

OUTUBRO 2012, ANO 4, VOL. 8, SEMESTRAL

---

# DIREITO DAS SOCIEDADES

## *em Revista*

---

### DOCTRINA

O futuro do direito europeu das sociedades

*Jorge M. Coutinho de Abreu, Alexandre de Soveral Martins, Paulo de Tarso Domingues,  
Ricardo Costa, Rui Pereira Dias, Elda Marques, Orlando Vogler Guiné*

Constituição de grupo por domínio total superveniente – o tempo e o modo

*Pedro Pais de Vasconcelos*

O poder de controle sobre companhias abertas concorrentes no direito brasileiro

*Fábio Ulhoa Coelho*

O dever de legalidade: um novo (e não escrito?) dever fundamental dos administradores?

*Manuel Carneiro da Frada*

Créditos tributários e princípio da igualdade entre os credores – dois problemas  
no contexto da insolvência de sociedades

*Catarina Serra*

O Acórdão do STJ de 10 de Maio de 2011 e a distribuição de bens aos sócios  
*Bruno Ferreira*

Os contratos de administração e a protecção dos credores sociais

*Fábio Loureiro*

Os mecanismos de tutela coletiva dos investidores em sociedades anónimas  
cotadas na bolsa de valores – da ação popular

*Inês Serrano de Matos*

A ação sub-rogatória de credor social e a ação direta à luz do art. 78.º n.º 3  
*José Guilherme Gomes*



## ÍNDICE

- 7 Abreviaturas

### DOUTRINA

- 13 O futuro do direito europeu das sociedades  
*Jorge M. Coutinho de Abreu, Alexandre de Soveral Martins, Paulo de Tarso Domingues, Ricardo Costa, Rui Pereira Dias, Elda Marques, Orlando Vogler Guiné*
- 35 Constituição de grupo por domínio total superveniente – o tempo e o modo  
*Pedro País de Vasconcelos*
- 51 O poder de controle sobre companhias abertas concorrentes no direito brasileiro  
*Fábio Ulhoa Coelho*
- 65 O dever de legalidade: um novo (e não escrito?) dever fundamental dos administradores?  
*Manuel Carneiro da Frada*
- 75 Créditos tributários e princípio da igualdade entre os credores – dois problemas no contexto da insolvência de sociedades  
*Catarina Serra*
- 103 O Acórdão do STJ de 10 de Maio de 2011 e a distribuição de bens aos sócios  
*Bruno Ferreira*
- 123 Os contratos de administração e a protecção dos credores sociais  
*Fábio Loureiro*
- 151 Os mecanismos de tutela coletiva dos investidores em sociedades anónimas cotadas na bolsa de valores – da ação popular  
*Inês Serrano de Matos*
- 181 A ação sub-rogatória de credor social e a ação direta à luz do art. 78.º n.º 3  
*José Guilherme Gomes*



## **ABREVIATURAS**

AAV/VVAA	Autores Vários / Vários Autores
AAFDL	Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa
ac. / acs.	acórdão / acórdãos
ACE	Agrupamento(s) Complementar(es) de Empresas
AEIE	Agrupamento(s) Europeu(s) de Interesse Económico
AG	Die Aktiengesellschaft
AktG	Lei alemã sobre as sociedades anónimas e em comandita por acções, de 6 de Setembro de 1965
al.	alínea
AnnDrComm	Annales de Droit Commercial
AnwBl	Anwaltsblatt
art.	artigo
Ass.	Assicurazione. Rivista di Diritto, Economia e Finanze delle Assicurazioni Private
BankLJ	Banking Law Journal
BB	Betriebs-Berater
BFD	Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen
BL	The Business Lawyer
BMJ	Boletim do Ministério da Justiça
BP	Banco de Portugal
BulJS	Bulletin Joly des Sociétés
BVL	Bolsa de Valores de Lisboa
CA 2006	Companies Act, de 2006 (Inglaterra)
CadMVM	Cadernos do Mercado dos Valores Mobiliários
CC	Código Civil
CCit	Código civil italiano, de 16 de Março de 1942

CCom	Código Comercial
CComf	Novo código de comércio francês (aprovado pela <i>Ordonnance</i> , de 18 de Setembro de 2000)
CEE	Comunidade Económica Europeia
CeImp	Contratto e Impresa
CEJ	Centro de Estudos Judiciários
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
CJ	Colectânea de Jurisprudência
CJ-STJ	Colectânea de Jurisprudência Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça
CLR	Columbia Law Review
CPC	Código de Processo Civil
CPen	Código Penal
CPEREF	Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e da Falência
CMLRev.	Common Market Law Review
CMVM	Comissão do Mercado de Valores Mobiliários
CódMVM	Código do Mercado de Valores Mobiliários
CPP	Código de Processo Penal
CPTA	Código de Processo dos Tribunais Administrativos
CRCom	Código do Registo Comercial
CRP	Constituição da República Portuguesa
CSC	Código das Sociedades Comerciais
CT/CTrab	Código do Trabalho
CVM	Código dos Valores Mobiliários
DB	Der Betrieb
DEA	Diritto ed Economia dell'Assicurazione
DFiscB	Droit Fiscalité Belge
DJ	Revista Direito e Justiça
DJCL	Delaware Journal of Corporate Law
Dec.-Lei/DL	Decreto-Lei
DG	Diário do Governo
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
EIRL	Estabelecimento(s) Individual(ais) de Responsabilidade Limitada
ERPL	European Review of Private Law

EuZW	Europäische Zeischrift für Wirtschaftsrecht
EUA	Estados Unidos da América
ETAF	Estatuto dos Tribunais Administrativos e Fiscais
ForI	Forum Iustitiae
ForLR	Fordham Law Review
GC	Giurisprudenza Commerciale
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
HarvLR	Harvard Law Review
id.	<i>idem</i>
IDET	Instituto das Empresas e do Trabalho
InsO	Insolvenzordnung (lei alemã da insolvência)
IPGC	Instituto Português de <i>Corporate Governance</i>
IPRax	Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts
JOCE	Jornal Oficial das Comunidades Europeias
JOUE	Jornal Oficial da União Europeia
L.	Lei
LAS	Lei da Actividade Seguradora
LGT	Lei Geral Tributária
LSGPS	Lei das Sociedades Gestoras de Participações Sociais
LSQ	Lei das Sociedades por Quotas
MLR	The Modern Law Review
MoMiG	Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (Alemanha)
MP	Ministério Público
MVM	Mercado dos Valores Mobiliários
NZG	Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht
n. / nn.	nota/notas
n.º	número
NYSE	New York Stock Exchange
<i>ob. cit.</i>	obra citada
OJLS	Oxford Journal of Legal Studies
OPA	Oferta(s) Pública(s) de Aquisição
OPV	Oferta(s) Pública(s) de Venda
p. / pp.	página/páginas
p. ex.	por exemplo
PME	Pequenas e médias empresas
POC	Plano Oficial de Contabilidade
pto.	ponto

RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht
RB	Revista da Banca
RCEJ	Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas
RDE	Revista de Direito e Economia
RDES	Revista de Direito e de Estudos Sociais
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RdS	Revista de Derecho de Sociedades
RDS	Revista de Direito das Sociedades
RC	Tribunal da Relação de Coimbra
RE	Tribunal da Relação de Évora
RES	Revista Española de Seguros
RevDBB	Revue de Droit Bancaire et de la Bourse
RevE	Revisores e Empresas
RevF	Revista Fisco
RevOD/O Direito	Revista O Direito
RevTOC	Revista dos Técnicos Oficiais de Contas
RG	Tribunal da Relação de Guimarães
RivDCom	Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni
RJCS	Regime Jurídico do Contrato de Seguro
RJOIC	Regime Jurídico dos Organismos de Investimento Colectivo
RJUPort	Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique
RL	Tribunal da Relação de Lisboa
RMBCA	Revised Model Business Corporation Act (EUA)
RP	Tribunal da Relação do Porto
reimp.	reimpressão
RFDUL	Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa
RGICSF	Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
RLJ	Revista de Legislação e Jurisprudência
RNPC	Registo Nacional de Pessoas Colectivas
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
ROC	Revisor Oficial de Contas
RPDC	Revista Portuguesa de Direito do Consumo
RS	Rivista delle Società
s./ss.	seguinte/seguintes
SA	Sociedade(s) Anónima(s)
SARL	Sociedade de Responsabilidade Limitada (França)
SQ	Sociedade(s) por Quotas
SCE	Sociedade(s) Cooperativa(s) Europeia(s)
SE	Sociedade(s) Europeia(s)

SGPS	Sociedade(s) Gestora(s) de Participações Sociais
SPE	Sociedade(s) Privada(s) Europeia(s)
SRL	Sociedade de Responsabilidade Limitada (Itália)
SROC	Sociedade(s) de Revisores Oficiais de Contas
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
SZW	Schweizerische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht
t.	tomo
tb.	também
TCE	Tratado da Comunidade Europeia
TFUE	Tratado sobre o funcionamento da União Europeia
Themis	Themis – Revista da Faculdade de Direito da Universidade Nova de Lisboa
TJCE	Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias
TJUE	Tribunal de Justiça da União Europeia
TRLSA	Lei espanhola sobre as sociedades anónimas (texto refundido aprovado pelo Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de Dezembro)
TRP	Tribunal da Relação do Porto
UCP	Universidade Católica Portuguesa
v.	<i>vide</i>
VM	Valores Mobiliários
VJud	Vida Judiciária
VLR	Vanderbilt Law Review
vol./vols.	volume/volumes
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht





# DOUTRINA



**RESUMO:** O texto agora publicado tem por base a breve reflexão que os autores empreenderam por ocasião da preparação de uma resposta à consulta pública levada a cabo pela Comissão Europeia, intitulada: “Consulta sobre o futuro do direito das sociedades europeu”.

**ABSTRACT:** This paper gathers the contributions given by a group of authors to the public consultation released by the European Commission: “Consultation on the future of European Company Law”.

JORGE M. COUTINHO DE ABREU\*

ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS\*

PAULO DE TARSO DOMINGUES\*\*

RICARDO COSTA\*\*\*

RUI PEREIRA DIAS \*\*\*

ELDA MARQUES\*\*\*\*

ORLANDO VOGLER GUINÉ\*\*\*\*\*

## O futuro do direito europeu das sociedades

I. O IDET – *Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho* tem sede na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, em Portugal, e visa primordialmente promover a investigação e o ensino pós-graduado em matérias de direito das empresas, direito do trabalho e direito fiscal das empresas. Um grupo de associados, incluindo dois dos seus Diretores, tomou a iniciativa de apresentar o resultado de uma breve reflexão conjunta empreendida por ocasião da consulta pública da Comissão Europeia intitulada: “Consulta sobre o futuro do direito das sociedades europeu”<sup>1</sup>.

Transcreve-se *infra*, antes de cada resposta, o texto dos títulos de cada agrupamento de perguntas e de cada pergunta, seguida da respetiva resposta, deixando de fora as subopções que em vários casos o questionário apresentava, por motivos de simplificação da leitura.

\* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

\*\* Professor da Faculdade de Direito da Universidade do Porto

\*\*\* Assistente da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

\*\*\*\* Assistente da Faculdade de Economia da Universidade do Porto

\*\*\*\*\* Advogado (Vieira de Almeida & Associados)

<sup>1</sup> A consulta pública esteve aberta até 14.5.2012 no sítio da Comissão Europeia, em <http://ec.europa.eu/yourvoice/ipm/forms/dispatch?form=companylaw2012&lang=pt>, ligação entretanto indisponível. Pode, em geral, proceder-se ao seguimento das consultas encerradas através de: [http://ec.europa.eu/yourvoice/consultations/2012/index\\_pt.htm](http://ec.europa.eu/yourvoice/consultations/2012/index_pt.htm) (por último consultado em 16.5.2012).

## II. Objetivos do direito das sociedades europeu

### 5. Qual(is) deve(m) ser o(s) objetivo(s) do direito das sociedades europeu?

Os objetivos do direito das sociedades europeu são condicionados pelo que é e será a Europa. Para uma Europa que não é um Estado federal não parece viável criar um direito das sociedades uniforme que vigore em todos os Estados-Membros. E isso tem sido desaconselhado em vários estudos<sup>2</sup>. Aliás, um Estado federal não tem necessariamente um direito uniforme.

Assim, o direito das sociedades europeu está condicionado pelos princípios da subsidiariedade e da proporcionalidade. Isso permite que sejam respeitadas especificidades de cada direito nacional.

Mas, por outro lado, o direito das sociedades europeu acaba por surgir com um caráter excessivamente fragmentário, dando ao jurista a impressão de uma manta de retalhos. Tanto mais que os documentos vão surgiendo sem aparente ligação entre eles.

Acresce que o cidadão europeu, ao olhar para o que foi produzido recentemente no âmbito do direito das sociedades europeu, convence-se que apenas existem grandes sociedades anónimas e que a maioria delas são sociedades cotadas. Para aí se dirigem sobretudo as preocupações do legislador europeu nos últimos tempos<sup>3</sup>. Sinal da prevalência da «economia de casino».

Daí que a liberdade de estabelecimento surja para muitos sobretudo como a liberdade de atuação das grandes multinacionais, a proteção dos interesses dos sócios é vista como a proteção dos interesses dos grandes fundos de investimento e a proteção dos terceiros aparece como a proteção dos Bancos financiadores. Mas a Europa é mais do que isto.

Em Portugal, por exemplo, e segundo dados do INE relativos a 2008 (obtidos em [www.iapmei.pt](http://www.iapmei.pt), consulta em 24.04.2012), «micro e pequenas empresas representam a esmagadora maioria do tecido empresarial nacional (97,8%) [...] geram 53% do emprego e realizam 36,3% do volume de negócios nacional». Relativamente a essas sociedades a preocupação não pode ser apenas a de simplificar um regime pensado de raiz para sociedades cotadas.

Uma reflexão sobre os objetivos do direito das sociedades europeu não pode ignorar contributos anteriores muito importantes. Destacamos o

<sup>2</sup> Relatório Winter, p. 77, e *Report of the Reflection Group on the future of EU Company Law*, p. 11.

<sup>3</sup> Cfr. a Diretiva 2003/6/CE, de 28.01.2003, a Diretiva 2003/71/CE, de 4.11.2003, a Diretiva 2004/109/EC, de 15.12.2004, a Diretiva 2004/25/EC, de 21.04.2004 e Diretiva 2007/36/EC, de 11.07.2007.

Relatório SLIM no domínio do direito das sociedades, o chamado Relatório Winter («Um quadro regulamentar moderno para o direito das sociedades na Europa»), a Comunicação da Comissão de 21.05.2003 («Modernizar o direito das sociedades e reforçar o governo das sociedades na União Europeia – Uma estratégia para o futuro») e os mais recentes Livro Verde sobre o governo das sociedades e *Report of the Reflection Group on the future of EU Company Law*.

No espaço que constitui hoje a União Europeia o direito das sociedades europeu deve contribuir para melhorar o ambiente em que atuam as sociedades dos diversos Estados-Membros. Mas para isso não pode aquele direito constituir um obstáculo à realização desse objetivo. Por isso deve, na medida do que for possível, ser sintético, sistemático, científico. Se não é aqui o lugar para discutir o mérito científico de muitas das soluções alcançadas, justifica-se dizer desde já que nas duas outras vertentes mencionadas há ainda muito a fazer.

Em relação às matérias que devem ser objeto da intervenção do direito das sociedades europeu foram dados contributos importantes nos textos acima mencionados. Porém, os mais recentes revelam que as reflexões produzidas estão em parte significativa contaminadas pelo ambiente de crise que se estende por toda a Europa, com causas localizadas predominantemente nos escândalos financeiros que afetaram as economias ocidentais. Se são ou não essas as causas profundas da(s) crise(s) do sistema capitalista é também algo que não vai ser aqui tratado. Mas seria importante que o ato de pensar os objetivos do direito das sociedades europeu não se deixasse condicionar apenas por aquele ambiente. Aliás, será também esse ambiente que justifica o facto de, depois de tantos estudos, se estar ainda a perguntar pelos objetivos do direito das sociedades europeu.

Os temas que parecem dominar a agenda têm aliás sido mais consequência do que causa. O legislador comunitário terá despertado para a necessidade de tratar de uma multiplicidade de temas só «depois da casa roubada». A comunidade jurídica há muito que se preocupava, por exemplo, com a necessidade de controlar a atuação dos administradores executivos, com o perigo representado pelos conflitos de interesses nas sociedades, com os riscos associados à falta de transparência quanto à titularidade das participações sociais.

O direito das sociedades europeu deve continuar a dar atenção às preocupações não apenas dos investidores que adquirem ações de sociedades cotadas em diversos Estados-Membros, mas também de todos aqueles que na União Europeia vão fazendo negócios com sociedades.

Por isso mesmo, afigura-se interessante perguntar, por exemplo, se não faz sentido estender a aplicação da Primeira Diretiva a outros tipos

de sociedades para além daqueles que atualmente lhe estão sujeitas. E os problemas objeto dessa Diretiva relacionados com a tutela de terceiros mereceriam uma renovada atenção. A segurança de todos os operadores que têm de contactar sociedades de outros Estados-Membros, e não apenas dos investidores em ações e outros valores mobiliários emitidos pelas sociedades, deve constituir uma preocupação constante.

Também por isso há que acelerar a criação de mecanismos que asseguram a publicidade de atos societários a nível europeu. E para isso a interconexão dos registos é um bom contributo.

Acabámos de referir dois aspectos que dizem respeito não só à melhoria do enquadramento em que as empresas operam, mas também à proteção dos credores, acionistas e sócios.

Outro tema que urge ver harmonizado, e que tem a ver com a mobilidade das empresas no interior da União Europeia, é o que diz respeito à transferência da sede estatutária registada de um Estado-Membro para outro, exigida pela liberdade de estabelecimento. As decisões do Tribunal de Justiça não garantem essa transferência. E a Diretiva sobre fusões transfronteiriças acaba por constituir apenas um remendo ou uma forma de contornar o que deveria ser alcançado diretamente.

Para facilitar uma atuação transfronteiriça das sociedades de pequena e média dimensão e a criação de empresas na Europa, justifica-se dar especial atenção à SPE. Isso, aliás, é pedido até por quem representa os interesses do mundo dos negócios (cfr. a intervenção da representante da BusinessEurope, Dr. Joëlle Simon, "Purpose and tools of European Company Law", na Conference on European Company Law: the way forward, 16-17 May 2011).

As alterações legislativas surgidas em vários Estados-Membros e não só obrigam também a questionar novamente as soluções contidas na Segunda Diretiva. Há que encontrar um caminho para a harmonização do regime das sociedades sem capital social.

Muito difícil de compreender é a aparente resistência quanto ao acesso à identidade dos verdadeiros titulares de ações das sociedades cotadas. A transparência no que diz respeito à titularidade de ações deveria ser aprofundada. Isso obrigaría a colocar em cima da mesa a possibilidade de admitir apenas ações nominativas e de eliminar nos Estados-Membros a opacidade dos «paraísos fiscais».

Outro dos temas que deve ser objeto de intervenção aprofundada é o que diz respeito à negociação com partes relacionadas. Pouco tem sido feito, designadamente no que diz respeito à negociação através de cadeias de sociedades não cotadas. Este é um problema que interessa não apenas aos acionistas minoritários, mas também aos credores da sociedade.

A posição dos trabalhadores não pode ser descurada (cfr. a intervenção de Dr R.H. van het Kaar, na Conference on European Company Law: the way forward, 16 – 17 May 2011). Muito se fala do papel preponderante da Alemanha na economia europeia. E, no entanto, a Alemanha conhece a co-gestão. Importa, por isso, estudar uma forma de garantir maior participação daqueles que devem ser vistos como investidores de longo prazo na sociedade.

### III. Âmbito do direito das sociedades europeu

**6. Concorda que a prioridade da UE deveria ser o aperfeiçoamento do enquadramento jurídico harmonizado existente ou entende que deveriam antes ser exploradas novas áreas de harmonização?**

A resposta a esta pergunta exige que sejam retomadas as observações realizadas a propósito dos objetivos do direito das sociedades europeu.

Assim, a harmonização do direito das sociedades europeu deverá abranger:

- a) A extensão de regras contidas na Primeira Diretiva a outros tipos de sociedades;
- b) A criação de um registo comercial europeu e de um sistema de inter-conexão dos registos;
- c) O estabelecimento de um regime seguro e rápido para a transferência da sede estatutária registada;
- d) A adoção do regime da SPE;
- e) As sociedades sem capital social;
- f) As questões relacionadas com a identificação dos titulares de participações sociais;
- g) A negociação com partes relacionadas;
- h) A participação dos trabalhadores;
- i) O governo das sociedades não cotadas.

**7. Deverá o direito das sociedades europeu deixar de se centrar na distinção entre sociedade anónima e sociedade de responsabilidade limitada e passar a centrar-se na distinção entre empresa cotada/não cotada, a fim de garantir uma proteção adequada dos acionistas?**

Conforme *supra* veiculado, a legiferação europeia em matéria societária pode fazer pensar o sujeito menos bem informado que o tecido empresarial.

rial-societário da UE é composto sobretudo por grandes sociedades anónimas, abertas ao investimento do público. Como se sabe, tal não corresponde à realidade. Ora, um paradigma fundado neste estrato societário não parece ser o mais adequado, se pensarmos que a regulação jurídica deve contribuir para a competitividade económica das empresas da União, porquanto ele arrisca-se a introduzir rigidez e custos – justificáveis para a grande sociedade aberta, desnecessários porém no contexto das pequenas estruturas empresariais.

De todo o modo, não se nos afigura apropriada uma resposta unívoca em favor ou contra uma daquelas distinções, como *summa divisio* da regulação societária. Parece mais judicioso proceder a uma diferenciação dependente da especial matéria a carecer de regulamentação por ato jurídico da União.

Assim, designadamente, em matéria da prestação de contas pelas sociedades – tendo presente a muito maior difusão dos interesses subjacentes à moldagem das regras para a sua elaboração e divulgação quando a sociedade em questão seja cotada, por contraste com a pequena sociedade fechada, e mais ou menos independentemente do tipo societário –, nessa matéria, dizíamos, é aceitável uma distinção *sociedades cotadas/sociedades não cotadas*.

Já, por exemplo, em assunto respeitante às garantias dos interesses de sócios e terceiros, ou à conservação e modificação do capital social, ou ainda à fusão de sociedades, a distinção tipológica *sociedades anónimas/ sociedades de responsabilidade limitada* parece continuar a reunir mais qualidades distintivas – ainda que este ponto suscite bastantes dúvidas, que aqui não caberá expor ou discutir em todo o pormenor.

Por último, e em geral, é de apontar que uma distinção *cotadas/não cotadas* pode ser instrumental de um objetivo político-legislativo de *desregulamentação* das sociedades (não cotadas), sobretudo no direito das sociedades por ações, como já foi sugerido<sup>4</sup>. Falta determinar, com consciência das consequências que daí advêm, se seria esse o caminho a seguir para tudo ou parte do que respeita às sociedades não cotadas<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> V. KLAUS J. HOPT, "Congresso Alemão dos Juristas de 2008 em Erfurt: Secção de Direito Económico", in DSR – Direito das Sociedades em Revista, n.º 2, 2009, p. 248.

<sup>5</sup> Não ignorando, por exemplo, que nas respostas ao Livro Verde sobre o governo das sociedades, em 2011, foi muito significativa (70%) a maioria que recusou a bondade de uma regulamentação *ao nível do direito da UE* do governo de sociedades não cotadas. V. [http://ec.europa.eu/internal\\_market/company/docs/modern/20111115-feedback-statement\\_en.pdf](http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/20111115-feedback-statement_en.pdf), p. 6 (consultado em 5.5.2012).

#### **IV. Quadro regulamentar de fácil aplicação para o direito das sociedades europeu**

**8. Na sua opinião, valerá a pena dar seguimento à ideia de codificar as atuais diretivas sobre direito das sociedades da UE, de modo a reduzir eventuais incoerências, sobreposições ou lacunas?**

A segunda opção de resposta a esta pergunta, bem como o texto introdutório à pergunta anterior, apontam para um dos grandes problemas com que uma “codificação” – melhor se diria, uma *consolidação* – do direito europeu das sociedades se confrontaria. Com efeito, as diversas diretivas de coordenação dos direitos nacionais de sociedades têm âmbitos pessoais de aplicação distintos, ora abrangendo, para cingirmo-nos ao caso português: as sociedades por ações (incluindo anónimas e em comandita por ações) e as sociedades por quotas; apenas as sociedades por ações; apenas as sociedades por quotas; ou todos os tipos societários regulados no Código das Sociedades Comerciais, embora apenas incluindo as sociedades em nome colectivo e em comandita (simples) quando todos os seus sócios de responsabilidade ilimitada sejam sociedades por ações ou sociedades por quotas. Perante este mosaico, antevê-se com alguma dificuldade a sua substituição por um único instrumento legislativo, embora tal não seja tecnicamente impraticável.

Mas porventura sobrestima-se o valor que a simplificação e consolidação trariam ao direito europeu das sociedades, em termos de eliminação de custos desnecessários, valor talvez mais simbólico do que o que pudesse parecer em virtude de um dado muito importante: o de que quase todo esse direito, por extensa que seja a sua intervenção nas diversas subáreas do direito societário, assume mormente a forma de *diretivas*, e não de *regulamentos* de aplicação direta e imediata. Ora, os agentes económicos que pretendam lançar mão de um determinado instrumento societário e queiram para o efeito proceder a uma análise comparativa dos diversos direitos nacionais das sociedades não terão nas diretivas mais que um *ponto de partida*, uma espécie de *mínimo denominador comum*, a partir do qual diversas opções legislativas nacionais de pormenor (e o pormenor nas operações económicas será decisivo) fazem as diferenciações que importam.

#### **V. Formas jurídicas de sociedade na ue**

**9. Na sua opinião, as formas jurídicas de sociedade da UE apresentam algum valor acrescentado para as empresas europeias?**

O “rótulo europeu” é uma vantagem significativa, nem sempre devidamente tida em conta, para as sociedades da UE, nomeadamente aquelas

que operam em jurisdições menos relevantes no comércio internacional e portanto mais sujeitas a obstáculos, muitas vezes total ou parcialmente infundados. Os traços genéricos, bem como em alguma medida específicos, do tipo social em causa podem assim ser pré-conhecidos dos interlocutores relevantes, originando menos dúvidas e questões. Reduzem-se custos e acelera-se a realização de transações internacionais. Os interlocutores dessas sociedades noutras jurisdições, comunitárias e extra-comunitárias, ficam assim mais predispostos a negociar e transacionar com sociedades de um Estado-Membro sem as obrigar a incorrer em custos desmesurados.

**10. Na sua opinião, existem lacunas na legislação que institui as formas jurídicas de sociedade da UE? Em caso afirmativo, quais são as mais importantes?**

Um bom exemplo deste tipo de situação é o regime e a aplicação escassa (face às expectativas) da SE. De forma a viabilizar um acordo sobre o teor da regulamentação aplicável a esta forma societária, o grau de harmonização é bastante limitado e o número de referências cruzadas muito elevado. Para o próprio jurista habilitado em Direito de um Estado-Membro é bastante complexo perceber todo o efetivo regime aplicável a uma SE sedeadas nesse Estado-Membro; muito mais complexo será para um terceiro, jurista ou não, de um outro Estado-Membro.

A opção seguida para a SPE é nessa medida mais feliz, já que almeja a uma harmonização máxima e quase-total; não obstante, como contraponto deve ponderar-se o prejuízo na concorrência entre jurisdições comunitárias no que ao Direito das Sociedades diz respeito, caso tal concorrência seja um dos desideratos subjacentes à intervenção do legislador da UE. Essa concorrência tem produzido alguns resultados interessantes; o caso paradigmático são os Estados Unidos, em que uma pequena jurisdição como o Delaware se tem imposto com sucesso a outros Estados, tendo designadamente em atenção o Direito das Sociedades de Delaware; mas uma tal concorrência também tem feito sentir os seus efeitos em alguns Estados-Membros (para o caso português, tome-se como exemplo a supressão de requisitos de capital mínimo nas sociedades por quotas: hoje em dia o capital mínimo corresponde a €1 por sócio), dinamizando assim o mercado da constituição de sociedades comerciais e o inerente impulso à vida económica.

**11. As atuais formas jurídicas de sociedade da UE devem ser revistas?**

Sobre os primeiros dois pontos (simplificação e racionalização dos procedimentos; maior uniformidade através da redução das referências

cruzadas à legislação nacional); *vide* acima (n.º 10). Quanto ao terceiro aspeto (carácter transfronteiras), percebe-se a sua pertinência no contexto da EU, estabelecida primariamente como uma organização supranacional, tendo a seu cargo nomeadamente a resolução de um conjunto de obstáculos transfronteiriços às liberdades típicas do Tratado. No entanto, o que muitas vezes pode surgir enquanto um empreendimento de escopo nacional pode mais tarde vir a extrapolar para além-fronteiras, por iniciativa da própria empresa ou de terceiro; não é eficiente que nesse momento a empresa tenha de adotar outra forma jurídica ou superar obstáculos que não seriam aplicáveis caso a forma jurídica seguida desde o início tivesse sido uma forma jurídica de sociedade da UE.

