, com periodicidade anual, de uma política de envolvimento, explicando a forma como, no contexto da respetiva estratégia de investimento, são tidos em consideração os interesses a longo prazo dos beneficiários finais desses investimentos. Esta diretiva foi transposta na ordem jurídica nacional pela Lei n.º 50/2020, de 25 de agosto. Veja-se José Ferreira Gomes/António Garcia Rolo, “Análise crítica da transposição da Diretriz dos Direitos dos Acionistas II: em especial, aproximação da sociedade aos acionistas e transações com partes relacionadas”, *Revista de Direito das Sociedades*, XI, 3-4 (2019), p. 701-733.

sustentabilidade<sup>8</sup> e o Regulamento da Taxonomia<sup>9</sup> procuram promover atividade económica sustentável e proporcionar transparéncia quanto às escolhas das empresas e dos investidores em matéria de sustentabilidade. Mais recentemente, a proposta de Diretiva relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade<sup>10</sup> procura a “atenuação dos efeitos negativos em matéria de direitos humanos e ambientais nas suas cadeias de valor, integrar a sustentabilidade nos sistemas de governação e de gestão empresariais e enquadrar as decisões empresariais em termos de direitos humanos, impacto climático e ambiental, bem como em termos da resiliência da empresa a longo prazo”<sup>11</sup>.

A agenda regulatória da União Europeia não abrange tipos societários especificamente vocacionados para o empreendedorismo sustentável. Com origem nos EUA, observa-se uma certa *convergência* de legislações (designadamente na União Europeia) no sentido de criação de tipos societários de dupla missão (“dual-mission”<sup>12</sup>) que conjugam o lucro, fins sociais e ambientais. As chamadas “sociedades benefício”, de origem estadunidense e consagradas em uma lei modelo proposta pela *B-Lab*, têm sido “transplantadas” em várias ordens jurídicas da União Europeia e fora dela.

## 1.2. *“Purpose primacy” ou “business as usual”?*

Colin Mayer, Professor na Saïd Business School da Universidade de Oxford, publicou em 2018 a obra intitulada *Prosperity. Better business makes the greater good*<sup>13</sup>, que proclama que “the purpose of the corporation is

<sup>8</sup> V. *infra*.

<sup>9</sup> Regulamento (UE) 2020/852 do Parlamento Europeu e do Conselho de 18 de junho de 2020 relativo ao estabelecimento de um regime para a promoção do investimento sustentável, e que altera o Regulamento (UE) 2019/2088.

<sup>10</sup> Cfr. Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade e que altera a Diretiva (UE) 2019/1937, Bruxelas, 23.2.2022 COM (2022) 71 final.

<sup>11</sup> Proposta de Diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade, cit., p. 1.

<sup>12</sup> A expressão pertence a Guido Ferrarini/Shanshan Zhu, *Is there a role for benefit corporations in the New Sustainable Governance Framework?*, Law Working Paper n.º 588/2021, European Corporate Governance Institute, June 2021, p. 3.

<sup>13</sup> Colin Mayer, *Prosperity. Better business makes the greater good*, Oxford: Oxford University Press, 2018, p. 40. Seguimos de perto o que escrevemos em “Corporate purpose, sustentabilidade e gestão societária”, VI Congresso Direito das Sociedades em Revista, Coimbra: Almedina, 2022, p.379, ss. Este texto corresponde à comunicação apresentada no VI Congresso

to do things that address the problems confronting us as customers and communities, suppliers and shareholders, employees and retirees. In the process it produces profits, but profits are not the purpose of corporations per se. They are the product of their purposes”<sup>14</sup>. Colin Mayer propõe uma mudança de paradigma “from shareholder primacy to purpose primacy”<sup>15</sup>. Segundo Mayer, é o *purpose* que (re)legitima socialmente as empresas. O *purpose* não coincide com as contingentes declarações da empresa sobre responsabilidade social, porque o que releva é o compromisso irreversível e profundo da empresa com o seu *purpose*<sup>16</sup>.

Mas o que é o *corporate purpose*? A proposta de Colin Mayer assenta no mote “Doing well by doing good”<sup>17</sup>. O principal *purpose* de uma *corporation* não é gerar lucros, mas criar soluções para problemas que afetam o público em geral, como sejam a pobreza, iniquidade, desemprego e degradação ambiental<sup>18</sup>. *Corporate purpose* traduz-se na ““reason for a company’s existence””<sup>19</sup>. Distanciando-se da doutrina Friedman<sup>20</sup> e do *shareholder pri-*

*Direito das Sociedades em Revista*, no dia 16 de outubro de 2021, promovido pelo Grupo Almedina e pela DSR, com a Direção Científica assegurada pelos Doutores J. M. Coutinho de Abreu e Paulo de Tarso Domingues.

<sup>14</sup> Colin Mayer, *Prosperity*, cit., p. 40. Segundo Holger Fleisher, na Alemanha, a primeira definição de “corporate purpose” remonta à lei das Sociedades Anónimas de 1937 que, fiel à ideologia da época, fazia referência ao bem comum, ao povo e ao Império, sem fazer menção aos interesses dos sócios. Pese embora a mudança da lei desde 1937, Holger Fleisher defende que a doutrina e os tribunais defendem uma visão pluralista do “corporate purpose”. Cfr. H. Fleischer, ‘La definizione normativa dello scopo dell’impresa azionaria: un inventario comparato’, *Rivista delle Società*, 2018, p. 803. V. tb. H. Fleisher, ‘Corporate Purpose: A Management Concept and its Implications for Company Law’ (2021), ECGI Law Working Paper N° 561/2021.

<sup>15</sup> Colin Mayer, *Prosperity*, cit., p. 230. Jill E. Fisch/Steven Davidoff Solomon, “Should corporations Have a Purpose?”, *Texas Law Review*, vol. 99, p. 1341, mostram que a expressão *corporate purpose* pode assumir múltiplos sentidos: pode corresponder ao objeto social, ao fim social ou a declarações sobre valores que a organização prossegue ou, ainda, à missão da sociedade. Estes Autores, *últ. ob. cit.*, p. 1313, ss., situam a origem do “purpose” no sistema de “corporate chartering”, nos séculos XVI e XVII, na Inglaterra, quando as sociedades necessitavam de autorização parlamentar ou real para exercer a sua atividade económica através de “corporate form”.

<sup>16</sup> Colin Mayer, *Prosperity*, cit., p. 41.

<sup>17</sup> Colin Mayer, *Prosperity*, cit., p. 116. “Doing well by doing good” describes the process of making money (doing well) through benefiting others (doing good)” (*últ. ob. cit.*, p. 6).

<sup>18</sup> Colin Mayer, *Prosperity*, p. 117. V. tb. Colin Mayer, *The Future of the Corporation and the Economics of Purpose*, ECGI Working Paper Series in Finance, Working Paper N° 710/2020, November 2020.

<sup>19</sup> Colin Mayer, *Prosperity*, cit., p. 109.

<sup>20</sup> Considerando que várias propostas que se apresentam como alternativas à “Friedman’s Doctrine”, de facto não o são (“Enlightened shareholder value” ou as “BCorps”, “Busi-

*macy*, Mayer defende que o “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”<sup>21</sup>.

Simultaneamente, Colin Mayer rejeita que a regulação pública possa ser a resposta adequada para as falhas da empresa. Mayer defende que a regulação privada deve ser convocada a incluir nos estatutos o “corporate purpose” que deverá abranger *stakeholders* e interesses sociais gerais que superem o valor para os acionistas: trabalhadores, clientes, fornecedores, comunidade em geral e ambiente. Se o *purpose* define quem a sociedade é, porque e para que existe, ele deve ter uma aplicação efetiva, respondendo a uma necessidade não satisfeita. Além disso, deve ser autêntico, deve representar um valor acrescentado para a empresa, que seja mensurável<sup>22</sup>. Por fim, ele deve ser comunicado exteriormente e completamente incorporado na cultura da empresa<sup>23</sup>.

Apesar do interesse que tem suscitado no mundo empresarial e na investigação universitária<sup>24</sup>, pairam sobre o *corporate purpose* nuvens de ceticismo<sup>25</sup> quanto à sua eficácia transformadora de práticas empresariais e de superação do *shareholder value*<sup>26</sup>. Dê-se como exemplo o “Statement

ness Roundtable 2019 statement of corporate purpose” ou até as propostas que defendem uma mais intensa regulação protetora dos direitos dos trabalhadores), v. Colin Mayer, *The Governance of Corporate Purpose*, ECGI Working Paper Series in Law, Working Paper N° 609/2021, September 2021, p. 4, ss.

<sup>21</sup> Colin Mayer, *Prosperity*, cit., p. 109.

<sup>22</sup> Sobre as questões de mensuração, v. Colin Mayer, *The Governance of Corporate Purpose*, p. 9, ss.

<sup>23</sup> Sobre o relevo da comunicação do *corporate purpose*, v. Colin Mayer, *The governance of corporate purpose*, cit., p. 11. Sobre os oito princípios destinados orientar a reforma das empresas no sentido do *corporate purpose*, identificados em novembro de 2019 pela British Academy Future of the Corporation, liderada por Colin Mayer, v. Colin Mayer, *The Future of the Corporation and the Economics of Purpose*, cit., p. 12. Alex Edmans, *Grow the pie*, p. 201, ss, 208 e ss., que “A purpose is far more than a mission statement and must live in the enterprise. It must not only be *defined*, but also *communicated externally and embedded internally*”.

<sup>24</sup> Veja-se, a título de exemplo, os trabalhos desenvolvidos no âmbito do European Corporate Governance Institute e alojados em <https://ecgi.global/content/corporate-purpose> (consultado em 20 de dezembro de 2022).

<sup>25</sup> Marco Ventoruzzo, *Brief Remarks on “Prosperity” by Colin Mayer and the often Misunderstood Notion of Corporate Purpose*, cit., p. 6, defende que a consagração do “corporate purpose” nos estatutos da sociedade “will have limited, if any, legal relevance”.

<sup>26</sup> Para a discussão da jurisprudência do *Delaware* sobre o “purpose” das sociedades, v. Jill E. Fisch/Steven Davidoff Solomon, “Should corporations have a purpose?”, cit., 1324, ss. Estes autores, *ob. cit.*, p. 1319, ss., evidenciam, por um lado, as razões de eficiência económica que suportam a doutrina do “shareholder primacy” e, por outro, os argumentos que

on the Purpose of a Corporation” proclamado pelo *Business Roundtable* em 2019 e subscrito por 181 CEO das maiores sociedades estadunidenses<sup>27</sup>. Nesta declaração, são manifestados vários compromissos dos CEO signatários, sendo que um deles é o “long term-value for shareholders”. Proclamam os CEO signatários que “Each of our stakeholders is essential. We commit to deliver value to all of them, for the future success of our companies, our communities and our country”<sup>28</sup>.

Em estudo datado de 2019, Lucian Bebchuk e Roberto Tallarita<sup>29</sup> revelam que uma vasta maioria dos CEO signatários subscreveu a *Declaração* sem ter obtido prévia autorização dos respetivos *boards*. Acresce que, de modo contraditório com os compromissos proclamados no *Statement*, os *boards* aprovaram orientações que continuam a privilegiar claramente a *shareholder primacy*<sup>30/31</sup>.

A prática empresarial internacional evidencia que os *corporate purposes* adotados pelas grandes sociedades são, invariavelmente, genéricos, vagos, sem objetivos nem metas concretamente definidos e comunicados em linguagem “crisp and catchy”<sup>32</sup>. Assim, aos administradores permite-se a escolha, designadamente, entre ganhos de curto prazo e o crescimento de longo prazo, entre a proteção dos credores e a rendibilidade para os

contestam esta doutrina. Em particular, sublinham que o *shareholder primacy* é indiferente às externalidades negativas produzidas pela maximização do lucro para os sócios.

<sup>27</sup> Disponível em <https://www.businessroundtable.org/business-roundtable-redefines-the-purpose-of-a-corporation-to-promote-an-economy-that-serves-all-americans> (consultado em 4 de outubro de 2022).

<sup>28</sup> Cfr. Holger Fleischer, *Corporate Purpose: A Management Concept and its Implications for Company Law*, cit., p. 9, que também dá exemplos de várias declarações de *corporate purpose* adotadas por empresas do DAX 30. Segundo Klaus Hopt/Patrick Leyens, *The Structure of the Board of Directors: Boards and Governance Strategies in the US, the UK and Germany*, cit., p. 37, esta declaração foi fortemente influenciada pelo teor do art. 172 do Companies Act de 2006.

<sup>29</sup> Lucian Bebchuk/Roberto Tallarita, “*Stakeholder Capitalism Seems Mostly for Show*”, WALL ST. J. (Aug. 6, 2020), [www.wsj.com/articles/stakeholder-capitalism-seems-mostly-for-show-11596755220](http://www.wsj.com/articles/stakeholder-capitalism-seems-mostly-for-show-11596755220); Lucian Bebchuk/Roberto Tallarita, “The Illusory Promise of Stakeholder Governance”, cit., p. 124, ss., que concluem “BRT statement should be viewed as mostly for show rather than the harbinger of a major change” (últ. ob. cit., p. 126)

<sup>30</sup> Jill E. Fisch/Steven Davidoff Solomon, “Should corporations have a purpose?”, cit., p. 1338, ilustram esta discrepância entre os compromissos manifestados pelos CEO da Amazon, Cigna e Crevron e a manutenção de práticas empresariais ou laborais notoriamente desalinhadas de tais compromissos.

<sup>31</sup> Veja-se, recentemente, a notícia do Jornal Público *online*, de 18 de janeiro de 2023: “Bancos comprometidos com “emissões zero” emprestam milhões a combustíveis fósseis”.

<sup>32</sup> Holger Fleischer, *Corporate Purpose: A Management Concept and its Implications for Company Law*, cit., p. 12.

acionistas, entre a satisfação dos clientes e o bem-estar dos trabalhadores; entre os interesses dos fornecedores e a proteção do ambiente<sup>33</sup>. Mas não se assegura que o *resultado* da decisão empresarial privilegie os interesses de não sócios. E, em rigor, não se pode assegurar tal resultado porque não são homogéneos os interesses dos diversos grupos de *stakeholders*, podendo, além disso, ser divergentes os interesses dentro do mesmo grupo de *stakeholders*. As declarações sobre *corporate purpose* não oferecem (nem querem oferecer) qualquer critério para a gestão da heterogeneidade dos interesses de diferentes grupos de *stakeholders*.

O advento da doutrina do *corporate purpose* relança o debate sobre mecanismos jurídicos destinados a permitir que não sócios responsabilizem administradores que não respeitem o *corporate purpose* plasmado nos estatutos. Uma tal proposta, se acaso viesse a ser acolhida legislativamente poderia causar outras “disfuncionalidades”<sup>34</sup> já qualificadas como uma verdadeira caixa de Pandora<sup>35</sup>. As fragilidades de *enforcement* de cláusulas sobre *purpose* também não poderá passar por atribuir indiscriminadamente legitimidade processual ativa a qualquer *stakeholder* que se sinta insatisfeito com as decisões empresariais tomadas pelo órgão de administração da sociedade. Esta solução pode fomentar a litigância estratégica, sem fundamento, financiada por *third party funds*, com impactos no aumento dos prémios do *D&O Insurance* que, tipicamente, é contratado para cobrir despesas de defesa dos administradores.

### 1.3. As perguntas necessárias

O tema relativo aos instrumentos jurídicos dedicados à gestão sustentável das sociedades é insuportavelmente amplo. Neste estudo, interessam-nos, em primeiro lugar, conhecer as recentes iniciativas regulatórias da União Europeia em matéria de governo sustentável das sociedades e, em particular, as propostas que estão em preparação. Conhecido este contexto, importa, em seguida, apurar se as *sociedades benefício* alteram as tradicionais estruturas de poder societário. Em particular, é relevante determinar se aos não-sócios são reconhecidos meios jurídicos de efetivação

<sup>33</sup> Marco Ventoruzzo, *Brief Remarks on “Prosperity” by Colin Mayer and the often Misunderstood Notion of Corporate Purpose*, cit. p. 5.

<sup>34</sup> A expressão é usada por Holger Fleischer, *Corporate Purpose: A Management Concept and its Implications for Company Law*, cit., p. 21.

<sup>35</sup> Holger Fleischer, *Corporate Purpose: A Management Concept and its Implications for Company Law*, cit., p. 21.

dos seus interesses. Sabendo que Portugal não “transplantou” este modelo de origem estadunidense, que tem impulsionado uma certa convergência de legislações na União Europeia, de que margem de liberdade gozam os sócios para, por via estatária, aproximarem as sociedades de direito português a este modelo internacional? Eis as questões que, de seguida, nos ocuparão.

## 2. A União Europeia rumo ao governo sustentável das sociedades

### 2.1. Tensão entre lucro subjetivo e sustentabilidade

O movimento da responsabilidade social das empresas emerge a partir dos anos sessenta do século passado, tornando-se inescapável nos inícios do século XXI<sup>36</sup>. Em 2001, a Comissão Europeia definiu responsabilidade social das empresas como “um conceito segundo o qual as empresas integram preocupações sociais e ambientais nas suas atividades comerciais e na sua interação com as partes interessadas numa base voluntária”<sup>37</sup>. Em 2011, a Comissão Europeia propõe uma nova definição no sentido de que se avalia “a responsabilidade das empresas pelo impacto que têm na sociedade”<sup>38</sup>. Nesta visão, a responsabilidade social implica que as empresas devem integrar as preocupações de índole social, ambiental e ética, o respeito dos direitos humanos e os interesses dos consumidores nas respetivas atividades e estratégias, em estreita colaboração com as partes interessadas, a fim de: *a)* maximizar a criação de uma comunidade de valores para proprietários e acionistas, demais partes interessadas e para a sociedade em geral; *b)* identificar, evitar e atenuar os seus possíveis impactos negativos<sup>39</sup>. Simultaneamente, as empresas são socialmente responsáveis quando cumprem a lei<sup>40</sup>.

<sup>36</sup> Cfr. J. M. Coutinho de Abreu, “CSR – “Responsabilità” senza responsabilità (giuridica)”, *Giurisprudenza Commerciale*, 46.6, I, 2019, p. 1088, ss.

<sup>37</sup> Livro Verde *Promover um quadro europeu para a responsabilidade social das empresas*, Bruxelas, 18.7.2001 COM (2001) 366 final, p. 4.

<sup>38</sup> 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*, Bruxelas, 25.10.2011, p. 7.

<sup>39</sup> 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*, cit., p. 7.

<sup>40</sup> [https://single-market-economy.ec.europa.eu/industry/sustainability/corporate-social-responsibility-responsible-business-conduct\\_en](https://single-market-economy.ec.europa.eu/industry/sustainability/corporate-social-responsibility-responsible-business-conduct_en) (consulta no dia 18 de dezembro de 2022).

Resulta da definição aceite pela Comissão Europeia que a responsabilidade social das empresas é de *adoção voluntária*; é uma decisão voluntária das empresas e, por isso, *contingente*. O que significa que a responsabilidade social das empresas não gera deveres *jurídicos* dos administradores<sup>41</sup>. O que também significa que às partes interessadas nas medidas de responsabilidade social não é atribuído “direito de ação” contra a sociedade ou os administradores.

Em 2001, em França, a *Loi n° 2001-420* de 15 maio de 2001, *relative aux nouvelles régulations économiques*, exigiu a sociedades cotadas a publicidade de informações não financeiras. E, segundo alguns, esta é uma das primeiras expressões legais do *ESG*. Diversidade na composição dos órgãos societários, combate à corrupção e às formas modernas de escravatura, ponderação por parte de administradores de questões ambientais e sociais, a clarificação dos deveres de cuidado dos administradores<sup>42</sup>, a remuneração dos administradores ligada ao desempenho *ESG* (“*ESG pay*”), a incorporação do “*corporate purpose*” ou da “*raison d'être*” nos estatutos societários, “*dual mission companies*”, eis algumas das questões que se encontram no perímetro *ESG*.

O emergente “*ESG ecosystem*” vai propiciar que as empresas sejam avaliadas por critérios de sustentabilidade, impulsionando o “*non-financial rating market*”<sup>43</sup> que tem crescente expressão nas recomendações e decisões de investimento. Esta dimensão do poder orientador do investimento é salientada pelo “*ESG stewardship*”<sup>44</sup> que refere a influência exercida pelos investidores que, enquanto sócios, procuram incitar as empresas cotadas a abordar questões ambientais, sociais e de governação empresarial, tais como as alterações climáticas<sup>45</sup>.

<sup>41</sup> Também neste sentido, J. M. Coutinho de Abreu, *Curso de direito comercial*, vol. II. *Das Sociedades*, 7.<sup>a</sup> ed., Coimbra: Almedina, 2021, p. 295.

<sup>42</sup> V. o art. 25 da Diretiva (UE) 2022/2464 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de dezembro de 2022 que altera o Regulamento (UE) n.º 537/2014, a Diretiva 2004/109/CE, a Diretiva 2006/43/CE e a Diretiva 2013/34/UE.

<sup>43</sup> Alain Pietrancosta /Alexis Marraud des Grottes, *ESG Trends – What the boards of all companies should know about ESG regulatory trends in Europe*, November 1, 2022, disponível em <https://corgov.law.harvard.edu/2022/11/01/esg-trends-what-the-boards-of-all-companies-should-know-about-esg-regulatory-trends-in-europe/> (consulta no dia 10 de janeiro de 2023).

<sup>44</sup> Segundo o The World Economic Forum, *Enabling investor stewardship in the global public equity markets*, p. 23, *stewardship* significa “Thoughtful voting and engagement with public companies to promote practices that are consistent with encouraging long-term value creation”, p. 23.

<sup>45</sup> Cfr. Tim Bowley/Jennifer G. Hill, *The global ESG stewardship ecosystem*, ECGI Working Paper Series in Law, Working Paper N° 660/2022, October 2022, p. 1, 2.

Tal influência exercida pelos investidores orientados para o *stewardship* pode assumir diferente intensidade e profundidade, dependendo dos meios usados: *a) coordenação de padrões de atuação*, através de formulação de princípios de ação, de que é exemplo o *Investor Stewardship Group*; *b) exercício do direito de voto*, nomeadamente, contra propostas do órgão de administração; *c) diálogo com o órgão de administração sobre questões relevantes para a sustentabilidade de longo prazo da sociedade* (por exemplo, política salarial, políticas ambientais, planeamento da sucessão); *d) debate ou inclusão de assuntos na ordem do dia da assembleia geral relacionados com o impacto financeiro a longo prazo*; *e) nomeação/ substituição de administradores*, justamente aprovando nomes que partilham os interesses de longo prazo; *f) controlo do capital social*<sup>46</sup>.

Em julho de 2022, a *Economist* anunciava: "ESG – three letters that won't save the world"<sup>47</sup>. Na expressão desta revista, "although ESG is often well-meaning it is deeply flawed"<sup>48</sup>, porque ele indica às empresas objetivos contraditórios entre si, afugenta os aforradores e distrai do problema essencial das alterações climáticas que é a redução de emissões. A *Economist* avisava que: "It is an unholy mess that needs to be ruthlessly streamlined". A sustentabilidade entregue exclusivamente às empresas é "unsustainable": Make no mistake, though: tougher government action is essential now. It is government action, combined with clear and consistent disclosure, that can save the planet, not an abbreviation that is in danger of standing for exaggerated, superficial guff"<sup>49</sup>.

Na União Europeia, vários instrumentos de direito derivado manifestam preocupações relativas ao ESG. Pense-se, por exemplo, na alterada Diretiva dos direitos dos Acionistas<sup>50</sup>, no Regulamento relativo à divulgação de informações relacionadas com a sustentabilidade no setor dos serviços financeiros<sup>51</sup> ou no Regulamento da Taxonomia<sup>52</sup>.

<sup>46</sup> V. World Economic Forum, *Enabling stewardship in the global public equity markets*, 2021, p. 20.

<sup>47</sup> *Economist*, July 23rd – 29th 2022.

<sup>48</sup> *Economist*, July 23rd – 29th 2022, p. 7.

<sup>49</sup> *Economist*, July 23rd – 29th 2022, p. 7.

<sup>50</sup> Diretiva (UE) 2017/828 do Parlamento Europeu e do Conselho de 17 de maio de 2017 que altera a Diretiva 2007/36/CE no que se refere aos incentivos ao envolvimento dos acionistas a longo prazo.

<sup>51</sup> Regulamento (UE) 2019/2088 do Parlamento Europeu e do Conselho de 27 de novembro de 2019 relativo à divulgação de informações relacionadas com a sustentabilidade no setor dos serviços financeiros.

<sup>52</sup> Regulamento (UE) 2020/852 do Parlamento Europeu e do Conselho de 18 de junho de 2020 relativo ao estabelecimento de um regime para a promoção do investimento sustentável, e que altera o Regulamento (UE) 2019/2088.

## 2.2. Regras sobre o reporte de informações relativas à sustentabilidade

Seguindo o modelo *comply or explain*, a Diretiva 2014/95/UE – também conhecida como Diretiva de Relatórios Não Financeiros (NFRD) – exige que certas grandes empresas divulguem informações não financeiras relevantes<sup>53</sup>. Vários estudos empíricos vieram mostrar que os reportes sobre sustentabilidade apresentam falta de dados quantitativos, falta de clareza relativamente à seleção e mensurabilidade dos objetivos não financeiros, são demasiado genéricos, não abordam adequadamente os riscos relacionados com o clima nem fornecem descrições suficientes de processos de *due diligence*, especialmente relacionados com os direitos humanos e assuntos sociais<sup>54</sup>. A *Alliance for Corporate Transparency* recomendou que a Comissão Europeia revisse a legislação uma vez que a análise dos relatórios financeiros apresentados pelas empresas mostrou que, em 2018 e 2019, “the problem of a failure to address concrete issues, targets and principal risks, remains largely unchanged”<sup>55</sup>.

No dia 16 de dezembro de 2022, foi publicada a Diretiva (UE) 2022/2464 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14 de dezembro de 2022 que altera o Regulamento (UE) n.º 537/2014, a Diretiva 2004/109/CE, a Diretiva 2006/43/CE e a Diretiva 2013/34/UE no que diz respeito ao relato de sustentabilidade das empresas, vulgarmente conhecida como

<sup>53</sup> Cfr. art. 19.º-A. Em Portugal, a Diretiva 2014/95/UE foi transposta pelo DL 89/2017, de 28 de julho, que entre outros aspetos, aditou ao Código das Sociedades Comerciais o art. 66.º-A – Anexo às contas.

<sup>54</sup> ESMA, ‘Report Enforcement and regulatory activities of European enforcers in 2019’ (2020), <https://www.esma.europa.eu/document/enforcement-and-regulatory-activities-european-enforcers-in-2019> (consultado no dia 28.12.2022), p. 36; V. Alliance for Corporate Transparency, ‘Research Report: An analysis of the sustainability reports of 1000 companies pursuant to the EU Non-Financial Reporting Directive’ (2020), disponível em [https://www.sustentia.com/wp-content/uploads/2020/07/2019-Research-Report-Alliance-for-Corporate-Transparency\\_compressed.pdf](https://www.sustentia.com/wp-content/uploads/2020/07/2019-Research-Report-Alliance-for-Corporate-Transparency_compressed.pdf), p. 4, alerta que “companies are reporting policy not outcomes” e acrescenta: “results show that the Directive’s firm intent to link ‘policies, risks and results’ together in the reporting, is falling far short. Of course, it is gratifying that over 80 per cent of company non-financial reports describe policies in the areas identified. But this was never meant to be a Directive for ‘policy wonks’ – and the absence of ‘impact’ in the reporting demands urgent attention both in companies in the next reporting cycle and in the revision itself”.

<sup>55</sup> V. Alliance for Corporate Transparency, ‘Research Report: An analysis of the sustainability reports of 1000 companies pursuant to the EU Non-Financial Reporting Directive’ (2020), disponível em [https://www.sustentia.com/wp-content/uploads/2020/07/2019-Research-Report-Alliance-for-Corporate-Transparency\\_compressed.pdf](https://www.sustentia.com/wp-content/uploads/2020/07/2019-Research-Report-Alliance-for-Corporate-Transparency_compressed.pdf), p. 4 (visitado no dia 28 de dezembro de 2022).

(CSRD), destinada a melhorar a informação prestada sobre sustentabilidade no mundo empresarial<sup>56</sup>.

A CSRD introduz requisitos de informação mais detalhados e assegura que as grandes empresas e as pequenas e médias empresas (PME) cotadas sejam obrigadas a apresentar relatórios sobre questões de sustentabilidade, tais como direitos ambientais, direitos sociais, direitos humanos e fatores de governação. O *European Financial Reporting Advisory Group* (EFRAG) é responsável pelo desenvolvimento de projetos de normas europeias. Esta diretiva alarga o âmbito das obrigações de comunicação sobre sustentabilidade, incluindo direitos ambientais, os direitos sociais, os direitos humanos e os fatores de governação. As suas disposições são aplicáveis a todas as grandes empresas e a todas as empresas cotadas em mercados regulamentados, com exceção das microempresas. As regras também se aplicam às PME cotadas, tendo em conta as suas especificidades. Para as PME cotadas será possível uma derrogação (“opt-out”) durante um período transitório, o que as isenta da aplicação da diretiva até 2028. Por outro lado, a Diretiva exige que os revisores oficiais de contas efetuem um trabalho de garantia de fiabilidade limitada no âmbito da comunicação de informações sobre sustentabilidade e que os Estados-Membros assegurem o estabelecimento de requisitos coerentes para todas as pessoas e empresas autorizadas a emitir o parecer sobre a garantia de fiabilidade da comunicação de informações sobre sustentabilidade.

### **2.3. A projetada “clarificação” de obrigações de *due diligence* em matéria de sustentabilidade empresarial**

No dia 23 de fevereiro de 2022, a Comissão adotou a proposta de diretiva relativa à diligência devida em matéria de sustentabilidade empresarial<sup>57</sup>. “O objetivo desta diretiva é fomentar um comportamento

<sup>56</sup> Em vez de “informações não financeiras”, esta diretiva prefere a expressão “informações sobre sustentabilidade”.

<sup>57</sup> Trata-se da Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade e que altera a Diretiva (UE) 2019/1937, Bruxelas, 23.2.2022 COM (2022) 71 final 2022/0051 (COD). V. 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)”, *Direito das Sociedades em Revista*, 14, vol. 27 (2022), p. 16, ss.; Catarina Serra, “Empresas e human rights due diligence – algumas observações a propósito de desenvolvimentos recentes”, *Direito das Sociedades em Revista*, 14, vol. 27 (2022), p. 25, ss.; Maria Inês de Oliveira Martins, “Proposta de Directiva relativa ao dever de diligência das empresas e à responsabilidade

empresarial sustentável e responsável e ancorar os direitos humanos e considerações ambientais nas operações e na governação empresarial das empresas. As novas regras garantirão que as empresas abordem os impactos adversos das suas ações, incluindo nas suas cadeias de valor dentro e fora da Europa.<sup>58</sup>. Segundo a Comissão, a projetada diretiva criará um “quadro horizontal para promover o contributo das empresas que operam no mercado único para o respeito dos direitos humanos e do ambiente nas suas próprias atividades e ao longo das suas cadeias de valor, identificando, prevenindo, atenuando e contabilizando os seus efeitos negativos em matéria de direitos humanos e ambientais, e adotando para o efeito medidas e sistemas de governação e de gestão adequados”<sup>59</sup>.

No que aos deveres dos administradores diz respeito, a proposta procura “clarificar, de forma harmonizada, o dever geral de diligência dos administradores de agir no interesse da empresa, estabelecendo que os administradores têm em conta as questões de sustentabilidade a que se refere a Diretiva 2013/34/UE, incluindo, se for caso disso, os direitos humanos, as alterações climáticas e as consequências ambientais, inclusive nos horizontes a curto, médio e longo prazo. Esta clarificação não exige a alteração das atuais estruturas empresariais nacionais”<sup>60</sup>.

Nos termos do art. 25º desta proposta, “Os Estados-Membros devem assegurar que, no cumprimento do seu dever de agir no interesse da empresa, os administradores das empresas a que se refere o artigo 2.º, n.º 1, têm em conta as consequências das suas decisões em matéria de sustentabilidade, incluindo, se for caso disso, as consequências em termos de direitos humanos, alterações climáticas e ambientais, inclusive a curto, médio e longo prazo”.

No que diz respeito aos meios de efetivar as obrigações que da proposta resultam, a diretiva consagra a responsabilidade civil das empresas

empresarial – os pressupostos da responsabilidade civil”, *Direito das Sociedades em Revista*, 14, vol. 27 (2022), p. 47, ss.

<sup>58</sup> Esta proposta foi antecedida do “Study on due diligence requirements through the supply chain’ publicado em fevereiro de 2020. Veja-se Lise Smit, Claire Bright, Robert McCorquodale, Matthias Bauer, Hanna Deringer, Daniela Baeza- Breinbauer, Francisca Torres-Cortés, Frank Alleweldt, Senda Kara and Camille Salinier and Héctor Tejero Tobed, ‘Study on due diligence requirements through the supply chain, Final report’ (January 2020), disponível em <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/8ba0a8fd-4c83-11ea-b8b7-01aa75ed71a1/language-en>.

<sup>59</sup> Proposta de diretiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa ao dever de diligência das empresas em matéria de sustentabilidade e que altera a Diretiva (UE) 2019/1937, Bruxelas, 23.2.2022 COM (2022) 71 final 2022/0051 (COD), p. 3.

<sup>60</sup> Considerando (63).

por danos causados pelo incumprimento das suas obrigações e a possibilidade de intervenção das autoridades de supervisão, a quem, além de outras instrumentos, são atribuídos poderes de imposição de sanções administrativas pecuniárias baseadas no volume de negócios da empresa (arts. 18.º e 22.º).

Apesar de esta iniciativa ter sido bem recebida, ela não deixa de suscitar dúvidas. Dúvida-se que a solução para os problemas do planeta resida na visão institucional dos deveres dos administradores. Os comentários vindos dos EUA lembram a infra-litigância dos deveres dos administradores na Europa atribuída à ausência das *class actions* e dos honorários contingentes (*contingent fees*)<sup>61</sup>. Além disso, também se alega que a concentração da propriedade acionista determina que os administradores (nomeados e destituídos pelos acionistas) não tenham incentivos para divergir dos interesses dos acionistas de controlo. Também se recorda – o que há muito é sublinhado na doutrina – que o *stakeholderism* pode desencadear o efeito perverso de tornar os administradores irresponsáveis. A que acresce que várias jurisdições já têm mecanismos de *due diligence* das empresas. É o que acontece em França que, desde 2017 consagra o “*devoir de vigilance*”<sup>62</sup>, e na Alemanha que o consagra desde 2021, através da *Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten in Lieferketten* de 16 de julho de 2021<sup>63</sup>.

## 2.4. A iniciativa “Sustainable corporate governance” e deveres fiduciários dos administradores

Em 2020, o estudo elaborado pela Ernst & Young intitulado “Study on directors’ duties and sustainable corporate governance”<sup>64</sup>, identifica sete causas principais do “short termism”: a) os deveres dos administradores

<sup>61</sup> Wolf-Georg Ringe/Alperen A. Gözüglögöl, *The EU Sustainable Corporate Governance Initiative: Where are We and Where are We Headed?* Harvard Law School Forum on Corporate Governance, March 18, 2022, disponível em <https://corpgov.law.harvard.edu/2022/03/18/the-eu-sustainable-corporate-governance-initiative-where-are-we-and-where-are-we-headed/> (consulta no dia 31 de dezembro de 2022).

<sup>62</sup> Loi n° 2017-399 du 27 mars 2017 relative au *devoir de vigilance* des sociétés mères et des entreprises donneuses d’ordre. Sobre este dever, ver Luca d’Ambrosio, «Le *devoir de vigilance*: une innovation juridique entre continuités et ruptures», *Droit et société*, 2020/3 (n° 106), p. 633-647.

<sup>63</sup> *Gesetz über die unternehmerischen Sorgfaltspflichten zur Vermeidung von Menschenrechtsverletzungen in Lieferketten (Lieferkettensorgfaltspflichtengesetz – LkSG)*.

<sup>64</sup> European Commission, Directorate-General for Justice and Consumers, *Study on directors’ duties and sustainable corporate governance: final report*, Publications Office, 2020, <https://data.europa.eu/doi/10.2838/472901>. Disponível em <https://op.europa.eu/en/publication->

e o interesse da sociedade são interpretados restritivamente e favorecem a maximização do lucro a curto prazo; *b*) a crescente pressão de investidores que privilegiam resultados de curto prazo; *c*) a falta de perspetiva estratégica sobre sustentabilidade; *d*) as estruturas de remuneração dos administradores incentivam abordagens de curto prazo fundadas na criação de valor para os acionistas; *e*) a inadequação da atual composição dos conselhos de administração para promover as mudanças no sentido a sustentabilidade; *f*) o insuficiente envolvimento dos *stakeholders* no governo das sociedades; *g*) o dever de os administradores atuarem de acordo com os interesses de longo prazo da sociedade não é dotado de suficiente efetividade<sup>65</sup>. Em consequência, este estudo propõe a redefinição dos deveres dos administradores<sup>66</sup>.

Apoiada neste estudo, em 2020, a Comissão Europeia lançou a iniciativa “Sustainable corporate governance” com o objetivo de “melhor alinhar os interesses das sociedades, dos seus acionistas, gestores, partes interessadas e sociedade”<sup>67</sup> e “ajudar as empresas a gerir melhor as questões relacionadas com a sustentabilidade nas suas próprias operações e cadeias de valor no que diz respeito aos direitos sociais e humanos, alterações climáticas, ambiente”<sup>68</sup>. Entre 26 de outubro de 2020 e 8 de fevereiro de 2021, foi lançada a consulta pública que questiona os *stakeholders* se são necessárias reformas do direito da União Europeia destinadas a incentivar as sociedades a criar valor sustentável de longo prazo, em vez de benefícios de curto prazo.

Na sequência da consulta pública, fizeram-se ouvir várias críticas<sup>69</sup>. Por um lado, salientou-se que várias jurisdições na União Europeia já contem-

detail/-/publication/e47928a2-d20b-11ea-adf7-01aa75ed71a1/language-en (consultado no dia 30 de dezembro de 2022).

<sup>65</sup> Cfr. *Study on directors' duties and sustainable corporate governance*, cit., p. 31.

<sup>66</sup> Cfr. *Study on directors' duties and sustainable corporate governance*, cit., p. 47, onde se propõe: “Strengthening the role of directors in pursuing the long-term interests of companies (SO1): the EU intervention should dispel current misconceptions and errors in relation to the purpose of the company and the duties of directors, which lead directors to prioritise short-term financial performance over the long-term interest of the company”.

<sup>67</sup> [https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12548-Sustainable-corporate-governance\\_en](https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12548-Sustainable-corporate-governance_en) (consultado no dia 31 de dezembro de 2022).

<sup>68</sup> [https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12548-Sustainable-corporate-governance\\_en](https://ec.europa.eu/info/law/better-regulation/have-your-say/initiatives/12548-Sustainable-corporate-governance_en) (consultado no dia 31 de dezembro de 2022).

<sup>69</sup> European Company Law Expert Group (ECLE), ‘Comment by the European Company Law Experts Group on the European Commission’s Consultation Document: Proposal for an Initiative on Sustainable Corporate Governance’ (2020), available at [https://europeancompanylawexperts.wordpress.com/publications/comment-by-the-europeancompany-law-experts-group-on-the-europeancommissions-consultation-document-proposal-for-an-initiative-on-sustainable-corporate-governance/](https://europeancompanylawexperts.wordpress.com/publications/comment-by-the-european-company-law-experts-group-on-the-europeancommissions-consultation-document-proposal-for-an-initiative-on-sustainable-corporate-governance/)

plam o dever de os administradores ponderarem ou tomarem em consideração interesses de não-sócios<sup>70</sup>. Parece não ser convincente o argumento de que a Diretiva seria necessária – e a harmonização de legislações que ela promove – para proteger os administradores de responsabilidade civil perante a sociedade quando ponderam interesses de não sócios, tendo em conta o atual estádio da legislação dos Estados-membros e do *soft law* europeia que admitem a ponderação de interesses de não sócios<sup>71</sup>.

### 3. Tipos societários ao serviço da salvação do planeta

#### 3.1. A invenção das *benefit corporations*

Para muitos, a solução (ou, pelo menos, uma parte significativa da solução) para os desmandos sociais, ambientais e de governação empresarial deve ser pedida ao *direito das sociedades*, designadamente às *benefit corporations*<sup>72</sup> ou *sociedades benefício*. Em 2010, o Estado do Maryland adota legislação específica sobre a *benefit corporation*, mas é a *Model Benefit Corporation Legislation (MBCL)*, redigida por William Clark e outros<sup>73</sup>e integrada em um projeto da B Lab<sup>74</sup>, que vai influenciar diversas legislações

an-initiative-on-sustainable-corporate-governance/ (consulta no dia 28.12.2022); G. Ferrarini, M. Siri & S. Zhu, 'The EU Sustainable Governance Consultation and the Missing Link to Soft Law' (2021), European Corporate Governance Institute – Law Working Paper No. 576/2021.

<sup>70</sup> G. Ferrarini, 'Corporate Purpose and Sustainability' (2020) European Corporate Governance Institute – Law Working Paper #559/2020, p. 1, ss.

<sup>71</sup> Cfr. G. Ferrarini/M. Siri/S. Zhu, 'The EU Sustainable Governance Consultation and the Missing Link to Soft Law' (2021), European Corporate Governance Institute – Law Working Paper No. 576/2021.

<sup>72</sup> Veja-se a recente obra Henry Peter/Carlos Vargas Vasserot/Jaime Alcalde Silva (Editors), *The International Handbook of Social Enterprise Law Benefit Corporations and Other Purpose-Driven Companies*, Springer, 2022.

<sup>73</sup> *Model Benefit Corporation Legislation* disponível em <https://growthorientedsustainableentrepreneurship.files.wordpress.com/2016/07/gv-white-paper-need-and-rationale-for-benefit-corporations.pdf>, como Appendix A do estudo William H. Clark, Jr., Drinker Biddle & Reath LLP; Larry Vranka, Canonchet Group LLC, *White Paper The need and rationale for the benefit corporation: why it is the legal form that best addresses the needs of social entrepreneurs, investors, and, ultimately, the public*, 2013 (consultado no dia 20 de dezembro de 2022).

<sup>74</sup> B Lab é uma organização não lucrativa com sede na Pennsylvania que “vende” o selo privado *Certified B-Corporations*, sempre que a organização candidata obtém um determinado “score” no processo de *B Impact Assessment* definido pela própria B-Lab (Cfr. <https://www.bcorporation.net/en-us/programs-and-tools/b-impact-assessment> (consultado no dia 28

nos EUA<sup>75</sup>. A partir da sua experiência estadunidense, a *benefit corporation* alcança irradiação internacional<sup>76</sup>.

Nos EUA, apesar da diversidade própria dos direitos societários estaduais, podemos dizer que, em geral, a *benefit corporation* é uma organização lucrativa que produz benefícios comuns e atua de forma responsável e sustentável em benefício público. Segundo os autores da *MBCL*, a razão de ser desta figura está na necessidade de superar o tradicional *paradigma jurisprudencial* da criação de valor para o acionista. É necessário contextualizar esta justificação no panorama da jurisprudência dos tribunais do *Delaware* que construíram uma consolidada orientação no sentido de que os administradores devem maximizar o valor para os acionistas, como resulta das famosas decisões *Dodge v. Ford Motor Co., Revlon, Inc. v. Mac Andrews & Forbes Holding, Inc.*. Ainda que os chamados “corporate constituency statutes” possam atenuar esta orientação consolidada no sentido do valor acionista, não a podem superar completamente, uma vez que apenas podem permitir que os interesses de não acionistas sejam ponderados pelos administradores, mas não podem obrigar os *directors* a privilegiar tais interesses<sup>77</sup>.

de novembro de 2022). Para saber mais sobre a entidade B-Lab, v. <https://www.bcorporation.net/en-us/movement/about-b-lab> (consultado em 28 de novembro de 2022).

<sup>75</sup> Em 2013 o Estado do *Delaware* adotou a “public benefit corporation”. A maior parte dos Estados usam a designação “benefit corporation”, mas divergem quanto ao regime aplicável. No *Delaware*, no ato constituinte, uma *public benefit corporation* deve (1) identificar na declaração da sua atividade ou finalidade (...) um ou mais benefícios públicos específicos que a sociedade deve prosseguir (§363(a) (1), onde um benefício comum (*public benefit*) significa: “um efeito positivo (ou redução de efeitos negativos) sobre uma ou mais categorias de pessoas, entidades, comunidades ou interesses (diversos dos acionistas na sua capacidade de acionistas) incluindo, sem limitar, efeitos de natureza artística, caritativa, cultural, económica, educativa, ambiental, literária, medida, religiosa, científica ou tecnológica). Segundo Guido Ferrarini/Shanshan Zhu, *Is there a role for benefit corporations in the new sustainable framework?*, cit., p. 3, até junho de 2022 foram criadas mais de 7704 *benefit corporations* nos EUA, a maioria das quais são pequenas sociedades fechadas, que operam em várias indústrias, sedeadas nos Estados de Oregon, Nova Iorque, Nevada, Delaware e Colorado. Em julho de 2021, os EUA registavam 4 PBC “publically traded”, segundo Jill E. Fisch/Steven Davidoff Solomon, “The “value” of a public benefit corporation”, cit., p. 72

<sup>76</sup> Segundo o B-Lab, “Today, 51 jurisdictions around the world including Italy, Colombia, France, Peru, Rwanda, Uruguay, Ecuador, British Columbia, and Canada, as well as 44 U.S. states, Puerto Rico, and the District of Columbia (Washington, D.C.) have stakeholder governance statutes. The statutes differ based on the degree of stakeholder consideration required. Some demand the triple bottom line of people, planet, and profit; others require a double bottom line of purpose and profit.” <https://www.bcorporation.net/en-us/movement/stakeholder-governance> (consultado no dia 21 de dezembro de 2022).

<sup>77</sup> William H. Clark, Jr., Drinker Biddle & Reath LLP; Larry Vranka, Canonchet Group LLC, *White Paper The need and rationale for the benefit corporation: why it is the legal form that*

São traves-mestras das sociedades benefício: *a) o corporate purpose, b) a accountability dos membros do órgão de administração, c) a transparência e d) os meios jurídicos destinados a tornar efetivos os interesses de não sócios*. Segundo a secção 201 (a) da *MBCL*, a sociedade benefício deve prosseguir um benefício comum que se encontra especificado no § 102: “A material positive impact on society and the environment, taken as a whole, assessed against a third-party standard, from the business and operations of a benefit corporation.” Os estatutos podem estipular outros benefícios comuns exemplificados no § 102, como sejam serviços para empregados de baixos rendimentos ou comunidades, proteção ambiental, melhoria de saúde pública, promoção das ciências e das artes.

No que aos deveres dos administradores diz respeito, o § 301 (a) (1) da *MBCL* determina que eles devem atender aos impactos das suas decisões não só na esfera dos sócios, mas também na das partes interessadas na sociedade como empregados, ambiente, público, etc<sup>78</sup>. Nenhum destes grupos é dominante em relação a outro ou deve ser preferido; mas os estatutos podem declarar a preferência por determinado grupo.

A transparência é conseguida através da divulgação, no *website* da sociedade, de um “benefit report” (§ 401), sendo que os sócios devem ter acesso a uma cópia deste documento. A *MBCL* não exige que a informação divulgada pelo “benefit report” seja auditada. Em matéria de governação, a *MBCL* admite a figura do “benefit director”, mas não a torna obrigatória (§§302 e 303).

O ponto mais sensível da proposta é o relativo aos meios jurídicos reconhecidos aos destinatários dos benefícios. Nesta matéria, a *MBCL* entrega à *sociedade* e aos seus *sócios* os meios jurídicos destinados a tornar efetivos os benefícios comuns. Já os destinatários do benefício comum

*best addresses the needs of social entrepreneurs, investors, and, ultimately, the public*, 2013, p. 9, ss.

<sup>78</sup> Determina o § 301(a)(1) do *MBCL* que “The directors of a benefit corporation, in considering the best interests of the corporation: shall consider the effects of any action or inaction upon: (i) the shareholders of the benefit corporation, (ii) the employees and workforce of the benefit corporation, its subsidiaries and its suppliers, (iii) the interests of customers as beneficiaries of the general public benefit or specific public benefit purposes of the benefit corporation, (iv) community and societal factors, including those of each community in which offices or facilities of the benefit corporation, its subsidiaries and its suppliers are located, (v) the local and global environment, (vi) the short-term and long-term interests of the benefit corporation, including any benefits that may accrue to the benefit corporation from its long-term plans and the possibility that these interests may be best served by the continued independence of the benefit corporation and (vii) the ability of the benefit corporation to accomplish its general benefit purpose and any specific public benefit purpose”.

(não sócios) são privados de qualquer legitimidade para obrigar a sociedade a cumprir as cláusulas estatutárias sobre o benefício comum. Os titulares do órgão de administração da sociedade benefício não têm qualquer obrigação para com terceiros.

Alega-se que o sucesso das *benefit corporations* radica na necessidade de proteger *directors* e *officers* de ações intentadas pelos sócios, quando aqueles prosseguem interesses de não sócios<sup>79</sup>, porque esta figura mitiga os efeitos do *shareholder primacy*. Numa sociedade intensamente litigiosa como é a estadunidense, a “law in action” evidencia a incerteza experimentada pelos administradores quanto à extensão e profundidade do escrutínio que os tribunais vão aplicar a decisões empresariais que incorporam interesses de não sócios<sup>80</sup>. Ao abrigo da *MBCL* a consideração de interesses de não sócios não constitui violação dos deveres dos padrões gerais aplicáveis aos administradores e, além disso, exclui os *directors* e *officers* da responsabilidade civil por danos pecuniários<sup>81</sup>. Simultaneamente, os *directors* são protegidos de ações intentadas por terceiros, porquanto a lei modelo expressamente consagra que aos terceiros não é reconhecido qualquer direito de ação contra a sociedade ou contra terceiros<sup>82</sup>. Os ter-

<sup>79</sup> Guido Ferrarini/Shanshan Zhu, *Is there a role for benefit corporations in the new sustainable framework?*, cit., p. 4. Na decisão *Dodge v. Ford Motor Co.*, 170 N.W. 668, 684-85 (Mich. 1919), o tribunal declarou que “a business corporation is organized and carried on primarily for the profit of the stockholders. The powers of the directors are to be employed for that end. The discretion of directors is to be exercised in the choice of means to attain that end and does not extend to a change in the end itself, to the reduction of profits, or to the non-distribution of profits among stockholders in order to devote them to other purposes.” No *Revlon, Inc. v. MacAndrews & Forbes Holdings, Inc.* os tribunais do *Delaware* decidiram que, em casos de mudança de controlo, é exigido ao *board* que obtenha “highest price for the benefit of the stockholders.”

<sup>80</sup> Repetidamente é invocada a decisão *eBay* em que o *Delaware Court of Chancery* decidiu que ““Directors of a for-profit Delaware corporation cannot deploy a [polipolicy] to defend a business strategy that openly eschews stockholder wealth maximization – at least not consistently with the directors’ fiduciary duties under Delaware law.” Cfr. *In eBay Domestic Holdings, Inc. v. Newmark*, 16 A.3d 1 (Del. Ch. 2010) (“*eBay*”), 35. Por outro, em processos de venda da empresa, os chamados “*Revlon duties*” impõem que os administradores maximizem o interesse dos sócios na obtenção do lucro e desconsideram interesses de não sócios.

<sup>81</sup> *MBCL* § 301(c), 303(c) e 305(a)(2).

<sup>82</sup> *MBCL* § 301(d) declara: “A director does not have a duty to a person that is a beneficiary of the general public benefit purpose or a specific public benefit purpose of a benefit corporation arising from the status of the person as a beneficiary”.

ceiros só têm legitimidade para o “benefit enforcement proceeding”<sup>83</sup>, se esse direito estiver especificado nos estatutos da *benefit corporation*<sup>84</sup>.

O entusiasmo em torno das *benefit corporations*, “enquanto veículo para o *stakeholder capitalism*”<sup>85</sup> coexiste com uma intensa bateria de críticas que, em síntese, se condensam no seguinte: *a)* questiona-se se a *PBC* é o veículo adequado para, nas sociedades cotadas, isolar a sociedade da pressão dos investidores para a maximização do lucro<sup>86</sup>; *b)* as *benefit corporations* “do not revise either the power structure or the decision-making apparatus of the traditional corporation”<sup>87</sup>; *c)* vaguidade e não mensurabilidade dos *corporate purposes*<sup>88</sup>; *d)* potenciais discrepâncias entre os “*purpose statements*” e as práticas das empresas, designadamente relativamente aos seus trabalhadores (por exemplo, decisões do *board* proibindo a sindicalização de trabalhadores)<sup>89</sup>, podendo ocorrer práticas de “greenwashing”<sup>90</sup>; *e)* a falta de critérios que identifiquem os interesses a que os administradores devem dar prioridade<sup>91</sup>.

Muito relevante é a falta de instrumentos jurídicos de *enforcement* dos interesses dos *stakeholders*. O órgão de administração responde tão-só perante os sócios, à imagem do que acontece nas sociedades tradicionais.

<sup>83</sup> Para a definição, v. *MBCL* § 102. *Definitions*.

<sup>84</sup> Cfr. *MBCL* § 305(b).

<sup>85</sup> Jill E. Fisch and Steven Davidoff Solomon, “The “value” of a public benefit corporation”, p. 72.

<sup>86</sup> No sentido de que as *PBC* existentes nos EUA não enfrentam diretamente esta questão porque ou têm um acionista controlador ou, ainda, têm “dual class voting structures that provide a degree of insulation from the interests of public shareholders”, v. Jill E. Fisch/ Steven Davidoff Solomon, “The “value” of a public benefit corporation”, cit., p. 74.

<sup>87</sup> Jill E. Fisch/Steven Davidoff Solomon, “The “value” of a public benefit corporation”, cit., p. 74.

<sup>88</sup> Cfr. *DGCL* § 362(b). Alessio Bartolacelli, “Modelos de sociedades “especiais” com fim adicional de “benefício comum”: *benefit corporations* dos EUA, *società benefit* italianas e *sociétés à mission* francesas (com uma nota anglo-alemã)”, *VI Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra: Almedina, 2022, p. 321, duvida que a solução legal adotada no *Delaware* dê “garantias absolutas de maior compromisso dos administradores para com a execução de um programa de benefício comum”. Veja-se o caso da famosa *Lemonade, Inc*: to “harness technology and social impact to be the world’s most loved insurance company.” Para mais exemplos, todos eles vagos e fluidos, v. Jill E. Fisch/Steven Davidoff Solomon, “The “value” of a public benefit corporation”, cit., p. 88, ss..

<sup>89</sup> Jill E. Fisch/Steven Davidoff Solomon, “The “value” of a public benefit corporation”, cit., p. 78.

<sup>90</sup> Veja-se notícia do Jornal Públco online do dia 18 de janeiro de 2023: “Bancos comprometidos com “emissões zero” emprestam milhões a combustíveis fósseis”.

<sup>91</sup> Cfr. J. Loewenstein, ‘Benefit Corporations: A Challenge in Corporate Governance’ (2013) *The Business Lawyer*, 68(4), 1007-34.

Ou seja, o interesse dos sócios é prosseguido de uma outra forma<sup>92</sup>. Para solucionar este problema, os autores sugerem a legitimidade de terceiros para ações contra a sociedade, a supervisão estadual ou, ainda, a constituição obrigatória de comités consultivos compostos por *stakeholders*<sup>93</sup>.

Também têm sido questionados/criticados os sistemas de reporte: *a)* falta de auditoria; *b)* as leis não identificam a metodologia que permita medir os impactos sociais ou ambientais e as sociedades podem escolher entre variados “third party standards”; *c)* custos de cumprimento dos deveres declarativos; *d)* baixas taxas de cumprimento.

É, ainda, referido que a *benefit corporation* tem sido muito procurada, não pelos seus méritos intrínsecos ou pela genuína decisão de promover benefícios comuns, mas sim por razões oportunistas relacionadas com a falta de controlo e de padrões rigorosos. O que tem a consequência perversa de erodir o *efeito de sinalização* que as *benefit corporations* procuravam produzir. O que, segundo alguns, torna as *benefit corporations* completamente desnecessárias, cria uma dicotomia perigosa entre “*benefit*” e “*business corporations*”, sugerindo que estas últimas não devem assumir missões sociais<sup>94</sup>. E, por fim, alguns autores entendem a *benefit corporation* como o meio de facilitar a privatização do interesse público e a transferência da responsabilidade pelo bem comum para o setor privado<sup>95</sup>.

### 3.2. *Società benefit italiana*

A *società benefit*, incorporada na ordem jurídica italiana pela *Legge 208/2015*<sup>96</sup>, é uma sociedade em que o escopo lucrativo deve ser con-

<sup>92</sup> Guido Ferrarini/Shanshan Zhu, *Is there a role for benefit corporations in the new sustainable framework?*, cit., p. 6.

<sup>93</sup> Veja-se Gerald Spindler, “Social Purposes in German Corporate Law and Benefit Corporations in Germany”, Henry Peter/Carlos Vargas Vasserot/Jaime Alcalde Silva (Editors), *The International Handbook of Social Enterprise Law. Benefit Corporations and Other Purpose-Driven Companies*, Springer, 2022, p. 588.

<sup>94</sup> Neste sentido, v. Alessio Bartolacelli, “Modelos de sociedades “especiais” com fim adicional de “benefício comum”: benefit corporations dos EUA, *società benefit* italianas e *sociétés à mission* francesas (com uma nota anglo-alemã)”, cit., p. 365, s.

<sup>95</sup> L. Baudot, J. Dillard, N. Pencle, ‘The emergence of benefit corporations: A cautionary tale’ (2020) *Critical Perspectives on Accounting*, 67–68, 102073.

<sup>96</sup> L. 28 dicembre 2015, n. 208, art. 1, commi 376-384. Sobre a experiência italiana, v. v. Elisabetta Codazzi, “*Società benefit (di capitali) e bilanciamento di interessi: alcune considerazioni sull’organizzazione interna*”, *Orizzonti del Diritto Commerciale*, 2/2020, p. 589, ss. Sobre as influências do *Delaware General Corporation Law* na *società benefit* italiana, v. Alessio Bartolacelli, “Modelos de sociedades “especiais” com fim adicional de “benefí-

jugado com atividades de benefício comum<sup>97</sup>. A lei caracteriza-a como uma sociedade “que, no exercício de uma atividade económica, para além do objetivo de partilhar os seus lucros, persegue um ou mais objetivos de benefício comum e opera de forma responsável, sustentável e transparente para com pessoas, comunidades, territórios e o ambiente, bens e atividades culturais e sociais, organismos e associações e outras partes interessadas”<sup>98</sup>.

O benefício comum é “a prossecução, no exercício da atividade económica das sociedades benefício, de um ou mais efeitos positivos, ou a redução dos efeitos negativos, sobre uma ou várias categorias referidas no parágrafo 376”<sup>99</sup>. Sendo o benefício comum decidido pelos sócios, consta obrigatoriamente da cláusula estatutária sobre o objeto social e, consequentemente, determina que o órgão de administração o respeite, nas suas decisões empresariais.