## **12. Na sua opinião, os modelos opcionais, como a LMES ou outro projeto semelhante, podem ser uma alternativa adequada à harmonização tradicional?**

Mais do que uma efetiva alternativa, uma lei sobre um Modelo Europeu das Sociedades (LMES) ou projeto similar pode representar um passo importante para o desenvolvimento do Direito das Sociedades no espaço comunitário. Mais do que alternativos, estes dois ângulos – esforço de harmonização tradicional, por um lado, e LMES (ou semelhante), por outro – devem ser vistos como complementares. Uma lei modelo, elaborada por um grupo de peritos, mas aproveitando os contributos que a indústria possa aportar, será um documento consolidador e de vanguarda, que poderá inspirar e sustentar avanços em vários domínios em cada Estado-Membro: na elaboração/alteração da legislação societária nacional, na doutrina e jurisprudência como fonte indicária de Direito, na redação de estatutos e na aplicação em geral do Direito das Sociedades num dado Estado-Membro.

No panorama norte-americano, por exemplo, esta tem sido uma via útil e profícua, desde logo também para a “exportação” de um Direito das Sociedades de inspiração estadunidense (*vide* o Model Business Corporation Act (MBCA), bem como os Principles of Corporate Governance da American Law Institute) O relativo sucesso que os códigos de corporate governance, de cumprimento voluntário, têm tido nas jurisdições europeias também faz adivinhar que uma LMES (ou similar) poderá produzir bons resultados práticos.

## VI. O caso particular do estatuto de *Societas Privata Europaea* (SPE)

### 13. Deverá a Comissão explorar meios alternativos para apoiar as PME europeias envolvidas em atividades transfronteiras?

A consagração da SPE no espaço comunitário poderá trazer vantagens importantes para a atividade económica não apenas transnacional, mas também nacional. O instrumento jurídico (Regulamento, em vez de Diretiva) é o mais adequado ao desiderato previsto: harmonização máxima ou quase-total da regulamentação aplicável a uma SPE.

É benéfica a grande liberdade de auto-conformação do regime aplicável deixada aos sócios nos estatutos. De forma a tornar a SPE um instrumento útil e acessível à generalidade das empresas, e portanto sem implicar custos desmesurados, essa liberdade deverá concatenar-se com um esforço de disponibilização prévia de um conjunto de estatutos-tipo a que os interessados poderão acorrer quando pretendam constituir uma SPE. Como exemplo, veja-se na jurisdição portuguesa a boa experiência que tem constituído a chamada “empresa na hora”, que assenta nomeadamente na utilização de estatutos-modelo aprovados pelo Instituto dos Registos e Notariado, IP (vide art. 3.º, 1, a) do DL 111/2005, de 8 de julho, como alterado pelo DL 247-B/2008, de 30 de dezembro): podem ver-se alguns exemplos (que incluem modelos para sociedade unipessoal e com mais sócios) em: [http://www.empresanahora.pt/ENH/sections/PT\\_pactos](http://www.empresanahora.pt/ENH/sections/PT_pactos). A disponibilização de estatutos-modelo é, aliás, uma situação a que as alterações ao projeto inicial de Regulamento da SPE já faz referência e seria em todo o caso importante disponibilizar os mesmos em todas as línguas oficiais dos Estados-Membros.

Esta pretensão de (quase-)totalidade de regulamentação da SPE pelo ato jurídico da União e pelos estatutos aplicáveis tem como contraponto a possibilidade acrescida da ocorrência de lacunas, o que ao abrigo de um qualquer Direito das Sociedades nacional (sedimentado depois de muitos anos de existência e aplicação) seria uma questão menos significativa. Seria útil incluir uma solução para esta questão no Regulamento: poderia passar por uma primeira remissão para os referidos estatutos-tipo, mas não deveria deixar de incluir uma remissão para o direito aplicável (à sociedade correspondente) da jurisdição da sede da SPE.

Outros pontos a considerar no regime da SPE:

Seria útil desconsiderar como decisivo (quando da constituição/início da vida da sociedade) o elemento transfronteiriço: a forma jurídica continua a ter vantagens, designadamente em contatos transfronteiriços espo-

ráticos ou pretensões transfronteiriças que sejam suscitadas mais tarde na vida da sociedade.

Será muito útil prever-se um sistema de registo central das participações na SPE, mas devendo o mesmo ser construído de forma articulada com o regime de criação de direitos reais sobre as participações (propriedade, garantia, usufruto) e oponibilidade a terceiros dos mesmos.

Convém prever-se um regime de invalidade das deliberações não apenas dos sócios, mas também das deliberações tomadas noutros órgãos sociais, em vez de o regime das primeiras ser meramente aplicável por analogia. O regime até pode ser o mesmo, mas convém existir uma remissão expressa.

Convém conferir-se legitimidade processual ativa de forma expressa para impugnar deliberações sociais a outras pessoas para além dos sócios, designadamente titulares de órgãos sociais.

Deve clarificar-se que os sócios poderão sempre reunir-se em assembleia geral e deliberar, sem prejuízo da possibilidade de tomada de deliberações por escrito (ao contrário da atual regra supletiva, que prevê preferencialmente a deliberação por escrito). A realização de assembleias gerais, designadamente com recurso a meios telemáticos, é muitas vezes um instrumento útil e que não deve sem mais ser impedido de funcionar.

Deve ponderar-se, para vícios mais graves, a eventual impugnabilidade das deliberações a todo o tempo ou então num período de tempo superior a 30 dias, bem como esclarecer-se que uma deliberação ilegal (em prejuízo de terceiros) não deverá ser cumprida, nem exonera de responsabilidade, os administradores que a cumpram, mesmo que a mesma não tenha sido contestada em devido tempo.

As versões do projeto de Regulamento contêm várias imprecisões, designadamente face à versão inglesa, que deverão ser devidamente corrigidas na versão final. Por outro lado, deve procurar-se utilizar termos neutros na medida do possível: isto é (na versão portuguesa), a utilização do termo “acionista” e “ações” no Regulamento poderia indicar que o tipo societário mais perto da SPE na jurisdição nacional seria a sociedade anónima, quando ao invés a SPE se encontra em muitos aspectos mais perto da sociedade por quotas – de qualquer forma, será uma opção de cada Estado-Membro indicar qual o tipo societário correspondente à SPE (o que tem relevância em algumas questões), pelo que a formulação usada no Regulamento deverá ser o mais neutra possível. A utilização do termo “sócio” e “participação social” (ou simplesmente “participação”) seria mais apropriada para esse efeito, por exemplo.

## VII. Transferência transfronteiras da sede estatutária de uma empresa

### 14. Deverá a UE agir no sentido de facilitar a transferência transfronteiras da sede estatutária de uma empresa?

A transferência internacional da sede estatutária, uma das vicissitudes em que se pode consubstanciar o que vem sendo chamado de *mobilidade das sociedades* (a par, designadamente, das *fusões e cisões internacionais*), é uma matéria crucial para a concretização da liberdade de estabelecimento. É muito importante que se proceda a uma clarificação cabal das exigências para que essa transferência seja operada com plena certeza jurídica e em respeito da aludida liberdade de estabelecimento.

Se atentarmos na jurisprudência do TJUE do último quartel, os desenvolvimentos a que vimos assistindo partem de uma inicial afirmação do ente societário como criação de direito nacional (*Daily Mail*), passam pela bem conhecida trilogia *Centros-Überseering-Inspire Art*, com avanços significativos na afirmação da liberdade de estabelecimento e concomitante instrumental limitação dos mecanismos a que os Estados-membros podem recorrer para restringi-la, mas tropeça de novo nas incertezas geradas pela mais recente jurisprudência (*Cartesio; National Grid*; ainda pendente: VALE, C-378/10). Independentemente da discussão académica sobre a maior ou menor bondade dos postulados de que parte o TJUE na abordagem destes últimos casos, parece indiscutível que a interação entre as normas estaduais e as liberdades fundamentais de direito da União Europeia beneficiariam muito de um refinamento, que tenha por resultado o esclarecimento inequívoco de quais são *todas* as condições para uma válida transferência da sede estatutária dentro do espaço da União. E assim ponha fim à “esquizofrenia” ínsita nas simultâneas (i) negação da criação de entraves à “imigração societária” para os Estados-membros de acolhimento; (ii) aceitação de limitações à “emigração” pelos Estados-membros de origem – que se baseia tecnicamente, ainda e sempre, numa leitura maximalista da tradicional visão da sociedade como criação do direito nacional, e (iii) negação de entraves à fusão internacional, nos termos da Diretiva 2005/56/CE, de 26.10.2005, criando-se assim regras díspares consante [(i) vs. (ii)] a perspetiva por que é analisada a transferência de sede, ou [(i) e (ii) vs. (iii)] o instrumento formalmente utilizado para lograr um mesmo objetivo: proceder a uma *mobilização transfronteiriça* da sociedade.

Muitas dificuldades seriam afastadas se, pelo menos ao nível intraeuropeu, os Estados-membros concordassem num determinado elemento de conexão para a determinação da lei aplicável às sociedades. Não há aparentemente motivo atendível para que uma iniciativa legislativa euro-

peia nesta matéria não tenha êxito, quando pensamos que outras regras do direito dos conflitos de leis, porventura não menos sensíveis para o mundo dos negócios, vêm sendo unificadas (designadamente, as regras de conflitos sobre as obrigações contratuais e extracontratuais – Roma I e Roma II; ou, antes dessas, as regras sobre a insolvência internacional). Neste sentido, figura como um bom ponto de partida a proposta apresentada já em 2006 pelo *Deutscher Rat für IPR*<sup>6</sup>.

É de saudar, neste contexto, a iniciativa da Comissão refletida na proposta de diretiva sobre a interconexão dos registos<sup>7</sup> (não por acaso, também o Grupo de Reflexão sugeriu a sua adoção “urgente”). Como *Cartesio* e *VALE* demonstram, uma harmonização ou unificação ao nível registral traria grandes benefícios para a efetivação da mobilidade societária, com respeito pela certeza e segurança jurídica das posições jurídicas dos sócios e outros interessados em presença.

## **15. Quais devem ser as condições para uma transferência transfronteiras da sede estatutária?**

Resulta evidente, em termos de *pressupostos* para uma válida e eficaz transferência de sede, que todos os Estados-membros teriam de “aceitar as transferências, mesmo quando estas não sejam acompanhadas pela transferência da sede social ou do estabelecimento principal”, em mera decorrência da liberdade de estabelecimento.

## **16. Quais devem ser as consequências de uma transferência transfronteiras da sede estatutária?**

Ao nível das *consequências*, a manutenção da personalidade jurídica é mister; as demais elencadas (“*a empresa não deve cessar a sua atividade no Estado-Membro de origem*”; “*a transferência não deve ter impacto fiscal, de acordo com a abordagem da Diretiva 90/434 aplicável às fusões, cisões, entradas de ativos e permutas de ações entre sociedades de Estados-Membros diferentes*”; e “*uma transferência não deve acarretar a perda de direitos preexistentes dos acionistas, sócios, credores e empregados da empresa*”) devem ser salvaguardadas se o propósito for, como deve ser, tornar a mobilidade *atraativa* sem com isso

<sup>6</sup> V. HANS-JÜRGEN SONNENBERGER (Hrsg.), *Vorschläge und Berichte zur Reform des europäischen und deutschen internationalen Gesellschaftsrechts*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2007, pp. 3 ss.

<sup>7</sup> COM(2011) 79 final, Bruxelas, 24.2.2011.

abrir margem para o desrespeito pelos direitos dos sócios, atuais e futuros, e de terceiros.

## VIII. Fusões transfronteiras

### 17. Apoia a inclusão de novas regras harmonizadas na diretiva?

A Diretiva 2005/56/CE é um instrumento legislativo de harmonização mínima, porquanto não unifica as leis nacionais da fusão transfronteiriça, mas fornece antes diretrizes que devem ser seguidas pelos Estados-Membros. Estas diretrizes também respeitam à lei nacional, uma vez que em muitos casos há remissões para o direito das sociedades nacional e algumas das disposições da Diretiva 2011/35/EU do Parlamento Europeu e do Conselho de 5 de Abril de 2011 relativa à fusão das sociedades anónimas (antiga Terceira Diretiva) constituem o modelo para as disposições relevantes da *Diretiva 2005/56/CE*. Esta cria, portanto, um quadro de regulação das fusões transfronteiriças, mas não adota uma harmonização detalhada.

Com a liberalização das fusões transfronteiras intra-comunitárias operada pelo Acórdão SEVIC do TJUE, a importância da Diretiva 2005/56/CE reside nas regras comuns do procedimento estabelecido para a sua execução.

A prática revela, porém, ser necessária uma maior harmonização de regulação quer ao nível puramente procedural (*v.g.*, (i) período de análise da fusão transfronteiriça pelas autoridades nacionais; (ii) momento a partir do qual a fusão transfronteiriça produz efeitos) quer ao nível material (*v.g.*, (iii) proteção dos direitos dos credores).

(i) Com efeito, a Diretiva 2005/56/CE sujeita a realização da fusão transfronteiriça à fiscalização da sua legalidade pelas autoridades nacionais competentes (que podem ser um tribunal, um notário ou qualquer outra autoridade competente designada pelo Estado-Membro). Esse controlo de (mera) legalidade está subdividido em dois momentos: a) um controlo (prévio) da realização e da legalidade do processo de tomada de decisão de cada sociedade participante na fusão pela respetiva autoridade nacional competente, que emitirá um certificado (chamado de certificado prévio à fusão) que comprove o correto cumprimento dos atos e das formalidades prévias à fusão; b) um controlo da realização e da legalidade da fusão transfronteiriça pela autoridade nacional competente da sociedade resultante da fusão, que em caso de verificação positiva dos requisitos conduzirá à eficácia plena (após registo e publicação) da operação.

Relativamente ao prazo para a emissão do certificado prévio à fusão, o art. 10.º, 2 da Diretiva não o quantifica, mas determina que a autoridade nacional designada como competente em cada Estado-Membro emitirá “sem demora” o certificado a cada uma das sociedades intervenientes na fusão abrangidas pela sua legislação nacional. Com a utilização da expressão “sem demora”, o legislador comunitário pretende claramente que o período de análise pelas autoridades nacionais competentes seja o mais célere possível, o que se comprehende de modo a não criar entraves à progressão da dinâmica negocial num processo complexo como o da fusão de empresas de Estados-Membros diferentes. Porém, aquela diretriz genérica de celeridade na emissão do referido certificado prévio não é suficiente, porquanto algumas legislações nacionais não estipularam qualquer prazo. Em face da incerteza associada ao período de análise pelas diferentes autoridades nacionais, os Estados-Membros deveriam chegar a um entendimento para a determinação de um prazo específico para a emissão do certificado prévio à fusão.

Por seu turno, quanto ao controlo de legalidade da fusão transfronteiriça pela autoridade nacional competente da sociedade resultante da fusão, no art. 11.º da Diretiva não é feita qualquer referência temporal respeitante ao período em que deverá ter lugar a verificação da conformidade legal da fusão transfronteiriça. Nesta fase, o controlo de legalidade em causa não envolve já a intervenção de diferentes autoridades nacionais, mas apenas da autoridade nacional da sociedade resultante da fusão, pelo que a determinação de um prazo específico para o efeito não aparece como tão relevante para a realização da operação.

(ii) Por fim, quanto ao momento a partir do qual a fusão transfronteiriça produz efeitos (regido pela lei do Estado-Membro em que a sociedade resultante da fusão tem a sua sede, de acordo com o artigo 12.º da Diretiva 2005/56/CE), seria conveniente prever-se um período de articulação entre as autoridades/serviços de registo competentes, para que (na medida do possível) o registo da fusão transfronteiriça (que implicará a cessação da existência de pelo menos uma das sociedades envolvidas) possa ocorrer na mesma data: por exemplo, poderia prever-se um processo em que a autoridade competente do Estado-Membro da sede da sociedade resultante da fusão informaria primeiro a sua autoridade correspondente (com alguma antecedência, por exemplo, 5 dias úteis) da data em que irá efetuar o registo, de forma que a segunda possa proceder ao registo correspondente na mesma data. Seria desejável, assim, uma regulamentação ao nível da EU prevendo uma maior cooperação entre as entidades nacionais dos registos de sociedades.

(iii) No que respeita à *proteção dos direitos dos credores* de cada uma das sociedades participantes, a Diretiva 2005/56/CE salvaguarda a aplicação a cada sociedade participante das disposições de direito interno a que está sujeita (Considerando 3 e art. 4.º, 1, b) e n.º 2). As regras nacionais de exercício dos direitos dos credores de cada uma das sociedades participantes na fusão transfronteiriça, cumulativamente aplicáveis, devem ser indicadas com a publicação do projeto comum de fusão (cfr. art. 6.º, 2, c) da Diretiva 2005/56/CE).

As disposições de direito nacional aplicáveis aos credores da sociedade participante na fusão transfronteiriça sujeita a esse direito nacional devem ser as disposições relativas à proteção dos direitos dos credores no âmbito de uma fusão interna. Estas disposições previstas para a fusão interna terão, por sua vez, de estar em conformidade com o disposto no art. 13.º da Diretiva 2011/35/UE do Parlamento Europeu e do Conselho de 5 de Abril de 2011 relativa à fusão das sociedades anónimas. Porém, o art. 13.º da Diretiva 2011/35/UE apenas estabelece uma harmonização mínima das leis nacionais que regulam a fusão interna:

- quanto aos créditos abrangidos pela proteção: os créditos anteriores à publicação do projeto de fusão e ainda não vencidos no momento dessa publicação;
- quanto ao meio de proteção: os credores devem ter, pelo menos, o direito de obter garantias adequadas sempre que a situação financeira das sociedades participantes na fusão torne essa proteção necessária e estes credores não disponham já de tais garantias;
- quanto às consequências jurídicas do sistema de proteção dos credores na conclusão (ou eficácia) da fusão interna: o art. 13.º da Diretiva 2011/35/UE nada dispõe.

Em face da ausência de uma harmonização mais detalhada no art. 13.º da Diretiva 2011/35/UE, o sistema de proteção dos interesses dos credores nas fusões internas e as consequências jurídicas da respetiva efetivação pelos credores na conclusão (ou produção de efeitos) da operação são díspares nas várias legislações nacionais. P. ex., em Portugal, os credores, no prazo de um mês após a publicação do registo do projeto de fusão, desde que tenham solicitado à sociedade a satisfação do seu crédito ou a prestação de garantia adequada há pelo menos 15 dias após a publicação do registo do projeto de fusão sem que o seu pedido tenha sido atendido, podem deduzir oposição judicial à fusão (cfr. art. 101.º-A do CSC), impedindo (temporariamente) a inscrição da fusão no registo e assim a própria produção de efeitos da fusão (cfr. art. 101.º-B do CSC). Por outra parte, na Alemanha, os credores que não possam exigir a satisfação

dos seus créditos apresentam, por escrito, no prazo de 6 meses após a publicação do registo da fusão com respeito à sociedade participante de que são sócios, a sua pretensão à constituição de garantias (cfr. § 22 (1) da Umwandlungsgesetz), portanto, já depois de a fusão ser plenamente eficaz.

Tais diferenças entre os sistemas nacionais de proteção dos credores são uma fonte de complexidade que pode atrasar e eventualmente impedir mesmo a fusão transfronteiriça<sup>8</sup>.

Concordamos com a conclusão do *Report of the Reflection Group on the future of EU Company Law*<sup>9</sup> no sentido de ser importante evitar que o sistema de proteção dos direitos dos credores de cada legislação nacional aplicável tenha por consequência a suspensão ou interrupção da fusão em resultado das pretensões reclamadas pelos credores.

Parece-nos que uma harmonização da proteção dos interesses dos credores teria de passar, em primeiro lugar, por uma alteração do art. 13.º da Diretiva 2011/35/UE, estabelecendo um maior grau de harmonização das legislações dos Estados-Membros respeitante à proteção dos direitos dos credores no âmbito da fusão interna.

De todo o modo, em alternativa a uma alteração do art. 13.º da Diretiva 2011/35/EU, apoiamos as propostas<sup>10</sup> constantes do *Report of the Reflection Group on the future of EU Company Law* quanto à alteração direta da própria Diretiva 2005/56/CE no sentido da:

- harmonização de um período de duração da proteção dos credores ou;
- autorização conferida às sociedades participantes no sentido da aplicação apenas de uma das legislações nacionais cumulativamente aplicáveis e, neste caso, unicamente devendo ser aplicáveis as disposições da legislação nacional que forem no conjunto mais favoráveis aos credores. A indicação da legislação nacional aplicável e das respectivas regras de exercício dos direitos dos credores constaria do projeto comum de fusão transfronteiriça (cfr. art. 6.º, 2, c) da Diretiva 2005/56/CE).

<sup>8</sup> Vide pág. 27 do *Report of the Reflection Group on the future of EU Company Law*.

<sup>9</sup> *Idem*, pág. 28.

<sup>10</sup> *Idem*, pág. 27.

*Comentários adicionais:*

- Colmatação da lacuna da Diretiva 2005/56/CE no que respeita à omissão de fixação da antecedência com que o projeto de fusão deve ser publicado quando haja lugar à dispensa de aprovação do projeto comum de fusão transfronteiriça pela assembleia geral da sociedade ou sociedades incorporadas (cfr. art. 15.º, 1 da Diretiva 2005/56/CE).

O art. 6.º, 1 da Diretiva 2005/56/CE determina que o projeto comum de fusão transfronteiriça deve ser publicado pelo menos um mês antes da data da reunião da assembleia geral que decidirá a fusão. De acordo com o art. 9.º, 3 da Diretiva 2005/56/CE, a legislação de um Estado-Membro pode dispensar a aprovação da fusão transfronteiriça pela assembleia geral da sociedade *incorporante* “sempre que estejam preenchidas as condições previstas no artigo 8.º da Diretiva 2011/35/EU”. Entre esses requisitos exige-se, no art. 8.º, a) da Diretiva 2011/35/EU, que a publicidade do projeto de fusão seja efetuada relativamente à sociedade incorporante pelo menos um mês antes da data da reunião da assembleia geral da sociedade ou sociedades incorporadas para se pronunciar sobre o projeto de fusão. Deste modo, a dispensa de aprovação da fusão transfronteiriça pela assembleia geral da sociedade incorporante, ao abrigo do n.º 3 do art. 9.º da Diretiva 2005/56/CE, depende, entre outros requisitos, do projeto comum de fusão transfronteiriça ser divulgado relativamente à sociedade incorporante pelo menos um mês antes da data da reunião da assembleia geral da sociedade ou sociedades incorporadas.

Por sua vez, ao abrigo do art. 15.º, 1, 2.º parágrafo da Diretiva 2005/56/CE, não há lugar à aprovação do projeto de fusão pela assembleia geral da sociedade ou sociedades incorporadas, mas a disposição é omisa quanto à antecedência com que o projeto comum deve ser publicado. Não obstante o art. 25.º, al. a) da Diretiva 2011/35/EU prever a não aprovação do projeto de fusão quer pela sociedade incorporante quer pela sociedade ou sociedades incorporadas, julgamos que é de aplicar a solução que dele se retira. Assim, o art. 15.º, 1, 2.º parágrafo da Diretiva 2005/56/CE deveria especificar que a publicidade do projeto de fusão transfronteiriça deve ser efetuada, relativamente a cada uma das sociedades incorporadas participantes na operação, um mês antes, pelo menos, de a fusão produzir efeitos.

- Evolução futura da Diretiva 2005/56/CE no sentido da extensão do âmbito subjetivo à participação numa fusão transfronteiriça (e igualmente numa cisão transfronteiriça) de outras formas jurídicas de sociedades, incluindo a SE (Sociedade Anónima Europeia), a SCE (Sociedade Coo-

perativa Europeia) e a SPE (Sociedade Privada Europeia), ao abrigo do fundamental direito de estabelecimento das sociedades (concretamente assegurado nos arts. 49.<sup>º</sup> e 54.<sup>º</sup> do Tratado).

## IX. Cisões transfronteiras

### 18. Apoaria a introdução de regulamentação sobre cisões transfronteiras a nível da UE?

A Diretiva 2009/133/CE do Conselho de 19 de Outubro de 2009, relativa ao regime fiscal comum aplicável às fusões, cisões, cisões parciais, entradas de ativos e permutas de ações entre sociedades de Estados-Membros diferentes e à transferência da sede de uma SE ou de uma SCE de um Estado-Membro para outro, já regula a cisão transfronteiriça quanto aos aspectos fiscais.

Do ponto de vista societário, em face da fundamentação do TJUE no Acórdão SEVIC a propósito das fusões transfronteiriças intracomunitárias, as cisões transfronteiras intracomunitárias constituem, tal como as fusões transfronteiras, uma das formas particulares de exercício da liberdade fundamental de estabelecimento das sociedades (concretamente assegurada nos arts. 49.<sup>º</sup> e 54.<sup>º</sup> do Tratado), importantes para o funcionamento do mercado interno. As sociedades de diferentes Estados-Membros devem poder participar em cisões transfronteiriças na mesma extensão em que podem participar, nas suas próprias jurisdições, em cisões (internas) com outras sociedades nacionais. A fim de assegurar a realização e o funcionamento do mercado interno, é também necessário prever disposições comunitárias que facilitem a realização de cisões transfronteiras entre sociedades de diferentes Estados-Membros.

No que respeita à responsabilidade pelos créditos existentes à data da cisão, os n.os 3 e 6-7 do art. 12.<sup>º</sup> da Sexta Diretiva 82/891/CEE do Conselho, de 17 de Dezembro de 1982, fundada no n.º 3, alínea g), do artigo 54º do Tratado, relativa às cisões de sociedades anónimas, previstos para a cisão total e aplicáveis à cisão parcial por remissão expressa do art. 25.<sup>º</sup>, podem constituir o modelo para a disposição relevante na regulamentação da cisão transfronteiriça intracomunitária.

Para a cisão parcial, além da aplicação das regras previstas para a cisão total, devia também prever-se a responsabilidade da sociedade ou sociedades beneficiárias pelos créditos da sociedade cindida parcialmente, bem como a responsabilidade da sociedade cindida parcialmente pelos créditos transferidos para a sociedade ou sociedades beneficiárias. Só assim

todos os credores são protegidos em iguais condições, quer a respetiva obrigação tenha sido ou não transferida para uma sociedade beneficiária.

Em conclusão, quer na cisão total, quer na cisão parcial, na medida em que o credor da sociedade beneficiária para a qual a respetiva obrigação foi transferida, em conformidade com o projeto de cisão, não tenha obtido satisfação do seu crédito, a(s) outra(s) sociedade(s) beneficiária(s) devem responder solidariamente por esta obrigação.

Na cisão parcial, na medida em que o credor da sociedade beneficiária para a qual a respetiva obrigação foi transferida, em conformidade com o projeto de cisão, não tenha obtido satisfação do seu crédito, a sociedade cindida e, se a(s) houver, a(s) sociedade(s) beneficiária(s) devem responder solidariamente por esta obrigação. Igualmente, na cisão parcial, na medida em que o credor da sociedade cindida (portanto, não tendo a respetiva obrigação sido transferida para uma sociedade beneficiária) não tenha obtido satisfação do seu crédito, a sociedade ou as sociedades beneficiárias devem responder solidariamente por esta obrigação.

Na cisão total e na cisão parcial, para proteção dos direitos dos credores preexistentes (ou seja, existentes antes da realização da cisão) das sociedades beneficiárias incorporantes (preexistentes), a responsabilidade solidária das sociedades beneficiárias (pelas obrigações transferidas para outra(s) sociedades beneficiária(s) e pelas obrigações – não transferidas – da sociedade parcialmente cindida) deve ser limitada ao ativo líquido atribuído a cada uma das sociedades beneficiárias.

## X. Grupos de empresas

### 19. Considera necessária uma intervenção da UE neste domínio?

Pensamos que é conveniente ir construindo um global regime jurídico específico dos grupos.

Um regime que, pelo menos, “legalize” aquilo que as sociedades dominantes vêm fazendo mas (segundo o direito societário geral) não têm o direito de fazer (nomeadamente, dar à administração das sociedades dominadas instruções desvantajosas para as mesmas) e proteja devidamente os interesses dos sócios minoritários e dos credores das sociedades dominadas.

Uma harmonização do direito dos grupos no espaço comunitário justifica-se também pelo facto de as diferenças hoje existentes entre os ordenamentos dos diversos Estados-membros serem fonte de condições desiguais de concorrência e de insegurança jurídica. Desde logo, para responder a interrogações básicas. O que é, e quando há, grupo de sociedades? Pre-

tende-se referir sociedades em relação de domínio total (com participação unipessoal, portanto), sociedades em relação de simples domínio (por exemplo, a 51%), sociedades vinculadas por certos contratos?...

É nosso parecer que a Comissão não deve recomendar o reconhecimento do “interesse do grupo”.

Que se pretende significar com “interesse do grupo”? Um interesse comum a todas as sociedades do grupo, interesse pelo qual se deveria pautar o comportamento dos órgãos de cada uma delas? Um interesse diferente do interesse de cada uma das sociedades e superior a ele?

Não é certo que os grupos assentam, não em coordenação para fins comuns, mas em subordinação para fins principalmente unilaterais? Não foi por isso que o direito específico dos grupos nasceu em boa medida para proteger os interesses ligados às sociedades dominadas?

Quem determina o “interesse do grupo”? Com que critérios? Como pode a administração de uma sociedade dominada saber qual o “interesse do grupo”? Quais as compensações, para a sociedade dominada, quando esta é sacrificada ao pretenso “interesse do grupo”? Como e quem avalia os sacrifícios? Como e quem avalia as compensações? Todos os atos de administração ficam legitimados pela invocação das palavras mágicas “interesse do grupo”?

Como se vê, a consagração de um vago “interesse do grupo” criaria grandes incerteza e insegurança. Ela significaria a legalização dos poderes de facto das sociedades dominantes sem qualquer segura contrapartida para as sociedades dominadas.

Melhor nos parece a perspetiva dos Princípios da OCDE sobre o Governo das Sociedades (VI., A.): “embora uma empresa possa ser controlada por outra empresa, o dever de lealdade de um membro do órgão de administração aplica-se à empresa e todos os seus acionistas, não à empresa que controla o grupo”.

Já no campo das sociedades unipessoais e do seu aproveitamento na instalação de *cross border groups*, concordamos com as recomendações de simplificação e agilização inscritas no *Report of the Reflection Group*. Afara isso, a actual Directiva 2009/102/CE do Parlamento Europeu e do Conselho (16.09.2009), sucessora da 12.<sup>a</sup> Diretiva de 1989, deveria alargar-se inequivocamente à sociedade anónima e indicar soluções para os problemas de coordenação/conflito entre os regimes que têm a coligação entre sociedades como objecto e os regimes da sociedade de responsabilidade limitada unipessoal.

Por fim, no que respeita à transparência nos grupos, advogamos o reforço da transparência, quer para as sociedades cotadas, quer para as não cotadas.

## XI. Regime de capital

### 20. Na sua opinião, a 2.ª Diretiva sobre Direito das Sociedades deve ou não ser revista?

A fixação de um qualquer capital social, por via legislativa, é um “gesto fútil”, uma vez que nenhuma das principais finalidades ou funções que se atribuem ao capital social mínimo – nomeadamente a função de garantia, a função de instrumento de seleção do tipo societário a adotar e a função de servir como limiar de seriedade – é eficientemente desempenhada pela figura, podendo, pelo contrário, a mesma revelar-se prejudicial para o empreendedorismo e para o desenvolvimento de pequenas atividades económicas (*think small first*).

No que respeita à distribuição de bens aos sócios, advogamos a consagração de um duplo teste (de solvência e de balanço). A fim de permitir uma avaliação diacrónica e prospectiva da situação financeira da sociedade, é desejável a consagração de um teste de solvência, o qual não deverá, contudo, ser o único critério a considerar, desde logo pelos riscos que comporta e que decorrem do grau de subjetividade e discricionariedade que lhe é inerente. Cumulativamente com este teste de solvência, deverá realizar-se um teste de balanço – que poderá ter por base uma contabilidade elaborada de acordo com o regime dos IAS, que já permite uma grande flexibilidade –, uma vez que dele necessariamente resultará uma avaliação mais objetiva da situação patrimonial da empresa societária.

*Coimbra, Maio de 2012*

**RESUMO:** Este texto trata do tempo e do modo da constituição do grupo de sociedades por domínio total superveniente, tal como previsto no artigo 489.º do Código das Sociedades Comerciais.

**ABSTRACT:** This paper deals with the time and mode of formation of a group of companies through supervening acquisition, by the parent company, of the whole ownership of the share capital of a subsidiary, in accordance with article 489 of the Companies Code.

PEDRO PAIS DE VASCONCELOS\*

## Constituição de grupo por domínio total superveniente – o tempo e o modo

### 1. O problema

O Código das Sociedades Comerciais, no artigo 489.º, trata da constituição da relação de grupo entre sociedades por domínio total superveniente.

Segundo o seu primeiro número, constitui-se um grupo de sociedades por domínio total superveniente sempre que uma sociedade, «diretamente ou por outras sociedades ou pessoas que preencham os requisitos indicados no artigo 483.º, n.º 2, domine totalmente uma outra sociedade, por não haver outros sócios». Da referência ao n.º 2 do artigo 483.º se conclui que o domínio a que se refere o n.º 1 do artigo 489.º do Código das Sociedades Comerciais tanto pode ser direto como indireto.<sup>1</sup>

Na sua segunda parte, o n.º 1 do artigo 489.º diz que o grupo é constituído «por força da lei». Esta referência introduz a distinção entre os chamados «grupos de direito», constituídos por contrato de subordinação, e «grupos de facto» constituídos por participação totalitária.<sup>2</sup> Com aquelas palavras, pretende o legislador esclarecer que o grupo, neste caso, dispensa o contrato de subordinação. A expressão foi pouco cuidada porquanto

\* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa

<sup>1</sup> Os requisitos indicados no n.º 2 do artigo 483.º são requisitos da imputação indireta: «à titularidade de quotas ou ações por uma sociedade equipara-se (...) a titularidade de quotas ou ações por uma outra sociedade que dela seja dependente, direta ou indiretamente, ou com ela esteja em relação de grupo, e de ações de que uma pessoa seja titular por conta de qualquer dessas sociedades».

<sup>2</sup> Esta distinção, importada um pouco acriticamente do direito alemão é infeliz. Na verdade, todos os grupos são de direito. A distinção deveria, melhor, ser feita entre os «grupos contratuais» – aqueles que são constituídos por contrato de subordinação – e «grupos totalitários» os que são constituídos por participação duma sociedade na totalidade do capital da outra.

nenhum tipo de grupo prescinde da força da lei, na sua constituição, extinção e regime, assim como nenhum prescinde também, pelo menos na sua constituição e extinção, da autonomia privada. Tal como sempre sucede no domínio do direito privado, a eficácia jurídica é tributária da autonomia e da heteronomia jurígenas, embora em partes e com intensidades desiguais.

Na parte final, o n.º 1 do artigo 489.º do Código das Sociedades Comerciais contém uma frase de elevada relevância: «salvo se a assembleia geral da primeira tomar alguma das deliberações previstas nas alíneas a) e b) do número seguinte». Estas alíneas são do seguinte teor:

- a) Dissolução da sociedade dependente;
- b) Alienação de quotas ou ações da sociedade dependente;

Da leitura conjugada dos n.os 1 e 2 do artigo 489.º decorre que para a constituição do grupo totalitário não é suficiente a aquisição, direta ou indireta, da totalidade das ações da sociedade dependente; é necessário ainda que, nos seis meses subsequentes àquela aquisição, a sociedade dominante não tenha deliberado dissolver a sociedade dependente ou alienar as suas quotas ou ações. Trata-se de factos negativos – omissões – que são pressuposto constitutivo do grupo por domínio total superveniente.

Esta conclusão, que sempre nos pareceu a correta, surge, por vezes, perturbada pela invocação adversária do n.º 3 do mesmo artigo. Com base neste preceito, poderia ser sustentado que os factos aludidos nas alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo 489.º não seriam pressupostos constitutivos do grupo, mas antes seus factos extintivos.

A diferença é simples: na primeira interpretação, o grupo de sociedades por domínio total superveniente constitui-se pela aquisição direta ou indireta da totalidade do capital da sociedade dependente, desde que não seja deliberada, no prazo de seis meses, a dissolução da sociedade dependente ou a alienação das suas quotas ou ações. Na segunda interpretação, é suficiente para a constituição do grupo a aquisição direta ou indireta, ativa ou passiva, da totalidade do capital da sociedade dependente, mas o grupo extingue-se com a dissolução da sociedade dependente ou a alienação das suas quotas ou ações. Mais simplesmente: a dissolução da sociedade dependente ou a alienação das suas quotas ou ações por alienação subsequente ou por deliberação da sociedade dominante tomada no semestre posterior à aquisição da totalidade do capital da sociedade dependente é facto constitutivo ou extintivo do grupo?

A questão tem relevância. Dela depende o estatuto de ambas as sociedades dominante e dependente durante o tempo que medeia entre a aquisição pela sociedade dominante da participação totalitária na sociedade

dependente e a cessação dessa participação totalitária dentro do semestre posterior.

## 2. As perspetivas em alternativa

No próprio enunciado do problema se anunciam duas principais perspetivas que o assumem e resolvem de modos diferentes: por um lado, a tese do domínio instantâneo; por outro lado, a tese do domínio diferido.

### 2.1. A tese do domínio instantâneo

A tese do domínio instantâneo sustenta que a relação de domínio total superveniente se constitui desde o momento em que a sociedade dominante adquire a totalidade do capital da sociedade dependente. Desde então está constituído o grupo, com todas as suas consequências jurídicas, entre as quais avulta pela importância a responsabilidade da sociedade dominante pelas dívidas da sociedade dependente cuja origem seja contemporânea ou anterior ao grupo. A relação de domínio pode vir a cessar posteriormente mas, por pouco tempo que tenha durado, a sociedade dominante não deixará de ficar onerada com as responsabilidades da sociedade dependente, e a imputação à sociedade dominante da responsabilidade pelas dívidas da sociedade dominada não cessa com o termo da relação de domínio.

Esta tese apoia-se na letra do n.º 3 do artigo 489.º naquilo em que dele consta que «*tomada a deliberação prevista na alínea c) do número anterior (deliberação de manutenção da situação existente) ou enquanto não for tomada alguma deliberação, a sociedade dependente considera-se em relação de grupo com a sociedade dominante e não se dissolve, ainda que tenha apenas um sócio*». Numa interpretação fortemente literal deste preceito, conclui-se que o grupo existe desde o momento da tomada da participação totalitária, já antes da deliberação de manutenção daquela situação. O grupo teria, pois, o seu início no momento da tomada da participação totalitária e assim se manteria enquanto não fosse extinto. Entretanto, a sociedade dominante tornar-se-ia responsável pelas obrigações da sociedade dependente, nos termos do artigo 501.º, aplicável por remissão do artigo 491.º do Código das Sociedades Comerciais. A posterior cessação da relação de grupo não isentaria daquela responsabilidade a sociedade que, por pouco tempo que fosse, tivesse estado em situação de domínio total.

Por mero efeito da lei – e aqui pede-se o apoio à expressão «*por força da lei*» que está no n.º 1 do artigo 489.º – subsumida pela tomada da participação totalitária, o grupo constituir-se-ia instantaneamente. A partir desse momento, o grupo estaria constituído com vigência completa de todo o seu regime jurídico, cujas principais componentes são a responsabilidade da sociedade dominante para com os credores da sociedade dependente pelas obrigações desta (artigo 501.º) e a responsabilidade da sociedade dominante pelas perdas da sociedade dependente (artigo 502.º), direito da sociedade dominante de dar instruções à administração da sociedade dependente (artigo 503.º) e deveres de diligência na administração relativamente ao grupo e a correspondente responsabilidade, com a consequente desresponsabilização dos membros do órgão de administração da sociedade dependente (artigo 504.º). A cessação posterior da relação de grupo poria termo à vigência deste regime, mas deixaria a responsabilidade da sociedade anteriormente dominante pelas dívidas da sociedade dominada cuja origem fosse anterior ou contemporânea da relação de grupo, mas não posterior à sua cessação.

A eficácia do domínio total, no que tange à responsabilidade, justificaria-se-ia pelo poder que, durante a relação de domínio, pode ser exercido pela dominante sobre a dependente. Tanto do poder de dar instruções como da influência de facto sobre a gestão da dependente, podem resultar vinculações, dívidas, responsabilidades e perdas que deveriam ser suportadas pela sociedade dominante de acordo com o princípio de quem tem o poder deve ter a responsabilidade.

A responsabilidade da sociedade dominante é pesada. A sociedade dominante não pode defender-se com a invocação de as dívidas, responsabilidades ou perdas não terem, de facto, sido imputáveis à sua gestão, nem ao seu domínio. Nem sequer lhe é permitido invocar a falta de nexo de causalidade entre o domínio e essas dívidas, responsabilidades ou perdas.

O fundamento dum regime tão drástico está na consideração de que a relação de domínio total cria uma estrutura de empresa plurissocietária em que as várias sociedades desempenham, no fundo, o papel de departamentos duma mesma e única macro-empresa. É próprio do capitalismo avançado a superação do modelo oitocentista em que o comerciante concentrava todas as suas empresas numa única sociedade, por um novo modelo que se foi consolidando principalmente na segunda metade do século XX em que uma mesma e única empresa se estrutura em várias sociedades, holdings, sub-holdings, sociedades operacionais e veículos especiais, com divisão de tarefas, mas com uma gestão unitária de topo. É na lógica deste modelo de grupo, correspondente à empresa plurissocietária, que se entende este regime de responsabilidade.

Nesta lógica se justificaria que a sociedade dominante passasse a ser responsável pela sociedade dependente desde o momento em que adquirisse a possibilidade do seu controlo. A divisão da empresa em várias sociedades não acarretaria a correspondente fragmentação patrimonial. Sem chegar à total desconsideração da fragmentação patrimonial que, em princípio, resulta da divisão da empresa em diversas sociedades, este regime envolve uma desconsideração limitada à responsabilidade patrimonial pelo passivo da sociedade totalmente dominada (*subsidiária integral*) pelo qual passa a responder, sem mais, a sociedade totalmente dominante.<sup>3</sup>

## 2.2. A tese do domínio diferido

Na tese do domínio diferido, a intervenção dos sócios da sociedade dominante é um dos pressupostos constitutivos do grupo; o outro uma certa estabilização no tempo. Para que se constitua o grupo por domínio total superveniente são precisos três pressupostos, um necessário e dois alternativos: a propriedade pela sociedade dominante dum a participação total no capital da sociedade dependente e, alternativamente, ou a intervenção dos sócios da sociedade dominante por deliberação que mantenha a situação existente, ou a falta de deliberação no prazo de seis meses, nos termos do n.º 2 do artigo 489.º do Código das Sociedades Comerciais.

A participação total pode ser adquirida por ato da sociedade dominante ou, mais raramente, por ato de outrem. Pode o conselho de administração da sociedade dominante tomar a iniciativa da aquisição da totalidade das quotas ou ações da sociedade dependente, caso que designamos por "participação total ativa".

Pode também suceder por facto de terceiro, independente da vontade da sociedade dominante e até contra a sua vontade. Assim pode acontecer, por exemplo, por consolidação num dos sócios da totalidade do capital da dependente por alienação potestativa das demais participações, ou por extinção das demais ações ou quotas, que designamos por "participação total passiva". A participação totalitária pode consolidar-se também na titularidade da sociedade dominante em consequência do exercício pelos demais sócios do poder potestativo de alienação das suas ações, quando a

<sup>3</sup> Não vou aqui pronunciar-me sobre as vantagens e inconvenientes desta desconsideração patrimonial parcial (a sociedade dominada não responde pelo passivo da dominante) no que respeita ao exercício do comércio e da empresa numa economia liberal de mercado. É uma questão importante, mas fica para outra oportunidade.

sociedade dominante alcançar noventa por cento ou mais<sup>4</sup> fazendo com que um dos sócios se torne um sócio único. Pode ainda ocorrer, por exemplo, numa sociedade por quotas em que sejam extintas todas as quotas menos a de um dos sócios, por exoneração com fundamento previsto no pacto, ou por funcionamento duma cláusula de amortização automática por expropriação ou nacionalização. No caso, por exemplo de amortização das demais participações em cuja deliberação o sócio remanescente não tenha participado, este fica por omissão com uma participação totalitária.<sup>5</sup> Outros casos haverá, mas não queremos ser exaustivos.

Reduzida a sociedade dependente a um único sócio, seja ativa seja passivamente, constitui-se na esfera jurídica da sociedade dominante um dever legal de o seu conselho de administração convocar uma assembleia geral para deliberar sobre a dissolução da sociedade dependente, ou a alienação das quotas ou ações da sociedade dependente, ou a manutenção da situação existente. Se for tomada a deliberação de dissolver a sociedade dependente ou de alienar as suas quotas ou ações, o grupo não chega a constituir-se; se for tomada a deliberação de manutenção da situação existente ou nenhuma deliberação for tomada, o grupo constitui-se.

### 3. Crítica

A tese do domínio instantâneo peca por incoerência sistemática e por desrazoabilidade.

A dispensa da intervenção dos sócios (quase sempre acionistas) na tomada do domínio total superveniente padece de incoerência sistemática.

A tomada de domínio total superveniente opera em casos de estruturação ou de reestruturação empresarial, na constituição ou na modificação de um grupo de sociedades. Em todos os demais casos de estruturação ou de reestruturação empresarial, seja por fusão, seja por cisão, seja por contrato de subordinação, há sempre uma intervenção determinante dos sócios da «sociedade-mãe». O fundamento e a exigência desta intervenção

<sup>4</sup> Artigo 490.º, n.ºs 5 e 6 do Código das Sociedades Comerciais e artigo 196.º, n.º 2 do Código dos Valores Mobiliários.

<sup>5</sup> É teoricamente possível que, num caso de conflito com um acionista minoritário, os outros sócios que em conjunto formam a maioria vão amortizando todas as suas participações, em deliberações sucessivas, uma de cada vez, sem o voto de cada um dos amortizados, de modo a deixarem por amortizar apenas a participação daquele que antes era minoritário, e que assim se torna totalitário. Poderia assim, na tese do domínio instantâneo, tornar o minoritário “inimigo” responsável pela totalidade do passivo da sociedade, sem ter modo de se opor a essa vicissitude.

são pacíficos e foram já muito bem descritos nas obras de MARIA AUGUSTA FRANÇA, de ENGRÁCIA ANTUNES, de ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA.<sup>6</sup>

Não se encontra fundamento razoável para privar os sócios da sociedade dominante de qualquer intervenção na constituição do grupo, no específico caso do grupo formado por domínio total superveniente (artigo 489.º).

A constituição do grupo por domínio total implica ganhos de poder para a sociedade dominante, mas também graves responsabilidades, encargos e onerações. Como admitir que só neste caso, só no caso de estruturação ou de reestruturação do grupo por participação totalitária superveniente, os sócios da sociedade dominante fiquem afastados da decisão de constituição do grupo, que ele se possa constituir à revelia dos sócios, quando em todos os outros casos a lei é tão exigente na elaboração, aprovação do projeto, na deliberação e no seu registo? Só no caso de domínio total superveniente por aquisição ativa ou (mais grave ainda) passiva, seria dispensada toda aquela panóplia de mecanismos de tutela dos sócios.

A necessidade de intervenção dos sócios da sociedade dominante na constituição do grupo por domínio total superveniente é clara. A decisão de colocar a sociedade na posição jurídica complexa da qual decorrem tão grandes responsabilidades deve sempre ser tomada pelos sócios, prévia ou posteriormente. Esta decisão não deve ser deixada aos administradores da sociedade dominante atuando sem intervenção dos sócios. Vejamos.

A fusão (artigos 100.º, n.º 2, e 102.º), a cisão (artigo 120.º), o contrato de grupo paritário (artigo 492.º, n.º 2) e o contrato de subordinação (artigo 496.º) exigem prévia deliberação dos sócios em assembleias gerais convocadas especificamente para deliberar sobre o assunto. Esta exigência de prévia submissão à discussão e deliberação dos sócios em assembleia geral justifica-se e torna-se imprescindível em consequência da grave modificação de posição jurídica da sociedade. A assunção das responsabilidades por dívidas e por perdas da sociedade dependente ou dominada não deve poder ocorrer sem que aos sócios seja dada a oportunidade de se informarem exaustivamente, designadamente sobre a situação económica e financeira da sociedade que se projeta dominar, de debaterem os prós e os contras, até de se exonerarem se os estatutos assim o permitirem (artigo 105.º).

<sup>6</sup> MARIA AUGUSTA FRANÇA, *A Estrutura das Sociedades Anónimas em Relação de Grupo*, AAFDL, Lisboa, 1990, ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Direitos dos Sócios da Sociedade-Mãe na Formação e Direção dos Grupos Societários*, Universidade Católica Portuguesa, Porto, 1994, e ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade – Por um Critério Unitário de Solução do “Conflito de Grupo”*, Almedina, Coimbra, 2012.

Terá sentido que a lei permita que no caso do artigo 489.º, os sócios da sociedade dominante sejam surpreendidos com a assunção de todo o passivo doutra sociedade e bem assim com as suas perdas, sem que lhes seja dada a oportunidade de se informarem, de o debaterem, de o recusarem? E porquê só neste caso? Não há fundamento para um regime tão assistemático, tão violento e tão desrazoável.

É assistemático porque vai contra o que sucede em todos os casos paralelos, como já se deixou expresso. ENGRÁCIA ANTUNES chama a atenção para isso mesmo e conclui «todas estas razões nos levam a defender, *de lege ferenda* – senão mesmo até *de lege lata*, interpretando restritiva ou mesmo revogatoriamente a norma do art. 489.º por força dos argumentos sistemático-teleológicos atrás desenvolvidos –, a necessidade de ser atribuída à deliberação referida no respetivo n.º 2 um verdadeiro *efeito constitutivo*, como único modo de garantir, também aqui, a unidade intrínseca do sistema legal em matéria de participação dos sócios da sociedade-mãe na formação dos grupos societários».⁷ Mais recentemente, vai mais longe ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, que, na sua dissertação de doutoramento, defende a necessidade de deliberação dos sócios da sociedade dominante, em assembleia geral, previamente à própria aquisição da totalidade das ações ou quotas da sociedade totalmente dominada, e chega mesmo a defender “uma interpretação ab-rogante do art. 489.º”, para manter que a intervenção dos sócios da sociedade-mãe deve ser sempre prévia à tomada do controlo.<sup>8</sup> Mas não é necessária a interpretação ab-rogante proposta por ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, porque a deliberação posterior, em boa interpretação, satisfaz a necessidade de acautelar a intervenção dos sócios da sociedade dominante. MARIA AUGUSTA FRANÇA<sup>9</sup> sustenta aberta e fundamentalmente que o grupo por domínio total superveniente não se forma antes de os sócios se pronunciarem, em assembleia geral e, ou deliberarem a «manutenção da situação existente», ou não deliberarem a dissolução da sociedade dependente ou a alienação das suas quotas ou ações antes do decurso de seis meses sobre a tomada da participação totalitária.

<sup>7</sup> ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Direitos dos Sócios da Sociedade-Mãe na Formação e Direção dos Grupos Societários*, cit. pág. 67.

<sup>8</sup> ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Grupos de Sociedades e Deveres de Lealdade – Por um Critério Unitário de Solução do “Conflito de Grupo”*, cit. págs. 330 e 419. Recomendamos a leitura integral, para além dos excertos que foram selecionados por serem mais significativos mas que, *brevitatis causa* não exprimem a totalidade da argumentação da Autora.

<sup>9</sup> MARIA AUGUSTA FRANÇA, *A Estrutura das Sociedades Anónimas em Relação de Grupo*, cit.. Recomendamos a leitura integral, para além dos excertos que foram selecionados por serem mais significativos mas que, *brevitatis causa* não exprimem a totalidade da argumentação da Autora.

A intervenção dos sócios é um pressuposto *constitutivo* da formação do grupo, não podendo ser retirado do n.º 3 do artigo 489.º argumento contrário.

#### 4. O sentido do n.º 3 do artigo 489.º

O n.º 3 do artigo 489.º do Código das Sociedades Comerciais diz que «*tomada a deliberação prevista na alínea c) do número anterior ou enquanto não for tomada alguma deliberação, a sociedade dependente considera-se em relação de grupo com a sociedade dominante e não se dissolve, ainda que tenha apenas um sócio*».

Tomado à letra, retirar-se-ia daqui que concomitantemente com a aquisição da participação totalitária (fosse qual fosse o título e o modo da aquisição), a sociedade adquirente ficaria em relação de grupo por domínio total com a sociedade dominada.

Mas não é assim. A própria redação do n.º 3 do artigo 489.º não o permite. A sua letra inclui na previsão duas situações: já ter sido tomada a deliberação de manutenção da situação de domínio total e não ter ainda sido tomada essa deliberação. Esta deliberação, segundo o n.º 2 do artigo 489.º deve ser tomada nos seis meses seguintes à tomada da participação totalitária. Atendendo às regras sobre a convocação de assembleias, tal deliberação não poderá ser tomada no primeiro dos seis meses. Durante esse primeiro mês, segundo o n.º 3 do artigo 489.º, a relação de grupo estaria já estabelecida, mesmo antes da deliberação. Assim sendo, tornar-se-ia desnecessária e redundante a deliberação, porque o grupo estaria já formado, antes e depois, de ser tomada. Donde, a tomada da deliberação de «manutenção da situação existente» seria inútil porque nada acrescentaria à situação jurídica já constituída. Antes de tomada a deliberação, já o seu efeito estaria produzido e a deliberação seria inútil e redundante.

A convocação das alíneas a) e b) do n.º 2 do artigo 489.º do Código das Sociedades Comerciais confirma a incorreção daquela interpretação. Se a simples tomada da participação totalitária tivesse o efeito de constituir, só por si e sem mais, o grupo por domínio total superveniente, inúteis – e mais do que isso frustres –, seriam também estas alíneas a) e b), porque o grupo já estaria constituído antes de ter havido a oportunidade de deliberar a dissolução ou a alienação de quotas ou ações da sociedade dependente.

Ainda um outro argumento pode ser alinhado. Se o domínio total superveniente estivesse já constituído concomitantemente à aquisição da participação totalitária, nenhum sentido teria então convocar a assembleia

geral da sociedade dominante para deliberar a «manutenção da situação existente». Bastaria simplesmente nada fazer. Não é correta uma interpretação que torne inútil e redundante, uma parte importante da lei.

ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA tem sustentado que o órgão de gestão da sociedade dominante tem o dever de boa fé de, antes de adquirir a totalidade da participação social na sociedade dependente, convocar a assembleia geral para permitir aos sócios apreciar, debater e deliberar sobre se querem ou não tomar a totalidade do capital da outra sociedade. Esta tomada da totalidade do capital de outra sociedade pode ter consequências gravíssimas na sociedade dominante, principalmente, a constituição, sem qualquer contrapartida ativa (quer dizer, gratuita) da responsabilidade pelo passivo da outra sociedade.

Mais ainda, esta assunção do domínio total vem trazer uma certeza e uma incerteza: a certeza da responsabilidade pelo passivo da sociedade dominada e a incerteza quanto ao valor desse passivo. São por demais conhecidas as surpresas que surgem na aquisição de sociedades quanto ao passivo e às responsabilidades envolvidas. Em bom rigor, a administração da sociedade candidata ao domínio total de outra sociedade, para respeitar o dever de cuidado,<sup>10</sup> deve promover antes uma avaliação e uma sindicação das suas contas e responsabilidades, para evitar surpresas. Mas antes de se ter o domínio total pode não ser fácil, ou mesmo não ser possível, proceder a essa sindicação. É por isso que nos parece avisada a ideia de ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA de que, antes de tomar o controlo total de outra sociedade, os administradores submetam o assunto aos seus acionistas. Se não o fizerem correm um sério risco de serem por eles responsabilizados pelos danos que daí resultarem.<sup>11</sup> Se não convocarem a assembleia geral antes, devem convocá-la para reunir dentro dos seis meses posteriores para deliberar a dissolução da sociedade dependente, a alienação de quotas ou ações da mesma ou que se mantenha a situação.<sup>12</sup>

Mas as circunstâncias podem ser muito variadas. Casos haverá em que a prévia reunião dumha assembleia geral possa ser impossível ou muito inconveniente. Pode suceder que não seja conveniente revelar de antemão o projeto de tomar o controlo total da outra sociedade, o que pode ser incompatível com toda a publicidade inerente à convocação da assembleia, pode suceder também que a tomada do controlo seja conflitual e podem outras circunstâncias desaconselhar a prévia reunião da assembleia geral. Cada caso é um caso. Mas o princípio da boa fé obriga sem dúvida

<sup>10</sup> Artigo 64.º, n.º 1, alínea a) do Código das Sociedades Comerciais.

<sup>11</sup> Artigos 64.º, n.º 1, alínea a) e 72.º do Código das Sociedades Comerciais.

<sup>12</sup> Artigo 489.º, n.º 2 do Código das Sociedades Comerciais.

os gestores a não comprometerem a sociedade no domínio total doutra sociedade à revelia dos acionistas e sem os consultar previamente. Se essa consulta tem de ser feita em assembleia geral, depende da sociedade em questão e da sua estrutura acionista. Há casos em que poderá bastar um contacto ou uma consulta informal para satisfazer o princípio da boa fé; e também pode ser suficiente a discussão no órgão de gestão quando todos os acionistas da sociedade dominante estejam aí presentes ou representados e o assunto seja pacífico.