O que tem implicações em matéria de deveres e de responsabilidade dos administradores. Determina o parágrafo 380 que “A sociedade de benefício deve ser administrada de modo a equilibrar os interesses dos membros, a prossecução dos objetivos de benefício comum, e os interesses dos grupos indicados no parágrafo 376, em conformidade com as disposições dos estatutos”. E o parágrafo 381 da Lei prescreve que a inobservância dos deveres previstos na lei ou a não conjugação dos interesses lucrativos dos sócios com as finalidades de benefício comum, pode expor os administradores à ação de responsabilidade por incumprimento. A lei manda aplicar as regras do *Codice Civile* relativas à responsabilidade civil dos administradores, em cada um dos tipos societários (parágrafo 381). Às partes interessadas não é reconhecido qualquer instrumento jurídico que

cio comum”: benefit corporations dos EUA, società benefit italianas e sociétés à mission francesas (com uma nota anglo-alemã)”, cit., p. 329.

<sup>97</sup> Alessio Bartolacelli, “Le società benefit: responsabilità sociale in chiaroscuro”, *Non profit Paper*, 2017/2, p. 256, considera que se trata de uma nova denominação social, mas não de um novo tipo social. Que se distingue da empresa social, incorporada desde 2006 na ordem jurídica italiana, porquanto a disciplina da empresa social impede que os lucros sejam distribuídos pelos sócios, sendo aplicados na atividade da empresa.

<sup>98</sup> Parágrafo 376 da *Legge 208/2015*.

<sup>99</sup> O parágrafo 376 da *Legge 208/2015* determina: “Le disposizioni previste dai commi dal presente al comma 382 hanno lo scopo di promuovere la costituzione e favorire la diffusione di societa’, di seguito denominate «societa’ benefit», che nell’esercizio di una attivita’ economica, oltre allo scopo di dividerne gli utili, persegono una o piu’ finalita’ di beneficio comune e operano in modo responsabile, sostenibile e trasparente nei confronti di persone, comunità, territori e ambiente, beni ed attivita’ culturali e sociali, enti e associazioni ed altri portatori di interesse.”

lhes permita atuar contra os administradores, em caso de não prossecução das atividades de “benefício comum”<sup>100</sup>.

Em matéria de *transparência*, os administradores da *società benefit* devem preparar anualmente um documento que preste informação sobre a prossecução do benefício comum. Este relatório deve ser anexado ao balanço e, no caso das sociedades que o tenham, deve ser publicado no respetivo sítio na *internet*. Neste relatório, os interessados podem encontrar informação sobre a atividade desenvolvida pela sociedade durante o exercício, informação sobre a mensuração do impacto, por aplicação de padrões de mensuração de impacto (v. o parágrafo 378, *d*), da Lei), e uma visão prospectiva que identifica os objetivos que a sociedade deve alcançar no exercício seguinte.

A menção “*società benefit*” ou a abreviatura “SB” é puramente facultativa<sup>101</sup>; só pelo objeto será claro se a sociedade é uma sociedade benefício. De acordo com o parágrafo 384, em caso de incumprimento do “benefício comum” são aplicáveis as sanções previstas no Código do Consumo ou relativas à publicidade enganosa.

### 3.3. *Société à mission*

Também em França se faz sentir a influência das *benefit corporations* no regime da *société mission* que foi introduzida na ordem jurídica francesa em maio de 2019 pela *Loi PACTE* (acrônimo que significa “*Plan d'action pour la croissance et la transformation des entreprises*”) que a consagrou no art. L. 210-10 do *Code de commerce*<sup>102</sup>.

<sup>100</sup> Alessio Bartolacelli, “Le *società benefit*: responsabilità sociale in chiaroscuro”, cit., p. 270, admite a hipótese de os terceiros fazerem uso da *class action* prevista no *Codice del consumo*.

<sup>101</sup> Determina o parágrafo 379 que “A sociedade benefício pode introduzir na denominação social, as palavras: «Società benefit» ou a abreviatura: «SB» e utilizar esta denominação nos títulos emitidos, em documentação e em comunicações a terceiros”.

<sup>102</sup> Sobre as alterações introduzidas pela *Loi PACTE* no *Code Civil*, v. Maria Elisabete Ramos, “Corporate purpose, sustentabilidade e gestão societária”, cit., p. 385, ss. Repare-se que a *Loi PACTE* acrescentou um segundo parágrafo ao artigo 1833 do *Code Civil*, com o seguinte teor: “La *société* est gérée dans son intérêt social, en prenant en considération les enjeux sociaux et environnementaux de son activité”. O que, segundo 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 », *Orizzonti del diritto commerciale*, 2019, 3, 500, significa a emergência de « un droit des sociétés sociétal ».

A “société à mission” depende dos seguintes requisitos: *a) a sua raison d'être*<sup>103</sup> deve ser especificada nos estatutos juntamente com um ou mais objetivos sociais e ambientais que a empresa deve prosseguir como missão no desempenho das suas atividades<sup>104</sup>; *b) deve ser criado um comité de mission*, distinto de outros órgãos sociais e incluindo pelo menos um empregado, que será responsável pelo controlo da execução da missão social/ambiental e pela apresentação de um relatório anual anexo ao relatório de gestão e verificado por um organismo terceiro independente; *c) é criado um comité de missão; d) a concretização dos objetivos sociais e ambientais mencionados está sujeita a verificação por um organismo terceiro independente; e) a sociedade declara a sua qualidade de société à mission ao tribunal de comércio, que a inscreve no registo de comércio e das sociedades*<sup>105/106</sup>.

Quanto à perda da qualidade de *société à mission*, o art. 210-11 do *Code de Commerce* determina que se as condições de qualificação não forem respeitadas ou quando o parecer emitido pela entidade independente concluir que os objetivos sociais ou ambientais não são cumpridos, o ministério público ou qualquer pessoa interessada pode requerer ao presidente do tribunal de comércio que ordene que a sociedade remova a designação “société à mission” de todos os documentos, atos e suportes eletrónicos.

<sup>103</sup> Sobre o sentido da « *raison d'être* », v. David Hiez, “The Suitability of French Law to B Corp”, Henry Peter/Carlos Vargas Vasserot/Jaime Alcalde Silva (Editors), *The International Handbook of Social Enterprise Law. Benefit Corporations and Other Purpose-Driven Companies*, Springer, 2022, p. 579, ss.

<sup>104</sup> A *Loi PACTE* também acrescentou um segmento ao art. 1835 do *Code Civil*, nos termos do qual “ Les statuts peuvent préciser une raison d'être, constituée des principes dont la société se dote et pour le respect desquels elle entend affecter des moyens dans la réalisation de son activité ».

<sup>105</sup> Cfr. *Code de commerce*, article L 210-10. V. também S. Schiller, ‘L'évolution du rôle de sociétés depuis la Loi PACTE’, *Orizzonti del diritto commerciale*, 3 (2019), p. 517-532. Para números sobre as sociedades de missão existentes, v. *Baromètre de l'Observatoire des Sociétés à Mission*, disponível em <https://www.observatoireassociesamission.com/barometres-infographies/> (consulta no dia 8 de janeiro de 2023).

<sup>106</sup> Um dos exemplos de « *société à mission* » é *La Poste* que adota a seguinte « *raison d'être* »: « au service de tous, utile à chacun, La Poste, entreprise de proximité humaine et territoriale, développe les échanges et tisse des liens essentiels en contribuant aux biens communs de la société tout entière ». Para tanto, *La Poste* assume quatro compromissos essenciais: *a) contribuir para o desenvolvimento e para a coesão dos territórios; b) favorecer a inclusão social; c) promover a tecnologia digital ética, inclusiva e frugal; d) trabalhar para acelerar a transição ecológica para todos.* <https://www.lapostegroupe.com/fr/actualite/le-groupe-la-poste-devient-entreprise-a-mission> (consulta no dia 12 de janeiro de 2022).

O regime da *société à mission* não contempla normas específicas sobre a responsabilidade dos administradores. A doutrina francesa observa que uma das significativas diferenças entre a ordem jurídica francesa e a experiência estadunidense reside na circunstância de em França não haver casos de responsabilidade civil administradores com fundamento na prossecução de interesses distintos da distribuição de lucros<sup>107</sup>.

Não parece haver fundamento para afirmar que a *société à mission* é um novo tipo societário. Na verdade, trata-se de sociedades cujo objeto é matizado com preocupações ambientais ou sociais e a estrutura é adaptada (através do *comité à mission*)<sup>108</sup>. O que não corresponde a estruturas de governação democráticas – como são próprias de certas organizações da economia social -, nem implica alterações estruturais no exercício do poder das sociedades que, voluntariamente, procuram esta qualificação legal.

### 3.4. Empresas de Benefícios e Interesse Comum (Espanha)

Em Espanha, no dia 29 de setembro de 2022, foi publicada a Lei 18/2022, de 28 de setembro, sobre a criação e crescimento de empresas – conhecida como a “Lei Criar e Crescer” -, para entrar em vigor a 19 de outubro de 2022. A disposição adicional décima desta lei reconhece, com uma redação muito genérica, a figura das “Empresas de Benefício e Interesse Comum”. Trata-se de sociedades de capital que *voluntariamente* decidam incluir nos seus estatutos: *a) o empenho na geração explícita de impacto social e ambiental positivo através da sua atividade; b) a submissão a níveis mais elevados de transparência e responsabilidade no desempenho dos objetivos sociais e ambientais acima mencionados.*

A lei mais não adianta. Ao invés remete para desenvolvimento regulamentar as disposições sobre os e a metodologia para a validação deste novo conceito empresarial<sup>109</sup>.

## 4. *GmbH-gebV* ou uma sociedade sem lucro subjetivo

Na Alemanha, o acordo da grande coligação governamental, para o período 2021-2025, proclama que “Für Unternehmen mit gebundenem

<sup>107</sup> David Hiez, “The Suitability of French Law to B Corp”, cit., p. 577.

<sup>108</sup> David Hiez, “The Suitability of French Law to B Corp”, cit., p. 582.

<sup>109</sup> Sobre esta figura jurídica v. Sara González Sánchez, “La sociedad de beneficio e interés común en la Ley 18/2022 y su regulación en el Derecho comparado”, *Revista de derecho de sociedades*, nº 66, 2022, p. 1-25.

Vermögen wollen wir eine neue geeignete Rechtsgrundlage schaffen, die Steuersparkonstruktionen ausschließt”<sup>110</sup>. De facto, em 2021, um grupo de académicos apresentou o projeto da *GmbH mit gebundenem Vermögen (GmbH-gebV)*<sup>111</sup> que é uma variante da *GmbH*<sup>112</sup>. Distanciando-se da experiência estadunidense das *Benefit Corporations* (que não impedem a distribuição de dividendos) e da *Community Interest Company*, a *GmbH-gebV* é caracterizada pela proibição de distribuição de bens aos sócios (o *asset lock*)<sup>113</sup>. Esta proibição procura libertar as empresas da pressão da maximização dos lucros a curto prazo no interesse dos seus sócios, permitindo

<sup>110</sup> Cfr. *Mehr Fortschritt Wagen Bündnis für Freiheit, Gerechtigkeit und Nachhaltigkeitkoalitionsvertrag 2021—2025 zwischen der Sozialdemokratischen Partei Deutschlands (SPD), Bündnis 90/die Grünen und den Freien Demokraten (FDP)*, 7 de dezembro de 2021, p. 25. “Para as empresas com ativos vinculados, queremos criar uma nova base jurídica adequada que exclua as construções de poupança fiscal”. Veja-se Holger Fleischer, “Die US-amerikanische Benefit Corporation als Referenz- und Vorzeigemodell im Recht der Sozialunternehmen”, *Die Aktiengesellschaft*, 2023, 1-2, p. 1-14, comenta as perspectivas da *benefit corporation* no contexto da discussão da reforma alemã.

<sup>111</sup> *Entwurf eines Gesetzes für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit gebundenem Vermögen vorgelegt* von Prof. Dr. Anne Sanders, M.Jur. Prof. Dr. Dr. h.c. Barbara Dauner-Lieb, Dr. Arne von Freedon, LL.M., Prof. Dr. Simon Kempny, LL.M., Prof. Dr. Florian Mösllein, LL.M. und Prof. Dr. Rüdiger Veil, mit steuerlichen Begleitänderungen vorgelegt von Prof. Dr. Simon Kempny, LL.M., und Dr. Arne von Freedon, LL.M., versão de 2021, disponível em <https://www.gesellschaft-mit-gebundenem-vermoegen.de/der-gesetzesentwurf/> (consulta no dia 12 de janeiro de 2023). Este trabalho é o desenvolvimento de um anterior documento – “Entwurf eines Gesetzes für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in VerantwortungseigentumGmbH” – datado de 12 de junho de 2020. Também este projeto está disponível em <https://www.gesellschaft-mit-gebundenem-vermoegen.de/der-gesetzesentwurf/> (consulta no dia 12 de janeiro de 2023). No texto acompanhamos o projeto *Entwurf eines Gesetzes für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit gebundenem Vermögen*, versão de 2021.

<sup>112</sup> Os autores declaram que beneficiaram do diálogo com empresários e do apoio da *Stiftung Verantwortungseigentum* no desenvolvimento do projecto. Esclarecem que o projeto de proposta legislativa não é um trabalho encomendado. É um projeto de investigação independente.

<sup>113</sup> O *asset lock* está previsto, na legislação portuguesa, para as entidades não lucrativas, como são as cooperativas (art. 114.<sup>º</sup> do Código Cooperativo) e as associações (art. 166.<sup>º</sup> do Código Civil). Sobre esta disposição, v. António Menezes Cordeiro, “Artigo 166.<sup>º</sup> (Destino dos bens em caso de extinção)”, *Código Civil comentado, I- Parte Geral*, coordenação de António Menezes Cordeiro, Coimbra: Almedina, 2020, p. 1472, ss. Sobre o destino do património da cooperativa em liquidação, v. Deolinda Meira, “Artigo 114.<sup>º</sup> – Destino do património em liquidação”, *Código Cooperativo anotado*, coord. de Deolinda Meira/Maria Elisabete Ramos, Coimbra: Almedina, 2018, p. 607, ss. Ao abrigo do direito português não é correto qualificar as cooperativas como sociedades de património vinculado, tendo em conta a natureza identitária dos princípios cooperativos enunciados pela Aliança Cooperativa Internacional e replicados no art. 3.<sup>º</sup> do Código Cooperativo.

uma gestão sustentável e orientada para objetivos específicos, como por exemplo, o interesse dos empregados e do ambiente. Dissociado do mercado de capitais, a *GmbH-gebV* “não é um ativo especulativo”, mas sim um veículo da “steward-ownership”<sup>114</sup>. Os autores do projeto defendem que este é o caminho que melhor se adequa à experiência jurídica, histórica e empresarial alemã.

O empreendedorismo sustentável da *GmbH-gebV*, assegurado à custa de não distribuição de dividendos e da não distribuição das receitas de liquidação, suscita a questão dos incentivos para o envolvimento dos sócios na sociedade. Os autores deste projeto acreditam que a “reputação”, o “reconhecimento social”, “o entusiasmo para realizar as suas próprias ideias” constituirão incentivos relevantes, mas não únicos. Porque, os incentivos monetários, ainda que limitados, ainda existem porque subsiste o risco de o sócio perder o seu investimento. Acresce que os sócios podem receber uma remuneração adequada, relacionada com o desempenho do seu trabalho, não sendo exigível o trabalho voluntário. Contudo, os sócios não podem valorizar o seu investimento através do recebimento de dividendos nem da venda rentável das suas participações sociais.

Uma das questões centrais a que o projeto da *GmbH-gebV* quer dar resposta é, justamente, a preservação e o desenvolvimento sustentável da empresa e a manutenção dos seus valores ao longo de gerações, formando-se uma “família de competências e valores”. A típica vinculação do património visa tornar as participações sociais pouco atrativas como objeto de investimento, para que possam ser transmitidas pelo valor nominal. Isto torna possível transmitir as participações sociais a pessoas capazes, independentemente de poderem pagar o preço mais elevado. O que significa que o sócio deve identificar-se com a missão da sociedade, desligado do lucro. O que propicia, na opinião dos autores do projeto, que a sucessão do controlo da *GmbH-gebV* não ocorra obrigatoriamente na família genética, mas sim no contexto da “família de competências e valores”.

O que não significa que as participações sociais ou outros meios de produção não possam ser vendidos, nem significa que os bens sejam retirados do mercado. A *GmbH-gebV* não é governada pela “mão morta” da geração fundadora – não é um “Fideikommiß”, mas pela “mão viva” dos sócios”.

Outros dos propósitos da *GmbH-gebV* é oferecer uma forma empresarial, célere e de baixo custo, que torne mais simples e acessível a criação

<sup>114</sup> Cfr. *Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium der Finanzen*, “Zum Vorschlag für eine GmbH mit gebundenem Vermögen”, 28 de setembro de 2022, p. 3.

de empresas que queiram adotar o modelo de propriedade responsável<sup>115</sup>. Distanciando a *GmbH-gebV* das fundações, os autores do projeto reconhecem que os estatutos de uma tradicional *GmbH* podem ser conformados de acordo com os princípios da propriedade responsável, mas a lei vigente na Alemanha não garante a suficiente certeza jurídica, em particular porque os estatutos são alteráveis por deliberação dos sócios. A vinculação patrimonial permanente e irreversível não é possível ao abrigo da atual *GmbH*, porque viola o princípio da autonomia de associação.

O *Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium der Finanzen*, em parecer intitulado “Zum Vorschlag für eine GmbH mit gebundenem Vermögen”, datado de 28 de setembro de 2022<sup>116</sup>, avaliou muito criticamente esta proposta. É reconhecido que as preocupações em torno da sucessão justificam o apoio que várias empresas dão à *GmbH-gebV*. As empresas familiares de média dimensão experimentam várias dificuldades por ocasião da sucessão familiar na empresa. Muitas vezes os filhos ou outros familiares de um empresário não querem empenhar-se na empresa, não querem comprometer-se, preferindo tirar partido de outras oportunidades nas suas vidas. Este problema está a tornar-se cada vez mais agudo com o tempo, tendo em conta a transição demográfica que a Alemanha está a enfrentar.

É questionada a proibição de distribuição de bens aos sócios, por ela não ser aconselhável nem do ponto de vista económico nem do ponto de jurídico; que a retenção de bens sociais não deve ser alargada para lá do que é permitido pelas disposições em vigor; que o projeto padece de fragilidades em matéria de governação. De acordo com a ideia dos proponentes da *GmbH-gebV*, os sócios asseguram a boa governação da sociedade, formando uma “família de valores”, dispensando quaisquer instrumentos de governação adicionais, tais como supervisão estatal de fundações, um conselho de supervisão obrigatório, etc. O *Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium der Finanzen* sinaliza o perigo de *apathia rational* por parte dos sócios que não partilham a motivação intrínseca dos fundadores e não têm interesses financeiros na empresa. O problema pode surgir especialmente em gerações posteriores, quando os sucessores podem não se sentir comprometidos com os valores dos

<sup>115</sup> O projeto dá o exemplo dos recursos (financeiros e de consultoria) necessários a que empresas como a *Bosch*, *Zeiss*, *Alnatura*, *Globus*, tenham criado fundações e soluções empresariais altamente complexas para realizar a propriedade responsável.

<sup>116</sup> Disponível em [https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Ministerium/Wissenschaftlicher-Beirat/Gutachten/gmbh-mit-gebundenem-vermoegen.pdf?\\_\\_blob=publicationFile&v=2](https://www.bundesfinanzministerium.de/Content/DE/Downloads/Ministerium/Wissenschaftlicher-Beirat/Gutachten/gmbh-mit-gebundenem-vermoegen.pdf?__blob=publicationFile&v=2) (consulta no dia 15 de janeiro de 2023).

seus antecessores ou na dificuldade de atrair novos sócios que poderiam incorporar inovações tecnológicas. Acrescenta-se que o projeto ignora que a direção da sociedade por si só não deveria ter controlo discricionário sobre os ativos acumulados.

O debate continua aceso. A *Berliner Stiftung Verantwortungseigentum* publicou, em dezembro de 2022, um documento que rebate os argumentos do *Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium der Finanzen*, intitulado “*Gesellschaft mit gebundenem Vermögen: Ein ordnungspolitisch sinnvoller Schritt*”<sup>117</sup>. Em particular, contesta-se que a vinculação do património condicione os interesses de futuros sócios de uma forma inapropriada e duvidosa do ponto de vista jurídico-constitucional. Contraria-se que os sucessores são livres de concretizar os seus próprios projetos e ideias (a cláusula estatutária do objeto é alterável), são livres de determinar a orientação da empresa no âmbito de fins comerciais ou caritativos, podem desinvestir e reinvestir, e até decidir a dissolução da empresa em favor de fins caritativos ou de uma instituição a ser determinada por eles com um compromisso patrimonial comparável. A única cláusula que não deve poder ser alterada é a vinculação patrimonial da empresa, que caracteriza esta forma legal. Alega-se que o princípio da transferência pelo valor nominal alarga o conjunto de potenciais sucessores. Além disso, a vinculação de bens evita quaisquer disputas de herança que possam ser prejudiciais para a empresa.

A *Berliner Stiftung Verantwortungseigentum* conclui que o documento analisado “não é uma declaração científica, mas sim política”, porquanto não reflete o amplo debate público que tem tido lugar nos últimos dois anos<sup>118</sup>.

## 5. Sociedades benefício por via estatutária?

### 5.1. Proibição de tipos societários híbridos

Sabendo que a ordem jurídica portuguesa não prevê as sociedades benefício, é razão para perguntar se por via estatutária é lícita a criação deste veículo de empreendedorismo sustentável.

<sup>117</sup> Documento disponível em [https://stiftung-verantwortungseigentum.de/fileadmin/user\\_upload/sve-stellungnahme\\_wm-bmf\\_09122022.pdf](https://stiftung-verantwortungseigentum.de/fileadmin/user_upload/sve-stellungnahme_wm-bmf_09122022.pdf) (consulta no dia 3 de janeiro de 2023).

<sup>118</sup> Cfr. [https://stiftung-verantwortungseigentum.de/fileadmin/user\\_upload/pm\\_sve\\_stellungnahme\\_bmf\\_20221117.pdf](https://stiftung-verantwortungseigentum.de/fileadmin/user_upload/pm_sve_stellungnahme_bmf_20221117.pdf).

As sociedades comerciais atípicas são proibidas à luz da ordem jurídica portuguesa<sup>119</sup>. O que é muito relevante para o assunto que nos ocupa, porquanto impede-se que os sócios, na vontade de importar modelos em vigor em outros ordenamentos jurídicos, desenhem cláusulas estatutárias incompatíveis com qualquer tipo legal ou com o tipo legal adotados nos estatutos. Designadamente, o princípio da taxatividade dos tipos societários impede a criação, por via estatutária, de entidades de natureza híbrida que conjuguem, por exemplo, características de sociedades e fundações (fins sociais, *asset lock*, etc).

A taxatividade dos tipos societários é compatível com: *a) cláusulas atípicas; b) atos societários gratuitos; c) atribuição de lucros a não sócios; d) órgãos estatutários ou comissões constituídas no âmbito do órgão de administração (em particular, nas sociedades anónimas); e) ponderação de interesses de stakeholders em decisões empresariais tomadas pelos administradores; f) alguma liberdade na composição da denominação das sociedades; g) a certificação como *B Corp*.* É viável uma sociedade benefício criada por via estatutária?

## 5.2. Capacidade de gozo da sociedade e “societal goals”

A capacidade de gozo das sociedades é limitada pelo *fim lucrativo* (art. 6º, 1)<sup>120/121</sup>.

A norma do art. 6º, 1, assume *natureza imperativa*<sup>122</sup>. Estão em causa os interesses dos sócios que investiram e arriscaram o seu património na expetativa de remuneração através do lucro distribuído e os interesses dos credores da sociedade que, garantidos pelo património da sociedade, têm a expetativa de que, através desta, obtenham a satisfação dos seus créditos.

<sup>119</sup> Neste sentido, J. M. Coutinho de Abreu, *Curso de direito comercial*, vol. II, cit., p. 83.

<sup>120</sup> Cfr. Maria Elisabete Ramos, *Direito das sociedades*, cit., p. 165, ss. Diogo Costa Gonçalves, *Pessoa coletiva e sociedades comerciais. Dimensão problemática e coordenadas sistemáticas da personificação jurídico-privada*, Coimbra: Almedina, 2015, p. 780, ss. A. Menezes Cordeiro, “Artigo 6.º”, *Código das Sociedades Comerciais anotado*, coord. de A. Menezes Cordeiro, 5.ª ed., Coimbra: Almedina, 2022, p. 119, defende a “inoperacionalidade do conceito de lucro” para a delimitação da capacidade de gozo da sociedade comercial e civil em forma comercial.

<sup>121</sup> São do Código das Sociedades Comerciais as normas cuja fonte não é identificada.

<sup>122</sup> J. M. Coutinho de Abreu, *Curso de direito comercial*, vol. II, cit., p. 186; Alexandre de Soveral Martins, “Artigo 6º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, I, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2017, p. 186.

*Em regra, atos gratuitos* (atos em que a sociedade proporciona uma vantagem à contraparte, sem contrapartida) são contrários ao fim lucrativo<sup>123</sup>. Para que a sociedade tenha capacidade de gozo para a prática de liberalidades, é necessário que estejam preenchidos dois requisitos legais: *a)* que elas sejam usuais, segundo as circunstâncias da época; *b)* que possam ser consideradas usuais segundo as condições da sociedade (art. 6º, 2º)<sup>124</sup>. E se a sociedade pratica uma liberalidade, mas esta não cumpre os dois requisitos (cumulativos) previstos no art. 6º, 2º? Deve entender-se que a liberalidade *não usual* ainda poderá ser válida, se puder ser considerada *necessária ou conveniente à prossecução do fim lucrativo da sociedade* (art. 6º, 1º)<sup>125</sup>. As doações que não caibam no n.º 1 nem no n.º 2 do art. 6º são nulas, pois a sociedade não tem capacidade de gozo para as celebrar.

### 5.3. Atribuição de lucros a não sócios

Determina o art. 21.º, *a*), que todo o sócio tem direito “a quinhoar nos lucros”, sendo proibida cláusula que exclua um sócio da comunhão nos lucros (art. 22.º, 3º).

A lei admite a “heterodestinação”<sup>126</sup> de lucros permitindo que estes sejam atribuídos a *não sócios*. A lei laboral prevê que os trabalhadores possam ter uma participação nos lucros da empresa (art. 260.º, 1, *d*), do Código do Trabalho). O que tem sido entendido pela doutrina, não como uma genuína distribuição de lucros pelos trabalhadores, mas sim como uma cláusula incluída no contrato de trabalho que indexa parte do valor da retribuição aos lucros da empresa<sup>127</sup>.

<sup>123</sup> Recorde-se que a *liberalidade* se caracteriza por implicar, “em regra, a ideia de generosidade ou espontaneidade, oposta à de necessidade ou de dever, mas é compatível com um fim ou motivo interesseiro” – neste sentido, v. Pires de Lima/Antunes Varela, *Código Civil anotado*, vol. II, Coimbra: Coimbra Editora, 1986, p. 260.

<sup>124</sup> Pedro Pais de Vasconcelos, “Vinculação das sociedades comerciais”, *Direito das Sociedades em Revista*, 2014, p. 68, considera esta disposição “redundante e perigosa” e deveria ser revogada (*ob. cit.*, p. 86). Com outra leitura, J. M. Coutinho de Abreu, *Curso de direito comercial*, vol. II, *cit.*, p. 196, defende que o art. 6º, 2º, assume plena utilidade nas “doações feitas com espírito altruísta”.

<sup>125</sup> Neste sentido, J. M. Coutinho de Abreu, *Curso de direito comercial*, vol. II, *cit.*, p. 194; Alexandre de Soveral Martins, “Artigo 6º”, *cit.*, p. 127.

<sup>126</sup> Expressão usada por Paulo de Tarso Domingues, *O financiamento societário pelos sócios (e o seu reverso)*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2022, p. 508.

<sup>127</sup> Paulo de Tarso Domingues, *O financiamento societário pelos sócios (e o seu reverso)*, *cit.*, p. 508.

Dos arts. 255.º, 3, e 399.º, 2, 3, resulta a licitude da “heterodestinação” dos lucros, afetando-os, mediante cláusula estatutária, à remuneração de gerentes e de administradores.

Para lá desta afetação de lucros (que tem cobertura legal), a doutrina portuguesa admite que os sócios possam dar ao lucro “outros destinos que não em seu proveito exclusivo, seja para premiar trabalhadores, seja ainda para outros fins, e.g., filantrópicos, de solidariedade social, de apoio aos colaboradores ou às suas famílias, etc.”<sup>128</sup> ou a fundações ligadas à sociedade que desempenham fins sociais<sup>129</sup>.

Proibir deliberações sociais de atribuição de lucros a *stakeholders* teria o efeito de colocar as empresas portuguesas, neste mundo globalizado, em uma posição de desvantagem, privando-as de um dos instrumentos da responsabilidade social das empresas<sup>130</sup> ou de financiamento de causas sociais, de solidariedade social, filantrópicas, de índole ecológica, cumprindo padrões ESG. Deste modo, a lei permite que os sócios deliberem atribuir lucros a estes fins “extracorporativos” e, consequentemente, tal deliberação exonerará os administradores da responsabilidade civil perante a sociedade pela execução da deliberação (arts. 246.º, 1, e), e 376.º, 1, b), 72.º, 5), não se proibindo que os mesmos sócios deliberem, com respeito da lei e do contrato, a atribuição de lucros a não sócios<sup>131</sup>.

Mas há limites a esta liberdade de deliberação sobre a “heterodestinação” dos lucros que deve preservar o fim lucrativo (na sua vertente objetiva) e a capacidade de gozo da sociedade. Através da atribuição dos lucros a não sócios não pode ser subvertido o fim lucrativo, substituindo-o por fins de natureza caritativa ou exclusivamente social. Ou seja, essa afetação de lucros a terceiros (não sócios) deverá ter em vista, ainda que

<sup>128</sup> Paulo de Tarso Domingues, *O financiamento societário pelos sócios (e o seu reverso)*, cit., p. 512.

<sup>129</sup> Sobre as fundações de sociedades, v. Domingos Farinha, “Empresa e fundações: uma união mais forte?”, *Revista de Direito das Sociedades*, IV (2012), 4, p. 812, ss. Em Espanha foi considerada lícita uma cláusula estatutária que dispunha: “A sociedade destinará cada ano uma parte dos seus lucros a realizar entradas ou doações para fundações promovidas por “Mapfre”. O valor desta entrada será determinado pela assembleia e não poderá exceder 5% do lucro” – cfr. Fernandez del Pozo, *La aplicación de resultados en las sociedades mercantiles (estudio especial del artículo 213 de la Ley de sociedades anónimas)*, Madrid: Civitas, 1997, p. 146, s., 296, s.

<sup>130</sup> Fernandez del Pozo, *La aplicación de resultados en las sociedades mercantiles (estudio especial del artículo 213 de la Ley de sociedades anónimas)*, cit., p. 294, ss.

<sup>131</sup> Sobre os limites legais de tal “heterodestinação” e a proteção dos sócios minoritários, v. Paulo de Tarso Domingues, *O financiamento societário pelos sócios (e o seu reverso)*, cit., p. 514, s.

no longo prazo, um ganho ou incremento para a sociedade<sup>132</sup>. E, não menos importante, a distribuição de lucros a não sócios terá, também, de ser compatível com o lucro subjetivo – os lucros destinam-se primacialmente aos sócios<sup>133</sup>.

#### 5.4. Deveres de lealdade dos administradores e interesses de stakeholders

À luz da ordem jurídica portuguesa, não restam dúvidas de que os administradores, no âmbito do (imperativo) dever de lealdade estão autorizados a atender aos interesses de longo prazo dos sócios e a ponderar os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores (art. 64.º, 1, b)). E também não restam dúvidas de que, desde 1986, esta permeabilidade das sociedades comerciais de fim lucrativo a interesses de partes interessadas na sociedade (não sócios) é comum aos tipos societários previstos no art. 1.º, n.º 2, 3. Qualquer sociedade comercial, sociedade civil em forma comercial e, talvez, qualquer sociedade a que se aplique o Código das Sociedades Comerciais pode, mediante decisão dos seus administradores, prosseguir, nos termos do art. 64.º, 1, b), interesses de não sócios, concretizados, por exemplo, em específicas medidas de responsabilidade social ou plasmados em *corporate purposes* mais ou menos aspiracionais e vagos. É claro que estamos a falar do âmbito de discricionariedade empresarial que é reconhecida aos administradores ou do âmbito da liberdade contratual (em particular no segmento da liberdade de estipulação) que é reconhecida aos sócios na conformação dos estatutos da sociedade, aproveitando a elasticidade dos tipos societários.

Do art. 64.º, 1, b), não resulta o dever (jurídico) de os administradores atenderem aos interesses de terceiros não sócios, no âmbito do dever de lealdade perante a sociedade<sup>134</sup>. Será lícita uma cláusula estatutária que imponha aos sócios o dever de atender a interesses de não sócios? Através dos estatutos, os sócios podem conformar os deveres dos administradores (e os direitos). Suscitar-se-á uma questão de qualificação jurídica de tal negócio jurídico (será um contrato de associação?), se para cumprir os interesses de não sócios for comprometido o fim lucrativo da sociedade (quer na vertente subjetiva ou objetiva).

<sup>132</sup> Cfr. Paulo de Tarso Domingues, *O financiamento societário pelos sócios*, cit., p. 515

<sup>133</sup> Cfr. Paulo de Tarso Domingues, *O financiamento societário pelos sócios*, cit., p. 515

<sup>134</sup> J. M. Coutinho de Abreu, *Curso de direito comercial*, vol. II, cit., p. 295.

## 5.5. Licitude de cláusulas estatutárias sobre *corporate purpose*

Seja qual for o tipo societário, o direito português é omisso quanto à estipulação do *corporate purpose* nos estatutos da sociedade. As normas legais vigentes não impedem que os sócios plasmem o *corporate purpose* nos estatutos. O que pode ser feito ao abrigo da liberdade contratual, em particular, da liberdade de estipulação (art. 405.º do CCiv.), e no respeito pelas normas legais imperativas. Tal cláusula sobre *corporate purpose* não poderá substituir a imperativa cláusula sobre o objeto societário (art. 9.º, 1, d), do CSC). De facto, as normas jurídico-societárias relativas aos “elementos do contrato”<sup>135</sup> ou ao “conteúdo do contrato” (arts. 176.º, 199.º, 272.º, 466.º) não impedem que os sócios incorporem nos estatutos cláusulas não expressamente previstas na lei.

Por outro lado, se os sócios decidirem incorporar o *corporate purpose* em estatutos de sociedade já constituída, terá de ser respeitado o processo de alteração dos estatutos, pois, a inclusão de tal cláusula configura a alteração de contrato por “introdução de nova cláusula”. Nestes casos, em regra, esta alteração deve ser deliberada pelos sócios, nos termos dos arts. 85.º,<sup>136</sup> 194.º, 246.º, 1, h), do CSC, 265.º, 383, 386.º, 3, 473.º.

## 5.6. “B-Corp” não é denominação identificativa de sociedade benefício

Se a vantagem das *benefit corporations* é de natureza comunicacional e de sinalização do mercado quanto à prossecução de benefício(s) comum(uns), então devemos reconhecer que a ordem jurídica portuguesa se encontra menos preparada para investidores e empreendedores que queiram sinalizar o compromisso da sociedade com interesses de não sócios<sup>137</sup>. Do Regime do Registo Nacional de Pessoas Coletivas, do Código de Sociedades Comerciais (e de outras disposições dispersas pelo sistema jurídico) resultam normas sobre a composição das firmas e denominações das sociedades, sendo que, *imperativamente*, cada tipo societário é identi-

<sup>135</sup> Sobre estes v. Maria Elisabete Ramos, “Artigo 9.º – Elementos do contrato”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, vol. I, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2017, p. 177, ss.

<sup>136</sup> Sobre as alterações contratuais abrangidas pelo regime legal de alteração dos estatutos, v. Paulo de Tarso Domingues, “Artigo 85.º – Deliberação de alteração”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, vol. II, 3.ª ed., Coimbra: Almedina, 2021, p. 19, ss.

<sup>137</sup> No sentido de que a vantagem das “*benefit corporations*” reside na dimensão comunicacional de sinalização ao mercado, v. Guido Ferrarini/Shanshan Zhu, “Is there a role for benefit corporations in the new sustainable governance framework?”, cit., p. 24.

ficado por um aditamento específico (arts. 177.º, 1, 200.º, 1, 275.º, 1, 467.º, 1, todos do CSC). Não existe, ao abrigo da legislação portuguesa, aditamentos que sinalizem sociedades que adotem políticas de responsabilidade social ou que, por exemplo, pratiquem o investimento social e ambientalmente responsável<sup>138</sup>.

É certo que várias sociedades portuguesas (exercendo diferentes atividades económicas) adquiriram a certificação “B-Corp”, atribuída pela organização *B-Lab*<sup>139</sup>. Este selo privado *não é uma denominação de sociedade*, não lhe corresponde qualquer regime legal específico; ele resulta de uma relação privada entre a empresa/sociedade que procura esta certificação e a *B Lab* que o outorga. No âmbito desta relação jurídico-privada, a manutenção do selo “B-Corp” exige que a empresa/sociedade certificada cumpra uma bateria de requisitos definidos pela entidade certificante privada. Através do *B Impact Assessment* – questionário *online* que inclui áreas como *Governance*, Colaboradores, Comunidade, Ambiente e Clientes – a *B Lab* irá pontuar cada uma das áreas com base em diferentes questões. No caso de a pontuação obtida ser superior a 80 pontos, num total máximo de 200, a validação da informação inserida pode conduzir à certificação *B Corp*.

Este modelo de certificação *B-Corp* insere-se num *modelo de mercado* – ou seja, as empresas procuram esta certificação porque esperam que ela constitua uma vantagem na rivalidade competitiva, em particular, na arena comunicacional e de *marketing*.

## 5.7. A licitude de órgãos estatutários vocacionados para a sustentabilidade

A taxatividade dos tipos societários não impede a criação de órgãos estatutários, desde que sejam respeitadas as competências imperativamente atribuídas aos órgãos legais.

<sup>138</sup> O projeto *GmbH-gelV* propõe que o § 77 da *GmbH* passe a ter o seguinte teor : § 77<sup>a</sup> Empresa com património vinculado (1) 1 Uma empresa cujo património está permanentemente imobilizado de acordo com as disposições desta secção para além das informações exigidas em conformidade com § 4 e § 5a, deve incluir no seu nome o aditamento “com património vinculado” ou a abreviatura correspondente” (tradução não oficial).

<sup>139</sup> Segundo informações prestadas pela *B-Lab*, em Portugal, a comunidade *B-Corp* abrange 40 entidades, sendo que as “as maiores *B Corps* portuguesas são a Hovione, a Symington Family Estates e a Abreu Advogados” Veja-se <https://www.bcorporation.net/en-us/find-a-b-corp> (consultado no dia 22 de dezembro de 2022) e file:///C:/Users/Maria%20Elisabete/Downloads/O-movimento-B-Corp-em-Portugal\_2022.pdf

Em grandes sociedades anónimas, são frequentes cláusulas estatutárias relativas ao “conselho consultivo”, ao “conselho superior” ou ao “conselho estratégico internacional”. Compostos pelos principais acionistas ou por personalidades relevantes não acionistas têm, em regra, por missão refletir sobre os grandes desafios a que a sociedade se encontra exposta. Os resultados que obtenham poderão ser ponderados pela administração da sociedade na tomada das decisões mais importantes. Assumem-se, essencialmente, como *órgãos de consulta e de apoio à decisão*. E, por isso, o resultado da atividade de tais órgãos estatutários manifesta-se em *pareceres não vinculativos* destinados ao conselho de administração ou ao órgão de fiscalização.

Ora, o cumprimento do *corporate purpose*, da responsabilidade social ou dos critérios do *ESG* pode ser objeto da atividade de órgãos estatutários. Pense-se, por exemplo, em “comité de sustentabilidade” ou “comité ESG”, um e outro destinados acompanhar a concretização do “*corporate purpose*”, com o objetivo de assessorar o conselho de administração no desenvolvimento e *compliance* da estratégia de *ESG*. Tais órgãos também poderão ter a incumbência de refletir sobre os desafios futuros, recomendando ações de melhoria alinhadas com *best practices* internacionais. O resultado da sua atividade pode consubstanciar-se em relatórios anuais (ou com outra periodicidade) que poderão constituir valioso instrumento de apoio à decisão do conselho de administração.

Além disso, no âmbito da sua organização interna, pode o conselho de administração, ao abrigo do art. 407.º, 1, designar administradores especialmente encarregados de matérias relacionadas, por exemplo, com os impactos ambientais ou com a *due diligence* nas cadeias de valor e respeito dos direitos humanos, ou podem ser criadas comissões integradas por administradores.

## Conclusão

Não pode deixar de ser reconhecido que a sustentabilidade e o governo sustentável das sociedades ocupam um lugar central na agenda regulatória da União Europeia. O que se manifesta tanto em regulamentos e diretivas recentemente aprovados, como em propostas que estão em curso.

Há uma outra linha de convergência entre várias legislações da União Europeia que é estranha à agenda regulatória da União Europeia e que se centra em tipos societários “dual-mission” que conjugam *lucro* com *finalidades sociais*. E, para estruturar esta “dual-mission” os legisladores optaram

por “inventar” tipos sociais de natureza híbrida, uma vezes novos tipos societários, outras vezes variantes dos tipos societários tradicionais.

A partir do *Model Benefit Corporation Legislation*, moldado no âmbito da *B Lab*, difunde-se internacionalmente a *sociedade benefício*, tendo sido transplantada em vários países da União Europeia. Apesar da novidade do nome, uma análise minuciosa mostra que este modelo deixa intocadas as estruturas tradicionais de incentivos económicos e de poder societário. Trata-se, ainda, da prossecução dos interesses dos sócios; aos *stakeholders* destinatários do benefício comum (geral ou específicos) é expressamente negado qualquer “direito de ação”.

A proposta alemã relativa à *GmbH-gebV*, que desenha uma variante da *GmbH* sem lucro subjetivo, altera estruturalmente os incentivos de envolvimento dos sócios, porquanto, privando-os do lucro subjetivo, desloca os incentivos para o reputação, valores e sustentabilidade no longo prazo. Inscrita no compromisso político que suporta a atual coligação governamental alemã, a *GmbH-gebV* tem encontrado significativa resistência. Não é consensual que este figura seja o veículo adequado aos empresários alemães preocupados com a preservação da empresas em processos de sucessão familiar e empresarial.

A ordem jurídica portuguesa não recebeu a *benefit corporation*, mas é permeável, como economia aberta que é, à pressão económica e empresarial para o empreendedorismo e governo societário sustentáveis. A análise da ordem jurídica portuguesa mostra que o princípio da taxatividade dos tipos societários é compatível com cláusulas atípicas, com a incorporação do *corporate purpose* nos estatutos, com atos gratuitos como instrumentos de satisfação de interesses de *stakeholders*, com decisões empresariais que incorporam interesses de terceiros, com órgãos estatutários vocacionadas para questões de sustentabilidade.

Todavia, o princípio da taxatividade dos tipos societários proíbe a criação de tipos societários híbridos ou de “dual mission” por via estatária. O selo privado *B Corp*, sendo compatível com qualquer tipo societário (e com entidades de natureza não societária), não configura uma denominação social nem pode substituir o aditamento específico de cada tipo societário. Por outro lado, a liberdade de conformação compatível com a taxatividade dos tipos societários não altera a estrutura de poder societário, fundado no investimento dos sócios, nem os incentivos económicos ao exercício desse poder. O que tudo mostra que, ao abrigo do direito português vigente é possível, por via estatária, construir soluções próximas das que resultam, por exemplo, da *società benefit* italiana.

Reafirmamos que o que já dissemos em outro momento<sup>140</sup>. A defesa dos direitos humanos, a sustentabilidade dos recursos naturais, a igualdade, o trabalho digno, não podem nem devem ficar à mercê de decisões de setores particulares da sociedade que, ainda que sejam económica e financeiramente relevantes, não estão legitimados para fazer as escolhas públicas em nome da comunidade. As escolhas – certamente difíceis e complexas – que estes temas impõem devem resultar das escolhas democráticas, de modo a serem democraticamente legitimadas. O que, por conseguinte, torna imprescindível a regulação pública que enquadre a atuação das sociedades à luz das escolhas democraticamente feitas.

<sup>140</sup> Maria Elisabete Ramos, "Corporate purpose, sustentabilidade e gestão societária", cit., p. 405.



**RESUMO:** O presente artigo versa sobre a transmissão de quotas de sociedade por quotas, por morte do respetivo titular, havendo ou não cláusulas restritivas da mesma. Incide, em especial, sobre a suspensão provisória dos direitos sociais ligada a estas cláusulas, e defende um tratamento semelhante a respeito das cláusulas que apenas atribuem à sociedade o direito de amortizar quotas fundado na morte do sócio.

**Palavras-chave:** Sociedade por quotas; Quotas; Morte de sócio; Transmissão; Restrições à transmissão; Amortização; Qualidade de sócio.

**ABSTRACT:** The paper deals with the transmission of shares in a limited liability company in case of the death of a member and with some problems related to restrictions thereon, including redemption clauses in the articles of association.

**Keywords:** Limited Liability Companies; Shares; Death of a Member; Transmission of Shares; Restrictions on the Transmission of Shares; Redemption of Shares; Membership.

EVARISTO MENDES\*

## Morte de sócio de SpQ. Transmissão e cláusulas de amortização de quotas\*\*

### Introdução

As sociedades por quotas (SpQ) são organizações produtivas de direito privado e tendencialmente privadas, instituídas ao abrigo da liberdade de empresa (art. 61.º, n.º 1, da Constituição) ou da liberdade profissional (art. 47.º, n.º 1, da mesma Constituição), e destinadas a autovalorizar-se

\* Professor Convidado da Faculdade de Direito da UCP (Escola de Lisboa).

\*\* O presente artigo – numa versão mais condensada – destina-se ao livro de homenagem ao Prof. Doutor António Pinto Monteiro. Acerca do tema, podem conferir-se, designadamente, os autores e textos seguintes: ABREU, J. M. COUTINHO, *Curso de Direito Comercial*, II – *Das Sociedades*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2021, pp. 338 e ss., 388 e ss.; ALMEIDA, A. PEREIRA, *Sociedades Comerciais, Valores Mobiliários, Instrumentos Financeiros e Mercados*, vol. I – *As Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2022, pp. 360 e ss.; ALBUQUERQUE, PEDRO DE, Anotação aos artigos 225.º a 227.º do CSC, in Menezes Cordeiro (coord.), *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2021, pp. 788 e ss.; COELHO, M.ª ÂNGELA, «A transmissão mortis-causa de quotas no anteprojecto de lei de sociedades por quotas», *RDE* 2 (1976), pp. 2-32; CORDEIRO, A. MENEZES, *Direito das Sociedades*, II – *Das Sociedades em especial*, 2.ª ed., Almedina, 2007, pp. 366 e ss.; CORREIA, A. FERRER, «A sociedade

em benefício dos respetivos fundadores, aderentes e sucessores (cfr. o art. 980.º do Código Civil). Nesta medida, pelo menos o seu valor líquido fundamental – que lhes é tipicamente conferido, no essencial, pela respetiva empresa ou prática profissional – pertence a esses beneficiários *pro quota*: encontra-se dividido em quotas ideais (quotas de capital ou quotas-valores) de que os mesmos são titulares<sup>1</sup>.

Mas trata-se também de organizações de *caráter associativo* ou com membros, integradas por aqueles fundadores, aderentes, e, estando em causa entidades de membros variáveis, por quem lhes vier a suceder. Mais

por quotas de responsabilidade limitada nos Projectos do futuro Código das Sociedades Comerciais», in *Temas de Direito Comercial e de Direito Internacional Privado*, Almedina, Coimbra, 1989, pp. 73-121, 100 e ss., e «A sociedade por quotas de responsabilidade limitada segundo o Código das Sociedades Comerciais», *ibidem*, pp. 123-169, 157 e ss. (texto originalmente publicado na ROA 47 (1987), pp. 659 a 700); CORREIA, A. FERRER/XAVIER, V. LOBO, «A amortização de quotas [cotas] e o regime da prescrição», *RDES XII/4* (1966), pp. 13-90, com Apêndice, Nota I, «Acerca da cláusula que confere à sociedade o direito de amortizar em certo prazo as quotas dos sócios falecidos: a situação dos respectivos sucessores durante o prazo», pp. 91-98; CORREIA, A. FERRER/XAVIER, V. LOBO/CAEIRO, ANTÓNIO/COELHO, M.ª ÂNGELA, *Sociedade por quotas de responsabilidade limitada – Anteprojecto de Lei – 2.ª Redacção*, Separata da RDE, anos 3 (1977) e 5 (1979), cit. como *Anteprojeto de Coimbra* (1979); CUNHA, PAULO OLAVO, *Direito das Sociedades Comerciais*, 7.ª ed., Almedina, Coimbra, 2019, pp. 517 e s., com indicações na nota 800; MARQUES, J. P. REMÉDIO, Anotação aos artigos 225.º a 227.º do CSC, in Coutinho de Abreu (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, vol. III, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2016, pp. 425 e ss.; MARTINS, A. SOVERAL, «Pais, filhos, primos, etc., Lda»: as sociedades por quotas familiares (uma introdução)», *DSR* 10 (2013), pp. 39-74, 50 e ss.; SEQUEIRA, RAQUEL, «Transmissão de quotas e ações – Algumas questões», *RDS X* (2018), 3, pp. 527-557, 529 e ss. e 556; SILVA, STEFANIE/MACHADO, M.ª João, «Breves notas sobre a transmissão *mortis causa* de quota», *Revista Jurídica Portucalense*, n.º 25 (2019), pp. 54-70; TRIUNFANTE, ARMANDO, *CSC Anotado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 218 e ss.; VENTURA, RAUL, «Apontamentos para a reforma das sociedade por quotas de responsabilidade limitada», *BMJ* n.º 182 (1969), pp. 25-196, 148 e ss., e *Anteprojecto – Segunda redacção*, *ibidem*, pp. 197-247, *Sociedades por Quotas*, vol. I, 2.ª ed., in *Comentário ao CSC*, Almedina, Coimbra, 1989, Anotação aos artigos 225.º a 227.º, pp. 531 e ss. (note-se que a numeração dos artigos do Anteprojeto aqui transcritos não coincide com a que consta naquele texto); XAVIER, RITA LOBO, *Reflexões sobre a posição do cônjuge meeiro em sociedades por quotas*, *BFD* (Suplemento XXXVIII), Coimbra, 1993, pp. 124 e ss.

<sup>1</sup> Cfr. os arts. 197.º, n.º 1, 199.º, al. a), 9.º, n.º 1, al. g), 219.º, n.º 1, e 222.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais (CSC) e MENDES, EVARISTO, «Aquisições potestativas no artigo 490 do CSC após a Reforma de 2006 e procedimento justo», in AAVV, *V Congresso DSR*, Almedina, Coimbra, 2018, pp. 343-400, 347, e «Compra e venda de sociedades», in AAVV, *VI Congresso DSR*, Almedina, Coimbra, 2022, pp. 155-216, 199 e ss., 208 e ss., onde se apresenta também uma construção alternativa, referida adiante, no texto (n.º 4.3). Os artigos citados sem indicação da fonte pertencem ao CSC, salvo se do texto ou contexto resultar coisa diferente; e os acórdãos na mesma situação encontram-se disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

especificamente, compõem-se de uma superestrutura social ou corporativa e orgânica e, uma vez ativadas, de uma infraestrutura produtiva (na grande maioria dos casos, de caráter empresarial) encabeçada pelo órgão de gestão (a gerência). Esta superestrutura integra, justamente, como sócios, estas pessoas, a título individual e na qualidade de titulares do órgão de base da sociedade, a coletividade dos sócios, detentora do poder de conformação da mesma e do poder de decidir acerca da vida, do valor e do destino da organização; e, em grande medida, elas assumem, ainda, a adicional qualidade de gerentes. Por isso, é «inerente» à quota esta qualidade de sócio ou *status socii*, que confere a quem a detém um conjunto de direitos e vinculações de natureza variada – patrimonial, administrativa e de informação e controlo – incluindo o direito a receber uma quota-parte do lucro e demais valor que a sociedade venha a distribuir, o direito à quota de liquidação e o direito a uma quota-parte do mencionado valor líquido fundamental da sociedade em caso de exoneração, exclusão ou perda da quota por outro motivo, segundo o disposto na lei e no pacto social, direitos estes que são outras tantas manifestações de um direito geral e abstrato a uma quota-parte desse valor, que tanto pode ver-se como componente da posição de sócio, como uma manifestação direta do princípio de apropriação de que beneficiam os fundadores, aderentes e sucessores enquanto tais.

O todo formado pela quota-valor (ou quota de capital) e a «inerente» qualidade de sócio constitui a quota social ou *participação social* em sentido objetivo<sup>2</sup>, própria do tipo social em apreço. Como se verá, esta quota – e, porventura, o correspondente direito geral e abstrato a uma quota-parte do valor da sociedade – encontra-se sujeita ao direito patrimonial geral, incluindo sucessório. A aquisição e perda da correspondente qualidade de sócio já é um assunto de direito societário; cabendo a este regular a sociedade e a participação social, incluindo as vicissitudes desta, designadamente, de modo a que a organização funcione de modo eficiente e virtuoso, na criação de valor ou riqueza.

É sabido que as SpQ pertencem ao grupo das sociedades de capital – possuindo uma necessária base de capital (ainda que mínima: cfr. os arts. 201.º e 219.º, n.º 3) e uma estrutura de poder plutocrática (art. 250.º, n.º 1), e, devido à responsabilidade limitada dos sócios, mostrando-se adequadas para a acumulação de capital -, mas são tipicamente de *cunho personalista*: a pessoa do sócio é, no comum dos casos, um elemento fundamental para o bom funcionamento da organização. Daí que, nomeada-

<sup>2</sup> A posição global de sócio, ou participação em sentido subjetivo, pode identificar-se com ela, mas também pode ser diferente, se o sócio for titular ou contitular de mais de uma quota.

mente nos fenómenos de transmissão das participações, as regras relativas à quota e as respeitantes à qualidade de sócio possam não coincidir.

Nas *transmissões por morte*, a quota circula em conformidade com as regras do direito sucessório; e, segundo o direito societário, via de regra, circula com um associado direito potestativo de aquisição da correspondente qualidade de sócio. É este o regime legal supletivo, exceto, nas SpQ profissionais, quanto à participação de sócio profissional. Todavia, o pacto social pode «retirar» aos sucessores este direito; como sucede, legalmente, nas transmissões por ato voluntário entre vivos a título singular (cessão), a favor de estranhos à sociedade e ao alienante.

Tradicionalmente, as *cláusulas restritivas* em causa eram, em boa medida, cláusulas de continuação da sociedade com os sócios sobrevivos – claramente dirigidas à qualidade de sócio (e ainda hoje expressamente previstas no art. L 223-13 do CCom francês) –, a que acresciam diversas outras, incluindo cláusulas de intransmissibilidade e de sujeição da transmissão ao consentimento da sociedade ou dos sócios sobrevivos. Estas cláusulas podem equivaler-se: basta dar-lhes o sentido – natural, atendendo a que o pacto social tem eficácia jurídico-societária, cumpre objetivos societários e não de regulação patrimonial geral – de que as mesmas afetam unicamente a eficácia da transmissão sucessória em relação à sociedade, isto é, a transmissão da quota com o inerente direito de aquisição da qualidade de sócio, e não a transmissão apenas da quota, sem este direito.

Porém, a história das SpQ revela um progressivo empobrecimento do conteúdo regulatório dos pactos sociais – aprofundado com os processos simplificados de constituição instituídos pelo DL n.º 111/2005 e pelo DL n.º 125/2006, e plausivelmente pelo desaparecimento da exigência de capital mínimo para as SpQ em geral; e, nessa onda, embora se desconheçam os exatos motivos<sup>3</sup>, deu-se também um substancial abandono dessas cláusulas tradicionais, passando a predominar claramente as cláusulas que se limitam a atribuir à sociedade o poder de amortização de quotas fundado numa série de factos ou situações, incluindo a morte do titular (cláusulas de amortização simples, i. e., de *amortização facultativa compulsiva*).

Sucede que, já no domínio da LSQ, se discutia se estas cláusulas – ou cláusulas de opção semelhantes – são verdadeiramente cláusulas restritivas da transmissão por morte; e a discussão subsiste em face do CSC. Nuclearmente, o problema consiste em saber se elas têm ou não associada

<sup>3</sup> Entre estes, podem contar-se também, designadamente, a influente doutrina dos Professores Ferrer Correia e Vasco Lobo Xavier, no sentido da recondução das cláusulas tradicionais a cláusulas de amortização, e a circunstância de ela ter passado, por via do Anteprojeto de Coimbra, para o CSC (cfr. o texto correspondente às notas 36 e 37).

a suspensão de direitos e obrigações prevista no art. 227.<sup>º</sup>, n.º 2. É sobre ele que versa especialmente este artigo. No entanto, o próprio âmbito e alcance da suspensão é controvertido; pelo que importa aludir previamente a este outro tema.

Assim, o plano comprehende: uma breve análise da transmissão por morte em geral, deixando de lado os casos, mais complexos, em que a quota do sócio falecido integrava o património comum do casal (n.º 1); uma referência à permissão legal de limitar a transmissão e às cláusulas restritivas (n.ºs 2 e 3); uma análise do tratamento legal dado às cláusulas em apreço (n.ºs 4 a 6); e, por fim, o tema das cláusulas de amortização facultativa compulsiva (n.º 7). Complementarmente, revisitava-se o tema da transmissão à luz de uma visão da participação social distinta da tradicional (n.º 8). O foco são as SpQ comuns, ficando de fora as SpQ profissionais.

## I

### ENQUADRAMENTO GERAL. TRANSMISSIBILIDADE E CLÁUSULAS RESTRITIVAS

#### 1. Princípio da sucessão universal e da disponibilidade dos bens por morte e quota social de SpQ. Quota livremente transmissível

A quota social é, como se assinalou, uma posição jurídica de base patri-mônial, sujeita, como tal, às regras gerais da transmissão e disposição de bens e direitos por morte (arts. 2024.<sup>º</sup> e s. e 2179.<sup>º</sup> do CC). Por conseqüente, com a morte do titular, a quota integra a herança jacente (cfr. os arts. 2046.<sup>º</sup> e ss. do CC). Se tiver sido legada a alguém, passa para sua titularidade com a aceitação do legado (cfr. os arts. 2249.<sup>º</sup> e ss. do CC). Na falta de legado ou se ele não for aceite (ou enquanto o não for), com a aceitação da herança, passa para a titularidade em comum dos herdeiros (aceitantes) (cfr. os arts. 2050.<sup>º</sup> e ss. do CC). Mediante a subsequente partilha, dá-se uma especificação da titularidade dos elementos que compõem a herança, podendo a quota vir a pertencer a um ou mais dos herdeiros (cfr. os arts. 2101.<sup>º</sup> e ss. do CC).

Importa, no entanto, responder à *questão*: sendo a quota social livremente transmissível por morte – o que nas SpQ comuns<sup>4</sup> sucederá se não

<sup>4</sup> Nas SpQ profissionais, quanto aos sócios profissionais, o problema da transmissibilidade respeita à sua participação de capital e apresenta contornos especiais (cfr. o art. 34.<sup>º</sup> da Lei 53/2015).

houver cláusulas restritivas da transmissão -, com a aceitação da herança ou do legado, os herdeiros adquirem automaticamente a qualidade de sócios? Retroagindo a aquisição da quota à data da morte (cfr. os arts. 2050.º, n.º 2, e 2049.º do CC e o art. 227.º, n.º 1, do CSC)? Ou, atenta a referida dupla dimensão – patrimonial e social ou corporativa – da sociedade e da participação social, a aquisição da qualidade social requer o preenchimento de algum requisito adicional?