Se não houver uma prévia deliberação da assembleia geral, deve o órgão da administração promover a convocação duma assembleia posterior. Nessa assembleia, os sócios apreciam e avaliam as vantagens e desvantagens da tomada do domínio total. Seis meses é tempo suficiente para uma avaliação eficiente.

Podem decidir pôr termo à situação de controlo total, ou vendendo a participação (totalmente ou em parte), ou dissolvendo a sociedade dominada. Se efetivamente alienarem mais de dez por cento da participação,<sup>13</sup> o grupo não chega a constituir-se. Não basta deliberar alienar, é necessário consumar tal alienação. Se dissolverem a sociedade dominada, terão de a liquidar e, na liquidação, pode suceder que o ativo não cubra o passivo, caso em que ela entrará em insolvência. Também neste caso não terá chegado a constituir-se o grupo e a sociedade dominante não será responsável pelo passivo da insolvente. Em nenhum destes casos se justifica a constituição da responsabilidade pelo passivo da outra sociedade.

Podem também decidir manter a situação como está. Neste caso, deliberam assumir conscientemente a responsabilidade pelo passivo da sociedade cujo domínio foi tomado. Também podem nada deliberar durante os seis meses, o que é equivalente a terem deliberado manter a situação. É uma omissão concludente ao qual a lei atribui um significado. Poderia parecer que seria inútil a deliberação de manutenção da situação existente perante o efeito da não deliberação durante seis meses, mas não é. A deliberação de manutenção da situação existente, antes de decorrerem aqueles seis meses faz cessar a incerteza que, sem a deliberação, se prolongaria até ao fim do prazo.

Poder-se-ia pensar que a deliberação da assembleia geral prévia à tomada da participação totalitária tornaria supérflua e redundante uma nova reunião da assembleia no prazo de seis meses tal como previsto no nº 2 do artigo 489º do Código das Sociedades Comerciais, mas não é assim. Mesmo que tenha sido tomada a prévia deliberação, só após a entrada da sociedade dominante na dominada é que esta tem a efativa

<sup>13</sup> Artigo 486.º, n.º 4, alínea c). do Código das Sociedades Comerciais

possibilidade de investigar e tomar efetivo conhecimento da verdadeira situação económica da sociedade dominada. Só depois de feitas as auditorias, verificações e estudos que forem adequados e necessários, é que os acionistas da sociedade dominante ficam em condições de formar a sua vontade, de um modo devidamente informado, quanto à manutenção ou extinção do domínio total. Só então estão suficientemente sabedores da situação da sociedade dominada para poderem decidir informadamente sobre se avançam ou recuam. Se quiserem avançar, deliberam «a manutenção da situação existente»; se quiserem recuar, deliberam «a dissolução da sociedade dependente» ou «a alienação de quotas ou ações» da mesma. Se em virtude da informação adquirida forem unâimes no sentido da «manutenção da situação existente» e não sentirem a necessidade reunir uma nova assembleia geral, poderão simplesmente nada fazer e deixar esgotar o prazo de seis meses, o que acaba por ser equivalente a uma tácita deliberação de «manutenção da situação existente». A deliberação da assembleia geral prévia à tomada da participação totalitária não torna supérflua a deliberação posterior e tem ainda o efeito de desresponsabilizar os gestores (gerentes ou administradores) que tenham participado na tomada da participação totalitária, por força do nº 5 do artigo 72º do Código das Sociedades Comerciais.

Esta panóplia de opções e de soluções é incompatível com uma interpretação que dê por consolidado o grupo por domínio total superveniente logo no momento da tomada da participação totalitária. Todo o regime do n.º 2 do artigo 489.º ficaria prejudicado, seria inútil seria redundante. Se tudo ficasse definitivamente resolvido no próprio dia da tomada da posição totalitária, para quê todo o resto?

Quando for tomada a deliberação de manutenção da situação existente e quando não for tomada qualquer deliberação ao fim de seis meses, o grupo constitui-se desde a data da concentração na sociedade dominante da totalidade das quotas ou ações da sociedade dependente, retroativamente. É este o sentido útil do n.º 3 do artigo 489.º. Este preceito, rege o caso em que os sócios da sociedade dominante, reunidos em assembleia geral, tenham deliberado manter a participação totalitária na sociedade dependente e aqueles em que essa assembleia não reúna dentro do prazo de seis meses.

Esta retroatividade faz recuar a data de referência da constituição do grupo por domínio total superveniente à data da tomada da participação totalitária.

No caso de ter sido deliberada a confirmação do grupo, é razoável que ele se tenha por existente desde a constituição da participação totalitária. Na verdade, é desde esse momento que a sociedade dominante está em

condições de exercer de facto a sua influência sobre a sociedade dependente, de a gerir, podendo criar para ela situações das quais decorram responsabilidades patrimoniais e perdas.

Também no caso de não vir a ser tomada qualquer deliberação, o grupo tem de se ter por constituído desde o esgotamento do prazo de seis meses que a lei impõe para a deliberação. Pelas mesmas razões, o grupo deve ter-se por constituído retroativamente desde a concentração da totalidade das quotas ou ações da sociedade dependente nas mãos da sociedade dominante.

Já no caso em que a assembleia geral da sociedade dominante tome as deliberações de alienar a participação totalitária ou de dissolver a sociedade dependente, não se justifica que se considere em relação de grupo por domínio total desde a concentração da participação totalitária na sociedade dominante e apenas pelo tempo que mediar entre essa data e a daquelas deliberações. A tomada de deliberação nos seis meses subsequentes à concentração da participação totalitária não é uma faculdade de exercício livre, nem um ónus: constitui um dever. Mas demora tempo, normalmente não menos de quinze dias para as sociedades por quotas (artigo 248.º, n.º 3) e pode chegar a quarenta e cinco dias nas sociedades anónimas (artigo 375.º, n.º 4). Tem sentido que, durante esse tempo, a sociedade dominante fique logo em relação de grupo, constituída na responsabilidade por todo o passivo da sociedade dependente?

O dever de convocar e reunir a assembleia geral da sociedade dominante tem como fundamento permitir aos respetivos sócios não querer assumir as responsabilidades inerentes ao grupo por domínio total superveniente, *maxime* a responsabilidade pela totalidade do passivo da sociedade dependente. Os sócios têm de apreciar qual é o ativo e passivo, qual é a viabilidade comercial e financeira, qual a sua liquidez, a sua capacidade para gerar receitas e solver os seus compromissos. Os sócios sabem que vai ser a sociedade dominante que vai ter de arcar com as responsabilidades da sociedade dependente e que vai ter de consolidar com ela as suas contas. A constituição do grupo pode ter consequências patrimoniais catastróficas para a sociedade dominante e os sócios podem não querer assumir tais encargos. Estão no direito de não quererem e, para tanto, de alienarem a participação totalitária ou deliberarem a dissolução da sociedade dependente.

Mas de que lhes servirá tomar tais deliberações (de alienar a participação totalitária ou de dissolver a sociedade dependente) se já tiverem ficado inexoravelmente responsáveis, se a sociedade dominante já tiver ficado inexoravelmente responsável pelo passivo da sociedade dependente. De nada lhes serviria então dissolver a sociedade dependente, por-

que já teriam ficado responsáveis pelo seu passivo passado e presente; de nada lhes serviria alienar a participação totalitária, mesmo a totalidade dessa participação, se já não se puderem livrar do seu passivo passado e presente.

É desrazoável e não tem justificação possível responsabilizar a sociedade dominante pela totalidade do passivo da sociedade dependente logo na data da concentração da participação totalitária, mesmo que venha a ser deliberado, no prazo de seis meses da lei, a dissolução da sociedade dependente ou a alienação da participação totalitária.

E o mesmo se diga no caso em que cesse a participação totalitária, dentro do prazo de seis meses da lei e antes da convocação ou da deliberação da assembleia geral. Tal pode suceder mesmo no dia seguinte, após uma semana, um mês, dois, três, ou quatro meses, antes da deliberação da assembleia. A extinção da participação totalitária retira suporte factual ao sistema. Deixa de haver fundamento para convocar e reunir a assembleia geral a que se refere o n.º 2 do artigo 489.º e, ainda mais, para deliberar o que quer que seja. Imaginemos então que uma sociedade concentra a totalidade do capital de outra num certo dia e aliena as respetivas quotas ou ações no dia seguinte? Ou mesmo no próprio dia? Ter-se-á constituído um grupo por domínio total superveniente com a assunção pela sociedade instantaneamente dominante da responsabilidade pela totalidade do passivo da sociedade dependente?

O caso que se acaba de hipotizar mostra bem como é absurdo admitir a constituição de grupos instantâneos por domínio total superveniente. O regime destes grupos é incompatível com um caráter instantâneo ou de curta duração. O mais elementar bom senso exige que tenha um mínimo de estabilidade e duração sem os quais não chega a haver a possibilidade de exercer influência, boa ou má, sobre a sociedade dependente.

A constituição do grupo por domínio total superveniente exige a negocialidade inherente à deliberação dos sócios e estabilização da situação decorrente do prazo de seis meses. Não pode ser constituído sem ou contra a vontade dos acionistas da sociedade dominante, nem por curto tempo.

## 5. O tempo e o modo da constituição do grupo de sociedades por domínio total superveniente

A constituição de grupos de sociedades por domínio total superveniente depende da verificação cumulativa de dois pressupostos constitutivos: a concentração, direta ou indireta, ativa ou passiva, numa só sociedade (dominante), da totalidade das quotas ou ações doutra sociedade

(dependente) e que a assembleia geral daquela sociedade (dominante), no prazo de seis meses, não tenha deliberado a dissolução da sociedade dependente, nem a alienação de quotas ou ações desta mesma sociedade (dependente), ou tenha deliberado a manutenção da situação existente, ou nada tenha deliberado. Estes pressupostos são constitutivos e não extintivos.

Caso a assembleia geral da sociedade dominante, dentro dos seis meses posteriores à assunção da participação totalitária, tenha deliberado a dissolução da sociedade dependente ou a alienação de quotas ou ações desta, o grupo não chega a constituir-se.

Caso a assembleia geral da sociedade dominante, dentro dos seis meses posteriores à assunção da participação totalitária, tenha deliberado a manutenção da situação existente, ou nada tenha deliberado nesse prazo, o grupo constitui-se desde a data em que se consolidou na sociedade dominante a totalidade das quotas ou ações da sociedade dependente.

O grupo não chega a constituir-se também se a sociedade dominante deixar de ter a totalidade das quotas ou ações da sociedade dependente antes de ser deliberada a manutenção da situação ou antes de esgotado o prazo de seis meses, no caso de não ter ainda ocorrido aquela deliberação.



**RESUMO:** O artigo examina as cautelas que devem ser adotadas, no direito brasileiro, pelo acionista que controla duas sociedades anônimas abertas (com ações listadas em bolsa) que sejam concorrentes.

**ABSTRACT:** The article examines the precautions that must be taken, under Brazilian law, by the shareholder that controls two public companies, which are competitors.

FÁBIO ULHOA COELHO \*

## O poder de controle sobre companhias abertas concorrentes no direito brasileiro

### 1. Introdução

Quando a lei estabelece ser o controlador a pessoa que usa seu poder para efetivamente dirigir os negócios da sociedade (Lei n.º 6.404/76, art. 116, b), ela está, indiretamente, legitimando o exercício desta direção. Não poderia a lei responsabilizar o acionista controlador, definindo-o deste modo, sem lhe conferir os meios para desincumbir-se plenamente de suas responsabilidades. Em outros termos, o poder de controle é um “poder-dever”, que, a um lado, confere os meios para dirigir os negócios sociais ao acionista que o titula, e, a outro lado, lhe impõe o dever de bem os dirigir<sup>1</sup>.

Mas o exercício deste poder-dever, inerente ao controle, não pode deixar de se pautar em determinadas cautelas, quando o mesmo controlador dirige os negócios sociais de duas, ou mais, sociedades anônimas concorrentes. A menos que se trate de controle totalitário ou que sejam iguais os acionistas minoritários nas duas empresas em competição empresarial, cabe ao controlador zelar para que cada empresa preserve suas vantagens competitivas. Mesmo no caso de empresas fechadas, sendo diferentes as minorias acionárias, o acionista controlador exerceria abusivamente seu poder de controle se permitisse tal aproveitamento indevido das vantagens competitivas de uma controlada por outra. Se forem as concorrentes, ademais, empresas abertas, o abuso de controle é questão que ultra-

\* Professor Titular de Direito Comercial da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo

<sup>1</sup> Cfr., por todos, FÁBIO KONDER COMPARATO e CALIXTO SALOMÃO FILHO: “a todo poder correspondem deveres e responsabilidades próprias, exatamente porque se trata de um *direito-função*, atribuído ao titular para a consecução de finalidades precisas. Assim também no que diz respeito ao poder de controle, na estrutura da sociedade anônima” (*O poder de controle na sociedade anônima*. 5<sup>a</sup> edição. Rio de Janeiro: GEN-Forense, 2008, pg. 363).

passa a proteção de interesses individuais dos acionistas minoritários, para dizer respeito à própria dinâmica do regular funcionamento do mercado de capitais.

Neste artigo, discuto tais cautelas, que consistem, basicamente, em segregar as empresas, a ponto de obstar o aproveitamento indevido, por uma delas, de informações estratégicas, confidenciais ou sensíveis de outra. Para facilitar a exposição e tratamento do tema, elejo como modelo a hipótese de serem as concorrentes controlada e controladora. Trata-se, pois, de discutir a concorrência no seio do que se convencionou chamar de “grupo de fato”<sup>2</sup>, entre a sociedade controladora e a controlada, quando as ações e demais valores mobiliários de ambas estão admitidos à negociação na bolsa de valores, isto é, quando são companhias abertas. Adiantando, entendo que, seguindo os padrões de elevada governança corporativa, o controlador deve erguer, entre a própria sociedade (controladora) e a corrente (controlada) uma *chinese wall*, que impeça o trânsito indevido de informações sensíveis.

Este artigo está dividido em quatro seções, sendo a primeira esta breve introdução. Na segunda, aborda-se a questão por meio da figura do grupo de fato, expressão empregada pelo mercado para identificar, entre outras, a relação que aproxima, a um lado, certa sociedade controladora, e, a outro, sua controlada. A terceira seção é voltada à discussão da cautela recomendada pelo espírito geral que norteia os primados de governança corporativa, que, no Brasil, assumiu a feição de tutela da minoria diante de desmandos do controlador. A quarta seção abriga uma breve conclusão, em que se retoma a noção de controle como um poder-dever.

## 2. Concorrência no interior dos chamados “grupos de fato”

De início, lembro que a lei societária concede aos acionistas minoritários dissidentes o direito essencial de recesso, no caso de a assembleia geral deliberar pela participação em *grupo de direito*, mas não concede igual direito, quando a participação se verifica em *grupo de fato*. O art. 137, *caput*, da Lei n.º 6.404/76 (“LSA”), ao fazer remissão ao inciso V do art. 136,

<sup>2</sup> Informa NELSON EIZIRIK: “Embora a Lei das S.A. somente utilize a expressão *grupo de sociedades* para designar os grupos constituídos por meio de convenção, generalizou-se, na prática societária, o emprego da expressão *grupos de fato* para referir-se àquele formado por sociedades relacionadas, tão somente, por meio de participação acionária, sem se organizarem obrigacionalmente. Em oposição, os grupos formalmente constituídos são denominados ‘grupos de direito’” (*Estudos de Direito Empresarial*. Em co-autoria com Modesto Carvalhos. São Paulo: Saraiva, 2010, pg. 371).

estipula que a “*aprovação da participação em grupo de sociedades (art. 265) dá ao acionista dissidente o direito de retirar-se da companhia*”. E o mesmo direito é reiterado no parágrafo único do art. 270: “*os sócios ou acionistas dissidentes da deliberação de se associar a grupo têm direito, nos termos do art. 137, ao reembolso de suas ações ou quotas*”.

A respeito desta hipótese de direito de recesso, NELSON EIZIRIK leciona: “O grupo de sociedades constitui uma técnica de concentração empresarial mediante a qual 2 (duas) ou mais sociedades, sendo uma dominante e as demais dominadas, unem-se sob uma mesma direção para alcançar objetivos comuns. De acordo com o artigo 265, a sociedade controladora e as suas controladas podem constituir um grupo de sociedades mediante convenção pela qual se obrigam a combinar recursos e esforços para a realização dos respectivos objetivos, ou para participar de atividades ou empreendimentos comuns. Ao participar de um grupo de sociedades, a companhia fica subordinada aos interesses e à orientação administrativa geral do grupo, devendo os acionistas minoritários aceitar, nos termos da convenção, que a sociedade disponibilize seus recursos e esforços para atender as atividades e os empreendimentos do grupo e, inclusive, realize operações contrárias a seus interesses particulares ou que não observem condições comutativas. Por isto, a Lei das S.A. atribui o direito de recesso aos acionistas de qualquer companhia que vier a participar ou se associar a grupo de sociedades, sem fazer distinção ou estabelecer qualquer exceção em relação à sociedade de comando ou às controladas”<sup>3</sup>.

Como se percebe da lição do ilustre jurista, o direito de recesso relativo à decisão assemblear de participação em grupo de sociedades existe apenas quando se trata de *grupo de direito*, isto é, daquela situação subsumida ao art. 265 da LSA. Além de ter sido expressamente mencionado, pelo legislador, este dispositivo na definição legal do direito de recesso, também a circunstância de o art. 270, parágrafo único, encontrar-se no específico capítulo da LSA sobre “grupo de sociedades” (Capítulo XXI) levam à inevitável conclusão de que *não há direito de recesso quando uma companhia passa a integrar um grupo de fato*. Quando atos societários (em alguns casos, *diversos* de deliberação de assembleia geral) implicam a participação de uma companhia no que se tem chamado de *grupo de fato*, é indiscutível que os minoritários dissidentes não têm direito de recesso.

Ora, este tratamento diferente do minoritário em cada uma destas hipóteses (participação em grupo de direito ou de fato), só se justifica, inclusive perante o princípio constitucional da isonomia, por não serem iguais os riscos a que se expõe o investimento dos acionistas num ou nou-

<sup>3</sup> A lei das S/A Comentada. Rio de Janeiro: Quartier Latin, 2011, vol. II, pgs. 217/218.

tro caso. E não são iguais estes riscos, porque no chamado *grupo de fato*, o controlador não está autorizado, em nenhuma hipótese, a se utilizar dos recursos e esforços da controlada em prol de interesses outros que não os da própria controlada.

JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO e EGBERTO LACERDA TEIXEIRA distinguem claramente as duas situações: “O relacionamento intersocietário vem disciplinado [na LSA] sob dois ângulos. Assim, de um lado, reconhecem-se efeitos jurídicos às situações de coligação e controle, com o estabelecimento de uma graduação quantitativa e percentual do vínculo societário, que [culmina] com a hipótese de dominação total, ao nível de 100% (cem por cento), no caso da chamada subsidiária integral. De outro lado, insitui-se o grupo de sociedades, assentado sobre uma situação de controle, mas qualificado por um *substratum* convencional, também presente na constituição do consórcio. [...] É imprescindível que se esclareça, desde já, que por maior que seja o complexo de sociedades vinculadas por coligação ou controle, ou por mais abrangente que seja este, somente se configura o grupo, quando se celebra a convenção de que trata o art. 265 [...]. Daí decorre o caráter formal do grupo de sociedades, tal como o conceitua a lei. Não celebrada a convenção, não há que se falar em grupo, sendo vedado, aliás, o uso desse termo para designar outras reuniões de sociedades, ainda que intimamente vinculadas por controle comum (art. 267, parágrafo único)”<sup>4</sup>.

Assentados nesta distinção que a LSA estabelece entre, de um lado, o controle ou coligação (que se chama de *grupo de fato*) e, de outro, o grupo de direito formal e regularmente constituído, prosseguem acentuando que, no primeiro caso, não há nenhum fundamento para o controlador sacrificar os interesses específicos da controlada, em nome de interesses mais gerais do conjunto societário. Este sacrifício, e mesmo assim observados os limites ditados pela convenção e pelo exercício não abusivo do poder de controle, só é possível no caso de grupos de sociedade formalmente constituídos. No dizer daqueles cultos doutrinadores: “Inegavelmente, o controle implica em subordinação, pelo menos do ponto de vista jurídico. Mas as relações que se estabelecem entre controladora e controlada, por maior dependência que traduzam, não têm o condão de sacrificar o interesse particular da controlada às conveniências operacionais ou financeiras da controladora. [...] O interesse particular da sociedade controlada não se submete, portanto, a nenhum outro interesse, a não ser ao interesse nacional. As conveniências da controladora e bem assim de qualquer

<sup>4</sup> *Das sociedades anônimas no direito brasileiro*. São Paulo: Bushatsky, 1979, vol. II, pgs. 696/697. Grifos acrescentados.

outra sociedade vinculada não preponderam consequentemente sobre o interesse particular da sociedade controlada, a qual mantém, por assim dizer, absoluta autonomia de objetivos, devendo seus administradores exercer as atribuições que a lei e o estatuto lhes conferem para lograr os fins e no interesse da companhia, satisfeitas, apenas, as exigências do bem público e da função social da empresa (art. 54, caput)<sup>5</sup>.

E é exatamente em razão desta diferença fundamental na natureza dos vínculos estabelecidos entre as sociedades, no *grupo de direito* e no chamado *grupo de fato*, que justifica a lei não conceder o direito de recesso ao minoritário quando da constituição deste último, mas reconhecê-lo na constituição do primeiro<sup>6</sup>. Na síntese de LUIS EDUARDO BULHÕES PEDREIRA: “A constituição de grupo de sociedades (de direito, e não de fato) justifica o direito de retirada porque a companhia perde sua autonomia: as sociedades que integram o grupo mantêm suas personalidades jurídicas, mas o interesse de cada uma pode ser subordinado ao do grupo, de outra sociedade e da sociedade de comando do grupo”<sup>7</sup>.

Quando a companhia decide participar de um grupo de direito, seus recursos e esforços podem ser empregados, nos termos da convenção grupal, na realização de objetivos de outras sociedades filiadas ou mesmo da controladora. O minoritário pode não ver nesta possibilidade uma decisão adequada para a sociedade em que investe. Daí a lei abrir-lhe a porta do direito de recesso. Já no caso de a companhia passar a fazer parte de um grupo de fato, o minoritário não recebe, da lei, o direito de dissidência, porque os recursos e esforços da sociedade em que investe não podem ser aproveitados na consecução de outros interesses senão os dela. Em outros termos, a LSA só autoriza falar-se em *interesses comuns, juridicamente protegidos*, de sociedades afiliadas a um grupo, quando observadas as formalizações.

<sup>5</sup> *Obra citada*, pg. 698.

<sup>6</sup> JOSÉ ALEXANDRE TAVARES GUERREIRO e EGBERTO LACERDA TEIXEIRA destacam a importância desta distinção quando se tem em mira os direitos dos acionistas minoritários: “essas circunstâncias apresentam peculiar importância no que diz respeito à proteção das minorias. Não sendo convencionado o grupo de sociedades, a orientação da companhia para fim estranho ao objeto social ou o favorecimento da controladora (considerando-se modalidades de exercício abusivo de poder por esta última), legitimam os acionistas não-controladores a intentar a competente ação de perdas e danos, prevista no art. 246. Constituído, entretanto, o grupo, tem aplicação o art. 276, segundo o qual a combinação de recursos e esforços, a subordinação dos interesses de um a sociedade aos de outra, ou do grupo, e a participação em custos, receitas ou resultados de atividades ou empreendimentos somente poderão ser opostos aos sócios minoritários das sociedades filiadas nos termos da convenção do grupo” (*Obra citada*, pgs. 699/700).

<sup>7</sup> *Direito das companhias*. Coordenação de Alfredo Lamy Filho e José Luiz Bulhões Pedreira. Rio de Janeiro: GEN-Forense, 2009, vol. I, pg. 346.

dades dos arts. 265 e seguintes desta lei. Somente as sociedades integrantes de grupos de direito têm “interesses grupais juridicamente protegidos”<sup>8</sup>; se estão ligadas por vínculos característicos de meros grupos de fato, o que se poderia chamar de “interesses grupais” simplesmente não têm proteção jurídica.

A questão fundamental diz respeito, deste modo, à existência, ou não, de proteção jurídica aos interesses gerais do grupo. Quando tais interesses gerais conflitam com os da sociedade controlada, e, consequentemente, de seus acionistas minoritários, qual merece proteção jurídica? A resposta é simples: se o grupo é de *direito*, protegem-se os interesses grupais, só podendo o minoritário reclamar do emprego de recursos e esforços da sociedade de que participa na realização do objeto social de outra sociedade, quando desrespeitada a convenção. Mas se o grupo é de *fato*, protegem-se os interesses dos acionistas minoritários da controlada, não podendo a controladora se aproveitar dos recursos e esforços desta em prol dos interesses grupais.

Quando controlada e controladora são concorrentes, qualquer recurso ou esforço de uma aproveitado pela outra importará necessariamente em prejuízos indevidos. Se controladora e controlada integrantes de um grupo de fato dedicam-se a atividades complementares, não concorrentes, pode-se cogitar de estabelecimento de diretrizes e imposição de políticas empresariais uniformes que não prejudicam nenhuma das empresas envolvidas. Havendo, contudo, competição empresarial entre as sociedades componentes do grupo de fato, esta hipótese está, por definição, descartada: a ajuda ao interesse grupal importará sempre prejuízo ao interesse individual da controlada.

Não há, reforçando, proteção jurídica aos interesses de um grupo de fato, quando conflitam com os interesses da sociedade controlada e de seus acionistas minoritários. Para que a “vontade” do grupo pudesse prevalecer a despeito de prejuízos aos interesses da controlada, e seus mino-

<sup>8</sup> Mesmo assim, respeitando-se a autonomia de cada sociedade integrante do grupo, conforme o alerta de VIVIANE MULLER PRADO: “a participação de uma sociedade em um grupo não retira a sua personalidade jurídica e sua caracterização como ente titular de vontade, interesses e patrimônio próprios. Mantém-se a ideia formal e abstrata da personalidade jurídica desvinculada dos seus membros, não considerando a realidade das sociedades dependentes. É a partir do pressuposto da autonomia econômica da sociedade, como se ela fosse necessariamente um ente hermético e independente, que se estabelecem as regras de atuação dos controladores e administradores. Esse pressuposto representa ainda a garantia dos acionistas minoritários de que os negócios sociais serão conduzidos de acordo com o interesse da sociedade” (*Conflito de interesses nos grupos societários*. São Paulo: Quartier Latin, 2006, pgs. 61/162).

ritários, torna-se imprescindível o prévio atendimento às formalidades de constituição regular de um *grupo de direito* (oportunidade em que os dissidentes poderiam exercer o recesso).

Em hipótese nenhuma, ademais, a existência de um grupo de sociedades de fato altera, minimamente, os deveres e responsabilidades dos administradores da controlada. Ao contrário, estes administradores não teriam como legitimar o fornecimento a concorrente de informações estratégicas ou confidenciais da empresa, socorrendo-se da figura do grupo de fato.

Para NELSON EIZIRIK: "as sociedades que compõem o grupo de direito formam uma verdadeira '*unidad*' econômica em que, por meio da convenção e com o objetivo de viabilizar a consecução do interesse geral, abrem mão de sua individualidade estratégica e administrativa, submetendo-se à direção centralizada do grupo. Diante disso, a lei societária admite que a administração do grupo de direito legitimamente adote medidas contrárias aos interesses específicos de cada companhia que o integra, favorecendo, em prol do interesse geral, determinadas associadas em prejuízo de outras". Adverte, contudo, que "os grupos de fato são disciplinados pelos arts. 243 a 246 da Lei n. 6.404/1976 e sua característica essencial, além da ausência de vínculo contratual, reside no fato de que as relações jurídicas mantidas entre as sociedades que os integram devem observar os princípios e regras que regem as relações entre companhias isoladas. Isto significa que todas as decisões tomadas pelos acionistas controladores da sociedade participante do *grupo de fato*, bem como os atos praticados por seus administradores, devem ter por objetivo, exclusivamente, a consecução do interesse específico de tal companhia, conforme estabelecido nos arts. 117 e 154 da Lei das S.A."<sup>9</sup>.

Concluindo, somente se as sociedades concorrentes envolvidas fizessem parte de um grupo de direito, e mesmo assim nos limites ditados pela convenção grupal, é que os administradores da controlada poderiam justificar como regular a prática de atos que importaram o aproveitamento de recursos e esforços desta empresa, pela controladora concorrente.