## 1.1 Doutrina e jurisprudência

Trata-se de um tema escasso e superficialmente tratado. Em geral – partindo da corrente conceção da quota como a participação social característica da SpQ, *i. e.*, a posição de sócio com determinada medida de direitos e vinculações<sup>5</sup> –, a resposta, explícita ou pressuposta nos textos que se ocupam da transmissão de quotas por morte, é no sentido de que, tornando-se os herdeiros titulares da quota, adquirem, sem mais, logicamente ou por definição, a correspondente qualidade de sócios<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> Cfr., por ex.: FERRER CORREIA, «A sociedade por quotas de responsabilidade limitada nos Projectos do futuro Código das Sociedades Comerciais» e «A sociedade por quotas de responsabilidade limitada segundo o Código das Sociedades Comerciais», *Temas* (1989), pp. 81 e 132, *Lições de Direito Comercial*, II, Coimbra, 1968, pp. 84 e ss., M.<sup>a</sup> Ângela COELHO, «A transmissão mortis-causa de quotas» (1976), pp. 4 e ss., Raul VENTURA, *Sociedades por Quotas* (1989), pp. 374 e ss., 534 e ss., 542 e ss., e VAZ SERRA, Anotação ao acórdão do STJ de 16.01.1970 (Oliveira Carvalho), *RLJ* 104 (1971), pp. 24 e ss., 28 e ss., em especial, 40 e ss.

<sup>6</sup> Cfr., por ex., Raul VENTURA, *Sociedades por Quotas* (1989), pp. 547 e ss., 556 e ss., 560 e ss., 569 e 571 (mesmo havendo restrições estatutárias à transmissão), COUTINHO DE ABREU, *Das Sociedades* (2021), p. 338, REMÉDIO MARQUES, «Anotação aos artigos 225.º a 227.º do CSC» (2016), pp. 427, 429 e ss., 442 e ss., 454 (nota), 455 e 457, Raquel SEQUEIRA, «Transmissão de quotas e ações» (2018), pp. 529 e 533, e, na jurisprudência, os acórdãos do STJ de 19.09.2006 (Azevedo Ramos), proc. 06A2395, *CJ-STJ* 2006/3, pp. 55 e ss. (perante cláusula de reserva de não aceitação dos herdeiros e correspondente dever de aquisição da quota), e 29.10.2013 (Gabriel Catarino), proc. 994/11.0T2AVR.C1.S1 (perante cláusula de intransmissibilidade e consequente obrigação de amortização, aquisição ou alienação da quota, pelo VC), e o acórdão do TRL de 7.10.2008 (Rui Moura), proc. 6727/2008-1. No domínio da LSQ, cfr. por ex., Eduardo RALHA, «Da transmissibilidade dos direitos sociais», *RDES* VII (1954)/1, pp. 5-14, 10 e ss. (na falta de disposições especiais no pacto social que definam o destino da quota e, contra diversas decisões do STJ, nas próprias SNC), os acórdãos do STJ de 16.02.1973 (Fernandes Costa), *RLJ* 107 (1974/75), pp. 59 e ss., com anotação concordante de VAZ SERRA (pp. 61 e ss.), e 1.02.1977 (Costa Soares), *BMJ* n.º 264 (1977), pp. 210 e ss. (considerando que isto também seria assim perante uma cláusula de amortização simples, mas não em face de uma cláusula de continuação com os sócios sobrevivos), e o acórdão do TRL de 8.01.1982 (Martins da Fonseca), *CJ* 1982/1, pp. 146-

No Anteprojeto de Coimbra de Lei de SpQ, estabelecia-se doutrina diferente. Na linha de um projeto alemão de nova lei das sociedades em apreço, que não veio a converter-se em lei, previa-se, com caráter geral, no n.º 1 do art. 53.º: «O adquirente da quota só pode ser considerado sócio depois de a sociedade ter sido notificada da transmissão; pode, contudo, a sociedade tratar como sócio o herdeiro de uma quota, independentemente de notificação. Em caso de cessão, a notificação será acompanhada de documento comprovativo da transmissão».

Lê-se a este respeito na exposição de motivos:

“Só depois de notificada a transmissão da quota à sociedade é esta obrigada a considerar o adquirente como titular da quota, para efeitos de exercer os direitos inerentes». «No direito actual, a notificação da transmissão da quota, como condição da sua eficácia perante a sociedade, apenas é exigida quanto à cessão (artigo 7.º da Lei de 1901). Pareceu conveniente, no entanto, estender esta exigência à transmissão *mortis-causa*, conforme faz o § 53, 1, do Projeto alemão. De outro modo, isto é, se o sucessor *mortis-causa* devesse ser considerado sócio logo que operada a transmissão, independentemente do conhecimento da sociedade, ele poderia, por exemplo, impugnar a deliberação de uma assembleia geral para que não tivesse sido convocado, quando é certo que a sociedade não estaria eventualmente em condições de o reconhecer como sócio. A necessidade de notificação da transmissão interessa, portanto, à sociedade.”

148. Sendo a transmissão livre, MENEZES CORDEIRO também entende serem aplicáveis as regras sucessórias e cita jurisprudência no sentido de que os sucessores adquirem, com a morte, *ipso iure*, a qualidade de sócios: ac. do TRL de 12.01.1992, *BMJ* n.º 415 (1992), p. 716, e ac. do STJ de 4.10.1994 (Cardona Ferreira), *BMJ* n.º 440 (1994), pp. 498-506. Considera, porém, que, enquanto a herança se mantiver indivisa, eles não são propriamente sócios, embora possam nomear um representante comum: *Direito das Sociedades* (2007), p. 366 e nota 986. Entendimento semelhante a este colhe-se em Pedro de ALBUQUERQUE, «Anotação aos artigos 225.º a 227.º do CSC» (2021), pp. 789 (veja-se também a nota 7), no acórdão do TRL de 12.06.1996 (Cruz Broco), *CJ* 1996/3, pp. 114 e ss., e em SOVERAL MARTINS, *Cessão de quotas*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2017, p. 56. Quanto a este aspecto específico, a observação mostra-se pertinente. Com efeito, nesta fase, até à especificação da titularidade dos bens que integram a herança (incluindo a quota), os herdeiros parecem dever considerar-se sócios, com base na titularidade em comum do património hereditário, não singularmente considerados, mas enquanto coletividade: após a comunicação da aceitação da herança, com a devida identificação dos herdeiros, existe uma espécie de socialidade coletiva, à qual se aplica *mutatis mutandis* o regime da contitularidade das quotas. Na jurisprudência, cfr. também o que consta da fundamentação do acórdão do STJ de 8.02.1996 (Miranda Gusmão), *BMJ* n.º 454 (1996), pp. 607 e ss.

“Esta regra, porém, só em benefício da sociedade deve poder funcionar, sob pena de o sucessor de uma quota, abstendo-se da notificação, ter a possibilidade de se furtar ao cumprimento das obrigações sociais, designadamente quanto ao pagamento da entrada em dívida ou das prestações suplementares. Daí o dispor-se que a sociedade pode «tratar como sócio o herdeiro de uma quota, independentemente de notificação.»”

“A sociedade pode, naturalmente, exigir a prova da transmissão efectuada, não se bastando com a notificação – prova essa a fazer por quaisquer meios. Quanto à cessão é que a prova nunca poderá ser dispensada, e terá que produzir-se através de documento comprovativo da transmissão (...)”<sup>7</sup>.

Apesar de o regime subjacente aos arts. 225.<sup>º</sup> e 227.<sup>º</sup> do CSC ser, na quase totalidade, o deste Anteprojeto, o Código não se ocupa das presentes transmissões livres e, portanto, não contém norma semelhante<sup>8</sup> (arts. 208.<sup>º</sup> a 210.<sup>º</sup>). A exigência de notificação aparece apenas no art. 228.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 3, relativo às transmissões entre vivos<sup>9</sup>.

## 1.2 Apreciação crítica da conceção dominante

A dupla dimensão da SpQ e da quota social assinalada justifica uma resposta à questão em apreço semelhante à do Anteprojeto de Coimbra e em linha com o que se prescreve para as transmissões entre vivos. Ou seja, embora para a aquisição da quota de capital (ou quota-valor) baste a aceitação da herança ou do legado, e à quota assim adquirida seja inerente o direito à qualidade de sócio – mais especificamente, o direito potestativo

<sup>7</sup> *Anteprojecto de Coimbra* (1979), p. 57. Note-se, por um lado, que a eficácia da transmissão em relação à sociedade, no fundo, pode reconduzir-se à transmissão da quota com a inerente qualidade de sócio; por outro lado, que, no caso da transmissão por morte, apenas se considera relevante, no Anteprojeto, o interesse da sociedade, pelo que esta pode reconhecer os herdeiros como sócios, mesmo contra a sua vontade; isto para assegurar que os mesmos não se furtam às obrigações sociais. Este aspeto merece, contudo, uma análise mais fina, tendo em conta a liberdade de associação implicada na liberdade de empresa (cfr. o art. 46.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 3, da Constituição) e a circunstância de poder entender-se que a obrigação de entrada e a obrigação de realização de prestações suplementares decorrente de uma competente deliberação de chamada já existem na esfera do *de cuius* à data da abertura da sucessão como posições jurídicas *a se*, embora «inerentes» à quota, passando para os sucessores com esta, independentemente da qualidade de sócio.

<sup>8</sup> O mesmo sucedia no Projeto de Código das Sociedades (arts. 208.<sup>º</sup> a 210.<sup>º</sup>) – Ministério da Justiça, *Código das Sociedades (Projeto)*, Lisboa, 1983.

<sup>9</sup> Na linha do art. 211.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 3, do Projeto de Código das Sociedades, dispõe este n.<sup>º</sup> 3 do art. 228.<sup>º</sup>: «A transmissão de quota entre vivos torna-se *eficaz para com a sociedade* logo que lhe for comunicada por escrito ou por ela reconhecida, expressa ou tacitamente».

de aquisição de tal qualidade –, para os sucessores se tornarem sócios é preciso que estes exerçam tal direito, notificando a transmissão à sociedade (ou que ela os reconheça como tais).

Já antes da Reforma de 2006 a lacuna do CSC – trata-se de uma lacuna, dado que o assunto carece de ser regulado e este Código não contém norma sobre ele – podia ser colmatada, aplicando o prescrito no n.º 3 do art. 228.º Hoje, a solução extrai-se da própria lei, mais propriamente dos arts. 242.º-A e 242.º-B do Código. Com efeito, a transmissão de quotas, a qualquer título, está sujeita a registo (art. 3.º, n.º 1, al. c), do CRCom). E dispõe-se no art. 242.º-A: «Os factos relativos a quotas são *ineficazes perante a sociedade* enquanto não for solicitada, quando necessária, a promoção do respetivo registo». O art. 242.º-B, por sua vez, acrescenta: «1 – A sociedade promove os registos relativos a factos em que, de alguma forma, tenha tido intervenção<sup>10</sup> ou *mediante solicitação* de quem tenha legitimidade, nos termos do número seguinte. 2 – Têm legitimidade para solicitar à sociedade a promoção do registo: a) O *transmissário*, o transmitente e o sócio exonerado; b) O usufrutuário e o credor pignoratício. 3 – A solicitação à sociedade da promoção do registo deve ser acompanhada dos documentos que titulem o facto a registar e dos emolumentos, taxas e outras quantias devidas.»<sup>11</sup>

Por conseguinte, para a transmissão sucessória se tornar eficaz em relação à sociedade – adquirindo os sucessores a qualidade de sócios, membros desta, com o estatuto jurídico correspondente –, é preciso que os transmissários (sucessores universais, normalmente através do cabeça-de-casal, ou legatário) requeiram à sociedade que promova o respetivo registo a seu favor<sup>12</sup>. E, pelo menos em face do teor literal do n.º 3 do art. 242.º-B, devem, ainda, fazer a prova de que adquiriram a quota, por morte; mesmo que a sociedade não a exija.

Esta solução está, aliás, em sintonia com o regime da transmissão por morte das ações nominativas livremente transmissíveis. Na verdade,

<sup>10</sup> Não é o caso.

<sup>11</sup> Neste, como noutras casos, mormente o relativo às cláusulas estatutárias, *infra* (n.ºs 2 e 3), acrescentou-se o itálico. No domínio da LSQ, cfr. as observações de F. TAVARES DE CARVALHO, «Sobre a transmissibilidade das quotas sociais», *Revista dos Tribunais* 58 (1940), pp. 210 e ss., 258. Note-se que, em face do direito sucessório, o autor considerava nulas as cláusulas de intransmissibilidade e de condicionamento da transmissão, mostrando-se, no entanto, favorável às cláusulas de amortização, que, no seu entender, cumpriam o mesmo objetivo (pp. 258 e ss.).

<sup>12</sup> Ou lhe comunicuem a transmissão, considerando-se implícito na comunicação o pedido de promoção do registo. Cfr., a respeito da cessão, por ex., Raquel SEQUEIRA, «Transmissão de quotas e ações» (2018), p. 537, com mais indicações. Veja-se, ainda, a nota 13, *infra*.

quanto às ações tituladas nominativas, para a transmissão ter eficácia plena (entre as partes, em relação a terceiros e em relação à sociedade), é necessário observar o procedimento descrito no n.º 1 do art. 102.º do Código dos Valores Mobiliários, que dispõe: «Os valores mobiliários titulados nominativos transmitem-se por declaração de transmissão, escrita no título, a favor do transmissário, seguida de registo junto do emitente ou junto de intermediário financeiro que o representa». E acrescenta-se nos números seguintes: «A *declaração de transmissão por morte* do titular é efetuada: a) Havendo partilha judicial, nos termos da alínea b) do número anterior; b) Nos restantes casos, pelo *cabeça-de-casal* ou pelo notário que lavrou a escritura de partilha» (n.º 3); «Têm legitimidade para requerer o registo junto do emitente qualquer das entidades referidas nos n.ºs 2 e 3» (n.º 4). A respeito das ações escriturais, estabelece o art. 80.º, n.º 1: «Os valores mobiliários escriturais transmitem-se pelo registo na conta do adquirente.» Determina, ainda, no art. 66.º, n.º 2, al. a), que têm legitimidade para requerer o registo «[o] titular da conta onde se deva proceder ao registo ou para onde devam ser transferidos os valores mobiliários»; e no art. 67.º, n.º 1, acrescenta-se que as inscrições e os averbamentos nas contas de registo são feitos com base em ordem escrita do disponente (aqui inaplicável) ou em «*documento bastante* para a prova do facto a registar»<sup>13</sup>.

## 2. Possibilidade legal de restringir a transmissão por morte. Cláusulas estatutárias restritivas típicas

Os arts. 225.º e 226.º do CSC admitem expressamente restrições à transmissibilidade das quotas por morte. Vamos ver brevemente em que termos e dar uma pequena nota acerca da prática estatutária.

<sup>13</sup> Na mesma linha, cfr., quanto aos direitos não reais em geral, os arts. 583.º e 588.º do CC; e, quanto à posição contratual pré-consentida (ou livremente transmissível), o art. 424.º, n.º 2, do mesmo Código. Note-se que, apesar do que vai no texto, é possível uma manifestação tácita de adesão à sociedade por parte dos herdeiros e, havendo ou não cláusulas estatutárias restritivas, um reconhecimento, também tácito, dos mesmos como sócios; situação frequente, designadamente, nas sociedades familiares. Na Alemanha, cfr., por ex., as indicações fornecidas por Holger ALTMEPPEN, in Roth/Altmeppen, *GmbHG-Kommentar*, 8.ª ed., Beck, Munique, 2015, § 40, n. 10 (p. 809), § 16, nn. 2, 21 e ss. (pp. 420 e 426), HUECK/FASTRICH, in Baumbach/Hueck, *GmbHG-Kommentar*, 19.ª ed., Beck, Munique, 2010, § 16, nn. 3, 10, 12 e ss. (pp. 340, 343 e s.), KOPPENSTEINER/GRUBER, in Rowedder/Schmidt-Leithoff, *GmbHG-Kommentar*, 5.ª ed., Franz Vahlen, Munique, 2013, § 16, nn. 3 e 6 (pp. 1143 e s.), e a recente sentença do Kammergericht de Berlim de 23.11.2022 – 22 W 50/22, disponível em <https://gesetze.berlin.de/bsbe/document/KORE279272023>.

## 2.1 Possibilidade legal de limitar a transmissão *mortis causa*

Dispõe o n.º 1 do art. 225.º: «O contrato de sociedade pode estabelecer que, falecendo um sócio, a respetiva quota *não se transmitirá* aos sucessores do falecido, bem como pode *condicionar a transmissão* a certos requisitos, mas sempre com observância do disposto nos números seguintes». E acrescenta-se no n.º 2: «Quando, por força de disposições contratuais, a quota *não for transmitida* para os sucessores do sócio falecido, deve a sociedade amortizá-la, adquiri-la ou fazê-la adquirir por sócio ou terceiro; se nenhuma destas medidas for efetivada nos 90 dias subsequentes ao conhecimento da morte do sócio por algum dos gerentes, a quota *considera-se transmitida*». No art. 227.º, n.º 2, por sua vez, esclarece-se esta possibilidade de impedir estatutariamente a transmissão, até ao termo deste prazo de 90 dias, estabelecendo: «Os direitos e obrigações inerentes à quota ficam *suspensos* enquanto não se efetivar a amortização ou aquisição dela nos termos previstos nos artigos anteriores ou enquanto não decorrerem os prazos ali estabelecidos».

Estes preceitos – com a adicional norma de proteção dos sucessores constante do art. 227.º, n.º 3<sup>14</sup> – correspondem, no essencial, aos n.ºs 1 e 2 do art. 54.º e ao n.º 2 do art. 55.º do Anteprojeto de Coimbra. Na respetiva exposição de motivos – depois de se assinalar que as restrições à transmissão por morte já eram admitidas em face da Lei de 1901, mediante interpretação extensiva do § 3.º do artigo 6.º, mas que eram numerosas as questões suscitadas pela existente prática estatutária, incluindo a respeitante às cláusulas de amortização facultativa de que nos ocupamos especialmente adiante, destacando-se, *inter alia*, quanto ao exercício dos direitos sociais, a da situação da quota até à deliberação sobre o consentimento da transmissão pela sociedade ou sobre a amortização – escreve-se:

“A disciplina do Anteprojecto sobre esta matéria pretendeu estabelecer um equilíbrio entre os interesses em conflito – de um lado, os interesses dos herdeiros, do outro, o interesse da sociedade em evitar ou controlar o ingresso no seu seio de novos sócios. Nesta conformidade, admite-se no n.º 1 do artigo 53.<sup>º</sup><sup>15</sup> a possibilidade de o pacto social estabelecer restrições à transmissão de quotas

<sup>14</sup> Dispõe-se neste número, de que nos ocupamos adiante: «Durante a suspensão, os sucessores poderão, contudo, exercer todos os direitos necessários à tutela da sua posição jurídica, nomeadamente votar em deliberações sobre alteração do contrato ou dissolução da sociedade». Esta controvertida última parte, em itálico, foi acrescentada ao texto do Anteprojeto de Coimbra; constando do art. 210.º, n.º 3, do Projeto de Código das Sociedades de 1983.

<sup>15</sup> Art. 54.º, na redação final.

por morte do titular e até mesmo estipular a sua *intransmissibilidade absoluta*. No n.º 2 do mesmo artigo estabelecem-se as medidas de protecção dos herdeiros, para o caso de funcionarem as cláusulas de intransmissibilidade ou a exigência do consentimento para a transmissão. Nestes casos, os herdeiros têm a garantia de que o valor da quota será realizado através da aquisição desta por quem a sociedade designar ou mediante o pagamento da contrapartida da amortização; e têm ainda a garantia de que, se estas providências não forem tomadas pela sociedade num certo prazo, a quota do *de cuius* se considera transmitida para a herança.”

“[O] artigo 54.<sup>o</sup><sup>16</sup>define a situação da quota no período que medeia entre a data do falecimento do sócio e o momento da amortização ou aquisição da quota, ou o termo do prazo estabelecido no n.º 2 do artigo 53.<sup>o</sup><sup>17</sup>: embora os direitos e obrigações inerentes à quota estejam suspensos durante este período, nem por isso os interesses dos herdeiros ficam desacautelados, pois se lhes faculta exercer durante a suspensão «todos os direitos necessários à tutela da sua posição jurídica» (por exemplo, o direito de impugnar a avaliação feita pela sociedade da quota do *de cuius*, podendo requerer, para o efeito, exame à escrita). Esta solução consagra a doutrina que de há muito vem sendo preconizada por A. Ferrer Correia e V. Lobo Xavier (...)”<sup>18</sup>; e “foi, de resto, acolhida tanto pelo Anteprojecto de Raul Ventura como pelo Anteprojecto de Vaz Serra.”<sup>19</sup>

No Projeto de Código das Sociedades (1983), editado pelo Ministério da Justiça, acrescentou-se um artigo relativo às cláusulas que restringem a transmissão *no interesse ou em benefício dos herdeiros* (art. 209.<sup>º</sup>), que esteve na base do atual art. 226.<sup>º</sup> do CSC. Dispõe-se neste, designadamente: «Quando o contrato atribuir aos sucessores do sócio falecido o direito de exigir a amortização da quota ou por algum modo condicionar a transmissão da quota à vontade dos sucessores e estes não aceitem a transmissão, devem declará-lo por escrito à sociedade, nos 90 dias seguintes ao conhecimento do óbito» (n.º 1); «Recebida a declaração prevista no número anterior, a sociedade deve, no prazo de 30 dias, amortizar a quota, adquiri-la ou fazê-la adquirir por sócio ou terceiro, sob pena de o

<sup>16</sup> Art. 55.<sup>º</sup>, na redação final.

<sup>17</sup> Art. 54.<sup>º</sup>, na redação final.

<sup>18</sup> Remete-se para *A amortização de quotas e o regime da prescrição*, 1966, Apêndice, pp. 84 e s. Trata-se de separata da RDES, por nós citada.

<sup>19</sup> *Anteprojeto de Coimbra* (1979), pp. 59 e s.

sucessor do sócio falecido poder requerer a dissolução da sociedade por via administrativa»<sup>20</sup> (n.º 2).

Embora no art. 225.º a lei aluda a uma possível intransmissibilidade da quota, ao condicionamento da transmissão e a cláusulas impeditivas da transmissão, aquilo que sobretudo interessa ao direito societário não é tanto a transmissão da quota em si – isso é primacialmente um problema de direito patrimonial geral, no caso sucessório -, mas a sua eficácia em relação à sociedade, ou seja, a aquisição pelos sucessores do *de cuius* da qualidade de sócio, como se colhe no Anteprojeto de Coimbra. O assunto será retomado adiante (n.º 4).

## 2.2 Cláusulas estatutárias<sup>21</sup>

a) Tal como se infere dos arts. 225.º e 226.º do CSC e, em parte, do Anteprojeto de Coimbra, acabados de citar, os pactos sociais continham tradicionalmente cláusulas restritivas da transmissão por morte (ou da respectiva eficácia) no interesse da sociedade e no interesse dos herdeiros (via de regra, legítimos ou legitimários); mas também no interesse de ambos (cláusulas ambivalentes ou bifrontes). E, sobretudo quanto às sociedades anteriores ao CSC, em grande medida, a situação mantém-se. Com frequência, as restrições não afetam os herdeiros legitimários.

Deixam-se alguns exemplos destas cláusulas, começando pelas que afastam ou condicionam a transmissão da quota, reduzem a sociedade aos sócios sobrevivos ou atribuem à sociedade – ou aos sócios sobrevivos – o poder de admitir ou não os sucessores. São elas: 1) «Por morte de um sócio, a quota *não se transmite* para os seus herdeiros»<sup>22</sup>; 2) «Por morte de um sócio, a quota *só se transmite* para os seus herdeiros se a sociedade nisso consentir»; «No caso de morte ou interdição de qualquer dos sócios, os

<sup>20</sup> Na versão original, a dissolução era judicial; assim devendo ser, porque está em causa uma questão jurisdicional (cfr. o art. 202.º, n.os 1 e 2, da Constituição). Não parece que a situação caiba no disposto no art. 202.º, n.º 4, da Constituição.

<sup>21</sup> Uma nota de síntese sobre estas cláusulas, tomando como referência a prática estatutária até 2005, pode encontrar-se em Evaristo MENDES, «Amortização de quotas e morte de sócio. Prática estatutária (Nota)», disponível em <https://www.evaristomendes.eu/artigos.html>, I – 23.

<sup>22</sup> No acórdão do STJ de 29.10. 2013 (Gabriel Catarino), proc. 994/11.0T2AVR.C1.S1, consta uma cláusula em que se dispõe que «as quotas não se transmitem por morte dos sócios aos seus sucessores, devendo a sociedade amortizá-las, adquiri-las ou fazê-las adquirir por sócio ou terceiro, nos termos da lei», sendo a amortização «realizada pelo valor da quota determinado em face do último balanço aprovado».

seus herdeiros ou representantes *continuarão associados...;* mas isso somente se os sócios (*restantes ou capazes*) nisso concordarem, pois, não concordando, os herdeiros ou representantes receberão o que se verificar pertencer-lhes pelo último balanço»<sup>23</sup>; 3) «Por morte de um sócio, a sociedade continuará apenas com os sócios sobrevivos»; 4) «Pela morte (...) de qualquer sócio a sociedade continuará com os sobreviventes ou com estes e os herdeiros do sócio falecido, nos termos seguintes: *se os sócios sobreviventes aceitarem os herdeiros, (...) continuará entre todos a sociedade; no caso contrário, continuará com os sobreviventes, recebendo os herdeiros (... VC)*»<sup>24</sup>.

Como exemplos de cláusulas estabelecidas no interesse dos sucessores temos: 1) «Falecendo um sócio, os seus herdeiros *podem exigir à sociedade que lhes amortize a quota pelo valor (... VC)*»; 2) «Falecendo um sócio, a quota passará para os seus sucessores, mas só se estes nisso consentirem (...); «Pela morte (...) de qualquer sócio, a sociedade *poderá continuar com os sobreviventes e com os herdeiros caso estes queiram.* No caso de os herdeiros

<sup>23</sup> Cfr. o acórdão do STJ de 15.12.1964 (Albuquerque Rocha), *BMJ* n.º 142 (1965), pp. 362 e ss., e o acórdão do TRP de 22.01.1969 (Eduardo Botelho de Sousa), *RT* 88 (1970), pp. 173-175 (com anotação), que continha a seguinte cláusula: «No caso de falecimento ou interdição de qualquer sócio, os herdeiros ou representantes do sócio falecido ou interditado poderão continuar na sociedade desde que os sócios sobrevivos ou capazes o consintam. Caso contrário, a sociedade poderá amortizar a quota nos termos e condições previstas no art. 9º e seus §§ destes estatutos» (VC, salvo acordo; falta a fixação de prazo para definir a situação).

<sup>24</sup> No acórdão do STJ de 19.09.2006 (Azevedo Ramos), proc. 06A2395, CS-STJ 2006/3, pp. 55 e ss., consta a seguinte cláusula: «Por falecimento ou interdição de algum sócio, a sociedade continuará com o sobrevivo ou capaz e os herdeiros ou representante legal do falecido ou interditado, devendo os herdeiros nomear um de entre si que nela os represente enquanto a respetiva quota estiver indivisa; porém, a sociedade ou sócios *sobrevivos ou capazes reservam-se o direito de não aceitar* que nela fiquem os herdeiros ou representante, devendo, neste caso, adquirir a respetiva quota, cujo pagamento aos herdeiros ou representante do sócio falecido ou interditado será efetuado nas condições do parágrafo único do artigo anterior». No acórdão do TRP de 22.01.1969 (Eduardo Sousa), *Revista dos Tribunais*, 88 (1970), pp. 173 e ss., com anotação de J. G. SÁ CARNEIRO, a cláusula dispunha que, por morte, os herdeiros poderiam continuar na sociedade desde que os sócios sobrevivos consentissem; caso contrário, a sociedade poderia amortizar a quota. VC = valor contabilístico ou de balanço. No acórdão do STJ de 16.02.1973 (Fernandes Costa), *RT* 91 (1973), pp. 417 ss. (também com anotação), e *supra*, nota 6, a cláusula estipulava: «Ocorrendo a falecimento ou interdição de qualquer dos sócios, a sociedade *poderá amortizar* a quota do falecido ou interditado pelo valor que lhe haja sido atribuído no último balanço geral aprovado. § 1º Não querendo ou não podendo a sociedade amortizar a quota... será ela *adjudicada aos restantes sócios*, em partes iguais. § 2º A sociedade ou qualquer dos sócios só poderão usar da faculdade que lhes é conferida no corpo deste artigo e seu § 1º dentro do prazo de 90 dias...».

não quererem ficar na sociedade, continuará esta com os sócios sobreviventes, os quais deverão pagar (...VC)».

A cláusula que se segue é, por sua vez, inequivocamente bifronte: «Por morte de um sócio a sociedade continua com os seus herdeiros, mas só se nisso consentirem os herdeiros e os sócios sobrevivos»<sup>25</sup>.

b) O panorama é, no entanto, mais variado. Para além das cláusulas referidas no número seguinte, sem preocupação de completude, assinam-se as seguintes: 1) «Por morte de um sócio, a sociedade e qualquer dos sócios sobrevivos poderão adquirir a quota pelo valor do último balanço; e nenhum querendo usar deste direito, poderá a quota ser encabeçada em comum nos herdeiros, que devem nomear um que os represente.»; 2) «No caso de falecimento de um dos sócios, os sobrevivos terão o direito de adquirir a quota do falecido pelo valor que lhe corresponder segundo o último balanço aprovado»; 3) «Na divisão da quota entre os herdeiros legítimos, aplica-se o regime da cessão, tendo assim preferência sobre estes os sócios restantes.»<sup>26</sup>

### 3. Cláusulas de amortização e de extinção ou aquisição automática

Além das cláusulas apontadas, importa aludir, em especial, às que se seguem. A primeira é a cláusula de amortização simples – ou cláusula de amortização facultativa compulsiva –, hoje em dia, dominante, que analisaremos, em especial no n.º 7. Ex.: «A sociedade pode amortizar a quota de um sócio quando ocorra uma das seguintes situações: a) morte do sócio; b) (...)»<sup>27</sup>. A segunda é, ainda, uma cláusula de amortização compulsiva,

<sup>25</sup> No acórdão do TRP de 18.03.1986 (Martins da Costa), CJ 1986/2, pp. 178-180, a cláusula dispunha que, por falecimento... de qualquer dos sócios, a sociedade continuaria «com os sobrevivos ... e os herdeiros» se todos estivessem de acordo.

<sup>26</sup> Em todos os casos, acrescentou-se o itálico.

<sup>27</sup> No acórdão do STJ de 23.01.2001 (Ribeiro Coelho), proc. 00A3654, consta a cláusula seguinte: «Dissolve-se a sociedade nos casos legais, mas no caso de morte ou interdição de qualquer sócio a sociedade fica com o direito de amortizar a sua quota pelo valor que lhe tiver sido atribuído no último balanço geral aprovado». No acórdão do TRE de 23.01.1986 (Faria de Sousa), CJ 1986/1, pp. 231 e ss., a cláusula dispunha: «É permitida a amortização das quotas sociais pelo valor que resultar do último balanço devidamente aprovado e assinado pelos sócios, podendo a sociedade usar desse direito apenas no caso de falecimento ou interdição de qualquer sócio». Veja-se, ainda, a cláusula mais complexa sobre que incidiu o citado acórdão do STJ de 16.02.1973 (Fernandes Costa), referido acima (notas 6 e 24).

mas obrigatória (para a sociedade). São frequentes fórmulas do género: «Será amortizada a quota do sócio que falecer ou for interdito...»<sup>28</sup>.

Outras cláusulas definem claramente o destino da quota. Exs.: 1) «Por morte de um sócio, a quota não passa para os herdeiros, sendo repartida pelos sócios sobrevivos; devendo os adquirentes pagar aos herdeiros o seu valor de acordo com o último balanço de exercício»; 2) «Por morte de um sócio, a quota considera-se amortizada, devendo a sociedade pagar aos herdeiros o seu valor e a parte que lhes cabe no fundo de reserva»; ou, noutra formulação, «Por morte de um sócio, a quota não passa para os herdeiros, considerando-se amortizada e devendo a sociedade pagar aos herdeiros o seu valor de acordo com o último balanço de exercício»; 3) «Por morte de um sócio, a quota passa para a sociedade, que deve pagar aos herdeiros o valor da mesma resultante do último balanço aprovado»; ou, noutra formulação, «Por morte de um sócio, a quota não passa para os herdeiros, considerando-se adquirida pela sociedade, que pagará aos herdeiros o seu valor de acordo com o último balanço de exercício». Concebe-se, ainda, uma cláusula do género: «Por morte do sócio x, a sua quota extingue-se, sem que a sociedade tenha de pagar qualquer contrapartida aos herdeiros».

## II

### REGIME LEGAL DAS RESTRIÇÕES ESTATUTÁRIAS À TRANSMISSIBILIDADE DAS QUOTAS POR MORTE

Já se aludiu aos artigos que admitem e regulam as restrições estatutárias da transmissão por morte. Vão considerar-se agora sobretudo alguns aspetos controvertidos do regime instituído; considerando sucessivamente as cláusulas que protegem a sociedade, os herdeiros e ambos (n.ºs 4 a 6).

#### 4. O que sucede se houver cláusulas restritivas no interesse da sociedade

Como se observou acerca da permissão legal das restrições em apreço (*supra*, n.º 2.1), o CSC liga às respetivas cláusulas estatutárias o direito potestativo da sociedade de dispor da quota, exercitável no prazo de 90

<sup>28</sup> Sobre ela, cfr. o ac. do STJ de 4.12.1984 (Alves Cortês), *BMJ* n.º 342 (1985), pp. 405 e ss. Pode colocar-se a questão de saber se há aqui um dever de amortizar, embora a resposta deva ser positiva. Mas já é mais duvidoso que ao dever em causa corresponda um direito à amortização dos herdeiros, enquadrável no art. 226.<sup>º</sup>

dias a contar do conhecimento da morte do sócio por algum dos gerentes, sob pena de as cláusulas perderem eficácia e, consequentemente, os sucessores poderem, nos termos gerais, exercer o direito potestativo de se tornarem sócios (art. 225.º, n.º 2). E liga às mesmas uma suspensão, por morte do sócio, dos direitos e vinculações sociais<sup>29</sup>.

Como também se observou, esta suspensão encontrava-se prevista no Anteprojeto de Coimbra e remonta a uma doutrina defendida por Ferrer Correia e Vasco Lobo Xavier, formulada a respeito das cláusulas de amortização facultativa. Todavia, nesse Anteprojeto, dispunha-se que, durante a suspensão, os sucessores poderiam «exercer todos os direitos necessários à tutela da sua posição jurídica», exemplificando-se na exposição de motivos com o direito de impugnar a avaliação feita pela sociedade da quota do *de cuius*, e o direito de exame à escrita; e, seguramente por influência de Raul Ventura, autor do Anteprojeto do Código das Sociedades, no Projeto do Ministério da Justiça de 1983 (art. 210.º, n.º 3), acrescentou-se a parte final do atual n.º 3 do art. 227.º do CSC, que diz: *nomeadamente votar em deliberações sobre alteração do contrato ou dissolução da sociedade*. Com isto, o regime legal, concebido para promover a clareza e segurança jurídicas, conciliando ao mesmo tempo o interesse da sociedade em controlar a composição da sua coletividade social e o interesse dos sucessores em receberem o justo valor da quota do falecido ou uma quota social não alterada significativamente em seu detrimento (consoante a opção da sociedade), tornou-se fonte de acentuada controvérsia. Dela nos ocupamos em seguida, estendendo a análise de modo a abranger outras questões de algum modo relacionadas.

#### 4.1 Questões. Estado da arte (doutrina e jurisprudência)

No regime vigente, podem identificar-se as seguintes questões<sup>30</sup>:

- 1) Que significado tem a suspensão? A quota passa para os sucessores com a aceitação da herança ou do legado? Estes tornam-se sócios?
- 2) Qual o âmbito ou medida da suspensão? Que direitos e obrigações abrange?
- 3) O destino da quota depende de deliberação da coletividade social?

<sup>29</sup> O CSC prevê uma suspensão semelhante no art. 324.º, n.º 1, al. *a*), também aplicável às quotas, por força do art. 220.º, n.º 4.

<sup>30</sup> Deixa-se de lado uma série de outras questões relacionadas com os n.ºs 3 a 5 do art. 225.º

- 4) Nesta deliberação, os sucessores têm o direito de participar?
- 5) E o direito de votar?
- 6) Ocorrendo uma amortização ou aquisição da quota, aplicando-se o regime legal supletivo, qual é a data relevante para determinar o valor da quota e o da correspondente contrapartida compensatória dos sucessores?

Tendo como pano de fundo a conceção unitária da quota como participação social ou posição de sócio com determinada medida de direitos e vinculações, as respostas encontradas na literatura e na jurisprudência são as que se seguem.

Quanto à *primeira questão*, parte dos autores entende que a suspensão impede a aquisição da qualidade de sócio pelos herdeiros; e, dada aquela conceção, tal significa que a quota não se transmite, ficando provisoriamente sem titular (numa espécie de limbo)<sup>31</sup>. Apenas o valor patrimonial da participação ou os direitos que o efetivam integram a herança<sup>32</sup>. Partindo da mesma conceção unitária da participação quotista, outros autores entendem que, por força do direito sucessório, a quota passa, com a morte (note-se, contudo, que é necessária a aceitação da herança ou do legado), para os sucessores; e, portanto, estes são sócios, ainda que com parcial suspensão dos seus direitos sociais<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> Cfr., neste sentido, FERRER CORREIA, «A sociedade por quotas segundo o CSC», *Temas* (1989), pp. 159 e ss., R. LOBO XAVIER, *Reflexões* (1993), pp. 124 e ss. e nota 83, pp. 126 e ss. (criticando a posição de Raul Ventura), SOVERAL MARTINS, «Pais, filhos» (2013), p. 53 (como decorre do art. 225.º, n.ºs 1 e 2, a quota não se transmite; o que o art. 227.º, n.º 2, pretende esclarecer é que ninguém pode exercer os direitos ou ter de cumprir as obrigações inerentes à quota enquanto não ocorrerem os factos previstos no preceito). A respeito do Anteprojeto de Coimbra, cfr. também M.<sup>a</sup> Ângela COELHO, «A transmissão mortis-causa de quotas» (1976), pp. 29 e ss., com mais indicações. No domínio da LSQ, além de FERRER CORREIA e V. LOBO XAVIER, cujo pensamento se analisa adiante (n.º 7), cfr. AVELÃS NUNES, *O direito de exclusão de sócios nas sociedades comerciais*, Coimbra Editora, 1968, reimpressão, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 204 e s.

<sup>32</sup> Cfr. a nota anterior. Não é claro o que integra exatamente a herança. Veja-se *infra*, n.º 7.

<sup>33</sup> Cfr., neste sentido, Raul VENTURA, *Sociedades por Quotas* (1989), pp. 547 e ss., 556 e s., 560 e ss., 569 e 571, COUTINHO DE ABREU, *Das Sociedades* (2021), pp. 341 e ss., REMÉDIO MARQUES, «Anotação aos artigos 225.º a 227.º do CSC» (2016), pp. 429 e s., 451 e ss., Raquel SEQUEIRA, «Transmissão de quotas e ações» (2018), pp. 532 e s. e 556, SILVA/MACHADO, «Breves notas» (2019), p. 58 e nota 11 (citando o acórdão do STJ de 29.10.2013 (Gabriel Catarino)), 62 e ss. (analizando as duas posições em confronto e optando pela segunda), em especial, 65 e ss., 67 e s., PEREIRA DE ALMEIDA, *As sociedades comerciais* (2022), p. 362. Na jurisprudência, cfr., por ex., os acórdãos do STJ de 23.01.2001 (Ribeiro Coelho), proc. 00A3654 (cláusula de amortização simples), 23.09.1997 (Cardona Ferreira), BMJ n.º 469 (1997), pp. 586 e ss. (cláusula de amortização simples), e 29.10. 2013 (Gabriel Catarino),

Para os autores que perfilham este último entendimento, surge a adicional questão de saber *que direitos* têm os sucessores, durante a suspensão. Parte deles limita-os àqueles que se mostram efetivamente necessários à tutela da posição jurídica dos herdeiros (potenciais credores do valor da quota ou sócios de pleno direito), conservando a suspensão um significado substancial, de modo a atender ao interesse da sociedade que as cláusulas visam proteger<sup>34</sup>. Outros autores, porém, reconhecem aos sucessores grande parte ou mesmo a generalidade dos direitos sociais<sup>35</sup>.

No que respeita à *terceira questão*, em linha com o pensamento de Ferrer Correia e Vasco Lobo Xavier, que já no domínio da LSQ reconduziam as cláusulas em apreço a cláusulas de amortização<sup>36</sup>, o entendimento generalizado é o de que, como se dispõe no n.º 2 do art. 225.º, é necessária uma deliberação da coletividade social para decidir acerca do destino da quota<sup>37</sup>. Mas já se mostra controvérsia a ulterior questão se saber se os

proc. 994/11.0T2AVR.C1.S1 (cláusula de intransmissibilidade com obrigação de dar destino à quota), e o acórdão do TRL de 15.05.2000 (Ferreira Girão), CJ 2000/3, pp. 88 e s. (cláusula de amortização simples).

<sup>34</sup> Cfr., designadamente: Raul VENTURA, *Sociedades por Quotas* (1989), pp. 546 e ss., 566 e ss., COUTINHO DE ABREU, *Das Sociedades* (2021), pp. 340 e s., 342 e 344, Raquel SEQUEIRA, «Transmissão de quotas e ações» (2018), pp. 532 e s., SILVA/MACHADO, «Breves notas» (2019), p. 58 (na deliberação sobre o destino da quota os sucessores não participam; cfr., no entanto, as pp. 61 e s. e 64, a respeito do art. 226.º e citando o acórdão do STJ de 29.10.2013 (Gabriel Catarino) – podem participar, sem direito de voto); e, na jurisprudência, o acórdão do STJ de 23.01.2001 (Ribeiro Coelho), proc. 00A3654 (cláusula de amortização simples).

<sup>35</sup> Cfr., designadamente, Pedro de ALBUQUERQUE, «Anotação aos artigos 225.º a 227.º do CSC» (2021), pp. 790, com mais indicações na nota 22, 794 e s., REMÉDIO MARQUES, «Anotação aos artigos 225.º a 227.º do CSC» (2016), pp. 430 e s., 451 e ss., e, na jurisprudência (perante uma cláusula de simples amortização), o acórdão do STJ de 23.09.1997 (Cardona Ferreira), BMJ n.º 469 (1997), pp. 586 e ss., e o acórdão do TRP 17.06.1996 (Abílio de Vasconcelos), CJ 1996/3, pp. 222 e ss.

<sup>36</sup> Cfr. V. LOBO XAVIER/ FERRER CORREIA, «A amortização de quotas e o regime da prescrição» (1966), nota 2, pp. 27 e ss., M.<sup>a</sup> Ângela COELHO, «A transmissão mortis-causa de quotas» (1976), pp. 20 e ss., em especial, nota 49 e texto correspondente à nota 50 (p. 22).

<sup>37</sup> Cfr., por ex., COUTINHO DE ABREU, *Das Sociedades* (2021), pp. 339 e 340, REMÉDIO MARQUES, «Anotação aos artigos 225.º a 227.º do CSC» (2016), pp. 429 e s., 431 e s., Raquel SEQUEIRA, «Transmissão de quotas e ações» (2018), pp. 531 e 533. SILVA/MACHADO, «Breves notas» (2019), pp. 56 e s. Consta do acórdão do STJ de 19.09.2006 (Azevedo Ramos), proc. 06A2395, CJ-STJ 2006/3, pp. 55 e ss.: «Aliás, mesmo no domínio da Lei das Sociedades por Quotas de 1901, vigente à data da constituição da sociedade em questão, era defendido pela melhor doutrina (designadamente por Ferrer Correia e Vasco Lobo Xavier) que a cláusula que conferia aos sócios sobrevivos a faculdade de não admissão na sociedade dos herdeiros do sócio falecido configurava uma verdadeira amortização de quota, tese essa que veio a ser consagrada no actual art. 225 do C.S.C., que por essa razão se considera ter carácter interpretativo do direito anterior ( Ac. S.T.J. de 31-5-90, Bol. 397-490)». Cfr. tam-

sucessores têm o *direito de participar* no competente processo deliberativo (via de regra, reunião da assembleia geral)<sup>38</sup> e, inclusive, se têm o *direito de voto*<sup>39</sup>.

Finalmente, quanto à *sexta questão*, dados os termos do art. 225.º, n.º 4, que, na falta de regulação estatutária do assunto, manda aplicar à determinação do valor a receber pelos herdeiros (e ao pagamento) as disposições legais relativas à amortização de quotas, entende-se, em conformidade com o prescrito no art. 235.º, n.º 1, al. *a*), que a data relevante – com referência à qual há que estimar o valor da sociedade e o derivado valor da quota, nos termos do art. 1021.º do CC – é a da deliberação relativa ao destino da participação (amortização ou aquisição)<sup>40</sup>. Este entendimento merece, no entanto, ser revisto.

## 4.2 Breve apreciação

Na impossibilidade de proceder aqui a uma análise desenvolvida, segue-se uma breve apreciação da situação descrita. Tendo em conta o caso paralelo das transmissões por morte de ações sujeitas ao consenti-

bém o acórdão do STJ de 23.01.2001 (Ribeiro Coelho), proc. 00A3654 (tratava-se de uma cláusula de amortização simples).

<sup>38</sup> A favor, cfr., designadamente: Pedro de ALBUQUERQUE, «Anotação aos artigos 225.º a 227.º do CSC» (2021), p. 790, com mais indicações na nota 22, REMÉDIO MARQUES, «Anotação aos artigos 225.º a 227.º do CSC» (2016), pp. 431, 452 e ss., MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades* (2007), p. 367, o acórdão do STJ de 23.09.1997 (Cardona Ferreira), proc. 97A083 (deixando em aberto a questão do voto, mas cláusula de amortização facultativa), e o acórdão do TRL de 15.05.2000 (Ferreira Girão), *CJ* 2000/3, pp. 88 e s. (estava em causa uma cláusula de amortização simples). Cfr. também o acórdão do STJ de 29.10.2013 (Gabriel Catarino), proc. 994/11.0T2AVR.C1.S1, embora no caso aqui decidido os sucessores tenham estado representados. Contra, COUTINHO DE ABREU, *Das Sociedades* (2021), pp. 340 e s. e nota 817, Raquel SEQUEIRA, «Transmissão de quotas e ações» (2018), p. 532, e o acórdão do STJ de 23.01.2001 (Ribeiro Coelho), proc. 00A3654 (tratava-se de uma cláusula de amortização simples).

<sup>39</sup> Cfr., a favor, Pedro de ALBUQUERQUE, «Anotação aos artigos 225.º a 227.º do CSC» (2021), pp. 790, com mais indicações na nota 22, e 795. No sentido da inexistência do direito de voto, além de COUTINHO DE ABREU, *Das Sociedades* (2021), citado na nota anterior, cfr., designadamente, Raul VENTURA, *Sociedades por Quotas* (1989), pp. 568 e ss., 570, REMÉDIO MARQUES, «Anotação aos artigos 225.º a 227.º do CSC» (2016), p. 452, Raquel SEQUEIRA, «Transmissão de quotas e ações» (2018), p. 532, e os acórdãos do STJ de 23.01.2001 (Ribeiro Coelho), proc. 00A3654 (tratava-se de uma cláusula de amortização simples), e de 29.10.2013 (Gabriel Catarino), proc. 994/11.0T2AVR.C1.S1.

<sup>40</sup> Cfr., por ex., COUTINHO DE ABREU, *Das Sociedades* (2021), p. 390, e REMÉDIO MARQUES, «Anotação aos artigos 225.º a 227.º do CSC» (2016), p. 434.

mento da sociedade<sup>41</sup> e, a respeito da cessão de quotas, o art. 228.º n.º 2, entendemos que a solução mais conforme ao CSC, à natureza e finalidades da regulação estatutária da transmissão de participações sociais, a uma justa ponderação dos interesses em jogo, à conhecida flexibilidade do tipo social em apreço e à correspondente autonomia conformadora (no caso, autonomia estatutária) do mesmo, implicada na liberdade de empresa (art. 61.º, n.º 1, da Constituição) é: por um lado, a de que as restrições em causa apenas afetam a *eficácia da transmissão das quotas* – operada segundo as regras do direito sucessório – *em relação à sociedade*, ou seja, retiram aos sucessores tão só o direito potestativo de aquisição da qualidade de sócios logo que aceitam a herança ou o legado; por outro lado, que este efeito restritivo elas deverão tê-lo.

Explicitando: com a morte do titular, a quota integra a herança jacente, passando para a titularidade em comum dos herdeiros (ou para a titularidade singular do sucessor, se houver apenas um) com a aceitação da herança, ou para a titularidade do legatário (ou legatários), com a aceitação do legado. Mas passa sem a inerente qualidade de sócio<sup>42</sup>; que poderá vir a ser por eles adquirida ou não. Isto é, provisoriamente, a sucessão incide sobre a quota de capital ou quota-valor, a que é inerente uma mera expectativa de aquisição da correspondente qualidade de sócio. Mesmo que se entenda que a quota em apreço passa para os sucessores com o correspondente direito geral e abstrato a uma quota-parte do valor da sociedade, dos direitos patrimoniais através dos quais ele se efetiva e concretiza – direito

<sup>41</sup> Cfr. Evaristo MENDES, *A transmissibilidade das ações*, tese UCP, 1989, II, pp. 268 e nota 39, e M.<sup>a</sup> João TOMÉ, «Algumas notas sobre as restrições contratuais à livre transmissão de ações», *Direito e Justiça* V (1991), pp. 199-218, 210 e ss., em especial, nota 102, pp. 217 e s. (aderindo à doutrina de Ferrer Correia e V. Lobo Xavier, relativa às SpQ). Não especificamente sobre o tema, mas parecendo ir neste sentido, cfr. COUTINHO DE ABREU, *Das Sociedades* (2021), pp. 367 e 358. Cfr., ainda, Raquel SEQUEIRA, «Transmissão de quotas e ações» (2018), pp. 534 e 535, a respeito das transmissões entre vivos, 550 e s., a respeito das transmissões por morte (admitindo a titularidade sucessória das ações, mas não esclarecendo o que acontece aos direitos inerentes). Quanto às SNC, cujo lugar no tecido económico veio a ser ocupado, em grande medida, pelas SpQ, decorre do art. 184.º que, em princípio, os sucessores não entram para a sociedade, tendo apenas direito ao valor da parte social; e, mesmo havendo uma cláusula no pacto social de continuação com eles, a assunção da posição de sócio depende do seu expresso consentimento (n.ºs 1 e 2). Os direitos e vinculações inerentes à parte social extinguem-se com a morte do sócio; sendo a herança integrada apenas por aquele direito patrimonial (n.º 7). Isto é assim mesmo quando a parte social vier, por morte do sócio, a compor a meação do seu cônjuge (sobrevivo) (n.º 8).

<sup>42</sup> Em certa medida, a situação assemelha-se à que ocorre na aquisição de quotas próprias, em que a quota também fica na titularidade da sociedade, mas sem a «inerente» qualidade de sócio.

ao lucro *stricto sensu* e direito à quota de liquidação, com o instrumental direito à distribuição periódica de lucros, direito a uma quota-parte das reservas e do capital exuberante que venham a ser distribuídos, direito ao contravalor da quota em caso de exoneração, exclusão, etc.<sup>43</sup> – apenas está em causa este último, i.e., o direito a receberem o contravalor da quota se dela vierem a ser privados.

Como se viu, era esta a orientação do Anteprojeto de Coimbra; apenas com a ressalva de que, distinguindo na participação social ou quota social a quota de capital ou quota-valor e a qualidade de sócio, os herdeiros apenas não adquirem automaticamente esta última. Noutros termos, as cláusulas não impedem a transmissão, mas afetam a sua eficácia social ou corporativa (em relação à sociedade). É o que se colhe no art. 225.º, lendo o mesmo como se segue: «O contrato pode estabelecer que (...) [a] quota não se transmitirá [com eficácia em relação à sociedade] aos sucessores (...), bem como pode condicionar a transmissão [com eficácia em relação à sociedade] (...); Quando, por força de disposições contratuais, a quota não for transmitida [com eficácia em relação à sociedade] (...); se nenhuma destas medidas for efetivada (...), a quota considera-se transmitida [com eficácia em relação à sociedade] (rectius, considera-se transmitida com o inerente direito à qualidade de sócio).

A suspensão provisória dos direitos e vinculações sociais prevista no art. 227.º, n.º 2, pelo menos quanto às cláusulas de intransmissibilidade, de consentimento e de continuação da sociedade com os sócios sobrevivos, constitui tão-só uma explicitação do que já decorre daqui. Verdadeiramente, ela só adquire um significado normativo próprio e autónomo quanto às cláusulas que se limitam a atribuir um direito de aquisição ou de amortização e cláusulas semelhantes<sup>44</sup>.

Seja como for, resulta dos próprios termos do controvertido art. 227.º, n.º 3, que o poder de votar em deliberações como as de alteração do pacto social e de dissolução da sociedade só é admitido para *defender* a posição jurídica dos sucessores – potenciais credores do valor da sociedade, se vierem a ser privados da quota herdada, e, com menos probabilidade, potenciais adquirentes da correspondente posição de sócio –, obstando a que a sociedade altere significativamente a participação social em causa

<sup>43</sup> A que acresce, como instrumental direito de proteção, o direito de subscrição preferencial de novas quotas, em caso de aumento do capital por novas entradas. No aumento de capital gratuito, há um simples desdobramento da própria quota. Daí a ressalva contida no art. 324.º, n.º 1, al. a).

<sup>44</sup> O mesmo vale para as cláusulas que atribuem aos sucessores um direito à amortização ou à aquisição da quota, contempladas no art. 226.º: cfr. *infra*, n.º 5. Como já se referiu, as cláusulas de amortização facultativa serão objeto de tratamento especial, no n.º 7.

ou se coloque numa posição capaz de pôr em perigo o recebimento pelos herdeiros do valor da quota. O que, *prima facie*, leva a concluir que eles poderão legitimamente votar contra as deliberações, mas não votar a seu favor ou fazê-las aprovar com o seu voto.

Quanto à *deliberação acerca do destino da quota* prevista no n.º 2 do art. 225.º – isto é, de amortização ou aquisição da quota, pela sociedade, sócio ou terceiro, no exercício de um direito potestativo que o legislador reconhece à sociedade para conseguir o objetivo do controlo das entradas de novos sócios -, o sentido natural das cláusulas e dos textos legais é o de que se trata de um assunto sobre a qual cabe à sociedade, com os sócios sobreviventes, decidir<sup>45</sup>; nada tendo a ver com a proteção jurídica da mencionada posição dos sucessores, entre a morte do *de cuius* e a aprovação de tal deliberação. Ou seja, aplica-se a suspensão. Os sucessores não têm o direito de votar, nem sequer de participar na competente reunião da coletividade social, caso seja adotado o método de assembleia como procedimento deliberativo. Isto afigura-se de meridiana clareza, pelo menos quanto às aludidas cláusulas de intransmissibilidade, consentimento e conservação ou estabilização, que, inequivocamente, com o aval da lei, incidem sobre a eficácia da transmissão sucessória em relação à sociedade, retirando aos sucessores, se levadas a sério, o direito à qualidade de sócios normalmente inerente à quota.

No que respeita às demais questões acima enunciadas, assume relevo proeminente a atinente à *data a que se reporta a avaliação* da quota. Embora da remissão do art. 225.º, n.º 4, para o art. 235.º resulte que a data seria a da deliberação de amortização, a solução correta deve ser, não a aplicação desta regra geral da amortização, mas a do próprio art. 1021.º, n.º 1, do CC<sup>46</sup>, especialmente adaptada à determinação do valor das participações sociais quando o fundamento da liquidação da quota é a morte de um sócio; ou seja, deve considerar-se que a data a atender é a da morte, como também dispõem o art. 110 da Lei de sociedades de capital espanhola e o art. 1.031 do CC brasileiro. Na verdade, diferentemente do que sucede na amortização (e aquisição) de quotas em geral, aqui, uma vez efetivada a amortização ou a aquisição da quota, ela retroage à data da morte (art. 227.º, n.º 1). E essa é também a solução que, via de regra, melhor protege

<sup>45</sup> Cf. Também, por ex., Raul VENTURA, *Sociedades por Quotas* (1989), p. 570, COUTINHO DE ABREU, *Das Sociedades* (2021), pp. 340 e s. e nota 817, e o acórdão do STJ de 23.01.2001 (Ribeiro Coelho), proc. 00A3654.

<sup>46</sup> Aplicável, não apenas às sociedades civis, mas também, pelo menos, às SNC e aos sócios comanditados de SCS (arts. 184.º, n.º 7, e 474.º do CSC). A parte social dos sócios comanditários suscita, por força do art. 475.º, o mesmo problema que se verifica nas SpQ.

os herdeiros contra possíveis comportamentos depreciadores dos sócios sobrevivos e da sociedade; favorecendo, ainda, a avaliação prévia da quota por um ROC, nos termos do art. 105.º, n.º 2, do CSC (para que remete o art. 235.º, n.º 1, al. *a*)). Pode ainda acrescentar-se – mormente a respeito das cláusulas de intransmissibilidade, consentimento e estabilização (continuação da sociedade com os sócios sobrevivos) – que, sendo a transmissão ineficaz em relação à sociedade, perante ela, os sucessores, legalmente, têm direito àquilo que existia no património do autor da sucessão, à data da morte; nem mais, nem menos.

Sendo assim, a sua proteção – perante a possibilidade de virem a ser privados da quota e a ficar credores de uma correspondente contrapartida compensatória (tendo em conta este aspeto da sua posição jurídica) – dar-se-á sobretudo através do cumprimento das regras que impõem à sociedade uma prévia avaliação da quota por um ROC independente, com observância do prescrito nos n.ºs 1 e 2 do art. 1021.º do CC (citados arts. 235.º, n.º 1, al. *a*), e 105.º, n.º 2)<sup>47</sup>, do exercício do direito a requerer exame à escrita (art. 42.º do CCom) e do direito a requerer a avaliação judicial da participação (art. 105.º n.º 3, do CSC e 1068.º do CPC)<sup>48</sup>. Podem ainda intervir aqui – embora em menor medida, dado o disposto nos arts. 225.º, n.º 4, *in fine*, e n.º 5, 235.º, n.º 3, e 236.º, n.ºs 4 a 6 – normas e medidas de conservação patrimonial, impedindo que a sociedade afete, direta ou indiretamente, o seu património em benefício dos sócios sobrevivos (ou de terceiros com eles relacionados), colocando-se numa situação de impossibilidade de pagar. Incluem-se aqui o direito de impugnar eventuais deliberações de distribuição de dividendos e reservas, de redução e distribuição de capital exuberante, aquisição ou amortização voluntária de quotas dos sobrevivos, etc., que, inviabilizando o recebimento do valor da quota, violam o direito a esta; a par dos meios gerais de conservação da garantia patrimonial, mormente a declaração de nulidade (art. 605.º do CC) e a impugnação pauliana (arts. 610.º e ss. do CC).