### **3. Governança Corporativa de companhias abertas concorrentes**

O movimento de *corporate governance* assume feições diversas, de acordo com as características específicas dos mercados de ações dos países em que

<sup>9</sup> *Estudos... obra citada*, pg. 372.

se manifesta, e suas necessidades<sup>10</sup>. Nos Estados Unidos, em que se origina – com a iniciativa do *American Law Institute* (ALI), no fim dos anos 1970, de discutir os meios de administração dos negócios explorados em sociedades –, o movimento preocupa-se com o que tem sido denominado de *conflitos de agência*. Caracterizado o mercado acionário norte-americano pelo elevadíssimo grau de dispersão das ações e pelo controle gerencial, fenômeno lá presenciado já na segunda metade do século XIX, a *corporate governance* foca os meios de controlar os administradores (*agents*), bastante independentes em relação aos acionistas, para que não passem a privilegiar seu próprio interesse, em detrimento do dos inúmeros investidores anônimos (*principals*). Na Alemanha e no Japão, por exemplo, a *corporate governance* assume feições ligadas também à responsabilidade da empresa pelos chamados *bystanders*, isto é, pessoas ou grupos sociais cujos interesses gravitam em torno da atividade econômica explorada pelas sociedades listadas em bolsa, assim os empregados, consumidores, a comunidade etc. Temas como sustentabilidade ambiental e responsabilidade social são importantes para o movimento nestes países.

No Brasil, o movimento se manifesta inicialmente em 1999, com a criação do *Instituto Brasileiro de Governança Corporativa* (IBGC) e a publicação do primeiro Código das Melhores Práticas de Governança Corporativa. Este documento dava ao funcionamento do Conselho de Administração uma importância acentuada e não abrangia temas caros ao movimento. Impulso decisivo é representado, sem dúvida, pela criação do Novo Mercado da BOVESPA, em 2000. Essa listagem segregada de companhias abertas tem seus fundamentos fortemente inspirados nos preceitos do movimento. Em 2001, o IBGC lançou, na BOVESPA, a edição revista e ampliada do Código de Melhores Práticas. É, ademais, inegável que a Lei n. 10.303/01, que reformou a Lei n. 6.404/76 ("LSA"), sofreu fortíssima influência dos valores prestigiados pelo movimento de *corporate governance*, de acordo com sua feição brasileira<sup>11</sup>. E que feição é esta? O mer-

<sup>10</sup> Para as referências históricas sobre o movimento da governança corporativa, conferir, entre outros: ANDRÉ TUNC (*Le gouvernement dès sociétés anonymes. Le mouvement de réforme aux États-Unis et au Royaume-Uni*. Em *Revue Internationale de Droit Comparé* n. 46(1), Paris, Société de Législation Comparée, 1994), J. H. FARRAR e B. M. HANNIGAN (*Farrar's Company Law*. 4<sup>a</sup> edição. Londres, Edinburgo e Dublin : Butterworths, 1985, págs. 301/307), PAUL L. DAVIES (*Growth's principles of modern company law*. Atualizado. 6<sup>a</sup> edição. Londres: Sweet & Maxwell, 1997, págs. 66/690) e MANUEL OLIVENCIA (*Corporate Governance y ordenamientos de Derecho Civil*. Em *Revista Iberoamericana de Mercados de Valores* n. 2. Madrid: Instituto Iberoamericano de Mercado de Valores, março de 2001).

<sup>11</sup> NORMA PARENTE anota: "a nova lei apóia práticas de governança corporativa que é, antes de tudo, uma atitude cultural. Saliente-se que, antes mesmo de ser promulgada, a lei pro-

cado acionário brasileiro não tinha, até há menos de uma década atrás, tradição relativamente ao que alguns denominam de “*democratização*” das relações societárias, assim entendida a criação de ambiente na companhia propício ao devido equilíbrio entre os interesses e visões do controlador e os da minoria<sup>12</sup>.

Se em sua trajetória no exterior, o movimento de *corporate governance* esteve associado aos conflitos de agência ou à responsabilidade empresarial, entre nós, ele ligou-se fortemente a outra questão – a do respeito aos direitos dos acionistas minoritários. Enquanto lá fora, a obediência a elevados padrões de governança corporativa visa normalmente garantir interesses de todo o conjunto de acionistas, aqui, foca-se de modo acen- tuadíssimo a garantia dos interesses dos minoritários<sup>13</sup>.

O objetivo central do movimento, que se encontra em todas as partes em que se manifesta, malgrado suas nuances e especificidades, é o aparelhamento do mercado de capitais para competir pelo *investidor*. As ações de sociedades anônimas listadas, para se posicionarem como alternativa atraente de investimento (entre tantas outras oferecidas pelo mercado imobiliário, financeiro, securitário etc), devem possibilitar a resposta à principal preocupação dos acionistas, em cada parte do globo. Se, nos Estados Unidos, para atrair o investidor foi necessário enfrentar a questão dos riscos associados ao controle gerencial (atenuando *conflitos de agência*), no Brasil, o enfoque haveria de ser outro, isto é, traçar melhor os limites do exercício regular do poder de controle, evitando a reprodução

duziu frutos, pois algumas empresas mais modernas, conscientes das vantagens de tratar corretamente os seus acionistas, espontaneamente já vinham concedendo novos direitos aos minoritários” (*Principais Inovações Introduzidas pela Lei n. 10.303, de 31 de outubro de 2001, à Lei de Sociedades por Ações. Em Reforma da Lei das Sociedades Anônimas*. Coordenador Jorge Lobo. Rio de Janeiro: Forense, 2002, pág. 14).

<sup>12</sup> Atente-se, contudo, ao noticiado por PAUL L. DAVIES : “this [corporate governance] was generally described, particularly in the American literature, as the quest for ‘stockholder democracy’, but that expression is now heard less often as it has come to be accepted that Athenian democracy is not the way to govern a large public company. Instead, this and a wider range of problems have come to be debated under the rubric *Corporate Governance*” (*Obra citada*, pág. 66).

<sup>13</sup> Em alguns outros países, também a discussão em torno da *corporate governance* pauta-se igualmente pela proteção dos acionistas minoritários. Na Itália, por exemplo. Mas deve-se ter sempre presente o alerta de PAOLO MONTALENTI: “tutela delle minoranze significa quindi, in sintesi, ricerca di un punto di equilibrio tra possibilità di governare e protezione di chi dal governo è escluso, tra stabilità ed efficacia dell’agire del gruppo di controllo e garanzie per chi investe capitale di rischio senza salire sul ponte di comando” (*Persona giuridica, gruppi di società, corporate governance – Studi in tema di società per azioni*. Padova: CEDAM, 1999, pg. 167).

de casos de abusos dos controladores que permearam a história do nosso incipiente mercado de capitais.

O movimento *corporate governance* brasileiro, assim, ostenta a feição peculiar aos embates, aqui muito conhecidos, entre controlador e minoria acionária, esta procurando se defender dos desmandos e abusos daquele. Na verdade, desde os idos de 1976, já se apontava, como uma das diretrizes da elaboração legislativa, a necessidade de se conferir ao acionista minoritário uma proteção jurídica que *atraísse* o seu interesse para o mercado acionário, e o fortalecesse. Aliás, a associação entre, de um lado, o aumento da proteção dos direitos dos minoritários, e, de outro, o fortalecimento do mercado de capitais, encontra-se como *leitmotiv* dos discursos justificadores não apenas da edição da LSA, mas da necessidade de todas as reformas nela empreendidas (1997, 2001, 2007 e 2011)<sup>14</sup>.

De modo singelo, tem-se difundido o movimento de *corporate governance*, pelo Brasil, a partir da noção de que o controlador não pode mais considerar a sociedade controlada algo de sua “propriedade” – o poder de controle deve ser exercido respeitando-se constantemente o preceito de que, em torno da empresa, outros interesses também gravitam, em especial os dos acionistas minoritários. A rígida e saudável separação entre “gestão” e “propriedade” é um dos conceitos básicos do movimento de *corporate governance*. A tal ponto enraizou-se na nossa cultura empresarial a urgência desta separação que, hoje em dia, até mesmo as sociedades limitadas só têm conseguido acesso ao crédito bancário, ou pelo menos a juros mais atraentes, se demonstrarem ter “governança corporativa” – o que só se pode entender, neste contexto, como a nítida distinção entre bens e interesses dos sócios majoritários e a adequada organização da atividade empresarial, privilegiando-se esta última quando inconciliável com aqueles.

Nos casos em que duas ou mais sociedades anônimas abertas estão sujeitas ao mesmo controlador, mas possuem minorias acionárias evidentemente distintas, os preceitos da *corporate governance* têm particular importância e devem nortear o exercício do poder de controle. O controlador não pode considerar as sociedades controladas como elementos de sua “propriedade”; ao contrário, deve zelar para que a “gestão” de

<sup>14</sup> Conferir: sobre a lei de 1976, ALFREDO LAMY FILHO e JOSÉ LUIZ BULHÕES PEDREIRA, *A lei das S.A. – pressupostos, elaboração, aplicação* (Rio de Janeiro: Renovar, 1992, pg. 137); sobre a reforma de 1997, NELSON EIZIRIK, *A reforma das S.A. & do Mercado de capitais* (Rio de Janeiro: Renovar, 1997, págs. 1/8); sobre a reforma de 2001, MODESTO CARVALHOSA e NELSON EIZIRIK, *A nova lei das S/A* (São Paulo: Saraiva, 2002, pg. 1/6).

cada uma tenha a indispensável autonomia, principalmente se exploram empresas total ou parcialmente concorrentes.

No âmbito da Comissão de Valores Mobiliários (“CVM”), este aspecto do exercício do poder de controle foi objeto de ampla discussão há poucos anos atrás. Refiro-me aos debates que antecederam a edição do Parecer de Orientação n. 35, de 1.º de setembro de 2008, acerca dos “*deveres fiduciários dos administradores nas operações de fusões, incorporação e incorporação de ações envolvendo a sociedade controladora e suas controladas ou sociedades sob controle comum*”. Obviamente, no caso do exercício do poder de controle sobre sociedades abertas concorrentes, não se está discutindo nenhuma dessas operações societárias (fusão, incorporação ou incorporação de ações), mas as preocupações aventadas são rigorosamente iguais.

A doutrina, há tempos, já atentara às tormentosas questões suscitadas pelas operações envolvendo sociedade controladora e controlada, ou sociedades sujeitas ao mesmo controle<sup>15</sup>. Quando duas sociedades sujeitas a controles diversos *negociam* uma operação societária qualquer (fusão, incorporação, etc), pode-se presumir que os administradores de cada uma delas, orientados pelos respectivos controladores, irão zelar pelos interesses do conjunto dos acionistas. Afinal, nestes casos, quando cada controlador, na mesa de negociação, defende seus próprios interesses, está necessariamente defendendo também os dos seus minoritários. Bem diferente, no entanto, é o cenário quando as sociedades em processo de fusão ou incorporação estão sujeitas ao mesmo controlador. Este, se perder como controlador de uma sociedade, irá forçosamente ganhar como controlador da outra. É, assim, acentuado o risco de restarem indefesos os interesses dos acionistas minoritários de uma das sociedades envolvidas<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> LUIZ GASTÃO PAES DE BARROS LEÃES, após descrever minuciosamente o procedimento negocial nas operações de fusão e incorporação entre empresas não sujeitas a controle comum, observa: “[O] equilíbrio entre interesses, obtido mediante o complexo procedimento acima descrito, passa por que os alemães denominam de turbação da equivalência – *Aquivalentzstörung* – quando se trata de uma incorporação de sociedade controlada. Pois os termos da equação, tal como formulada linhas atrás, se alteram, em face da introdução de uma nova grandeza: o interesse da sociedade controladora. Ora, quando se fala em controle, alude-se a uma nova instância na estrutura societária, que transcende as prerrogativas da maioria acionária exercidas no seio da própria assembleia, instaurando-se, em consequência, entre a sociedade controladora e a sociedade controlada, uma unidade de comando e uma unidade de interesse. A bem dizer, desaparecem as duas vontades sociais que se manifestam na operação de incorporação” (*Incorporação de companhia controlada*. Em Revista de Direito Mercantil. São Paulo: RT, abril/junho de 1994, vol. 94, pg. 93).

<sup>16</sup> Esclarece MODESTO CARVALHOSA: “quando duas sociedades possuem controladores distintos, os interesses dos acionistas de cada sociedade são defendidos pelos respectivos administradores e controladores, de forma que a definição das bases da incorporação passa a

Em situação muito similar se encontram as sociedades anônimas abertas, sujeitas ao mesmo controlador, que competem total ou parcialmente. Em encontro de gestores destas sociedades, o trânsito indevido de informações estratégicas configura o mesmo indevido cenário. Uma das sociedades pode sair prejudicada, com o aproveitamento destas informações pela outra; em decorrência, restam indefesos os interesses dos acionistas minoritários daquela sociedade cujas informações estratégicas foram indevidamente apropriadas pela outra – já que o controlador irá “compensar” eventuais perdas na empresa prejudicada com os ganhos que vier a auferir na concorrente beneficiada.

A CVM, no Parecer de Orientação n.º 35, fixou diretrizes que podem e devem ser empregadas no tratamento da questão relativa ao exercício do poder de controle sobre sociedades abertas concorrentes, em vista da clara similitude entre as situações consideradas. Em sua essência, estas diretrizes visam a garantir a rígida *separação* na administração dos interesses das sociedades envolvidas. O mercado se vale da imagem da Muralha da China (*chinese wall*) para fazer referência ao modelo recomendado pela CVM. Esta é a medida correta, sob o ponto de vista dos primados da *corporate governance*, com absoluto respeito aos direitos dos acionistas minoritários das sociedades concorrentes envolvidas.

#### 4. Conclusão

É corrente na doutrina a noção de que o acionista controlador titula um “poder-dever”. Trata-se de conceito emprestado do direito público, a partir do qual sustenta-se que o acionista controlador, ao titular o *poder* de dirigir os negócios sociais, tem intrinsecamente também o *dever* de os dirigir, sobretudo nas empresas abertas. Afinal, um dos elementos que

representa questão meramente negocial. Por outro lado, quando a operação se dá entre sociedades controladoras e controladas, *não* se verifica o caráter bilateral que assegura os interesses dos minoritários de ambas as empresas envolvidas, visto que o *mesmo* acionista controlador decide pelos dois lados da operação. De fato na incorporação de controlada inexiste duas vontades na operação, ou seja, o mesmo controlador vota e decide as condições em que se realizará a incorporação nas duas assembleias gerais, onde, a princípio, pressupõe-se que os acionistas representem interesses contrários. Trata-se da figura do *self-dealing transaction*, conhecida e repudiada no direito norte-americano. Esta foi justamente a razão que motivou o legislador brasileiro a adotar regras especiais em relação à incorporação de companhia subsidiária” (Comentários à *Lei de Sociedades Anônimas*. 4<sup>a</sup> edição. São Paulo: Saraiva, 2011, vol. 4, tomo II, pgs. 323/324); ver também dele e de NELSON EIZIRIK, *A nova lei das S/A*. São Paulo: Saraiva, 2002, pg. 376.

os investidores, no mercado de capitais, sopesam ao fazerem suas escolhas consiste exatamente na confiança que têm na capacidade empreendedora do controlador.

Mas o dever de dirigir os negócios sociais não pode ser cumprido dissociado das cautelas exigidas na circunstância muito especial de controle simultâneo de companhias *abertas* e *concorrentes*. Quando se depara com esta situação particular, o controlador deve adotar providências que imunizem as companhias envolvidas de fluxo indevido de informações estratégicas, confidenciais ou sigilosas. Esta cautela envolve, principalmente, não criar instâncias diversas das legalmente previstas nas estruturas societárias das companhias envolvidas. O controlador deve, em vista da circunstância particular de controlar simultaneamente duas companhias *abertas* e *concorrentes*, restringir seu acesso às informações estratégicas, confidenciais ou sigilosas apenas nos órgãos societários legalmente previstos. Deve ser principalmente dele a iniciativa de segregar as empresas (erguendo um *chinese wall*), ao exercer seu *dever* de dirigir os negócios sociais. Não há nenhum empecilho ou dificuldade anteposta ao dever de dirigir os negócios sociais, quando o controlador, respeitando as vantagens competitivas de cada uma das companhias que controla, adota medidas que impeçam o fluxo despropositado de informações entre elas, comprometendo estratégias empresariais específicas.



**RESUMO:** Neste estudo aborda-se o dever que os administradores têm de uma conduta conforme com a lei. Trata-se de um dever que indiscutivelmente impende sobre eles, independentemente de consagração legal e da averiguação do seu exacto alcance dogmático. O seu estudo e aprofundamento proporcionam um percurso intelectual sobre diversos temas centrais da governação de sociedades, entre os quais a articulação entre os deveres da sociedade e os dos administradores, a necessidade de harmonização de vários preceitos e princípios que determinam a sua actividade ou configuram o seu estatuto, e a moderna área da *compliance*. Espera-se deste modo contribuir para trazer à luz do dia alguns aspectos da *corporate governance* nem sempre suficientemente lembrados, com vista a uma sua compreensão mais completa.

**ABSTRACT:** This paper deals with a duty of directors to act in conformity with the law. This is a duty inarguably impending on them, independently of a legal positivization or the search for its precise dogmatic contours. Its study and deepening allow us to lay down an intellectual path through different pivotal subjects of corporate governance, namely the articulation between the company's and the director's duties, the need for harmonization between various applicable rules and principles, and the modern area of compliance. We hope to give a contribution to shedding some daylight upon corporate governance aspects not always sufficiently attended, in order to achieve a more complete understanding of this matter.

MANUEL CARNEIRO DA FRADA\*

## O dever de legalidade: um novo (e não escrito?) dever fundamental dos administradores?\*\*

Todos concordarão certamente, de modo espontâneo, em que os administradores (ou gerentes) das sociedades comerciais hão-de observar uma conduta conforme com a lei. Abreviadamente, poderá chamar-se a esse dever o dever de legalidade dos administradores. Não se trata de um dever codificado, mas ninguém duvidará, à partida, que ele existe.

\* Doutor em Direito.  
Professor da  
Faculdade de Direito  
da Universidade  
do Porto

\*\* Estudo elaborado originariamente para um volume intitulado *Infrações Económicas e Financeiras: Estudos de Criminologia e de Direito*, coordenado por JOSÉ CRUZ, CARLA CARDOSO, ANDRÉ LEITE e RITA FARIA, da Faculdade de Direito da Universidade do Porto (a aguardar publicação). Após a redacção do texto foram acrescentadas algumas referências à doutrina nacional mais significativa, a título essencialmente ilustrativo.

Contudo, se considerado com mais atenção, esse dever presta-se a reflexões e interrogativas importantes. É nosso propósito enunciar algumas delas, ainda que deixando muitas pistas por desbravar.

Sob a designação do dever de uma conduta conforme com a lei pode antes de mais querer dizer-se que os administradores<sup>1</sup> têm de observar as normas prescritivas e estão sujeitos às regras proibitivas que sobre eles impendem, segundo a lei, de modo directo e imediato<sup>2</sup>.

Algumas dessas regras são gerais, como as do art. 64 do Código das Sociedades Comerciais, que determina os deveres fundamentais dos administradores. Noutros casos, estão em causa comportamentos específicos, explicita ou implicitamente proibidos ou ordenados aos administradores, podendo servir de exemplo aqueles a que, em matéria de insolvência

<sup>1</sup> Usa-se a expressão em termos amplos, compreendendo, nomeadamente, os gerentes.

<sup>2</sup> Essa exigência – aflorada no nosso *Responsabilidade civil/O método do caso*, Coimbra, 2011 (reimpressão de 2006), p. 121 – ninguém põe em causa, mesmo se não autonomiza ou discute um dever de legalidade dos administradores. Veja-se, na doutrina de referência sobre os deveres dos administradores, por vezes com considerações que se entrecruzam com as reflexões adiante produzidas no texto, MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades, I, Parte geral*, 3<sup>a</sup>. edição, Coimbra, 2011, pp. 850 ss (nesta última visita ao tema, centrando a atenção nos deveres do art. 64, 1, sem consideração do dever de legalidade de que falamos), PAIS DE VASCONCELOS, *Responsabilidade civil dos gestores das sociedades comerciais*, DSR, I/2 (2009), pp. 65 ss (se bem se vê, o dever de legalidade que questionamos seria, segundo a catalogação do autor, um dever operacional geral da administração vinculada), COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, Coimbra, 2007, pp. 9 ss (usando uma tripartição dos deveres dos administradores, sendo de qualquer modo que o dever geral de legalidade que aqui se questiona ultrapassa os deveres legais específicos aí referidos), PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 5<sup>a</sup>. edição, Coimbra, 2012, pp. 770 ss, GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização de sociedades e responsabilidade civil*, Coimbra, 2006, *passim* e pp. 66 (chamando à colação a categoria das disposições de protecção a que adiante nos referiremos), ELISABETE RAMOS, *O seguro de responsabilidade civil dos administradores/Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*, Coimbra, 2010, pp. 63 ss, 112 ss (alertando, *inter alia*, para a vinculação dos administradores à prossecução dos deveres que impendem sobre a sociedade), ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito das Sociedades*, Porto, 2010, pp. 323 ss, CATARINA SERRA, *Entre corporate governance e corporate responsibility: deveres fiduciários e 'interesse social iluminado'* in I Congresso DSR, Coimbra, 2011, pp. 211 ss, PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades comerciais e valores mobiliários*, 5<sup>a</sup>. edição, Coimbra, 2008, pp. 233 ss, e RICARDO COSTA, *Deveres gerais dos administradores e "gestor criterioso e ordenado*, in I Congresso DSR, Coimbra, 2011, pp. 157 ss.

Uma menção especial, na doutrina, para as reflexões, várias das quais compartilhamos, de PEDRO CAETANO NUNES a propósito do dever de legalidade, que autonomiza; *vide*, do autor, *O dever de gestão dos administradores de sociedade anónimas*, Coimbra, 2012, pp. 345 ss, 455. Vide também RAÚL VENTURA/BRITO CORREIA, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades anónimas e dos gerentes de sociedades por quotas*, BMJ, 192, 1970, pp. 109 ss.

culposa, se refere o art. 186 do Código da Insolvência e Recuperação de Empresas<sup>3</sup>.

O dever de legalidade da conduta dos administradores não expressa, nesse sentido, mais do que o conjunto das adstrições e proibições que têm os administradores como destinatários de tais normas. Não duplica, nem reforça vinculações.

Mas, como princípio, não são de reconhecer deveres de segundo grau, de observância de (outros) deveres. Enquanto uma ordem jurídica não claudicar nem abdicar da imperatividade e exigibilidade incondicionada das suas determinações, deveres deste tipo (elevados à segunda potência) são uma redundância e só podem servir finalidades expositivas.

Assim, o dever de uma conduta conforme com a lei significará, afinal, um conceito-quadro (*Rahmenbegriff*) ou um conceito-resumo (*Sammelbegriff*) que expressa a multiplicidade de todos aqueles deveres que sujeitam os administradores. Adoptar esse conceito, apesar de o seu conteúdo constituir uma evidência, pode justificar-se por representar um produto, afinal, daquela função da ciência jurídica que é a de descrever e ordenar as matérias jurídicas, com clareza e simplificação<sup>4</sup>.

Só que há logo perspectivas heurísticas que então se abrem, a recordar que o sistema externo (expositivo-linguístico) se reflecte inevitavelmente

<sup>3</sup> Cfr., para desenvolvimentos, por exemplo e respectivamente, os nossos *A business judgment rule no quadro dos deveres gerais dos administradores*, ROA 67 (2007), I, *passim*, e *A responsabilidade dos administradores na insolvência*, ROA 66 (2006), II, *passim*.

No primeiro desses escritos chamamos a atenção para que os interesses indicados no art. 64, 1 b) constituem referentes, essencialmente, do (denominado) dever de cuidado, e não do dever de lealdade, que deveria merecer outro tipo de concretização. E acrescentamos que a lealdade se disfigura se for apenas uma versão reiterativa do dever de promover os interesses da sociedade e atender ou ponderar os demais interesses; nada acrescentando se se traduzir num *non facere* indiscriminadamente relativamente ao que possa obstar ao cumprimento desse dever.

Este tipo de posição parece ter aberto caminho e é, em todo o caso, partilhada hoje, embora com *nuances*, por outros autores. Veja-se em especial, pertinentemente, MENEZES CORDEIRO, *Direito...*, cit., pp. 874 ss, assim como NUNO TRIGO DOS REIS, *Os deveres de lealdade dos administradores de sociedades comerciais*, in Temas de direito comercial, Cadernos O Direito, 4, 2009, por exemplo, pp. 338, e MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *O dever de os administradores não aproveitarem, para si ou para terceiros, oportunidades de negócio societárias*, in Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas, 20, 2011, pp. 25 ss. Preferindo uma relacionação do interesse social (numa formulação compreensiva) com a lealdade, COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial (II)*, *Das sociedades*, 3<sup>a</sup>. edição, Coimbra, 2009, pp. 287 ss, e, se bem vemos, RICARDO COSTA, *Deveres gerais*, cit., *passim*.

<sup>4</sup> Mais desenvolvidamente o nosso *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra, 2007 (reimpressão de 2003), pp. 27 ss.. Veja-se também MIGUEL TEIXEIRA DE SOUSA, *Introdução ao direito*, Coimbra, 2012, p. 29.

no sistema interno: nos conteúdos jurídicos ou na compreensão que deles temos. No nosso caso, considerar uma adstrição desse tipo permite e sugere imediatamente algumas perguntas relevantes.

Por exemplo: o dever de uma conduta conforme com a lei tem o mesmo significado e alcance que o dever de adequar a conduta às exigências do direito objectivo? Qual o efeito da sujeição dos administradores a normas de direito imperativo ou, distintamente, de direito dispositivo? Os deveres fundamentais dos administradores previstos no art. 64 do Código das Sociedades Comerciais são normas de direito objectivo em que sentido? Até que ponto constituirão regras dispositivas ou terão conteúdo dispositivo, afastável pela vontade das partes, ou em que medida correspondem na realidade a obrigações ou a deveres típicos das vinculações dos administradores, como *essentialia* ou *naturalia (negotii)* da respectiva relação com a sociedade? Serão manifestação, imediata ou mediata, ao menos em parte, da autonomia privada – efeitos negociais ou quase-negociais –, ou representam uma expressão de heteronomia (evitável)? E onde se situam afinal então os deveres dos administradores por via de normas injuntivas? Poderão, assim, estabelecer-se nos estatutos ou nos contratos celebrados com os administradores, padrões distintos – por exemplo, mais exigentes – para a conduta e a responsabilidade dos administradores?<sup>5</sup>

Bem entendido, nesta acepção geral que se tem vindo a considerar, o dever de legalidade dos administradores engloba realidades de muito diversa índole: deveres de conduta (propriamente ditos), correspondentes a normas impositivas ou prescritivas, e proibições de comportamento, resultantes de regras proibitivas; havendo de distinguir-se também entre deveres gerais, e deveres particulares ou específicos, de âmbito limitado, como diferenciar-se entre proibições gerais e proibições específicas.

Por outro lado, importa recordar que, apesar de a malha dos deveres específicos poder ser, já de si, apertada e fina – porventura até demais, desde logo pelos “excessos” do direito regulamentar, fruto, muitas vezes de uma técnica deficiente e demasiado casuística –, os administradores nem por isso deixam de estar sujeitos a ditames de conduta que resultam, ou de uma analogia particular com algumas dessas disposições, ou de regras gerais do direito comum (como a da proibição da celebração de negócios contrários à ordem pública ou aos bons costumes).

De qualquer modo, considerando que os deveres particulares ou específicos que a lei impõe aos administradores nos mais diversos domínios

<sup>5</sup> Estes pontos são centrais, embora por vezes não claramente resolvidos pelos autores. Não é este o lugar para os dilucidar. Nos escritos, entre outros, dos autores acima referidos, encontram-se evidentemente posições e elementos de reflexão relevantes.

são plúrimos, se revestem de uma natureza fragmentária e se encontram espalhados por numerosas disposições avulsas (inclusivamente em legislação extravagante), pode bem perguntar-se se, ao lado dos deveres fundamentais de cuidado (no dizer da lei, que já criticámos) e de lealdade, não deveria o art. 64 do Código das Sociedades Comerciais (CSC) aludir também, genericamente, numa hipotética alínea c), ao dever de cumprimento de todas as (demais) adstrições que a lei (ou a ordem jurídica) faça impender sobre os administradores. Nestes termos, a questão apresenta-se todavia apenas de técnica legislativa, e de espírito ou sentido de uma codificação.

Dir-se-á que tal pode ainda inscrever-se no dever de cuidado do administrador, previsto na al. a) do n.º 1 dessa disposição. Mas essas adstrições não visam precípua ou tipicamente o interesse da sociedade, nem existe, quanto a elas, a típica margem de autonomia de apreciação do administrador cujos problemas dogmático-jurídicos marcam a história daquela alínea. Nem as características com que esta descreve ou reclama a actividade dos administradores se referem ou adequam especialmente à observância de disposições legais. Fará sentido impor particularmente aos administradores um “cuidado” no cumprimento da lei?

Neste plano, em todo o caso, a questão apresenta-se todavia fundamentalmente de técnica legislativa, tendo em conta a redacção infeliz do art. 64.º, n.º 1 a), e de espírito ou sentido de perfeição de uma codificação.