Atendendo a que os sucessores podem, em alternativa, vir a tornar-se sócios, para proteção da participação social, o que faz sentido, na

<sup>47</sup> Se não for observado o procedimento da avaliação por ROC independente, nos termos deste art. 105.º, n.º 2, pode também justificar-se, porventura, a legitimidade dos herdeiros para impugnar a deliberação de amortização (ou aquisição), ao abrigo do preceito em apreço e, porventura, do art. 236.º, n.º 2. Cfr., em geral, COUTINHO DE ABREU, *Das Sociedades* (2021), p. 342, REMÉDIO MARQUES, «Anotação aos artigos 225.º a 227.º do CSC» (2016), p. 452, SILVA/MACHADO, «Breves notas» (2019), p. 66.

<sup>48</sup> Acerca dos direitos em apreço, cfr. *supra*, no texto, o teor do Anteprojeto de Coimbra e COUTINHO DE ABREU, *Das Sociedades* (2021), p. 342.

lógica do art. 227.º, n.º 3, 2.ª parte, é, como se disse, que eles possam votar *contra* uma deliberação de dissolução da sociedade – e também de transformação, fusão ou cisão, inserção em grupo de subordinação, etc. – ou de alteração do pacto social, mormente de aumento de capital, mas não a favor da mesma. E o mesmo sucede com as deliberações de distribuição de valor acabadas de referir. Note-se, contudo, que este voto negativo apenas assegura uma proteção (preventiva) efetiva se os herdeiros forem titulares de mais de 25% do capital social; o que, na generalidade das situações, não sucederá. Teria sido mais eficaz e dogmaticamente menos discutível reconhecer-lhes, por ex., quanto às deliberações suscetíveis de afetar substancialmente a sua posição, um direito de voto ou fazer depender a sua eficácia do respetivo consentimento, ou aplicar um regime semelhante ao previsto no art. 368.º do CSC ou no art. 182.º do CVM<sup>49</sup>.

Ainda quanto à aludida *contrapartida compensatória*, devida aos herdeiros em caso de privação da quota, importa observar que o pacto social contém frequentemente uma regulação restritiva (cfr. *supra*, nºs 2.2 e 3)<sup>50</sup>. Neste caso, parte do que se referiu a respeito da tutela dos sucessores poderá não ser aplicável. Deve, em todo o caso, respeitar-se sempre a regra contida na primeira parte do art. 227.º, n.º 3, tendo presente que a quota integra a herança ou o legado com o respetivo valor *legal*. Apenas com o ato de privação da mesma, se este vier a ocorrer, haverá uma possível compressão estatutária desse valor, na determinação da contrapartida.

<sup>49</sup> No Anteprojeto de Raul Ventura, depois de se dispor que a transmissão por morte só poderia ser *impedida* por cláusula que permitisse a amortização da quota do sócio falecido (art. 32.º, n.º 2) e que até à tomada da competente deliberação os direitos e obrigações ficavam *suspensos* (art. 39.º, n.º 2), previa-se que, se a quota não viesse a ser amortizada (ou adquirida), as deliberações entretanto tomadas sem a participação dos herdeiros ficariam sem efeito salvo se por eles ratificadas ou se o voto não pudesse ter influído nelas (art. 39.º, n.º 3).

<sup>50</sup> Acerca do tema, cfr. Evaristo MENDES, «Valor das participações sociais. Valor legal e valor estatutário. Discrepância de valores», *DSR* 13 (2015), pp. 107-152, 122 e ss., com mais indicações. Na jurisprudência, para um caso extremo de exercício abusivo do direito de amortizar pelo valor estatutário, no contexto em apreço, cfr. o acórdão do STJ de 5.12.1991 (Cabral de Andrade), proc. 080783; mas aceitando a validade das cláusulas que mandam atender ao valor nominal da quota e afastando o abuso do direito, cfr. o acórdão de 29.06.1973 (Acácio Carvalho), *BMJ* n.º 228 (1973), pp. 245 e ss., e *Revista dos Tribunais* 91 (1973), pp. 323 e ss. Noutros acórdãos, poderia ter sido aplicada a doutrina do abuso do direito, mas o assunto foi decidido considerando inválida a deliberação: cfr., por ex., os acórdãos STJ de 1.02.1977 (Costa Soares), *BMJ* n.º 264 (1977), e de 23.09.1997 (Cardona Ferreira), *BMJ* n.º 469 (1997).

#### 4.3 Reconstrução jurídica

a) Em termos jurídico-dogmáticos, o que se expôs pode reconstruir-se como se segue. Aceitando que a SpQ comum, além de ser um centro de atividade produtiva – composto por uma superestrutura orgânica e corporativa de membros variáveis e por uma infraestrutura económico-patrimonial encabeçada pelo órgão de administração – legalmente dotado de subjetividade jurídica (personificado), é, enquanto resultado do exercício da liberdade de empresa dos respetivos findadores, aderentes e sucessores, também um objeto jurídico, não apenas do tráfico jurídico, mas igualmente de atribuição jurídica a estes, as quotas que, por força do direito sucessório, integram a herança ou o legado serão quotas ideais de contitularidade ou *compropriedade* da própria sociedade<sup>51</sup>.

A quota enquanto participação social (quota social) será, então, constituída por esta quota de compropriedade<sup>52</sup> (exterior à sociedade) e pela «inerente» ou correspondente qualidade ou posição de sócio (intracorporativa), na qual se concentra a generalidade dos direitos e vinculações que, se ela não existisse, seriam diretamente recondutíveis à quota<sup>53</sup>. Na ausência de cláusulas estatutárias restritivas, à quota de compropriedade será inerente o direito à aquisição da qualidade de sócio (*rectius*, o direito potestativo de aquisição desta), que os sucessores poderão fazer valer nos termos expostos (*supra*, n.º 1). Havendo restrições, a quota integra a herança ou o legado sem este direito. A posição jurídica associada à quota é a de potencial adquirente deste direito ou de um direito a uma compensação pecuniária, caso a sociedade opte, respeitando a lei, pela amortização ou aquisição da quota. É a quota com esta posição jurídica – que não envolve a qualidade de sócio – que merece proteção, como dispõe o art. 227.º, n.º 3.

Querendo atribuir-se um sentido útil e geral à segunda parte deste preceito, poderá dizer-se que o voto aí previsto, enquanto meio defensivo de tal posição jurídica, será apenas o voto contra, impeditivo de uma alteração substancial da sociedade e das participações sociais; o qual será, excepcionalmente, no contexto em apreço, diretamente inerente à quota. Na prática, funcionará como meio dissuasor da tomada das deliberações aí contempladas, se a quota herdada representar mais de 25% do capital social.

<sup>51</sup> Cfr. Evaristo MENDES, «Compra e venda de sociedades» (2022), pp. 199 e ss., 205 e ss.

<sup>52</sup> Este termo implica, naturalmente, a utilização de um conceito alargado de propriedade.

<sup>53</sup> Cfr. Evaristo MENDES, «Compra e venda de sociedades» (2022), p. 206.

b) A visão dualista ou analítica da participação social proposta – composta por uma quota de compropriedade (ou por uma quota-valor) e pela correspondente (em princípio inherente) qualidade de sócio – deve ver-se como isso mesmo: como uma perspetiva ou maneira de ver o fenómeno, que nos parece adequada para compreender designadamente certas vicissitudes da mesma; não como uma teoria substitutiva da corrente visão monista ou sintética – que vê na quota (e também nas ações) a própria posição de sócio com certa medida de direitos e vinculações –, a qual poderá revelar-se mais ajustada noutras situações. Teorias ou perspetivas à parte, o que importa sobretudo salientar na análise do fenómeno translativo é a ideia de transmissão com e sem eficácia em relação à sociedade.

Na perspetiva adotada, a eficácia em relação à sociedade respeita à própria qualidade de sócio. Uma transmissão ineficaz em relação a esta significa que o transmissário não tem a qualidade de sócio correspondente à quota adquirida, como dispõe, por ex, o art. L 223-13 do CCom francês. E, consequentemente, nem é titular dos correspondentes direitos sociais, nem se encontra adstrito às vinculações legais e estatutárias próprias da condição de sócio. Logicamente, em face das cláusulas de intransmissibilidade, estabilização e consentimento, a suspensão a que se refere o art. 227.º, n.º 2, será, portanto, total; podendo sê-lo ou não em face das cláusulas de amortização simples.

Invertendo o discurso, isto é, começando pela segunda parte do n.º 3 do art. 227.º, poderá, contudo, dizer-se que a suspensão dos direitos é parcial (residual e defensiva); e, literalmente, sê-lo-á para todas estas cláusulas. Concebem-se, então, duas construções do fenómeno: entender que o resíduo de direitos defensivos em causa é inherente à quota, mas mantém-se em suspenso a correspondente qualidade de sócio; ou reconhecer aos herdeiros, apesar das cláusulas, a qualidade de sócios, com suspensão da generalidade dos direitos e das vinculações. Neste segundo caso, haverá uma limitada dissociação dos direitos sociais, como a que se encontra o Código das Obrigações suíço (arts. 685c e 788), embora mais circunscrita. Note-se, porém, que o artigo só se ocupa dos direitos e vinculações, em face das restrições estatutárias em apreço. Não afasta a exigência geral de notificação da transmissão em devidos termos à sociedade, tendente à aquisição da qualidade de sócio (*cfr. supra*, n.º 1).

Adotando a visão monista, diríamos que, em virtude das regras sucessórias, a quota social (participação social em sentido objetivo), posição de sócio ou de membro da SpQ, passa para os herdeiros em conformidade com as regras sucessórias, mas, enquanto ela não for tornada eficaz em relação à sociedade, esta não reconhece os transmissários como sócios – tudo se passando como se, para ela, a transmissão não existisse – e,

portanto, nem eles têm legitimidade material para exercer os correspondentes direitos sociais nem ela pode valer contra eles as vinculações próprias de condição de sócio<sup>54</sup>. Quanto às cláusulas de intransmissibilidade, estabilização e consentimento, a ineficácia traduzir-se-á, então, *natural ou mesmo inevitavelmente*, numa suspensão do exercício dos direitos e vinculações sociais; suspensão que poderá estender-se, supletivamente, às sociedades cujo pacto social contenha simples cláusulas de amortização facultativa, de forma plena ou parcial.

Lendo literalmente e de forma isolada a segunda parte do n.º 3 do art. 227.º, a suspensão será apenas parcial; e compreenderá todas as cláusulas mencionadas. Conjugando-o com o art. 225.º e atendendo à história do mesmo – ligada às cláusulas de amortização simples – o respeito pela autonomia estatutária e a coerência do sistema podem levar, no entanto, a limitar a sua aplicação a estas cláusulas.

## 5. O que sucede se houver cláusulas restritivas no interesse dos herdeiros

Como se viu (*supra*, n.º 1), os sucessores têm, nos termos gerais, o direito potestativo de se tornarem sócios, notificando a sociedade da aquisição da quota e/ou requerendo-lhe a promoção do respetivo registo (arts. 242.º-A e 242.º-B); mas, com base nas cláusulas contempladas no art. 226.º – cláusulas que condicionam a transmissão da quota à sua vontade ou lhes conferem um direito à amortização (ou aquisição) da mesma – o CSC reconhece-lhes, em alternativa, o direito de exigirem da sociedade que disponha da quota – amortizando-a, adquirindo-a ou fazendo-a adquirir –, de modo a receberem o respetivo valor, legal ou estatutário (ou o que seja acordado com a sociedade); direito este exercitável no prazo de 90 dias a contar do conhecimento do óbito (art. 226.º, n.º 1).

Podem, portanto, dentro deste prazo, optar pelo exercício de um destes direitos. Se optarem pelo segundo, a sociedade tem o ónus de amortizar, adquirir ou fazer adquirir a quota. Caso o não faça, fica sujeita a dissolução (art. 226.º, n.º 2); tal como sucede no caso de um sócio ter o direito a que a sociedade o exonere – mediante a amortização ou aquisição da quota ou quotas –, se ela não satisfizer este direito (art. 240.º, n.ºs 3 e 4).

<sup>54</sup> Ressalvam-se os direitos e obrigações já constituídos, que integram a herança juntamente com a quota: cfr. *supra*, nota 7. Cfr., a este respeito, o que consta do Anteprojeto de Coimbra (n.º 1.1) e a posição de SOVERAL MARTINS, embora o autor não aluda à eficácia em preçpo (nota 31).

Perante uma cláusula do primeiro tipo (condicionadora da transmissão), até à eventual opção pela entrada para a sociedade, falta-lhes, *naturalmente*, a qualidade de sócios, uma vez que não exerceram o direito correspondente. Daí que, também neste caso, o art. 227.º, n.º 2, apenas se limita a esclarecer que os direitos e vinculações próprios da posição de sócio se encontram suspensos. Quanto à defesa da sua posição jurídica enquanto não fazem a sua opção e, sendo esta pela amortização ou aquisição da quota, enquanto a sociedade não lhe dá destino, valem as considerações acima expostas, a respeito do art. 225.º Note-se, contudo, quanto à polémica segunda parte do art. 227.º, n.º 3, que os herdeiros podem ter um legítimo interesse em não entrar para a sociedade; sendo injustificado reconhecer-lhes provisoriamente a qualidade de sócios contra a sua vontade.

Se o pacto social se limitar a atribuir-lhes um direito à amortização (ou aquisição) da quota, teoricamente, eles poderão fazer-se reconhecer como sócios, sob reserva de, dentro do prazo referido de 90 dias, ainda poderem vir a exercer tal direito. Faltando essa reserva, a sociedade terá o direito de presumir que abdicaram do seu exercício. Na falta de exercício, quer do direito à qualidade de sócios, quer do direito à amortização, enquanto a situação perdurar e não houver decorrido o prazo, retira-se do art. 227.º, n.º 2, a suspensão da qualidade social, isto é, a titularidade da quota sem esta.

## 6. O que sucede se houver cláusulas restritivas no interesse da sociedade e dos herdeiros

O CSC não regula especificamente a situação decorrente da eventual existência no pacto social de cláusulas que restringem a eficácia da transmissão da quota por morte, com eficácia em relação à sociedade, no interesse da sociedade e dos herdeiros. O respetivo regime terá de se encontrar, portanto, através da aplicação conjugada dos arts. 225.º e 226.<sup>55</sup> No essencial, dentro do prazo de 90 dias a contar do conhecimento da morte do sócio, pode a sociedade exercer o direito potestativo de amortizar, adquirir ou fazer adquirir a quota; e podem os sucessores, que se encontram privados do direito à qualidade de sócios, exigir que ela o faça.

Sendo assim, como se viu a respeito dos preceitos em apreço, há uma *natural* suspensão da qualidade de sócio, com os direitos e vinculações

<sup>55</sup> Cfr. também Raul VENTURA, *Sociedades por Quotas* (1989), p. 560.

que lhe são próprios. Ou seja, também aqui o art. 227.º, n.º 2, apenas confirma que é assim.

### III

## CLÁUSULA DE AMORTIZAÇÃO FACULTATIVA COMPULSIVA

### 7. A cláusula que atribui à sociedade o poder de amortizar a quota com fundamento na morte do sócio

Importa agora responder, em especial, à seguinte questão: *a cláusula que atribui à sociedade o poder de amortizar a quota com fundamento na morte do sócio é uma cláusula restritiva? Aplica-se-lhe o disposto nos arts. 225.º e 227.º do CSC?* Vamos ver primeiro a situação no domínio da LSQ (n.º 7.1) e, depois, neste Código (n.º 7.2).

#### 7.1 A situação na vigência da Lei de 1901

Na vigência da LSQ de 1901, o entendimento maioritário era no sentido de que a cláusula em apreço – diferentemente do que sucedia, designadamente, com as cláusulas de estabilização – não restringia a transmissão das quotas por morte do titular; apenas conferia à sociedade o poder de as amortizar, já na esfera jurídica dos sucessores, tendo a competente deliberação apenas eficácia para o futuro. Por conseguinte, identificando-se a quota com a participação social ou posição de sócio, os herdeiros deviam considerar-se sócios, com a plenitude dos correspondentes direitos; incluindo o de participar e votar na deliberação acerca da amortização<sup>56</sup>.

<sup>56</sup> Cfr., designadamente: os acórdãos do STJ de 11.10.1968 (Ludovico da Costa), *BMJ* n.º 180 (1968), pp. 309 e ss., 23.07.1971 (Acácio Carvalho), *BMJ* n.º 209 (1971), pp. 172 e ss., 16.02.1973 (Fernandes Costa), *BMJ* n.º 224 (1973), pp. 195 e ss., *Revista dos Tribunais* 91 (1973), pp. 417 e ss., e *RLJ* 107 (1974/75), pp. 59 e ss., com anotação substancialmente concordante de VAZ SERRA, pp. 61 e ss. – dando conta da diferente posição de Ferrer Correia e V. Lobo Xavier, *maxime*, pp. 64, 67 e ss. –, distinguindo a cláusula em apreço de outras como a de estabilização e dando mais indicações, 1.02.1977 (Costa Soares), *BMJ* n.º 264 (1977), pp. 210 e ss. (considerando expressamente que, em face de uma distinta cláusula de continuação com os sócios sobrevivos, a qualidade de sócio não seria adquirida), 17.07.1986 (Frederico Baptista), *BMJ* n.º 359 (1986), pp. 740 e ss., e 26.05.1987 (Alcides de Almeida), *BMJ* n.º 367 (1987), pp. 522 e ss. (contendo indicações acerca do estado da questão); os acórdãos do TRL de 2.12.1981 (Barros Baião), *CJ* 1981/4, pp. 168 e s., 17.06.1986 (Herlander Martins), *CJ* 1986/3, pp. 127 e ss., e 27.10.1992 (Adriano Morais), proc. 080783 (negando eficácia retroativa a uma deliberação renovatória), e o acórdão do

Contra este entendimento, pronunciaram-se Ferrer Correia e Vasco Lobo Xavier, a respeito das cláusulas de amortização que contivessem uma estipulação de prazo, razoável, para o exercício do poder de amortizar<sup>57</sup>. A argumentação era, sumariamente, a que se segue.

Contendo o pacto social uma *cláusula de continuação da sociedade com os sócios sobreviventes*, por interpretação, integração ou conversão legal da mesma, é de entender que a sociedade fica com o poder de amortizar a quota, sendo necessária uma deliberação social para a extinguir<sup>58</sup>, mas mostra-se inequívoco que os herdeiros não sucedem nos direitos sociais; apenas adquirindo o direito a receber o respetivo valor<sup>59</sup>.

No que respeita à cláusula que apenas atribui à sociedade o *direito de amortizar* quotas por morte do titular, se o pacto social não dispuser de maneira diferente e contiver um prazo, razoável, para o exercício do direito<sup>60</sup>, deve ele ser interpretado ou integrado, atendendo ao espírito da mesma, à vontade conjectural das partes e a uma adequada ponderação dos interesses em jogo, no sentido de que, enquanto a situação não for esclarecida em definitivo pelos sócios sobreviventes, os herdeiros mantêm-se

TRP de 18.03.1986 (Martins da Costa), CJ 1986/2, pp. 178 e ss. Vejam-se, ainda, por ex., as anotações de J. G. SÁ CARNEIRO, aos acórdãos do TRP de 22.01.1969 (Eduardo Sousa), *Revista dos Tribunais*, 88 (1970), pp. 174 e s., e de 17.12.1969 (Abel de Campos), *ibidem*, pp. 276 e ss., e ao acórdão do STJ de 29.06.1973 (Oliveira Carvalho), mesma revista, ano 91 (1973), pp. 323 e ss., 327 e ss., distinguindo as cláusulas de estabilização das de simples amortização e fornecendo mais indicações, e, com igual distinção, Raul VENTURA, *Sociedades Comerciais: Dissolução e Liquidação*, I, Ática, Lisboa, 1960, pp. 327, 401, 442 e ss., 448 e ss. (entendendo que, em face da simples cláusula de amortização, os herdeiros, implicitamente, adquiriam a qualidade de sócios, mas não em face de uma cláusula de estabilização). Do primeiro autor, pode, ainda, ver-se, mais desenvolvidamente, «Cláusulas de conservação e sociedades unipessoais», mesma revista, ano 65 (1947), pp. 162 e ss.

<sup>57</sup> V. LOBO XAVIER /FERRER CORREIA, «A amortização de cotas e o regime da prescrição» (1966), pp. 91 e ss. = *A amortização de quotas e o regime da prescrição*, Coimbra, 1966 (Separata da RDES XII/4), Apêndice, pp. 84 e ss. Note-se que, também no domínio da lei anterior, diferentemente de Raul Ventura e J. G. Sá Carneiro, como já se notou (*supra*, notas 36 e 37), estes autores entendiam que as cláusulas de intransmissibilidade, conservação ou estabilização só poderiam valer como cláusulas de amortização, exigindo, pois, a sua aplicação uma deliberação da coletividade social – cfr., naquele escrito, a nota 2, pp. 28 e s.

<sup>58</sup> V. LOBO XAVIER /FERRER CORREIA, «A amortização de cotas e o regime da prescrição» (1966), nota 2, pp. 37 e ss.

<sup>59</sup> V. LOBO XAVIER /FERRER CORREIA, «A amortização de cotas e o regime da prescrição» (1966), pp. 92 e s.

<sup>60</sup> No caso analisado, em comentário a uma sentença arbitral de 10.01.1966, a cláusula regulava o exercício dos direitos pelos herdeiros enquanto a sociedade não usasse do direito e faltava um prazo: cfr. V. LOBO XAVIER /FERRER CORREIA, «A amortização de cotas e o regime da prescrição» (1966), nota 1, p. 27.

afastados da sociedade, assegurando-se-lhes, do mesmo passo, uma proteção adequada à sua posição jurídica. Mais especificamente, a solução deverá ser: «a) Falecendo um dos sócios, a aquisição pelos herdeiros da *qualidade social* fica *em suspenso*, até que a sociedade tome a resolução, já no sentido de lhes liquidar a sua parte (amortização da quota do defunto), já de os admitir como associados. b) Esta última deliberação será substituída de pleno direito pelo decurso do prazo dentro do qual, segundo os estatutos, aquela outra poderia ter lugar. c) Tomada pela sociedade a deliberação de amortização, há que entender, portanto, que os herdeiros nunca foram sócios, mas apenas titulares de um *crédito* contra a sociedade. d) Durante a pendência da condição, poderão ser exercidos pelos herdeiros todos os direitos necessários e conducentes à tutela da sua posição jurídica.»<sup>61</sup>

A posição jurídica dos herdeiros é, no essencial, a de titulares *atuais* de um direito de crédito contra a sociedade, correspondente ao valor da quota, a que têm direito sem mais, ou que se manifestará através dos direitos patrimoniais próprios da condição de sócio, se a opção da sociedade vier a ser no sentido de os admitir no seu seio. Embora os autores também aludam à sucessão nos «direitos patrimoniais inherentes à quota» – o que poderia sugerir uma dissociação dos direitos sociais, semelhante à que se encontra no Código das Obrigações suíço (arts. 685c, n.º 2, e 788) –, a ideia parece, mais especificamente, a de que o que faz parte, imediatamente, da herança e deve ser desde logo acautelado é o «valor patrimonial representativo da quota», um crédito tendo por objeto o seu justo valor, em geral exercitável logo que a sociedade delibere a amortização da quota ou de que os herdeiros podem vir a desfrutar, no futuro, através dos direitos patrimoniais que integram a posição de sócio (perceção de dividendos, etc., com consequentes direitos de intervenção na vida administrativa da empresa), se a opção for pela sua aceitação como sócios<sup>62</sup>. Como direitos de defesa, assinalam-se, exemplificativamente, o de impugnar a avaliação da quota feita pela sociedade, o de requerer exame à escrita e, vindo a amortização a ser deliberada já fora do tempo, o de impugnar a legalidade da deliberação<sup>63</sup>.

<sup>61</sup> V. LOBO XAVIER /FERRER CORREIA, «A amortização de cotas e o regime da prescrição» (1966), pp. 91 e ss.

<sup>62</sup> V. LOBO XAVIER /FERRER CORREIA, «A amortização de cotas e o regime da prescrição» (1966), pp. 91, 96 e s. Note-se que Raul VENTURA, no Anteprojeto, admitia expressamente a possibilidade de dissociação dos direitos patrimoniais (art. 42.º); cfr. também «Reflexões sobre direitos dos sócios», CJ IX (1984)/2, pp. 7-12, 11 e s.

<sup>63</sup> V. LOBO XAVIER /FERRER CORREIA, «A amortização de cotas e o regime da prescrição» (1966), p. 97.

## 7.2 Situação atual

A posição daqueles professores foi expressamente acolhida no Anteprojeto de LSQ de Raul Ventura. Dispunha o art. 32.º, n.º 2: «A transmissão por morte só pode ser impedida por cláusula que permita a amortização da quota do sócio falecido»<sup>64</sup>. E também no Anteprojeto de Vaz Serra<sup>65</sup>.

No Anteprojeto de Coimbra, que serviu de base ao articulado do CSC, confirma-se este entendimento. Recorda-se o que se lê na respetiva exposição de motivos:

“[O] artigo 54.<sup>66</sup> define a situação da quota no período que medeia entre a data do falecimento do sócio e o momento da amortização ou aquisição da quota, ou o termo do prazo estabelecido no n.º 2 do artigo 53.<sup>67</sup>: embora os direitos e obrigações inerentes à quota estejam suspensos durante este período, nem por isso os interesses dos herdeiros ficam desacautelados, pois se lhes facilita exercer durante a suspensão «todos os direitos necessários à tutela da sua posição jurídica» (por exemplo, o direito de impugnar a avaliação feita pela sociedade da quota do *de cuius*, podendo requerer, para o efeito, exame à escrita). Esta solução consagra a doutrina que de há muito vem sendo preconizada por A. Ferrer Correia e V. Lobo Xavier (...)”<sup>68</sup>; e “foi, de resto, acolhida tanto pelo Anteprojecto de Raul Ventura como pelo Anteprojecto de Vaz Serra.”<sup>69</sup>

Daí que, já no domínio do CSC, Ferrer Correia se tenha pronunciado no sentido de considerar as cláusulas em apreço – sujeitas por este Código ao prazo de 90 dias, seja por via do art. 225.º, n.º 2, seja pelo art. 234.º, n.º 2 – abrangidas pelo art. 227.<sup>70</sup> Na verdade, para além deste argumento histórico, existe um importante argumento sistemático (ou analógico) a favor de tal posição. É o que se extrai do art. 226.º, n.º 1: se operam essa suspensão as cláusulas que atribuem, sem mais, aos herdeiros, um *direito à amortização*, o mesmo se justifica a respeito das cláusulas de

<sup>64</sup> Cfr. «Apontamentos» (1969), p. 218. Igual redação tinha já o art. 29.º, n.º 2, da 1.ª versão do Anteprojeto (BMJ n.º 160 (1966), p. 93).

<sup>65</sup> Cfr. o art. 66.º, n.º 1, *apud* Raul VENTURA, *Sociedade por Quotas* (1989), p. 533.

<sup>66</sup> Art. 55.º, na redação final.

<sup>67</sup> Art. 54.º, na redação final.

<sup>68</sup> Remete-se para *A amortização de quotas e o regime da prescrição*, 1966, Apêndice, pp. 84 e s. Trata-se de separata da RDES, por nós citada.

<sup>69</sup> *Anteprojeto de Coimbra* (1979), pp. 59 e s.

<sup>70</sup> Cfr. «A sociedade por quotas de responsabilidade limitada segundo o CSC», *Temas* (1989), pp. 159 e s.

amortização facultativa em apreço, ou seja, em que é a sociedade que tem o direito de amortizar.

Além disso, diferentemente do que se entendia no domínio da LSQ, hoje, o art. 227.º, n.º 1, determina que a amortização da quota retrotraí os seus efeitos à data do óbito. Embora o preceito se refira à amortização realizada nos termos dos arts. 225.º e 226.º, e esteja em causa demonstrar que a que aqui se discute também cabe no primeiro, não se afigura haver razões substanciais para a tratar de modo diverso das que nele se encontram literalmente compreendidas. E também tem algum relevo a circunstância de as atuais cláusulas de amortização simples (ou facultativa) compulsiva terem vindo ocupar, na prática estatutária, as antigas cláusulas de intransmissibilidade e de estabilização.

Em suma, salvo se outra coisa resultar do pacto, a solução deverá ser esta. No fundo, o CSC contém a seguinte *coordenada fundamental*: (i) sempre que, de acordo com o pacto social, a transmissão da quota por morte – ou a correspondente aquisição da qualidade de sócio – estiver afastada ou condicionada (no interesse da sociedade e/ou dos herdeiros – arts. 225.º, n.º 1, e 226.º, n.º 1/2<sup>a</sup> hipótese da previsão) e (ii) sempre que o destino final da quota dependa da vontade da sociedade e/ou dos herdeiros (cfr. o art. 226.º, n.º 1/1<sup>a</sup> hipótese), é *supletivamente* criada uma situação provisória de pendência ou suspensão dos direitos e vinculações inerentes à quota (art. 227.º, n.º 2). Com efeito, se, em especial, o fim primordial da cláusula de amortização facultativa é o de permitir à sociedade rejeitar os herdeiros de um sócio – conferindo-lhe um controlo sobre a composição da sua coletividade social em situações nas quais as vicissitudes das quotas ou dos sócios atuais podem levar à entrada de novos sócios não escolhidos por quem nela se mantém –, faz menos sentido que a admissão destes lhe seja automaticamente «imposta» por lei, em virtude do simples facto da morte e das regras sucessórias; o natural é a criação do referido período transitório de suspensão. A não ser assim, substancialmente estaríamos, de resto, perante um caso de exclusão – ou amortização excludente – dos herdeiros, anómalo, dado que o respetivo fundamento não respeita à sua pessoa nem ao seu comportamento. Compreende-se que a sociedade reserve estatutariamente a sua decisão acerca da admissão ou não dos herdeiros para um momento posterior à morte, em face da pessoa dos potenciais adquirentes da quota, da sua situação patrimonial e financeira, corporativa, etc. É esse o sentido fundamental da cláusula em apreço. Mas, na falta de elementos contratuais em contrário, o *natural* é que essa reserva de decisão posterior funcione sem a «invasão forçada» e a interferência dos herdeiros.