Mas afigura-se possível um outro entendimento do dever de legalidade dos administradores. Com efeito, quem age no tráfico ou no comércio jurídico é a pessoa colectiva. Ao fazê-lo, a sociedade encontra-se ela própria vinculada a múltiplas regras, prescritivas e proibitivas (no domínio ambiental, fiscal, laboral, do mercado de capitais, etc.). Como sujeito que age autonomamente no tráfico jurídico, é ela a destinatária de tais normas.

Ora, assim sendo, pode perguntar-se se não deriva de tal circunstância, para os administradores, o dever de promover ou assegurar a observância dos ditames que impendem sobre a sociedade<sup>6</sup>. É certo que não são eles já – como até agora considerámos – os destinatários dessas regras, as quais visam antes a sociedade. Mas não resultará daqui, para os administradores, um dever – derivado, secundário, ou acessório desse outro dever – de diligenciarem no sentido do cumprimento de tais normas que atingem a sociedade? E não constituirá esse dever, apesar de derivado, um dever fundamentalíssimo dos administradores? Um dever que, conquanto ainda possa encontrar guarida na diligência do gestor criterioso e ordenado da

<sup>6</sup> Vários autores acima indicados levantam também, pertinente, mesmo se apenas indirectamente, este tipo de questão.

al. a) do nº. 1 do art. 64, ou (embora em muito menor medida) no interesse da sociedade a que se refere o art. 64, nº. 1, b), representa todavia um dever com autonomia dogmática relativamente ao dever de promover o interesse (ou o fim) da sociedade e ao dever de lealdade? Numa consideração analítica do dever de administrar que caracteriza tipicamente a posição dos administradores, não deveria juntar-se a estes deveres cardeais dos administradores – de promover o interesse (ou o fim) da sociedade e de lealdade para com a sociedade – o aludido dever de diligenciar ou assegurar que a sociedade, ela própria, se comporta correctamente face à ordem jurídica, cumprindo aquilo que a ordem jurídica dela exige?

A consideração de um dever deste género por parte dos administradores não levantarão, também ela, certamente, dúvidas. Mas já não é uma replicação daquelas adstrições específicas que impendem sobre os administradores. Não é um conceito-resumo destas. Representa uma adscrição fundamental – distinta – que decorre mediatamente, para os administradores, da sujeição da sociedade a regras impositivas e proibitivas.

E não será muito distinta no resultado a concepção de que tais normas se aplicam, na realidade, directa e imediatamente, aos administradores enquanto titulares do órgão da pessoa colectiva por via da imputação criada pela relação de organicidade existente (tomada como que em sentido descendente).

De qualquer modo, essas regras, impositivas e proibitivas, constituem, antes de mais, limites ao espaço de apreciação e actuação discricionária dos administradores. Muito embora o dever principal destes seja o de promover o interesse da sociedade, e para o cumprirem os administradores gozem necessariamente de um âmbito alargado de autonomia, esse âmbito encontra-se circunscrito por aqueles deveres e proibições, externos à sociedade e a esta imposta (sendo também pensáveis limites estatutários a tal autonomia dos administradores).

A questão que logo se coloca é se o administrador responde, e até que ponto, por infrações da lei ou da ordem jurídica por parte da sociedade (advindo à sociedade prejuízos, como a vinculação ao pagamento de indemnizações ou coimas). E esta é evidentemente uma questão crucial; uma questão que o art. 72, nº. 1, do CSC, não resolve com clareza, pela razão simples de que a lei não esclarece exactamente a que tipo de deveres essa disposição sobre a responsabilidade dos administradores se quer referir.

A nossa resposta é aqui, em qualquer caso, positiva. Ou seja, os administradores responderão, certamente, pela infracção, por parte da sociedade, dos deveres legais que sobre ela impendem. E respondem igualmente pelo desrespeito das proibições que impendem sobre a sociedade.

Mas pensamos na responsabilidade perante a sociedade, aquela a que o art. 72.º, n.º 1, se refere. Trata-se, portanto, de uma responsabilidade interna, pelos prejuízos causados à sociedade decorrentes do desrespeito da ordem jurídica que uma conduta dos administradores ocasionou ou não preveniu. Não há, por outras palavras, neste modo de ver, nenhuma responsabilidade geral dos administradores externa, perante terceiros, pelo facto de a sociedade ter perpetrado uma conduta que, por lei, não devia ou por não ter adoptado uma conduta que, segundo a lei, devia.

É este, ao menos, o princípio (ao qual podem naturalmente ocorrer excepções). Não são os administradores que agem no tráfico jurídico: é a sociedade. Só circunstâncias ou fundamentações particulares podem justificar a sua responsabilidade pessoal perante terceiros.

O dever dos administradores de promoverem ou assegurarem uma conduta da sociedade conforme com a lei, é, numa palavra, um dever perante a sociedade. Um dever relativo, portanto, decorrente da função de administração, que é também ela, relativa.

A responsabilidade dos administradores adveniente da sua infracção opera, por conseguinte, apenas, via de regra, perante a sociedade. É esta, e não terceiros, que pode pedir uma indemnização aos administradores por danos decorrentes de uma conduta (dela própria) contrária à lei.

De remissa ficarão agora os termos mais exactos dessa responsabilidade. Adiantamos apenas que ela está exposta a certos limites inerentes ao tipo de dever dos administradores de que se trata.

Claro que da violação do dever de legalidade nem sempre decorre um dano para a sociedade<sup>7</sup>. Mas, ainda que a responsabilidade civil não intervenha por ausência de dano, tal não exime os administradores. A sociedade tem um direito irrenunciável a uma conduta dos administradores conforme com aquilo que a ordem jurídica deles exige. Por isso, além da susceptibilidade de destituição com justa causa em que incorrem se não acatam as suas determinações, há meios cautelares e pretensões de diversa índole, dirigidas ao seu cumprimento, que sempre assistem à sociedade.

Em qualquer caso, as considerações precedentes ajudarão a delinear e a enquadrar melhor temas parcelares muito relevantes para a administração das sociedades e a direcção das respectivas empresas: por infrações ao direito dos consumidores ou ao direito do trabalho, à legislação

<sup>7</sup> As hipóteses em que da violação de deveres decorreram proveitos, e não prejuízos, para a sociedade merecerem uma análise específica, mais desenvolvida; dedicamos-lhes alguns apontamentos no nosso *Danos societários e governação de sociedades* (corporate governance), a aguardar publicação nos Cadernos de Direito Privado (número especial, relativo às suas II Jornadas Científicas).

ambiental, às disposições do mercado de capitais, às normas fiscais, às regras sobre comércio electrónico ou às normas de defesa da concorrência responde, regra geral, a sociedade.

Os administradores, insiste-se, mesmo que possam estar implicados – ou estejam naturalmente implicados –, apenas respondem, ordinariamente, perante a sociedade; pois o dever de legalidade que sobre eles impende – o dever de promoverem ou diligenciarem no sentido de uma conduta da sociedade conforme com a ordem jurídica – respeita, via de regra também, às relações internas, ou seja, à sua relação com a sociedade.

Foi esta que agiu no tráfico jurídico, é ela aquela que se apresenta exteriormente responsável. Por isso, ou para isso, se apresenta ela própria dotada de imputabilidade delitual ou de capacidade negocial.

Esta será a regra básica, sob pena de deitar pela borda fora o sentido da atribuição de personalidade jurídica às sociedades.

E ainda que esta regra comporte exceções.

Aliás, uma coisa parece haver imediatamente de admitir-se: toda e qualquer conduta dos administradores que, violando a lei, instrumentalize, em qualquer domínio, a sociedade causando dolosamente, contra o mínimo ético-jurídico (que os bons costumes também expressam), um dano a alguém, apresenta-se como conduta que consubstancia um delito próprio destes mesmos administradores; um ilícito que conduz, logo segundo as regras do direito comum, a uma responsabilidade, directa e primária, desses mesmos administradores perante o atingido. A insolvência fraudulenta, causada pelos administradores, constitui notoriamente um exemplo deste enquadramento dogmático<sup>8</sup>. (Repare-se aliás que neste tipo de casos a responsabilidade dos administradores acaba por ajudar a preservar a própria pessoa jurídica “sociedade”, prevenindo a utilização indevida da personificação.)

Mas esta nem será propriamente uma exceção ao aludido princípio, já que está em causa uma relevância delitual fundamental e genérica, “anterior” (ou “superior”) ao direito das sociedades<sup>9</sup>.

Nada do que dizemos obsta, de qualquer forma, a que a lei reforce as adstrições ou proibições que impendem já sobre a sociedade com adstrições ou proibições que têm os administradores por destinatários (não

<sup>8</sup> Referências ao problema da insolvência culposa e ao seu enquadramento dogmático no nosso *A responsabilidade dos administradores na insolvência...*, cit., *passim*; pode ver-se também MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A responsabilidade dos administradores na crise da empresa*, in I Congresso DSR, Coimbra, 2011, pp. 397 ss, 402 ss.

<sup>9</sup> A favor de uma responsabilidade civil geral por actos dolosos contrários aos bons costumes (fundada nos estratos mais básicos e estruturantes de toda e qualquer ordem jurídica), veja-se o nosso *Teoria da confiança...*, cit., pp. 164 ss, em nota.

só civis ou comerciais, mas criminais, contraordenacionais ou de direito de mera ordenação social): *v.g.*, se impõe aos administradores multas ou penas por certas condutas que quer exigir, vedar ou prevenir de modo mais eficaz. O que aliás está de acordo com a dificuldade de concepção de uma responsabilidade criminal das pessoas colectivas, pois uma responsabilidade desse tipo apenas pode recair, por natureza – isto é, se não quisermos desvirtuar por completo o seu cerne ético-jurídico –, em pessoas singulares.

Nem a compreensão exposta acerca do dever de providenciar ou assegurar uma conduta conforme com a lei obsta a que diversas das disposições legais que impendem sobre as sociedades não possam considerar-se, ao menos em certos ou alguns casos (que não por regra), normas de protecção de certos interesses de terceiros que impendem (também) sobre os respectivos administradores: o que significa que o dever de (assegurar o) cumprimento de tais disposições pode desencadear então a responsabilidade (externa) dos administradores relapsos no seu cumprimento, designadamente ao abrigo do art. 483, n.º 1, 2<sup>a</sup> alternativa, do Código Civil (e mesmo ultrapassando o âmbito dos arts. 78 e 79 do CSC).

Uma outra nota para dizer que o dever de legalidade de que falamos – e que cabe, no recorte que lhe foi assinalado, aos administradores – explica a importância da *compliance* na organização dos modernos empreendimentos e a sua assunção como tarefa dos próprios administradores.

A *compliance* corresponde na verdade ao conjunto de medidas e disposições que se destinam a assegurar o respeito pelas disposições da ordem jurídica na actividade da empresa, estendendo-se, por conseguinte, a todos os seus órgãos, trabalhadores e colaboradores. É interna à sociedade. A infracção de tais medidas não gera *per se* responsabilidade – da sociedade ou dos administradores – perante terceiros. Mas o seu cumprimento – ou a sua rejeição – pode reflectir-se também na conduta externa da sociedade (e ocasionar situações de responsabilidade da sociedade perante terceiros).

Na realidade, a *compliance* insere-se dentro dos deveres de organização<sup>10</sup>, supervisão e controlo dos administradores, sendo instrumental do dever de diligenciar a legalidade de toda a actuação da sociedade.

É certamente verdade que, no direito das sociedades, não há nenhuma obrigação geral de instituir um sistema de *compliance*. A conveniência, a oportunidade ou a necessidade dessa instituição – por certo, dispendiosa – não pode afirmar-se relativamente a todo e qualquer empreendimento societário.

<sup>10</sup> Sobre estes, veja-se, recentemente, PEDRO CAETANO NUNES, *O dever de gestão...*, cit., pp. 506 ss.

Mas tal não poupa os administradores da sua obrigação de providenciar (perante a sociedade) o respeito dos deveres e proibições que a ordem jurídica impõe à sociedade enquanto sujeito que ela autoriza ou reconhece (poder) actuar no tráfico jurídico.

O dever de legalidade corresponde aqui, assim, a um dever de controlo da legalidade. E este dever é um dever em que se desdobra, afinal, também, num esforço analítico, o dever de organização e supervisão do empreendimento societário que impende sobre os administradores.

Por último: supomos que o dever de legalidade de que falamos expressa, na realidade, um vector que, para além da sociedade, se estende a todos os membros de órgãos de administração de pessoas colectivas e que se encontra, efectivamente, estreitamente ligado à personalidade colectiva em geral, sem prejuízo das suas especificidades em função de cada um dos seus tipos<sup>11</sup>.

Ele pertence assim ao coração do governo das sociedades (*corporate governance*).

Mas, para que a governação seja boa, é preciso que a lei seja também criteriosa nos deveres e proibições que estabelece. Tal remete-nos todavia para problemas de outra ordem.

<sup>11</sup> Para uma compreensão integrada do direito das sociedades e do direito das demais pessoas colectivas, cfr. o excelente conjunto de contributos recolhidos em *O Governo das Organizações/A vocação universal do corporate governance* (por PAULO CÂMARA, GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, etc.), Coimbra, 2011.

**RESUMO:** Neste estudo, abordam-se duas questões controvertidas com particular relevância no contexto das sociedades comerciais: a (alegada) responsabilidade do administrador da insolvência, por equiparação ao liquidatário da sociedade, e a (alegada) indisponibilidade dos créditos tributários no quadro dos mecanismos de recuperação de empresas. A discussão redobrou de interesse recentemente: quanto ao primeiro problema, em virtude da Circular n.º 1/2010, da Direcção dos Serviços do IRC e da Direcção dos Serviços do IVA; quanto ao segundo, em virtude da Lei do Orçamento do Estado para 2010, do Memorando da Troika e das alterações legislativas à lei da insolvência ocorridas em 2012. Envolve o confronto entre princípios fundamentais do Direito tributário e do Direito da insolvência, a resolução de ambos os problemas deverá ser orientada no sentido de confirmar a coerência interna do sistema jurídico.

**ABSTRACT:** In this paper I address two issues with great relevance for companies: the (alleged) liability of the insolvency administrator, by assimilation to the liquidator of the company, and the (alleged) inalienability of tax claims by public authorities in the context of the restructuring proceedings. Some of the most fundamental principles of Tax Law and Insolvency Law being at stake, the solution cannot but preserve and confirm the inner coherence of the legal system.

CATARINA SERRA \*

## Créditos tributários e princípio da igualdade entre os credores – dois problemas no contexto da insolvência de sociedades \*\*

*Sumário:* 1. A alegada equiparação do administrador da insolvência ao liquidatário e, por força desta, ao gerente ou administrador da sociedade (a responsabilidade subsidiária tributária do administrador da insolvência) 1.1. Ponto da situação 1.2. A improcedência de alguns dos pressupostos em que se baseiam as orientações da Circular 1.2.1. A declaração de insolvência não produz, de facto, a extinção imediata da sociedade nem, por isso mesmo,

\* Professora da Escola de Direito da Universidade do Minho

\*\* Este estudo – a ideia de um estudo – surgiu em resultado de algumas conversas com o Procurador Luís Sotto Mayor Felgueiras, meu colega e amigo, a propósito das venturas e desventuras dos magistrados do Ministério Público no contencioso tributário.

da sua personalidade tributária 1.2.2. A massa insolvente é uma entidade (*rectius*: um património autónomo) distinta da sociedade e não está sujeita às obrigações tributárias a que normalmente estaria sujeita a sociedade 1.2.3. O administrador da insolvência não pode ser equiparado ao liquidatário de uma sociedade, logo não fica sujeito aos mesmos deveres dos gerentes ou administradores da sociedade 1.3. Conclusão: o disposto nos arts. 24.º da LGT e 8.º do RGIT é inaplicável ao administrador da insolvência. 2. A alegada indisponibilidade dos créditos tributários no âmbito do plano de insolvência 2.1. Ponto da situação 2.2. O plano de insolvência como instrumento de recuperação da empresa e os seus efeitos 2.3. O plano de insolvência como providência da lei especial e a necessidade de uma leitura restritiva do regime da indisponibilidade dos créditos tributários 2.4. Conclusão: os créditos tributários são susceptíveis de ser afectados no âmbito do plano de insolvência.

Há algum tempo que dois problemas na intersecção do Direito Tributário e do Direito da Insolvência pairam sobre os juristas. Trata-se do problema da responsabilidade subsidiária tributária do administrador da insolvência e do problema da indisponibilidade dos créditos tributários no âmbito do plano de insolvência. Convocando simultaneamente regras e princípios de dois ramos do Direito e, sobretudo, pondo em confronto os fundamentos em que assenta cada um dos dois ramos de Direito (o poder de império do Estado e a igualdade entre os credores) –, os problemas assumem alguma complexidade. Compreensivelmente, a doutrina não se tem manifestado até ao momento.

Mecanismos permitindo a sobreposição do Estado aos restantes sujeitos credores não se encontram só nos regimes abordados (existem também, por exemplo, no regime da exoneração do passivo restante, no quadro dos créditos ressalvados da exoneração) ou sequer apenas no âmbito do Direito da Insolvência (existem, por exemplo, no regime de privilégios creditórios e hipotecas legais e da sua graduação). Mas se há casos em que tais mecanismos são compreensíveis (ou toleráveis) há outros em que não. Na sequência da alteração ao Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE) operada pela Lei n.º 16/2012, de 20 de Abril, o texto que agora se publica visa ilustrar, com dois exemplos, este último grupo de casos. Torna-se urgente identificá-los e tomar posição. Na esperança de que seja possível (re)estabelecer uma convivência equilibrada dos diversos interesses em confronto – condição de que depende o (bom) funcionamento dos institutos jurídicos e se torna particularmente necessária em tempos de crise económica.

## **1. A alegada equiparação do administrador da insolvência ao liquidatário e, por força desta, ao gerente ou administrador da sociedade (a responsabilidade subsidiária tributária do administrador da insolvência)**

### **1.1. Ponto da situação**

A Circular n.º 1/2010, da Direcção dos Serviços do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas (IRC) e da Direcção dos Serviços do Imposto sobre o Valor Acrescentado (IVA), de 2 de Fevereiro de 2010, relativa às obrigações fiscais em caso de insolvência para efeitos de IRC e IVA, veio dar origem a grande controvérsia. Da referida Circular resulta que o administrador da insolvência está sujeito a um conjunto de deveres impostos pela Administração Tributária, que se prendem sobretudo com a obrigação de cumprir certas obrigações de índole tributária no tocante à administração da massa insolvente.

Na sequência da entrada em vigor da Circular, muitos serviços de Finanças começaram a imputar responsabilidade subsidiária tributária aos administradores de insolvência pelas dívidas fiscais da massa insolvente, baseando-se no art. 24.º da Lei Geral Tributária (LGT) e no art. 8.º do Regime Geral das Infracções Tributárias (RGIT).

O Acórdão do Tribunal Central Administrativo Norte (TCA-Norte) de 13 de Janeiro de 2011 veio recentemente abordar o problema. O requerente, a Associação Portuguesa dos Administradores Judiciais (APAJ), pedia a suspensão de eficácia do despacho de concordância do Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais (Despacho n.º 1280/2009.XVII, de 25-09-2009), enquanto acto administrativo de sancionamento das instruções constantes da Circular n.º 1/2010, por ilegalidade. Alegava, em síntese, que as obrigações impostas pela Administração Fiscal não decorriam de qualquer norma legal prevista no Código da Insolvência; que a lei falimentar e a lei fiscal portuguesa não imputavam responsabilidade subsidiária tributária aos administradores da insolvência pelo não cumprimento de obrigações fiscais contraídas pelo insolvente, pelo que o comportamento da Administração Fiscal era ofensivo dos interesses dos administradores da insolvência ("ilegal, injusto e incompreensível"). Invocava ainda a inconstitucionalidade da interpretação do artigo 24.º da LGT no sentido da imputação de responsabilidade subsidiária tributária aos administradores de insolvência, por violação dos arts. 103.º, n.º 3, e 277.º, n.º 1, da Constituição da República Portuguesa (CRP), por se estar a criar uma nova tributação sem lei prévia que a autorizasse e por as normas/orientações inseridas na Circular n.º 1/2010 criarem um conjunto de obrigações para os administradores de insolvência que conduziam a um ataque ao acesso

à profissão, violando o disposto no art. 47.º, n.º 1, da CRP. Defendia a impugnabilidade da Circular, dizendo que as instruções eram directamente dirigidas aos administradores de insolvência (enquanto sujeitos obrigados ao seu cumprimento) e lateralmente aos seus inferiores hierárquicos (em relação ao autor do acto) em funções dentro da mesma estrutura administrativa (no caso o Ministério das Finanças); que, apesar de o conteúdo do acto revelar um carácter geral quanto aos seus destinatários, não deixava de ter a natureza de um acto administrativo; que, apesar de consubstanciar uma aparente natureza interna (atenta a terminologia que enuncia), e nessa medida ser considerado um acto interno, não deixara de ser um acto administrativo lesivo de direitos e interesses legalmente protegidos, podendo os titulares desses direitos/interesses, que resultaram ofendidos com a emanação do acto impugnado, impugná-lo nos termos legais que resultaram ofendidos com a emanação do acto impugnado. Acrescentava, por fim, que a situação deveria ser considerada à luz do princípio *pro actione*, consagrado no artigo 7.º do Código de Processo nos Tribunais Administrativos (CPTA), para que não resultasse excluída de tutela jurisdicional efectiva uma situação que reclamava tal tutela.

O TCA-Norte recusou a providência, argumentando que o acto impugnado não tinha eficácia externa [tais orientações genéricas apenas à Administração Tributária vinculam, de acordo com o art. 55.º do Código de Procedimento e de Processo Tributário (CPPT)] e que apenas o acto administrativo fiscal que aplicasse tais orientações poderia ser impugnado judicialmente com base em violação de lei pelo interessado/lesado. Considerou-se, portanto, dispensado de apreciar a questão da conformidade à lei das orientações contidas na Circular.

### 1.2. A improcedência de alguns dos pressupostos em que se baseiam as orientações da Circular

A decisão do TCA-Norte não será posta em causa no essencial: não se apreciará se a Circular tem mera eficácia interna e é insusceptível de impugnação. Objecto de atenção será apenas a matéria que o TCA-Norte se considerou dispensado de apreciar: a da conformidade ao Direito das orientações contidas na Circular e, sobretudo, das suas consequências, designadamente a questão da admissibilidade da equiparação do administrador da insolvência ao liquidatário e, logo, ao gerente ou administrador de sociedades comerciais e da sua responsabilidade pessoal pelas dívidas tributárias quando não cumpre as obrigações que lhe são imputadas.

### **1.2.1. A declaração de insolvência não produz, de facto, a extinção imediata da sociedade nem, por isso mesmo, da sua personalidade tributária**

Tem sido, por diversas vezes, afirmado que a personalidade tributária de uma sociedade (definida no art. 15.º da LGT como a susceptibilidade de ser sujeito de relações jurídicas tributárias) não é afectada pela declaração de insolvência<sup>1</sup>. A afirmação tem por base a ideia de que a sociedade insolvente não perde a sua personalidade jurídica. Veja-se se a afirmação é verdadeira.

De harmonia com o Código das Sociedades Comerciais (CSC), uma vez declarada a insolvência ocorre a *dissolução imediata ou automática da sociedade*<sup>2</sup> [cfr. art. 141, n.º 1, e), do CSC] e, consequentemente, a *liquidação imediata do seu património* (cfr. art. 146.º, n.º 1, do CSC). Nas palavras da lei, “a sociedade dissolvida entra imediatamente em liquidação” mas, em rigor, o que está em causa é o património da sociedade (as pessoas jurídicas dissolvem-se, os patrimónios liquidam-se).

A regra é a de que a “sociedade em liquidação” mantém a sua personalidade jurídica e continuam a ser-lhe aplicáveis, com as necessárias adaptações, as disposições que regem as sociedades não dissolvidas (cfr. art. 146.º, n.º 2, do CSC). A extinção apenas ocorre com o registo do encerramento da liquidação (cfr. art. 160.º, n.º 2, do CSC). Será assim também que as coisas se passam quando a dissolução ocorre no âmbito do processo de insolvência ou por força da declaração de insolvência?

<sup>1</sup> A afirmação provém, sobretudo, dos órgãos da Administração Tributária. Contraditória tem sido a posição do Supremo Tribunal de Justiça (STA) a este respeito: ora afirma que “[a] declaração de insolvência constitui um dos fundamentos da dissolução das sociedades e essa dissolução equivale à morte do infractor, de harmonia com o disposto nos artigos 61.º e 62.º do RGIT e artigo 176.º, nº 2, alínea a) do CPPT, daí decorrendo a extinção da obrigação do pagamento de coimas e da execução fiscal instaurada tendente à sua cobrança coerciva” [cfr. Acórdão do STA de 9 de Fevereiro de 2011 (Relatora: DULCE NETO) (disponível em <http://www.dgsi.pt>)], ora afirma que “[a] sociedade dissolvida na sequência de processo falimentar continua a existir enquanto sujeito passivo de IRC até à data do encerramento da liquidação, ficando sujeita, com as necessárias adaptações e em tudo o que não for incompatível com o regime processual da massa falida, às disposições previstas no CIRC para a tributação do lucro tributável das sociedades em liquidação, mantendo-se vinculada a obrigações fiscais declarativas” [cfr. Acórdão do STA de 9 de Fevereiro de 2011 (Relatora: DULCE NETO) (disponível em <http://www.dgsi.pt>)].

<sup>2</sup> “Imediata” é o termo legal escolhido para qualificar estes casos de dissolução; “de modo automático” é a expressão utilizada por JOANA PEREIRA DIAS [Código das Sociedades Comerciais Anotado (Coordenação: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO), 2.ª edição, Coimbra, Almedina, 2011, pág. 529].

Embora a dissolução não seja, em geral, uma circunstância estranha à vida das sociedades, bem pelo contrário<sup>3</sup>, a dissolução no âmbito do processo de insolvência é uma dissolução judicial, por isso, *excepcional* por contraponto à dissolução por deliberação “voluntária” (por vontade dos sócios), que é a espécie mais comum de dissolução<sup>4</sup>. A dissolução no âmbito do processo de insolvência conduz, portanto, a um processo de liquidação que não observa necessariamente (pode não observar) o regime geral de dissolução de sociedades. É a própria lei que, no n.º 1 do art. 146.º do CSC, remete nos casos de insolvência para o disposto na respectiva lei de processo, ou seja, e pese embora a incorrecta qualificação da lei aplicável à insolvência, para o CIRE<sup>5</sup>.

Ora, no CIRE, mais precisamente, no Título XI, relativo aos efeitos do encerramento do processo de insolvência encontra-se uma norma que projecta luz sobre a questão. Trata-se da norma do art. 234.º, dispondo, no seu n.º 3, que “[c]om o registo do encerramento do processo após o rateio final, a sociedade considera-se extinta”. Em face disto, parece inequívoco que a sociedade comercial não se extingue, mantendo a sua personalidade jurídica depois de declarada a sua insolvência, até ao registo do encerramento do processo.

Confirma-se, pois, a regra de que “a dissolução de uma sociedade comercial (seja ela de que tipo for, e independentemente do fundamento dessa dissolução) não provoca a extinção da pessoa jurídica (ou colectiva) que essa sociedade é”<sup>6</sup> <sup>7</sup>. E no caso da declaração de insolvência

<sup>3</sup> Como diz MIRCÉA ARAÚJO DELGADO (“Dissolução e liquidação das sociedades comerciais”, in: *Revista de Direito das Sociedades*, 2010, n.ºs 1-2, pág. 251), “a dissolução e a liquidação constituem fase de um processo complexo com o fim contrário ao da constituição de uma sociedade”.

<sup>4</sup> Cfr., neste sentido, MIRCÉA ARAÚJO DELGADO, *ob. cit.*, pág. 253, e, implicitamente, PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 4.ª edição, Coimbra, Almedina, 2010, págs. 869-870.

<sup>5</sup> Atendendo às diferenças fundamentais entre o processo de liquidação de sociedades e o processo de insolvência, e na vigência do Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (CPEREF), JORGE PINTO FURTADO (*Curso de Direito das Sociedades*, Coimbra, Almedina, 2004, pág. 576) criticava a inserção sistemática da declaração de insolvência entre as causas de dissolução de sociedades no Código das Sociedades Comerciais.

<sup>6</sup> Cfr. M. NOGUEIRA SERENS, “A dissolução (imediata) da sociedade anónima por deliberação dos sócios – Breve reflexão sobre alguns aspectos do respectivo regime”, in: *Direito das Sociedades em Revista*, 2011, vol. 5, pág. 44.

<sup>7</sup> “A dissolução constitui, assim, um pressuposto para a extinção da sociedade e a *primeira fase do processo* que conduz a essa extinção” [cfr. RICARDO COSTA, *Código das Sociedades Comerciais em comentário* (Coord.: JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU), volume II (Artigos 85.º a 174.º), Coimbra, Almedina, 2011, pág. 564].

em particular, bem se comprehende. Não faria sentido que a sociedade se extinguisse tão cedo, num momento em que não é ainda possível prever toda a sequência de acontecimentos afectando a sociedade, em que ainda existe a possibilidade de a liquidação patrimonial acabar por não ter lugar ou de ser interrompida, mais precisamente de ser homologado um plano de insolvência que vise a recuperação da empresa e a salvaguarda da sociedade enquanto sujeito seu titular<sup>8</sup>. A própria norma do art. 234.<sup>º</sup> do CIRE faz referência expressa a esta possibilidade, ao dispor, no n.<sup>º</sup> 1, que “[b]aseando-se o encerramento do processo na homologação de um plano de insolvência que preveja a *continuidade da sociedade comercial*, esta retoma a sua actividade independentemente de deliberação dos sócios” e, no n.<sup>º</sup> 2, que “[o]s sócios podem deliberar a *retoma da actividade* se o encerramento se fundar na alínea c) do n.<sup>º</sup> 1 do artigo 230.<sup>º”</sup><sup>9 10</sup>

Pode, então, com segurança afirmar-se que a declaração de insolvência não afecta a personalidade jurídica da sociedade. E mantendo-se a sua personalidade jurídica, não há razão para que não se mantenha a sua personalidade tributária.

#### 1.2.2. A massa insolvente é uma entidade (*rectius: um património autónomo*) distinta da sociedade e não está sujeita às obrigações tributárias a que normalmente estaria sujeita a sociedade

Se é verdade que a personalidade tributária da sociedade não é afectada pela declaração de insolvência, nem por isso pode dizer-se que as obrigações tributárias que habitualmente vinculavam a sociedade e decorriam de uma sua certa qualidade – da qualidade como um certo tipo de sujeito

<sup>8</sup> Já não são, pois, incondicionalmente válidas as palavras que RAÚL VENTURA (*Dissolução e liquidação de sociedades*, Coimbra, Almedina, 1987, pág. 76) proferiu em contexto normativo anterior: “uma vez a falência declarada, deixa de se conceber o exercício em comum de uma actividade económica com o escopo de repartir os lucros”.

<sup>9</sup> Itálicos nossos.

<sup>10</sup> RAÚL VENTURA (*Dissolução e liquidação de sociedades*, cit., págs. 77-78) alude às dificuldades que sentiu alguma doutrina na altura (quando o regime de falência estava ainda contido no Código de Processo Civil) em conciliar a dissolução e a entrada da liquidação da sociedade sempre que viesssem a aplicar-se mecanismos vocacionados para a retoma da actividade por parte da sociedade (como a concordata suspensiva). O A. desvaloriza aquelas dificuldades dizendo: “se no decorrer [do processo de falência] houver necessidade de interromper a liquidação e fazer a sociedade retomar a sua actividade, estamos perante um fenómeno paralelo ao regulado no art. 161.<sup>º</sup> [do CSC]”.

passivo tributário – continuam a constituir-se e (muito menos) que o seu cumprimento passa a ser exigível ao administrador da insolvência.

Apesar de tudo, a declaração de insolvência produz modificações na situação da sociedade e estas não podem deixar de se reflectir na relação jurídica tributária anteriormente estabelecida entre ela e o Estado. Mais especificamente, a declaração de insolvência produz uma alteração do fim da sociedade, alteração esta “que é apanágio da passagem da sociedade ao *estado* de ‘ser vivo’ ao *estado* de ‘ser moribundo’”: no primeiro estado, o fim da sociedade é o lucro; no segundo, passa a ser a “extinção das relações jurídicas” e a “monetarização do património social”<sup>11</sup>.

A empresa, que tipicamente faz parte do património de qualquer sociedade comercial, autonomiza-se da sociedade-sujeito de direito<sup>12</sup>, passando a fazer parte da chamada “massa insolvente”. É na massa que ela é entregue ao seu destino: manter-se em actividade ou ser desintegrada.

Havendo cessação de actividade depois da declaração de insolvência (ou antes<sup>13</sup>) ou não (ao abrigo do n.º 2 do art. 156.º e 234.º, n.ºs 1 e 2, do CIRE), com certeza que é possível (nuns casos é mais provável do que noutras) a constituição de (novas) obrigações tributárias. Mas estas já não são obrigações da sociedade, nem são as típicas obrigações tributárias das sociedades; são obrigações da massa insolvente. O processo com vista ao cumprimento destas obrigações segue necessariamente um curso distinto daquele que habitualmente seguia o do cumprimento das obrigações tributárias da sociedade.

Como se sabe, a massa insolvente é um património constituído para realizar uma determinada finalidade: a satisfação dos credores (cfr. art. 46.º, n.º 1, do CIRE). Sob o ponto de vista da sua natureza jurídica, ela é, então, não uma pessoa mas aquilo que se pode chamar um “património de afectação especial”<sup>14</sup>. A massa é, em suma, uma entidade distinta e

<sup>11</sup> Cfr. M. NOGUEIRA SERENS, “A dissolução (imediata) da sociedade anónima por deliberação dos sócios – Breve reflexão sobre alguns aspectos do respectivo regime”, cit., pág. 47 (itálicos do A.).

<sup>12</sup> Como diz M. NOGUEIRA SERENS [“A dissolução (imediata) da sociedade anónima por deliberação dos sócios – Breve reflexão sobre alguns aspectos do respectivo regime”, cit., pág. 45], “o destino do bem que essa empresa é, [deixa de estar] necessariamente ligado ao destino do sujeito-seu-titular, que é a sociedade” (itálicos do A.).

<sup>13</sup> A empresa pode ter a sua actividade suspensa logo desde o início do processo – no âmbito de medidas cautelares (cfr. arts. 31.º e 33.º, n.º 1, do CIRE). Seja como for, é possível a cessação da actividade previamente à assembleia de credores de apreciação do relatório (cfr. art. 157.º do CIRE).

<sup>14</sup> ORLANDO DE CARVALHO (*Teoria Geral do Direito Civil*, policopiado, Coimbra, Centelha, 1981, págs. 125 e s.) identifica, sob o ponto de vista da afectação, o património de afectação geral (o que está afectado às obrigações gerais do sujeito) e o património de afectação

autónoma da sociedade (tal como o EIRL é uma entidade distinta e autónoma do comerciante seu titular). Consequentemente, não é admissível uma transposição automática para a massa insolvente do regime que regula o cumprimento das obrigações tributárias das sociedades.

As obrigações constituídas depois de declaração de insolvência são expressamente qualificadas pela lei como dívidas da massa insolvente (cfr. art. 51.º do CIRE) e as obrigações constituídas pela sociedade antes da declaração de insolvência são dívidas da insolvência (cfr. art. 47.º do CIRE). Como se esclarecerá adiante, a partir da declaração de insolvência, o seu pagamento fica irreversivelmente subordinado às regras que regulam o processo de insolvência. O que equivale a dizer: aos termos definidos pela lei para a realização da liquidação da massa insolvente e do pagamento aos credores.

O mesmo se diga, *mutatis mutandis*, quanto ao cumprimento das chamadas “obrigações tributárias declarativas”. O seu cumprimento fica dependente da existência de regras que inequivocamente imponham ao representante da massa – em regra, o administrador da insolvência – o dever de as cumprir. Que – diga-se desde já – não existiam até à Lei n.º 16/2012, de 20 de Abril. Até aí, havia uma única norma de relevo (o art. 181.º do CPPT), expressamente regulando os deveres tributários do administrador da insolvência, nomeadamente o dever de requerer a citação pessoal dos chefes dos serviços periféricos locais da área do domicílio fiscal do insolvente e o dever de requerer, sob pena de incorrer em responsabilidade subsidiária, a avocação dos processos em que o insolvente seja executado ou responsável e que se encontrem pendentes<sup>15</sup>.

Com a Lei n.º 16/2012, de 20 de Abril, que aditou novas normas ao art. 65.º do CIRE, a situação alterou-se. Em primeiro lugar, ficou definitivamente esclarecido que os representantes legais do insolvente se mantêm obrigados ao cumprimento das obrigações fiscais do insolvente e respondem pelo seu incumprimento (cfr. art. 65.º, n.º 2, do CIRE). A deliberação, na chamada “assembleia de credores de apreciação do relatório”, de

especial (o que está adstrito exclusiva ou preferencialmente a certos encargos). Dentro do quadro da afectação especial, distingue o A. entre património separado e património autónomo; o primeiro pressupõe a titularidade por um sujeito determinado e o segundo não se refere a qualquer sujeito (seja porque este não existe seja porque ainda não está determinado).

<sup>15</sup> O art. 181.º do CPPT foi alterado pela Lei n.º 64-B/2011, de 30 de Dezembro, mas a alteração prendeu-se exclusivamente com a necessidade de actualizar o seu texto, mais precisamente com a substituição das expressões “liquidatário judicial”, “falência” e “falido”, respectivamente, pelas expressões “administrador da insolvência”, “insolvência” e “insolvente”.

encerramento do(s) estabelecimento(s) compreendido(s) na massa insolvente produz a extinção automática de todas as obrigações fiscais (cfr. art. 65.º, n.º 3, do CIRE). O administrador da insolvência só será responsável se, eventualmente, se constituírem obrigações no período entre a declaração de insolvência e a deliberação de encerramento (cfr. art. 65.º, n.º 4, do CIRE) ou se não vier a ser tomada, na assembleia de apreciação do relatório, uma deliberação de encerramento (cfr. art. 65.º, n.º 5, do CIRE). Em qualquer dos casos, quando a administração seja atribuída ao devedor, é a este (aos seus representantes legais), e não ao administrador da insolvência, que incumbe o cumprimento destas obrigações, podendo dizer-se que ao administrador da insolvência cabe, assim, uma espécie de “responsabilidade residual”.

### 1.2.3. O administrador da insolvência não pode ser equiparado ao liquidatário de uma sociedade, logo não fica sujeito aos mesmos deveres dos gerentes ou administradores da sociedade

O liquidatário de uma sociedade tem, em geral, os deveres, os poderes e a responsabilidade dos membros do órgão de administração da sociedade (cfr. art. 152.º, n.º 1, do CSC). Isto significa que as disposições dos arts. 24.º da LGT e 8.º do RGIT, expressamente aplicáveis aos gerentes e administradores, são extensivas ao liquidatário. Será admissível estender, por sua vez, o regime ao administrador da insolvência?

Deixem-se de fora as hipóteses de recuperação de empresas pois nem é preciso ir tão longe para ilustrar a diversidade das funções do administrador da insolvência e do liquidatário. Circunscreva-se a análise aos casos de processo de insolvência propriamente dito, com fim de liquidação. Entre a liquidação dita “comum” de uma sociedade e a liquidação no âmbito do processo de insolvência é possível encontrar várias diferenças.

Enquanto o administrador da insolvência é um *órgão processual*, sendo, em princípio, nomeado pelo juiz, e não pelas partes, ao abrigo da autonomia privada<sup>16</sup>, o liquidatário, mesmo quando seja pessoa distinta do

<sup>16</sup> O n.º 1 do art. 52.º do CIRE dispõe que “[a] nomeação do administrador da insolvência é da competência do juiz”, determinando o art. 2.º do Estatuto do Administrador da Insolvência (estabelecido da Lei n.º 32/2004, de 22 de Julho, com a alterações do DL n.º 282/2007, de 7 de Agosto, e da Lei n.º 34/2009, de 14 de Julho) que, via de regra, apenas podem ser nomeados sujeitos que constem das listas oficiais de administradores da insolvência. Esta última ideia é corroborada pelo art. 32.º, n.º 1, 1.ª parte, *ex vi* do art. 52.º, n.º 2, do CIRE.

gerente ou administrador, é o que se pode chamar um *órgão contratual*, uma vez que a sua relação com a sociedade é de origem contratual<sup>17</sup>.

Além de órgão processual, o administrador da insolvência é um *órgão funcional da insolvência*. Quer isto dizer que as suas atribuições são adequadas à realização prática dos valores tutelados pelo Direito da Insolvência<sup>18</sup>, designadamente, à realização do fim do processo de insolvência.

Evidentemente, seja ou não o liquidatário pessoa distinta do gerente ou administrador, as suas funções não são iguais à de um gerente ou administrador. Como se disse, a “sociedade em liquidação” abandona o seu fim normal (a prossecução do lucro) e adquire um fim novo (a liquidação e a partilha do património social). As atribuições do liquidatário são funcionais (adequadas e limitadas) a este fim novo (cfr. art. 152.º, n.º 3, do CIRE). O liquidatário deve, nomeadamente, ultimar os negócios pendentes, cumprir as obrigações da sociedade e cobrar os créditos a favor dela, proceder à liquidação do património social e propor a partilha do respectivo produto.

Tudo isto o aproxima, sem dúvida, do administrador da insolvência. Ainda assim, continua a haver diferenças significativas entre um e de outro, que são consequência dos diferentes contextos em que um e outro exercem a sua actividade e que tornam completamente impossível a alegada equiparação. Numa palavra: a actividade do liquidatário adequa-se à realização de interesses privados (a satisfação dos direitos dos credores); a actividade do administrador da insolvência adequa-se à realização do interesse público (a salvaguarda do interesse público do crédito quando, por causa da insolvência, existe o risco de não satisfação ou satisfação incompleta dos direitos dos credores<sup>19</sup>).

Em conformidade com isto, no exercício das suas funções o administrador da insolvência está subordinado a um princípio que é, em princípio, estranho ao liquidatário: o princípio *par conditio creditorum* ou da

<sup>17</sup> De acordo com o CSC, são, em princípio, os membros da administração da sociedade quem assume as funções de liquidatário da sociedade dissolvida (cfr. art. 151.º, n.º 1). Aqueles são, como se sabe, nomeados ou eleitos pelos sócios (cfr. arts. 252.º, n.º 2, e 391.º, n.º 1). Mesmos quando não é assim, são os sócios que têm a palavra fundamental quanto à escolha do liquidatário (cfr. art. 151.º, n.ºs 2 e 4, do CSC).

<sup>18</sup> Cfr. CATARINA SERRA, *O regime português da insolvência*, 5.ª edição, Coimbra, Almedina, 2012, pág. 95.

<sup>19</sup> O risco de não satisfação ou satisfação incompleta é a causa da aplicação do regime da insolvência (cfr. CATARINA SERRA, *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pág. 451). Sobre a presença do interesse público no processo de insolvência e a sua realização como objectivo do processo cfr. ob. cit., págs. 290-313.

igualdade entre os credores. Apesar de regulado no Código Civil (CC) (cfr. art. 604.º, n.º 1, do CC), o princípio tem aplicação exclusiva no processo de insolvência e não há vestígios dele nos casos de liquidação comum<sup>20</sup>. É a resposta do sistema a uma exigência de “justiça distributiva” – de distribuição do sacrifício, de “comunhão de perdas” (*Verlustgemeinschaft*) ou de “comunhão no risco” (*Risikogemeinschaft*) – que existe no processo de insolvência como em nenhum outro lugar<sup>21</sup>.

Na liquidação comum, de acordo com a lei, o liquidatário deve simplesmente “pagar todas as dívidas da sociedade para as quais seja suficiente o activo social” (cfr. art. 154.º, n.º 1, do CSC)<sup>22</sup>. A lei não regula a hipótese em que o activo é insuficiente. E nem tem de regular. Quando esta hipótese se prefigura, isto significa, em princípio, que existe uma situação de insolvência e a liquidação comum não pode ter lugar. Caberá, então, ao liquidatário tomar as medidas adequadas – requerer a insolvência da sociedade (cfr. art. 18.º, n.º 1, e 19.º do CIRE) –<sup>23</sup>, de forma a que a liquidação se realize, como deve, no âmbito de um processo de insolvência, adoptando-se um modelo diferente de satisfação dos interesses dos credores, em consonância com aquele princípio: já não o pagamento *total*, porque é previsível que este não seja possível, mas o pagamento *proporcional* dos direitos de crédito, com vista à minimização das perdas ou do sacrifício dos interesses dos credores<sup>24</sup>.

<sup>20</sup> Sobre a *par conditio creditorum* cfr. CATARINA SERRA, *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito*, cit., págs. 152-156.

<sup>21</sup> Cfr. CATARINA SERRA, *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito*, cit., págs. 391-392.

<sup>22</sup> Como diz RAÚL VENTURA (*Dissolução e liquidação de sociedades*, cit., pág. 383), “contrariamente ao que sucede na falência, a liquidação de sociedade dissolvida não comporta nenhum processo colectivo ou concursal de pagamento aos credores”.

<sup>23</sup> Cfr., também neste sentido, CAROLINA CUNHA, *Código das Sociedades Comerciais em comentário* (Coord.: JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU), volume II (Artigos 85.º a 174.º), cit., pág. 665.

<sup>24</sup> Como se disse noutro momento (cfr. CATARINA SERRA, *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito*, cit., pág. 276), “devido à situação especial que dá origem ao processo de insolvência, são observados princípios e regras que nenhum motivo obriga a que sejam observados no processo executivo comum. Como se disse, a insolvência corresponde, não a um incumprimento, mas a uma *crise económica* do devedor, o que reclama uma ‘execução especial’: não se trata de liquidar um ou dois bens mas de uma liquidação total, de *todos* os bens do devedor, sendo bem provável que, de qualquer maneira, eles já não sejam suficientes para pagar aos credores. Este risco determina a aplicação do princípio *par conditio creditorum*: a realização dos direitos de crédito, fim de carácter privado do processo de insolvência, deve ser *paritária*, de modo a beneficiar o mais possível (ou a prejudicar o mínimo possível) o máximo número de credores”.

No que respeita, em particular, às dívidas da insolvência, é ao Estado que cabe a actividade tendente à sua satisfação – e não o administrador da insolvência que deve *sponste sua* cumprí-los –, não prevendo o CIRE neste ponto nenhum tratamento de favor para com os credores que sejam entes públicos. Tal como devem fazer (quase) todos os credores para verem os seus créditos atendidos no processo de insolvência<sup>25</sup>, o Estado e outros entes públicos titulares de créditos devem reclamá-los e aguardar o respectivo pagamento. Este será efectuado nos termos estabelecidos na sentença de graduação de créditos (como expressamente dispõe o art. 26, n.º 3, da LGT) ou, se for esse o caso, no plano de insolvência homologado pelo juiz.

A única diferença é que, verificadas determinadas condições, o Estado pode também tentar obter satisfação à custa dos sujeitos que eram gerentes ou administradores (de direito ou de facto) da sociedade no período da sua constituição ou do seu incumprimento, ao abrigo, como se disse, do disposto na norma do art 24.º da LGT.

Ao contrário do que a Administração Tributária tem afirmado (e, com certeza, desejado), não cabe, assim, ao administrador da insolvência assegurar ou sequer facilitar a satisfação dos direitos de que o Estado é titular contra o insolvente (tributários ou de qualquer outra natureza). Qualquer iniciativa neste sentido configuraria, aliás, um atentado (injustificado) ao princípio *par conditio creditorum* – logo, uma inobservância culposa dos deveres que lhe incumbem. O que não poderia deixar de ter consequências extraordinariamente gravosas para o administrador, designadamente de o fazer incorrer em responsabilidade pelos danos assim causados aos demais credores (cfr. art. 59.º, n.º 1, do CIRE).

Quanto às obrigações tributárias declarativas, não impõndo o art. 65.º do CIRE ao administrador da insolvência senão os “deveres residuais” já mencionados e não sendo possível a aplicação do regime jurídico aplicável ao liquidatário, não se vê como pode continuar-se a pretender que existe uma responsabilidade geral e incondicional do administrador da insolvência.

<sup>25</sup> O CIRE veio admitir, pela primeira vez, aquilo que se pode chamar “execução oficiosa” ou “execução sem poder de execução” (cfr. CATARINA SERRA, *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito*, cit., pág. 274), ou seja, o reconhecimento de créditos não reclamados pelos respectivos titulares – dos créditos que constem dos elementos de contabilidade do devedor ou sejam por qualquer outra forma do conhecimento do administrador da insolvência (cfr. art. 129.º, n.º 1, *in fine*, e n.º 4, do CIRE).

### **1.3. Conclusão: o disposto nos arts. 24.º da LGT e 8.º do RGIT é inaplicável ao administrador da insolvência**

Por tudo quanto se disse, conclui-se que não é sustentável que exista responsabilidade (subsidiária) do administrador da insolvência pelas obrigações tributárias da sociedade nem, consequentemente, possível fazer funcionar, ao abrigo do art. 160º do CPPT, o mecanismo da reversão da execução contra o administrador da insolvência<sup>26</sup>.

O respeito pelo princípio da legalidade tributária impõe que não seja admissível a responsabilidade subsidiária tributária sem a respectiva previsão legal. Mesmo que se tente contornar o obstáculo, aproximando o administrador da insolvência do liquidatário e procurando ver naquele o órgão homólogo deste no processo de insolvência, a verdade é que existe um conjunto assinalável de diferenças, decorrentes dos poderes e deveres de cada um, que tornam completamente impossível esta correspondência, logo tornam impossível a equiparação entre o administrador da insolvência e o liquidatário. O mesmo se diga, por maioria de razão, no que toca à correspondência entre o administrador da insolvência e o gerente ou administrador de sociedade, para quem o regime da responsabilidade tributária subsidiária foi concebido de raiz – e justificadamente<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> São de assinalar as recentes decisões do Tribunal Constitucional a propósito da responsabilidade subsidiária dos gerentes e administradores de sociedades e do mecanismo da reversão [Acórdãos do Tribunal Constitucional (TC) n.º 24/2011, de 12 de Janeiro (Relator: JOÃO CURA MARIANO), n.º 26/2011, de 20 de Janeiro, (Relator: JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO), e n.º 35/2011, de 25 de Janeiro (Relator: JOSÉ BORGES SOEIRO) (todos disponíveis em <http://www.tribunalconstitucional.pt>)]. Nos dois primeiros acórdãos, julgou-se inconstitucional, por violação dos princípios constitucionais da culpa, da igualdade e da proporcionalidade, a norma do art. 8.º do RGIT na parte em que se refere à responsabilidade subsidiária dos administradores e gerentes pelos montantes correspondentes às coimas aplicadas a pessoas colectivas em processo de contra-ordenação fiscal, efectivada através do mecanismo da reversão da execução fiscal. Ambos os acórdãos contêm uma declaração de voto do Conselheiro RUI MOURA RAMOS restringindo o juízo de inconstitucionalidade ao mecanismo da reversão quando utilizado fora do âmbito das execuções fiscais e fundamentado na violação do princípio do processo equitativo previsto no artigo 20.º, n.º 1, da CRP e, em particular, das dimensões de audiência e defesa. No último, contrariando a tendência, a norma do art. 8.º do RGIT foi julgada conforme à Constituição.

<sup>27</sup> Recordem-se, a propósito, e ainda que no contexto do homólogo art. 13.º do Código do Processo Tributário, as palavras de J. L. SALDANHA SANCHES e RUI BARREIRA (“Culpa no incumprimento e responsabilidade dos gerentes”, in: *Fisco*, 1995, 70/71, pág. 104): “[é] preciso ter em conta a *ratio* da norma e esta consiste na criação de um certo dever de conduta aos gestores das empresas que é o de não preterir o Estado no pagamento das dívidas das empresas (...). Pois todo este sistema só pode ter algum sentido se for visto como um mecanismo de responsabilização: quem quer que contribua para o incumprimento das

Falhando os argumentos, como demonstrado, não deverá a Administração Tributária persistir na orientação divulgada na Circular.

## 2. A alegada indisponibilidade dos créditos tributários no âmbito do plano de insolvência

### 2.1. Ponto da situação

A questão da alegada indisponibilidade dos créditos tributários no âmbito do plano de insolvência não é nova. O que se discute, mais concretamente, é se é admissível a previsão de perdões, reduções de valor, moratórias ou outros condicionamentos ao pagamento dos créditos do Estado e da Segurança Social no plano de insolvência. Está em causa, por um lado, o carácter imperativo dos arts. 30.º, n.º 2 (e agora também do recém-aditado n.º 3), e 36.º, n.ºs 2 e 3, da LGT<sup>28</sup>, dos arts. 196.º e 199.º do CPPT<sup>29</sup> e do DL n.º 411/91, de 17 de Outubro<sup>30</sup>. Estão em causa, por outro lado, principalmente as normas do art. 196.º e do art. 197.º do CIRE<sup>31</sup>.

A questão obteve desde cedo uma resposta firme por parte de alguma jurisprudência, resposta que, nos últimos tempos, se foi tornando unívoca: o plano de insolvência é susceptível de introduzir alterações aos créditos tributários<sup>32/33</sup>. Mais uma vez fazendo frente à Administração Tributária,

obrigações fiscais pela sua acção ou omissão (e para que haja omissão tem que haver um dever de agir) pode vir a responder pelo seu património. E a indagação judicial parece ter de passar pela indagação desta responsabilidade" (itálicos dos AA.).

<sup>28</sup> Nos arts. 30.º, n.ºs 2 e 3, e 36.º, n.ºs 2 e 3, da LGT consagram-se fundamentalmente o princípio da indisponibilidade e o princípio da legalidade dos créditos tributários.

<sup>29</sup> Trata-se do regime jurídico de pagamento em prestações das dívidas tributárias.

<sup>30</sup> Trata-se do regime de regularização das dívidas à Segurança Social.

<sup>31</sup> O art. 196.º, n.º 1, do CIRE enumera as providências com incidência sobre o passivo que o plano de insolvência pode conter. O art. 197.º estabelece o regime supletivo de certos créditos. Em nenhum ponto do regime jurídico do plano de insolvência existe qualquer regime imperativo dirigido à salvaguarda dos créditos tributários. As normas mencionadas confirmam a ideia que resulta deste silêncio: para os efeitos do plano, os créditos tributários não se distinguem dos outros créditos.

<sup>32</sup> Cfr., entre outros, os Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto (TRP) de 15 de Dezembro de 2005 (Relator: AMARAL FERREIRA), de 13 de Julho de 2006 (Relator: JOSÉ FERRAZ), de 15 de Novembro de 2007 (Relatora: DEOLINDA VARÃO), de 26 de Maio de 2008 (Relatora: MARIA DE DEUS CORREIA), de 1 de Julho de 2008 (Relator: GUERRA BANHA), de 6 de Novembro de 2008 (Relator: CARLOS PORTELA), de 22 de Janeiro de 2009 (Relator: MADEIRA PINTO), de 12 de Março de 2009 (Relator: AMARAL FERREIRA), de 31 de Março de 2009 (Relator: CANELAS BRÁS), de 10 de Setembro de 2009 (Relator: TELES DE MENEZES), de 2 de Fevereiro de 2010 (Relator:

que começou a interpor sistematicamente recurso das sentenças homologatórias de planos de insolvência que implicassem redução, moratória ou qualquer alteração dos créditos de que é titular, contra a sua vontade<sup>34</sup>.

CANELAS BRÁS), de 9 de Fevereiro de 2010 (Relator: RODRIGUES PIRES), de 16 de Março de 2010 (Relatora: ANABELA DIAS DA SILVA), de 11 de Maio de 2010 (Relator: JOSÉ CARVALHO), de 28 de Outubro de 2010 (Relatora: MARIA DE DEUS CORREIA), de 17 de Março de 2011 (Relator: JOSÉ FERRAZ) e de 7 de Abril de 2011 (Relatora: TERESA SANTOS), os Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa (TRL) de 17 de Julho de 2008 (Relator: NETO NEVES), de 6 de Julho de 2009 (Relatora: MARIA DO ROSÁRIO MORGADO), de 25 de Fevereiro de 2010 (Relator: BRUTO DA COSTA), de 16 de Novembro de 2010 (Relator: PEDRO BRIGHTON), de 10 de Março de 2011 (Relatora: ONDINA CARMO ALVES) e de 22 de Março de 2011 (Relatora: ANA CALAFATE), os Acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra (TRC) de 1 de Junho de 2010 (Relator: CARLOS MOREIRA), de 1 de Fevereiro de 2011 (Relator: FRANCISCO CAETANO), de 6 de Setembro de 2011 (Relator: FALCÃO DE MAGALHÃES) e os Acórdãos do Tribunal da Relação de Guimarães (TRG) de 26 de Outubro de 2006 (Relator: ANTÓNIO GONÇALVES), de 22 de Janeiro de 2009 (Relatora: ISABEL ROCHA), de 9 de Julho de 2009 (Relatora: ROSA TCHING), de 21 de Outubro de 2010 (Relator: ANTÓNIO SOBRINHO) e de 3 de Março de 2011 (Relatora: ISABEL ROCHA) (todos disponíveis em <http://www.dgsi.pt>). Para o esclarecimento da questão contribuíram significativamente as decisões de alguns conselheiros, que se pronunciaram no sentido de que não existe, nestes casos, violação de normas fiscais imperativas por vontade das partes ou dos credores mas sim a necessidade de observar um regime especial criado pelo próprio legislador, sendo, por isso, legítimas quaisquer alterações aos créditos do Estado mesmo sem o consentimento deste. Cfr., neste sentido, o Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) de 13 de Janeiro de 2009 (Relator: FONSECA RAMOS), o Acórdão do STJ de 4 de Junho de 2009 (Relator: ÁLVARO RODRIGUES) e o Acórdão do STJ de 2 de Março de 2010 (Relator: SILVA SALAZAR) (disponíveis em <http://www.dgsi.pt>). Afirma-se, por exemplo, neste último, que “[n]ão há violação do princípio da legalidade fiscal, nem do princípio da igualdade, uma vez que não existe violação de normas fiscais imperativas por vontade das partes ou dos credores, mas observância de um regime especial criado pelo próprio legislador e plasmado no CIRE, em ordem a consagrar a igualdade de tratamento para todos os credores do insolvente e em que a lei prevê a possibilidade de os créditos do Estado serem despojados de privilégios, mesmo sem a sua aquiescência, inexistindo também, por isso, violação de qualquer princípio constitucional, nomeadamente o estabelecido no art. 103.º, n.º 2, da CRP”.