A idêntico resultado se chega por outra via. Uma das hipóteses previstas pelo art. 225.º, n.º 1, é a do condicionamento da transmissão (com eficácia face à sociedade) ao consentimento desta. Ora, a cláusula em apreço – dada a sua finalidade de colocar nas mãos da sociedade, pessoalmente reduzida após a morte de um sócio, a decisão acerca da conveniência ou não de «continuar com os respetivos herdeiros» – tem implícito um natural condicionamento dessa transmissão, encontrando-se, por isso, compreendida nesse segmento do preceito e, desse modo, no art. 227.º, n.º 2<sup>71</sup>.

Discorda-se, assim, do entendimento segundo o qual as cláusulas merecem o mesmo tratamento que dominantemente se lhes dava no domínio da LSQ, expresso, designadamente, no acórdão do STJ de 23.09.1997, em cujo sumário se lê:

«I (...) II – Estando em causa uma cláusula estatutária de simples possibilidade de amortização da quota do sócio falecido, os *sucessores adquirem*, na data do óbito e como consequência deste, a *contitularidade dessa quota e o direito de serem convocados para qualquer assembleia geral* da sociedade, enquanto não ocorrer amortização ou ato semelhante que faça cessar a posição jurídica adquirida por sucessão (artigo 248.º, n.º 5, do Código das Sociedades Comerciais).

III – Se a convocatória anteriormente referida for omitida, independentemente de os contitulares da quota do sócio falecido poderem ou não votar relativamente à respectiva amortização, as deliberações são nulas (artigo 56.º, n.º 1, alínea a), do Código das Sociedades Comerciais).»<sup>72</sup>

Encarando o problema sob uma perspetiva mais ampla, pode, ainda, observar-se o que se segue. Os pactos sociais devem ser *interpretados* tendo em conta que a SpQ é formada por uma coletividade de membros variáveis, sendo relevante o sentido que às respetivas cláusulas dá um destinatário normal – um homem médio pertencente ao círculo dos

<sup>71</sup> Parece ser esta a assinalada posição de FERRER CORREIA e também a de Raul VENTURA, *Sociedades por Quotas* (1989), pp. 537, 541, 542 e ss. e, sobretudo, 560 e 567. Cfr., ainda, COUTINHO DE ABREU, *Das Sociedades* (2021), nota 828, p. 344. Na jurisprudência, claramente no sentido da aplicação da suspensão a uma cláusula de amortização facultativa compulsiva (designando-a de opção e distinguindo-a das de estabilização), cfr. o acórdão do STJ de 23.01.2001 (Ribeiro Coelho), proc. 00A3654.

<sup>72</sup> Acórdão relatado por Cardona Ferreira, *BMJ* n.º 469 (1997), pp. 586 e ss. Cfr. também o acórdão do TRP de 17.06.1996 (Abílio Vasconcelos), proc. 9551419, *CJ* 1996/3, pp. 222 e ss. Porém, no sentido da suspensão dos direitos, embora nos termos mitigados defendidos por Raul Ventura, cfr. o acórdão do STJ de 23.01.2001 (Ribeiro Coelho), citado na nota anterior.

atuais titulares e potenciais interessados na aquisição das quotas e inerente socialidade – embora numa SpQ apenas com membros fundadores ou em que se deduza do comportamento dos sócios uma dada interpretação se possa, entre eles, atender a um sentido consensualmente aceite. Tipicamente, um tal intérprete não faz nem raciocínios jurídicos, nem sequer estritamente lógicos; o que importa é, antes de tudo, a função prático-jurídica da cláusula, os interesses e valores que visa acautelar ou salvaguardar no contexto em que se insere; por conseguinte, o que releva não é o critério lógico-conceptual do juiz, segundo o qual uma cláusula de amortização facultativa pressupõe a transmissão da quota por morte e apenas permite à sociedade uma atuação «*a posteriori*», eliminando os sucessores que desse modo se tornaram sócios se isso lhe convier. Ora, tendo em conta essa função ou finalidade típica, na falta de indicação no pacto social em sentido diferente, faz sentido que o controlo sobre a composição da coletividade social não se limite a um controlo «*a posteriori*», de caráter excludente. Tal será, especialmente, o caso se, no mesmo pacto social, a liberdade de cessão se encontrar circunscrita ao universo dos próprios sócios, com exclusão daqueles que normalmente serão os sucessores do sócio falecido. Na verdade, se o pacto afasta o regime supletivo de liberdade do art. 228.º, n.º 2, 2.ª parte, e, quanto à morte, prevê a amortizabilidade compulsiva da quota, afigura-se natural uma interpretação da cláusula de amortização no sentido de um afastamento, ainda que tão-só provisório, da transmissão por morte com eficácia (plena) face à sociedade.

Não se chegando a um resultado seguro, vale a regra legal supletiva que se extrai da lei, conforme se expôs. Podem também intervir, antes ou depois, os cânones da interpretação complementadora ou integração do contrato social, procedendo designadamente a uma ponderação dos interesses em jogo implicada no princípio da boa fé; valendo aqui as apontadas observações de Ferrer Correia e Vasco Lobo Xavier<sup>73</sup>.

<sup>73</sup> Acerca das regras da interpretação e integração dos negócios jurídicos, podem ver-se, com mais indicações, Evaristo MENDES/Fernando SÁ, Anotação aos arts. 236.º a 238.º do CC, in *Comentário ao Código Civil, Parte Geral*, coord. de Carvalho Fernandes/Brandão Proença, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2014, pp. 532 e ss., 547 e ss., em especial, as pp. 534 e ss. (notas I, V, VII e VIII a X), 537 e ss. (notas II, V e VI e XI).

**IV**  
**SÍNTESE CONCLUSIVA**

**8. Transmissão sucessória e transmissão social. Perspectiva dualista da participação social.**

Decorre do exposto que, apesar de o atual regime da transmissão de quotas de SpQ por morte do respetivo titular tenha tido como objetivo primordial instituir um sistema claro e equilibrado, pondo termo às dúvidas e incerteza jurídica reinantes no domínio da LSQ, esse objetivo não se encontra alcançado. Em boa medida, tal deve-se, por um lado, à circunstância de a cláusula de amortização facultativa compulsiva, hoje dominante, não estar contida de forma clara no art. 225.<sup>º</sup>, atendendo apenas ao seu teor literal, e, por outro lado, porque, partindo de uma identificação da quota com a participação social do tipo societário em apreço, isto é, reconduzindo-a à posição de sócio com certa medida de direitos e vinculações, o articulado de base dos artigos 225.<sup>º</sup> e 227.<sup>º</sup> tem subjacente uma conceção do fenómeno translativo, de que Ferrer Correia é a face mais visível, em pelo menos aparente contradição com a segunda parte do art. 227.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 3, acrescentada no Projeto de Código de Sociedades e refletindo o pensamento de Raul Ventura.

**8.1. Transmissão sucessória e transmissão socialmente eficaz**

Justifica-se, por isso, uma revisitação do tema, desconsiderando a participação de sócio profissional de SpQ profissional, que o CSC não contempla. Em traço grosso, a nossa visão – tendo na base a distinção entre transmissão com e sem eficácia em relação à sociedade, também presente na cessão de quotas e na transmissão de ações, a que pode acrescentar-se uma distinta construção da participação social – é suscetível de ser sumariada como se segue.

a) As quotas – como bens ou posições jurídicas essencialmente patrimoniais que são – estão sujeitas às regras de transmissão, legal e testamentária, do direito sucessório, designadamente ao princípio da sucessão universal. E esta transmissão dá-se, não apenas quando o pacto social é omisso sobre o assunto, sendo as quotas livremente transmissíveis, mas também – ao menos se não houver uma admissível definição estatutária do destino da quota do sócio falecido – quando o pacto social contém restrições à mesma.

Sendo a quota *livremente transmissível*, ela passa para a titularidade em comum dos herdeiros com a aceitação da herança e para a titularidade de eventual legado com a aceitação deste. Mas a SpQ é estranha a tais atos (como o é relativamente a uma subsequente partilha, em que se especifica a titularidade da quota) e, além de uma dimensão patrimonial, tem também uma dimensão social ou corporativa: é uma organização de membros variáveis, sendo esta variação mais ou menos importante para o seu adequado funcionamento e desempenho. Por isso, como acontece com as ações (nominativas) e com a cessão de quotas<sup>74</sup> – a que pode acrescentar-se a cessão da generalidade dos direitos não reais e da posição contratual livremente transmissível ou cuja transmissão tenha sido previamente consentida, mas por razão especial, ainda maior –, a *eficácia da transmissão em relação a ela* está dependente de comunicação em devidos termos ou reconhecimento por si; no atual direito, envolvendo a notificação o requerimento de promoção do registo e a prova da qualidade de herdeiro ou legatário. Só assim os herdeiros se tornam sócios ou, pelo menos, reconhecidos como tais pela sociedade<sup>75</sup> e, portanto, legitimados para o exercício dos direitos sociais; e também só com essa eficácia a sociedade estará em condições de exercer, em relação a eles, os correspondentes direitos corporativos (por ex., o direito a prestação suplementar cuja chamada haja sido deliberada *post mortem*).

Dito de outra forma: com a aceitação da herança ou do legado, a quota passa para os respetivos beneficiários, não com a qualidade de sócio, mas com o inerente direito potestativo de aquisição desta qualidade; dependendo a sua aquisição do exercício, em devidos termos, deste direito (ou do reconhecimento, expresso ou tácito, dos herdeiros como sócios pela sociedade, baseado na vontade, também expressa ou tácita, dos mesmos de assumirem a posição de sócios). Na construção monista da participação social o que passa para os herdeiros, por força do direito sucessório, é a própria quota social, mas, antes de a aquisição desta se tornar eficaz em relação à sociedade, ela existe na esfera jurídica dos mesmos sem a correspondente legitimidade social ou substantiva para o exercício dos direitos sociais: apenas lhe é inerente o direito dos herdeiros a fazerem-se reconhecer como sócios pela sociedade, *i.e.*, o direito de aquisição desta legitimidade, exercitável em termos análogos aos da construção anterior.

b) Caso o pacto contenha *restrições* à transmissibilidade por morte no interesse da sociedade – permitindo a esta filtrar ou controlar as entra-

<sup>74</sup> Cfr. também, acerca das transmissões executivas, os arts. 228.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 3, e 239.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 4.

<sup>75</sup> Cfr. o teor do art. 8.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 2, que, embora respeitante a situação distinta, contém uma formulação que também se mostra adequada aqui.

das de novos sócios –, e elas sejam reconduutíveis ao art. 225.<sup>º</sup> do CSC, embora este preceito fale em cláusulas impeditivas da própria transmissão (de intransmissibilidade ou condicionamento da transmissão), o que está em causa é apenas a eficácia da transmissão sucessória *em relação à sociedade*. Isto é assim no caso da cessão de quotas (art. 228.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 2); e é-o por identidade ou maioria de razão neste caso.

Quer dizer: quando a transmissão em relação à sociedade é livre, os herdeiros têm, por inherência à quota, o direito potestativo de aquisição da qualidade de sócios ou de se fazerem reconhecer como tais, nos termos acima vistos, ficando legitimados para o exercício dos direitos sociais e, em princípio, sujeitos ao correspondente exercício pela sociedade dos direitos que lhe cabem, legal e estatutariamente. Com estas cláusulas, este direito é-lhes retirado e também ficam isentos das correspondentes vinculações sociais; embora não a título definitivo – até decorrer o prazo de 90 dias ou até ser tomada uma das medidas previstas no art. 225.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 2.

Isto é claro quanto às cláusulas compreendidas no teor literal do art. 225.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 1: cláusulas de intransmissibilidade da quota (leia-se: impeditivas da transmissão com eficácia em relação à sociedade), que sujeitam a transmissão (leia-se: com eficácia em relação à sociedade) a certos requisitos (consentimento da sociedade, qualidade de herdeiro legitimário, etc.) e cláusulas de continuação da sociedade apenas com os sócios sobrevivos; esta última, claramente dirigida à qualidade de sócio e, portanto, à eficácia social ou corporativa da transmissão sucessória. Perante elas, esta eficácia está provisoriamente impedida; e, consequentemente, a própria qualidade social, com os direitos e vinculações que são próprios do *status socii*, está em suspenso, ou, pelo menos, está-o o exercício dos direitos e a adstrição às vinculações. O art. 227.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 2, di-lo expressamente, mas não acrescenta nada: limita-se a esclarecer o que já resultava do art. 225.<sup>º</sup>

É claro também quando o pacto social condicionar a transmissão à vontade dos herdeiros, por ex., fazendo-a depender do seu consentimento. Com efeito, neste caso, eles têm, nos termos gerais, o direito potestativo de se fazer reconhecer como sócios, mas possuem, igualmente, o direito de não aceitar a transmissão – *rectius, de não assumir a qualidade de sócios* (assente na eficácia da transmissão em relação à sociedade) – e de exigir à sociedade que lhes proporcione o competente valor da quota (legal ou estatutário), que podem exercer no prazo de 90 dias a contar do conhecimento do óbito do titular (art. 226.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 1). A suspensão de direitos e vinculações prevista no art. 227.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 2, é uma mera explicitação do que já decorre daqui. E torna-se patente que a proteção conferida pelo pacto e reconhecida pela lei vai além do aspecto meramente patrimonial e do mero

exercício ou não exercício dos direitos: eles podem ter um legítimo interesse em não entrar para a sociedade, em não ficarem membros da mesma.

c) A situação já se mostra duvidosa no caso das cláusulas que se limitem a reconhecer à sociedade o *poder de amortizar* quotas com fundamento na morte de um sócio (cláusulas de amortização facultativa compulsiva) ou a conceder aos herdeiros o *direito a que a sociedade lhes amortize*, adquira ou faça adquirir a quota. Na verdade, em termos estritamente lógicos, estas cláusulas não seriam restritivas da transmissão: quanto às primeiras, como era entendimento dominante no domínio da LSQ e ainda presente, hoje, nalgumas decisões dos tribunais, concebe-se que os herdeiros entrem para a sociedade (embora não automaticamente, como se indicou) e que a amortização incida sobre a quota herdada com a inerente qualidade de sócio. Há, inclusive, pactos sociais em que isso é expresso. Quanto às segundas, concebe-se, igualmente, que eles exerçam o direito à amortização ou aquisição já enquanto sócios.

Todavia, o art. 227.º, n.º 2, vem, a este respeito, estabelecer uma regra supletiva: na presença de tais cláusulas, se do pacto não resultar por interpretação (ou integração) coisa diferente, também se dá uma suspensão dos direitos e vinculações inerentes à quota, ou seja, próprios da condição de sócio. Isso resulta expressamente do preceito quanto às cláusulas presentes no art. 226.º e decorre de uma interpretação histórica (supostamente também teleológica) e sistemática do art. 225.º e do próprio art. 227.º, n.º 2. Em rigor, esta regra da suspensão até só possui um significado normativo autônomo para as cláusulas em apreço.

Sendo assim, em boa verdade, uma suspensão limitada dos direitos e a correspondente aquisição da posição de sócio, ainda que com um conteúdo diminuto, que, atendendo sobretudo à sua história, se pode extrair da parte final do n.º 3 do art. 227.º apenas se mostra compatível com estas últimas cláusulas<sup>76</sup>. Aplicada às demais – de intransmissibilidade, conservação, etc. –, significaria uma ostensiva limitação da autonomia estatutária, no mínimo discutível, quer atendendo aos interesses em jogo, quer em face do regime aplicável às sociedades anónimas quando a transmissão por morte esteja sujeita ao consentimento da sociedade.

d) Considerando as várias interpretações possíveis da lei, a situação dos herdeiros será a seguinte: i) com a simples aceitação da herança ou do legado, eles tornam-se titulares da quota, mas sem eficácia em relação à

<sup>76</sup> Veja-se acima o que afirmaram Ferrer Correia e V. Lobo Xavier a respeito as cláusulas de continuação com os sócios sobrevivos e tenha-se presente que, no domínio da LSQ (cujo texto nem sequer previa restrições à transmissão por morte), o próprio Raul Ventura entendia que as mesmas ocasionavam a extinção da quota por morte do titular.

sociedade; ou seja, adquirem a quota sem inerente qualidade de sócios ou sem se encontrarem reconhecidos como sócios pela sociedade (logo, sem a correspondente legitimidade corporativa para o exercício dos direitos sociais); e, por força das cláusulas em apreço, ii) ficam titulares da quota sem o inerente direito potestativo de aquisição da qualidade de sócio ou de se fazerem reconhecer como sócios, legitimados para o exercício dos direitos sociais; ou, sobrevalorizando a segunda parte do art. 227.º, n.º 3, numa das construções possíveis, iii) ficam titulares da quota com o inerente direito de aquisição da qualidade de sócio, ou o direito de aquisição da legitimidade corporativa, mas com um conteúdo reduzido, meramente defensivo; encabeçando a correspondente posição de sócios rudimentar (ou estatuto social de direito menor) – em modo coletivo, se forem vários, antes da partilha – quando tornarem a transmissão eficaz em relação à sociedade, isto é, com o exercício deste direito, nos termos vistos a respeito das transmissões livres.

## 8.2. Aspectos construtivos. Perspetiva dualista da participação social

Em termos construtivos, o fenómeno das transmissões estatutariamente limitadas em apreço pode explicar-se de duas maneiras: 1.<sup>a)</sup> com a aceitação da herança ou do legado, a quota passa para os herdeiros, mas a transmissão é ineficaz em relação à sociedade e, portanto, por um lado, encontram-se suspensos todos os direitos e vinculações sociais (com possível exceção dos direitos defensivos enquadráveis no n.º 3 do art. 227.º, exceção esta circunscrita às cláusulas de amortização facultativa ou não), ou seja, a própria *qualidade social está em suspenso*, provisória e condicionalmente sem titular; e, por outro lado, em virtude das cláusulas, os herdeiros, apesar de titulares da quota, encontram-se, também provisória e condicionalmente, *privados do direito potestativo de aquisição da socialidade*; 2.<sup>a)</sup> com a aceitação da herança ou do legado, a quota passa para os herdeiros, com a inerente qualidade social, mas a transmissão é ineficaz em relação à sociedade e, portanto, o *exercício dos correspondentes direitos sociais*, quer os que eles detêm em face da sociedade quer os que esta detém perante eles, *encontra-se suspenso*; tanto aqueles como esta carecem de *legitimidade material* para esse exercício.

Em termos gerais, se alguém (neste caso, os herdeiros) adquire uma participação social (no caso, quota social) sem eficácia em relação à sociedade, querendo isto dizer que se adquiriu uma posição de sócio, embora sem tal eficácia, não podendo ela ser oposta à corporação nem por ela ser oposta, faz sentido perguntar: mas o que significa ser alguém titular

da participação, isto é, ser sócio, em todos os contextos e para todos ou a generalidade dos efeitos, menos no âmbito da sociedade de que supostamente se é membro, em face dela? A segunda construção resolve elegantemente o problema, fazendo incidir as cláusulas, não na participação ou posição de sócio em si, mas no exercício (bilateral) dos direitos sociais, na legitimidade. Numa análise substancial, deixa subsistir, no entanto, algum desconforto; e, designadamente, nas situações reguladas no art. 226.º, não contempla adequadamente o possível interesse dos herdeiros em não entrar para a sociedade. Além disso, o art. 227.º, n.º 2, fala em suspensão dos direitos e obrigações<sup>77</sup>; não apenas do seu exercício.

Vejamos a primeira. Também ela suscita uma magna questão: estando suspensa a qualidade social (e faltando o direito de aquisição da mesma), normalmente associada à quota, o que é, afinal, esta *quota*, que pode subsistir sem tal qualidade (ainda que apenas provisória e condicionalmente)? Concebem-se duas respostas.

a) A primeira consiste em identificá-la com a *quota de capital*, a que aludem designadamente, os arts. 197.º, n.º 1, e 199.º, al. a), do CSC; entendendo esta não apenas como uma quota ou fração da cifra estatutária do capital social, mas também, em termos substanciais, como uma quota-parte ou fração do valor residual fundamental da sociedade (*quota-valor*)<sup>78</sup>; sobre a qual incide ou é concebível um direito geral, de índole patrimonial, que cabe aos fundadores-investidores em capital de risco da sociedade, posteriores aderentes e seus sucessores, enquanto tais. Com efeito, uma SpQ comum – com a respetiva substância económico-patrimonial – é o resultado do exercício da liberdade de empresa (e da nela implicada liberdade de investimento) e esta coenvolve um princípio de

<sup>77</sup> Como também acontece no art. 324.º, n.º 1, al. a). Na literatura recente, acerca do sentido e âmbito da suspensão contida neste preceito, cfr. Rui PINTO DUARTE, «Ações próprias e (alienação do) direito de subscrição de aumentos de capital em dinheiro», DSR 22 (2019), pp. 33-48.

<sup>78</sup> Noutros termos, o conceito – de quota de capital ou quota-valor – vale, não só para o valor nominal da sociedade (valor do capital estatutário), mas, mais genericamente para qualquer valor líquido ou residual da sociedade (o que ela vale para os sócios, valor que se obtém abatendo o valor do passivo e pode designar-se como capital próprio, em sentido amplo, não meramente contabilístico), mormente contabilístico e real; a que há que abater também o valor de eventuais prestações suplementares ou acessórios reembolsáveis realizadas. Porém, como se esclareceu acima, no texto, no caso vertente, está em causa o valor legal ou pleno valor societário da quota, correspondente a uma fração do valor real da sociedade. É sobre ele que incide o fenómeno sucessório, mesmo que haja cláusulas limitativas da contrapartida a pagar pela privação da mesma: estas só funcionarão se e quando tal privação ocorrer.

apropriação dos resultados do seu exercício. Por conseguinte, a entender-se que a sociedade não pode ser objeto de apropriação em espécie, porque dotada de subjetividade jurídica, sé-lo-á, pelo menos, em valor; e por quotas. Tal quota-valor – ou o direito sobre ela –, normalmente, tem associada a qualidade de sócio, podendo inclusive falar-se num princípio de inherência, e, por isso, ela fica obnubilada, já que um direito geral à mesma também pode ver-se como integrante da posição de sócio, seja enquanto síntese dos respetivos direitos patrimoniais fundamentais, seja encarando estes como manifestações e modos de efetivação desse direito geral. Mas revela-se em casos como o presente<sup>79</sup>.

No fundo, esta construção não se afasta substancialmente da construção defendida, na linha da distinção clássica francesa entre *titre* e *finance*, por Ferrer Correia e Vasco Lobo Xavier, tal como a interpretámos; podendo ver-se como um desenvolvimento da mesma. E distingue-se quer das teses da dissociação entre a componente patrimonial da participação social ou posição de sócio (direitos patrimoniais, com pertinentes direitos instrumentais) e os demais direitos sociais, quer das que entendem que apenas está em causa o valor da quota social, realizável através da percepção de dividendos e de outras distribuições sociais, em vida da sociedade ou na respectiva liquidação.

b) A segunda resposta possível à questão formulada depende da resposta a uma outra questão mais geral: a SpQ, além de ser um sujeito de direito, pode qualificar-se também como um *objeto jurídico*, como uma coisa produtiva (*res productiva*), essencialmente imaterial, objeto do tráfico jurídico e, inclusive, de afetação ou atribuição jurídica? Defendeu-se outro estudo que sim<sup>80</sup>. Ou seja, entendemos que uma SpQ comum, além de ser um centro de atividade produtiva – composto por uma superestrutura orgânica e corporativa de membros variáveis e por uma infraestrutura económico-patrimonial encabeçada pelo órgão de administração – legalmente dotado de subjetividade jurídica (personificado), é, enquanto estrutura de acumulação de capital e resultado do exercício da liberdade de empresa dos respetivos fundadores, aderentes e sucessores, também um objeto jurídico, não apenas do tráfico jurídico, mas igualmente de atribuição jurídica a estes.

E, sendo assim, as quotas que, por força do direito sucessório, integram a herança ou o legado serão quotas ideais de contitularidade ou *com-*

<sup>79</sup> O mesmo sucede, designadamente, na cessão de quotas ineficaz em relação à sociedade, na aquisição de quotas próprias e, em parte, nas situações previstas no art. 8.º, n.º 2.

<sup>80</sup> Cfr. Evaristo MENDES, «Compra e venda de sociedades» (2022), pp. 199 e ss., 205 e ss.

*propriedade* da própria sociedade<sup>81</sup>. A quota enquanto participação social (quota social) será, então, constituída por esta quota de compropriedade<sup>82</sup> (exterior à sociedade) e pela «inerente» ou correspondente qualidade ou posição de sócio (intracorporativa), na qual se concentra a generalidade dos direitos e vinculações que, se ela não existisse, seriam diretamente reconduíveis à primeira<sup>83</sup>.

Na ausência de cláusulas estatutárias restritivas, à quota de compropriedade será inherente o direito à aquisição da qualidade de sócio (*rectius*, o direito potestativo de aquisição desta), que os sucessores poderão fazer valer nos termos expostos (*supra*, n.º 1). Havendo restrições, a quota integra a herança ou o legado sem este direito. A posição jurídica associada à quota é a de potencial adquirente deste direito ou de um direito a uma compensação pecuniária, caso a sociedade opte, respeitando a lei, pela amortização ou aquisição da quota. É a quota com esta posição jurídica – que não envolve a qualidade de sócio – que merece proteção, como dispõe o art. 227.º, n.º 3.

Querendo atribuir-se um sentido útil à segunda parte deste preceito – aplicável a todas as cláusulas ou, como entendemos preferível, apenas às cláusulas de amortização facultativa –, poderá dizer-se que o voto aí previsto, enquanto meio defensivo de tal posição jurídica, será apenas o voto *contra*, impeditivo de uma alteração substancial da sociedade e das participações sociais; o qual será, excepcionalmente, no contexto em apreço, diretamente inherente à quota. Na prática, funcionará como meio dissuasor da tomada das deliberações aí contempladas, se a quota herdada representar mais de 25% do capital social<sup>84</sup>.

<sup>81</sup> Cfr. Evaristo MENDES, «Compra e venda de sociedades» (2022), citado na nota anterior, *ibidem*.

<sup>82</sup> Este termo implica, naturalmente, a utilização de um conceito alargado de propriedade.

<sup>83</sup> Cfr. Evaristo MENDES, «Compra e venda de sociedades» (2022), p. 206.

<sup>84</sup> Na situação provisória assinalada, pode a quota vir a ser apreendida judicialmente pelos credores da herança. Neste caso, apesar das cláusulas estatutárias, a apreensão incide sobre a quota com o inherente direito à qualidade de sócio, embora a subsequente transmissão executiva ou insolvential esteja sujeita a preferência (cfr. o art. 239.º, n.º 2, 4 e 5). Vindo a quota a ser amortizada compulsivamente, com fundamento na morte ou na própria apreensão judicial, se o pacto social o previr (cfr. o mesmo art. 239.º, n.º 2), importa ter presente, quanto ao valor compensatório a pagar, a (discutível) norma limitadora da autonomia estatutária contida no art. 235.º, n.º 2.

## 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.<sup>os</sup> 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

2 NÚMEROS AVULSO €40

**ASSINATURA (2 NÚMEROS/ANO) €35 (DESCONTO DE 12,5%)  
COM IVA E DESPESAS DE ENVIO INCLUÍDOS**

DESEJO ADQUIRIR A ASSINATURA DA REVISTA  
DIREITO DAS SOCIEDADES EM REVISTA (2 NÚMEROS) DO ANO

2	0		
---	---	--	--

---

ASSINATURA DATA  -  -

ESTE CUPÃO DEVERÁ SER ENVIADO PARA  
ASSINATURA DA REVISTA DIREITO DAS SOCIEDADES EM REVISTA – JOAQUIM MACHADO, S.A.,  
Rua Fernandes Tomás, nº 96 - 78 - 80, 3000-167 Coimbra, ou via email para assinaturas@almedinha.net

PARA ESCLARECIMENTOS ADICIONAIS





## AUTORIZAÇÃO DE DÉBITO DIRETO (ADC)

ENTIDADE 1 0 6 4 4 4

NÚMERO DE AUTORIZAÇÃO

Na rede Multibanco poderá definir: A Data de expiração da autorização | O montante máximo de débito autorizado

## AUTORIZAÇÃO DE DÉBITO EM CONTA PARA DÉBITOS DIRETOS

NOME \_\_\_\_\_

\_\_\_\_\_

**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 DATA  -  -

BENS/SERVIÇOS	VALOR	REGULARIDADE <sup>(i)</sup>	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 de 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](mailto:sdd@almedinanet.net).
  - Qualquer alteração que pretenda efetuar a esta autorização basta r contactar as **EDIÇÕES ALMEDINA SA** por qualquer forma escrita.
  - Também poderá fazer alterações através do Sistema Multibanco, conforme se apresenta seguidamente, ou no sistema de home banking, caso tenha essa opção. Também neste caso agradece mos informação escrita sobre as alterações efectuadas.
  - Esta autorização destina-se a permitir o pagamento de bens/ser viços adquiridos à nossa empresa e só poderá ser utilizada para outros efeitos mediante autorização expressa do(s) próprio(s).
  - Dos pagamentos que vierem a ser efectuados por esta forma serão emitidos os recibos correspondentes.

## INFORMAÇÕES

Através do Sistema Multibanco, relativamente a esta autorização de Débito em Conta, poderá, entre outras, efetuar as seguintes operações:

- Visualizar a Autorização Débito em Conta concedida;
  - Actualizar os Dados Desta Autorização de Débito em Conta;
  - Cancelar esta Autorização Débito em Conta;

Em cumprimento do aviso 10/2005 do Banco de Portugal, informa-se que é dever do devedor, conferir, através de procedimentos electrónicos, nomeadamente no multibanco, os elementos que compõem as autorizações de débito em conta concedidas.

PARA ESCLAIRECIMENTOS ADICIONAIS

PARA ESCLARECIMENTOS ADICIONAIS  
Telefone: 230 851 003 Fax: 230 851 001 Email: sdd@almedina.net