<sup>33</sup> Mas não sem que houvesse uma ou outra sentença dissonante. Cfr., por exemplo, o Acórdão do TRP de 30 de Junho de 2008 (Relator: CAIMOTO JÁCOME) (disponível em <http://www.dgsi.pt>).

<sup>34</sup> Ainda no contexto da alteração dos créditos tributários, a Administração Tributária tem insistido, adicionalmente, em dois pontos – de que por economia de tempo não pode falar-se desenvolvidamente aqui. O primeiro prende-se com a administração da massa pelo devedor [cfr., por exemplo, o Acórdão do TRP de 30 de Junho de 2008 (Relator: CAIMOTO JÁCOME) (disponível em <http://www.dgsi.pt>)]. Segundo a Administração Tributária, a administração da massa pelo devedor conduz à manutenção em funções do gerente ou administrador responsável pela não entrega das prestações tributárias, o que viola o disposto no n.º 3 do art. 196.º do CPPT. Esta tese não pode vingar. É a própria lei da insolvência que prevê a possibilidade de administração da massa pelo devedor (cfr. Título X do

E, mais uma vez, sem o apoio da doutrina, que não tem dado, salvo uma pinçelada aqui e ali<sup>35</sup>, grande atenção ao problema.

Na sequência da alteração ao regime português da insolvência, lamenta-se que o legislador se tenha abstido de intervir ou, pelo menos, não tenha retrocedido relativamente à sua intervenção anterior, que, ainda que muito bem motivada, não foi a mais atenciosa no que toca ao equilíbrio do sistema jurídico.

O que sucede é que, no final de 2010, a Lei n.º 55-A/2010, de 31 de Dezembro, veio aditar um n.º 3 à norma do art. 30.º da LGT, afirmando expressamente a prevalência do princípio da indisponibilidade dos crédi-

CIRE) sempre que a massa insolvente compreende uma empresa e, entre outros requisitos, o devedor tiver apresentado ou se comprometer a apresentar um plano de insolvência que preveja a continuidade da exploração da empresa por si próprio. Claramente inspirado no *Eigenverwaltung* da lei alemã (cfr. §§ 270 a 285 da *Insolvenzordnung*) e no *debtor in possession* da lei norte-americana (*Chapter 11, Subchapter 1*, do *Bankruptcy Code*), o instituto representa, de resto, vantagens inequívocas para a recuperação da empresa, permitindo, designadamente, aproveitar os conhecimentos do devedor e poupar a remuneração do administrador da insolvência (cfr. CATARINA SERRA, *O regime português da insolvência*, cit., págs. 61-62 e págs. 123-130). No *Bankruptcy Code*, quando o fim é a recuperação da empresa (*reorganization*), a regra é mesmo a manutenção do devedor à frente da empresa (*Section 1104*) e é essa também a regra introduzida pela reforma da lei alemã da insolvência operada pela *Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen (ESUG)*, de 7 de Dezembro de 2011. O segundo ponto respeita ao disposto na al. e) do n.º 2 do art. 195.º do CIRE. Segundo a Administração Tributária, tal norma obriga a que o plano da insolvência indique com clareza e rigor quais os preceitos legais que não são observados e qual o âmbito dessa não observação ou derrogação, devendo o juiz, sempre que isso não aconteça, em obediência ao art. 215.º do CIRE, recusar oficiosamente a homologação do plano de insolvência (por existir violação não negligenciável de regras procedimentais ou das normas aplicáveis ao seu conteúdo). Também aí não tem razão. A al. e) do n.º 1 do art. 195º do CIRE exige, de facto, “[a] indicação dos preceitos legais derogados, e do âmbito dessa derrogação” mas a exigência deve ser entendida à luz do preceituado no art. 192º, n.º 1, do mesmo diploma: as normas susceptíveis de derrogação (e nem se trata, em rigor, de derrogação) são as do CIRE, que dispõem sobre as questões referidas nesse n.º 1, e não quaisquer outras. Pronunciaram-se neste sentido, por exemplo, os Acórdãos do TRP de 22 de Janeiro de 2009 (Relator: MADEIRA PINTO) e de 24 de Setembro de 2009 (Relator: MADEIRA PINTO) e o Acórdão do TRG de 26 de Outubro de 2006 (Relator: ANTÓNIO GONÇALVES)]; pronunciou-se em sentido contrário, por exemplo, o Acórdão do TRL de 25 de Fevereiro de 2010 (Relator: BRUTO DA COSTA) (todos disponíveis em <http://www.dgsi.pt>).

<sup>35</sup> Cfr. CATARINA SERRA, *O regime português da insolvência*, cit., págs. 141-151. Cfr. ainda – que alguns magistrados portugueses não ditam só despachos e sentenças – FÁTIMA REIS SILVA, “Processo de insolvência: os órgãos de insolvência e o plano de insolvência”, 2010, n.º 14, págs. 167-168, e “Dificuldades da recuperação de empresa no Código da Insolvência e da Recuperação de Empresa”, in: *Miscelâneas*, n.º 7, Instituto de Direito das Empresas e do Trabalho, Coimbra, Almedina, 2011, págs. 165-166.

tos tributários mesmo nos casos de legislação especial (cfr. art. 123.º)<sup>36</sup>. Veio ainda, em sede de “[d]isposições transitórias no âmbito da Lei Geral Tributária”, estender a aplicabilidade da norma aos “processos de insolvência que se encontrem pendentes e ainda não tenham sido objecto de homologação” (cfr. art. 125.º). O legislador queria provavelmente referir-se, não aos processos de insolvência, como por precipitação se refere, mas aos *planos de insolvência*, dado que são eles que são objecto de homologação judicial.

Não há dúvida que com estas alterações o legislador pretendeu alargar o alcance da protecção aos créditos tributários. E, sem dúvida, atingiu um dos argumentos principais da jurisprudência: a cedência da lei geral (a lei tributária) perante a lei especial (a lei da insolvência), havendo já consideráveis sinais de uma inversão de sentido nas decisões dos tribunais portugueses sobre esta matéria<sup>37</sup>.

Já antes, sempre que estabelecia alterações aos créditos do Estado e da Segurança Social (no seu montante, nas formas ou no prazo de pagamento), o plano de insolvência se deparava com a oposição destes credores. Então, ou o plano acabava por não ser aprovado e a empresa seguia irremediavelmente para liquidação (o que é incoerente sempre que a recuperação é viável) ou, quando excepcionalmente eram suficientes os votos dos restantes credores, o plano era aprovado e homologado mas a Administração Tributária interpunha recurso da sentença de homologação.

<sup>36</sup> Concretamente, a norma determina que o disposto no n.º 2 prevalece sobre qualquer legislação especial. O disposto no n.º 2 é do seguinte teor: “[o] crédito tributário é indisponível, só podendo fixar-se condições para a sua redução ou extinção com respeito pelo princípio da igualdade e da legalidade tributária”.

<sup>37</sup> Cfr. os Acórdãos do STJ de 15 de Dezembro de 2011 (Relator: SILVA GONÇALVES) e de 10 de Maio de 2012 (Relator: CUNHA RODRIGUES), os Acórdãos do TRP de 4 de Julho (Relator: ANABELA LUNA DE CARVALHO), de 7 de Julho (Relator: JOSÉ FERRAZ), de 13 de Julho de 2011 (Relator: SOARES DE OLIVEIRA), de 25 de Outubro (Relator: ANABELA DIAS DA SILVA) e de 14 de Novembro de 2011 (Relator: RUI MOURA), o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 17 de Janeiro de 2012 (Relator: ALBERTO RUÇO) e os Acórdãos do Tribunal da Relação de Guimarães de 20 de Outubro de 2011 (Relator: AMÍLCAR ANDRADE) e de 27 de Fevereiro de 2012 (Relator: CONCEIÇÃO BUCHO) (todos disponíveis em <http://www.dgsi.pt>). Cfr., contudo, ainda no sentido oposto, o Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 5 de Julho de 2011 (Relator: REGINA ROSA) e os Acórdãos do Tribunal da Relação de Guimarães de 18 de Outubro de 2011 (Relator: MARIA CATARINA R. GONÇALVES), de 6 de Março (Relator: FIGUEIREDO DE ALMEIDA) e de 10 de Abril de 2012 (Relator: ANA CRISTINA DUARTE) (todos disponíveis em <http://www.dgsi.pt>).

Com o que se dava início a um longo período de incerteza e instabilidade, que, em última análise, desembocava na revogação do plano<sup>38</sup>.

Depois da introdução do n.º 3 do art. 30.º da LGT, a situação agravou-se consideravelmente, sendo, como se disse, dos próprios juízes que parte a inflexão.

De forma algo inesperada, o “Memorando de entendimento sobre os condicionalismos específicos de política económica” de 17 de Maio de 2011 (2.ª versão) veio relançar a questão. Quase passando despercebida, encontra-se aí a seguinte afirmação: “[a]s autoridades tomarão também as medidas necessárias para autorizar a administração fiscal e a Segurança Social a utilizar uma maior variedade de instrumentos de reestruturação baseados em critérios claramente definidos, nos casos em que outros credores também aceitem a reestruturação dos seus créditos, e para rever a lei tributária com vista à remoção de impedimentos à reestruturação voluntária de dívidas”<sup>39</sup>.

A Lei n.º 16/2012, de 20 de Abril, que alterou o CIRE não dispensou uma única palavra ao tema.

## 2.2. O plano de insolvência como instrumento de recuperação da empresa e os seus efeitos

O plano de insolvência regulado no CIRE corresponde ao *Insolvenzplan* da lei alemã (cfr. §§ 217 a 279 da *Insolvenzordnung*)<sup>40</sup>. Pode ter finalidades liquidatórias ou de recuperação da empresa (cfr. art. 1.º, n.º 1, do CIRE),

<sup>38</sup> Cfr. FÁTIMA REIS SILVA, “Processo de insolvência: os órgãos de insolvência e o plano de insolvência”, cit., págs. 167-168.

<sup>39</sup> Cfr. o documento cit., ponto 2.19, pág. 10 (itálicos nossos). O documento foi consultado por último em 30 de Setembro de 2011, em [http://www.portugal.gov.pt/pt/GC19/Documentos/PCM/MoU\\_PT\\_20110517.pdf](http://www.portugal.gov.pt/pt/GC19/Documentos/PCM/MoU_PT_20110517.pdf).

<sup>40</sup> Sobre o plano de insolvência cfr. E. SANTOS JÚNIOR, “O plano de insolvência: algumas notas”, in: AA. VV., *Estudos em memória do Professor Doutor José Dias Marques*, Coimbra, Almedina, 2007, págs. 121 e s., e ainda GISELA FONSECA, “A natureza jurídica do plano de insolvência”, in: RUI PINTO (coordenação), *Direito da Insolvência – Estudos*, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, págs. 65-129. Sobre o *Insolvenzplan* cfr., entre outros, STEFAN SMID, “Sanierungsverfahren nach neuem Insolvenzrecht”, in: *Wertpapiermitteilungen – Zeitschrift für Wirtschaft und Bankrecht*, 1998, 51-53, págs. 2489 e s., REINHARD BORK, “Der Insolvenzplan”, in: *Zeitschrift für Zivilprozeß*, 1996, págs. 473 e s., e ainda HORST EIDENMÜLLER, “Gesellschaftsunterstellung und Insolvenzplan”, in: *Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht*, 2001, 5, págs. 680 e s.

sendo o único instrumento previsto na lei da insolvência portuguesa para este último efeito<sup>41</sup>.

O âmbito de aplicação do plano de insolvência aparece definido na norma do art. 250.º do CIRE – numa formulação negativa e por referência ao art. 249.º do CIRE (que dispõe sobre o âmbito de aplicação do plano de pagamentos aos credores). Da interpretação da norma decorre que ele é aplicável às pessoas colectivas e às pessoas singulares que sejam titulares de empresa (não pequena)<sup>42</sup>. No que toca ao plano de recuperação, contudo, o âmbito é mais restrito. Sempre que a lei se refere à recuperação associa-lhe a empresa – acontece isso mesmo nas normas dos arts. 1.º, n.º 1, 161.º, n.º 2, 195.º, n.º 2, al. b), do CIRE e no próprio nome “Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas”. Fica, então, torna razoavelmente claro que ele só é configurável nos casos em que exista empresa.

O disposto na al. b) do n.º 2 do art. 195.º do CIRE sugere a existência de quatro modalidades de plano: o plano de liquidação da massa insolvente, o plano de recuperação, o plano de saneamento por transmissão da empresa a outra entidade e, naturalmente, o plano misto, que resulta da liberdade de combinar todas ou algumas das modalidades anteriores. Existe atipicidade quanto às concretas medidas de recuperação. Em todo o caso, a lei não deixa de indicar, a título exemplificativo, algumas das medidas que o plano pode adoptar. Encontram-se referências a providências com incidência no passivo (por exemplo, o perdão e a redução dos créditos, a modificação dos prazos de vencimento dos créditos, a constituição de garantias, a cessão de bens aos credores) (cfr. art. 196.º do CIRE) e a providências específicas das sociedades comerciais, como, por exemplo, a redução do capital social para cobertura de prejuízos (incluindo o *azzeramento*, no caso de a redução ser no âmbito da chamada “operação-acórdeão” ou “operação-harmónio”), o aumento do capital social, a alteração do título constitutivo da sociedade, a transformação do tipo social, a alteração dos órgãos sociais, a exclusão de todos ou alguns sócios) (cfr. art. 198.º) e, finalmente, ao saneamento por transmissão, isto é, à constituição de uma ou mais sociedades destinadas à exploração do(s) estabelecimento(s) adquirido(s) à massa insolvente (cfr. art. 199.º do CIRE).

O plano de insolvência é susceptível de acarretar uma compressão generalizada das faculdades típicas dos credores. Pode afectar a esfera jurídica dos interessados e interferir com direitos de terceiros independentemente.

<sup>41</sup> Cfr. CATARINA SERRA, *O regime português da insolvência*, cit., pág. 146.

<sup>42</sup> Cfr. o Acordão do TRC de 28 de Abril de 2010 (Relatora: JUDITE PIRES) (disponível em <http://www.dgsi.pt>). Cfr. ainda FÁTIMA REIS SILVA, “Processo de insolvência: os órgãos de insolvência e o plano de insolvência”, cit., pág. 165.

mente do seu consentimento, desde que a lei o autorize expressamente (cfr. art. 192.º, n.º 2, do CIRE), e pode sujeitar um credor a um tratamento mais desfavorável relativamente a outros credores sem necessidade do seu consentimento expresso (cfr. art. 194.º, n.º 2, do CIRE).

É compreensível que assim seja. Ele é uma convenção ou um negócio jurídico<sup>43</sup> mas uma convenção ou um negócio jurídico próprio do Direito da Insolvência, ao qual, por isso, o legislador atribuiu uma força jurídica especial de afectação dos direitos.

E nem se diga que os credores ficam completamente indefesos: eles têm sempre a possibilidade de alegar que a sua situação ao abrigo do plano é previsivelmente menos favorável do que aquela que adviria da ausência de plano e de assim conseguir a não homologação do plano, ao abrigo do art. 216.º, n.º 1, als. a) e b), do CIRE<sup>44</sup>. À imagem, aliás, daquilo que sucede na lei da insolvência norte-americana (com o chamado “*best interests of creditors’ test*”) e da lei da insolvência alemã (por via da “*Minderheitenschutz*”)<sup>45</sup>.

E relativamente aos créditos do Estado, das instituições de Segurança Social e de outras entidades públicas, que estão sujeitos a regimes distintos da generalidade dos créditos? Poderá o plano afectá-los apesar dos princípios da indisponibilidade e da legalidade tributária, consagrados nas leis tributárias e até na lei fundamental<sup>46</sup>?

<sup>43</sup> Cfr., neste sentido, E. SANTOS JÚNIOR, “Plano de insolvência – algumas notas”, cit., págs. 140-141.

<sup>44</sup> Aspecto que é (bem) salientado no já mencionado Acórdão do TRP de 15 de Novembro de 2007 (Relatora: DEOLINDA VARÃO) (disponível em <http://www.dgsi.pt>): “[o] plano pode afectar, caso o preveja, a prevalência dos créditos garantidos (garantias reais, incluindo os privilégios creditórios especiais) e os créditos privilegiados (privilégios creditórios gerais), mesmo contra e sem necessidade de consentimento dos titulares dos mesmos). Todavia, os credores, assim, afectados não estão impedidos de requerer a não homologação do plano, ao abrigo do disposto na al. a) do n.º 1 do art. 216.º, demonstrando que a sua situação ao abrigo do plano é previsivelmente menos favorável do que aquela que resultaria da liquidação universal do património do devedor segundo o modelo legal supletivo”.

<sup>45</sup> No Chapter 11 do *Bankruptcy Code*, onde está regulado o processo de recuperação norte-americano (*reorganization*), determina-se que para um plano ser homologado é sempre necessário ficar assegurado que, dentro de cada classe de credores afectados, nenhum credor que se opõe vem a receber, por força do plano, menos do que aquilo que receberia se se procedesse à liquidação dos bens do devedor. Também na *Insolvenzordnung*, no âmbito do *Insolvenzplan*, se admite que o juiz recuse a homologação a pedido de um credor quando este fique, por força do plano, numa posição menos favorável do que aquela em que ficaria se ele não existisse. Cfr. CATARINA SERRA, *A falência no quadro da tutela jurisdicional dos direitos de crédito*, cit., págs. 219-220.

<sup>46</sup> O princípio da legalidade tributária está consagrado no art. 103.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa.

As normas do art. 196.<sup>º</sup> e do art. 197.<sup>º</sup> do CIRE parecem autorizar, *a silentio*, uma resposta afirmativa: todas as alterações são admissíveis excepto aos direitos expressamente ressalvados no n.<sup>º</sup> 2 do art. 196.<sup>º</sup> do CIRE, entre os quais não se incluem os créditos do Estado ou da Segurança Social.

Mas este argumento é de pouca valia. Depara-se sempre com normas de sentido contrário, como as já apontadas, do art. 30.<sup>º</sup> e 36.<sup>º</sup> da LGT. Como resolver o conflito entre elas? No plano da hierarquia, vale tanto a lei da insolvência como a lei tributária. Foi por esse motivo que começou a apelar-se a um argumento diferente: a lei especial derroga a lei geral (a lei da insolvência é uma lei especial, regulando uma situação especial, e por isso, prevalece sobre a lei tributária, que é uma lei geral). Ou, como se diz no Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça (STJ) de 4 de Junho de 2009 (Relator: ÁLVARO RODRIGUES), “[n]ão ocorre [...] qualquer derrogação de normas legais imperativas (fiscais ou outras) por vontade dos credores ou partes [...] (até porque os particulares não têm poder para ‘derrogar’ normas emanadas do poder legislativo) sendo que a derrogação é operada pela própria lei da insolvência que estabelece um regime especial e, nessa medida, afasta, do seu âmbito de aplicação, o regime normativo geral (*lex specialis derogat legi generali*), fruto da opção político-legislativa que, tendo em conta a relevância do tecido empresarial na estrutura económica da sociedade e, do mesmo passo, a necessidade de obviar, na medida do possível, ao prejuízo da insatisfação dos créditos concedidos à insolvente, cujo resarcimento se frustra frequentemente nestas situações, gizou um esquema legal que contribuísse para atenuar a tensão dialéctica, reconhecidamente existente, entre estas duas realidades contrapostas”<sup>47</sup>.

Este foi o argumento central de todos os arrestos. Até recentemente, quando, de forma ligeiramente acintosa, o n.<sup>º</sup> 3 do art. 30.<sup>º</sup> da LGT veio destruir o argumento, dispondo exactamente o contrário: que a lei tributária é imperativa e prevalece sobre qualquer lei especial.

### 2.3. O plano de insolvência como providência da lei especial e a necessidade de uma leitura restritiva do regime da indisponibilidade dos créditos tributários

Não há dúvidas que a lei da insolvência é uma lei especial, tendo sido concebida para regular uma situação especial – a insolvência.

A declaração judicial de insolvência modifica a estrutura dos direitos de crédito e limita o uso dos instrumentos concebidos para a sua tutela.

<sup>47</sup> Disponível em <http://www.dgsi.pt>.

Os credores ficam, designadamente, limitados no exercício do seu poder de acção executiva – por força da impossibilidade de instaurar e de obter o prosseguimento de acções executivas contra o devedor (cfr. art. 88.º, n.º 1, do CIRE); ficam eventualmente limitados na titularidade de certos direitos reais de garantia dos seus créditos – devido à susceptibilidade de extinção dos privilégios creditórios e garantias reais (cfr. art. 97.º do CIRE) –, no recurso a certos meios de extinção das obrigações – pelos condicionamentos impostos ao exercício do direito de compensação (cfr. art. 99.º do CIRE) –, no recurso a certas providências de conservação do património do devedor – pelos condicionamentos apertados impostos ao direito de instauração de acções de impugnação pauliana (cfr. art. 127.º do CIRE) –, no gozo de certas posições processuais de vantagem – por força da regra da inatendibilidade, na graduação de créditos, da preferência resultante da hipoteca judicial ou proveniente da penhora (cfr. art. 140.º, n.º 3, do CIRE); ficam, além disso, sujeitos a um conjunto de efeitos particulares no caso de ainda estar em curso o negócio em que participam (cfr. art. 102.º e s. do CIRE), que se sintetiza na regra da suspensão do negócio até que o administrador da insolvência decida a sua execução ou a recusa do seu cumprimento (cfr. art. 102.º do CIRE). Por fim, complementada pela sentença de verificação e graduação de créditos, ela condiciona – reduz ou mesmo impede – a satisfação do interesse do credor, que é a função essencial de qualquer instrumento de tutela jurisdicional dos direitos de crédito.

Na realidade, a sentença não faz mais do que reconhecer uma situação de facto e desencadear a aplicação das providências adequadas. É sempre nesta situação de facto que se encontra a razão de todas as excepcionalidades; nela se reconstitui a “solidariedade económica natural” entre os credores<sup>48</sup>.

Em regra ou durante algum tempo, esta solidariedade é um elo meramente *de facto*, potencial, pese embora imputável a vicissitudes *jurídicas*, ou seja, a cada um dos vínculos jurídicos autonomamente constituídos pelo devedor. E assim permanece, reservada, a não ser que ou até que ocorra uma situação que concretize os riscos associados ao crédito e perturbe a confiança dos credores na capacidade de cumprimento do devedor: a insolvência<sup>49</sup>. A partir daí, os credores, que antes partilharam os riscos

<sup>48</sup> Cfr. SALVATORE SATTA, *Diritto fallimentare*, Padova, Cedam, 1996, *passim* e esp. pág. 518, e NICOLA JAEGER, *Il fallimento e le altre forme di tutela giurisdizionale – Trattato di Diritto Civile (diretto da Giuseppe Grosso e Francesco Santoro-Passarelli)*, Milano, Vallardi, 1964, págs. 66-67.

<sup>49</sup> Ou, como diz PIERO PAJARDI [Manuale di diritto fallimentare, Milano, Giuffrè, 2002, pág. 11], a “solidariedade económica natural”, vendo bem, já existia no momento fisiológico

económicos da empresa ou dos actos patrimoniais do devedor, são chamados a assumir no plano jurídico as consequências dessa sua posição, reunindo-se como que numa consciência e numa preocupação comuns: uma vez verificada a condição que desencadeia o concurso de credores (cfr. art. 604.º, n.º 1, do CC), está definitivamente limitado o alcance da responsabilidade patrimonial do devedor (cfr. art. 601.º do CC).

Esta limitação é uma consequência directa da aplicação do princípio da igualdade dos credores, a que os credores ficam legalmente “sujeitos” por força da declaração de insolvência<sup>50</sup>. O legislador deixa de olhar exclusivamente à relação entre o credor individual e o devedor individual – ou às relações singularmente consideradas entre alguns credores e o devedor –, abandona a perspectiva de uma mera justiça comutativa para afrontar uma realidade mais complexa, uma situação plurissubjectiva caracterizada por relações intersubjectivas de solidariedade e de complementaridade perante um único sujeito contraposto<sup>51</sup>.

O princípio *par conditio creditorum* encontra-se, de resto, expressamente consagrado na disciplina do plano de insolvência. “O plano de insolvência – diz-se no n.º 1 do art. 194.º do CIRE – obedece ao princípio da

da empresa devedora quando os créditos surgiram, porque quem quer que conceda crédito assume um risco e assume-o conjuntamente com todos aqueles que concedam crédito ao mesmo devedor; acentua-se no momento patológico da empresa devedora e traduz-se na distribuição proporcional das eventuais perdas, na hipótese – provável quando o devedor está em estado de insolvência – de o património do devedor, uma vez liquidado, não satisfazer integralmente a totalidade dos montantes devidos.

<sup>50</sup> Diz a este respeito GONÇALO ANDRADE E CASTRO (“Efeitos da declaração de insolvência sobre os créditos”, in: *Direito e Justiça*, 2005, volume XIX, tomo 2, pág. 264): «O princípio geral de que se arranca neste domínio das consequências da declaração de insolvência sobre os credores é o da igualdade de tratamento de todos os credores, expresso na máxima da *par conditio creditorum* e genericamente acolhido no art. 604.º do Código Civil (...). A lei tratou, portanto, de estabelecer um conjunto de regras destinadas, por um lado, a assegurar, na medida do possível, a realização da *par conditio creditorum* – regras essas que importam determinadas *modificações substanciais* dos direitos de alguns credores – e, por outro lado, a regular os desvios e sacrifícios ao tratamento igualitário dos credores e a própria diferente natureza ou situação jurídica dos créditos comportam» (itálicos do A.).

<sup>51</sup> Cfr. PIERO PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, cit., pág. 9. Diz, mais à frente, o A. (ob. cit., pág. 11) que o verdadeiro horizonte do legislador especial (fallimentar) é fugir do esquema restrito da justiça comutativa e resolver uma situação que reclama uma justiça distributiva (do sacrifício); são duas perspectivas incompatíveis: o princípio comutativo obrigaría a que fossem pagos integralmente os credores à medida do vencimento dos seus créditos; o distributivo impõe aos credores satisfeitos a obrigação de restituir quanto receberam (ainda que legitimamente, por força do primeiro princípio), para permitir uma redistribuição proporcional a favor de todos os credores e usando todos os bens do devedor.

igualdade dos credores da insolvência, sem prejuízo das diferenciações justificadas por razões objectivas".

Poderá legitimamente sustentar-se que os créditos tributários são objectivamente merecedores de um regime mais favorável do que restantes créditos?

Recorde-se que, no passado recente, houve demonstrações de uma grande sensibilidade, por parte do legislador, ao interesse de recuperação de empresas e da necessidade de limitação dos poderes habituais dos credores públicos por força disso. O exemplo mais claro foi a consagração, no art. 152.º do Código dos Processos Especiais da Recuperação de Empresas e de Falência (CPEREF), do efeito extintivo da declaração de falência relativamente aos privilégios creditórios do Estado, das autarquias locais e das instituições da Segurança Social. Como se disse na altura, por força da consciência de que a manutenção destes privilégios creditórios "criava simultaneamente o desinteresse dos credores preferentes quanto à hipótese de um processo de recuperação e o desinteresse dos credores comuns relativamente a qualquer que fosse a decisão quanto ao processo instaurado contra o devedor"<sup>52</sup>.

A verdade é que o texto vertido no n.º 3 do art. 30.º da LGT não deixa actualmente muita margem de manobra à tese contrária. Resta, em todo o caso, um argumento de peso: *a teleologia imanente à disciplina do plano de insolvência e o argumento da unidade do sistema jurídico*.

A regra de que havendo contradição entre o que resulta da interpretação do texto expresso de uma norma jurídica e aquilo que resulta do silêncio de outra ela se resolve com a sobreposição da primeira norma à segunda *não deve ser mantida quando acarrete perturbações intoleráveis para a harmonia do sistema jurídico*. Tudo indica ser este o caso.

Evocando o que se disse sobre as consequências, na prática, da indisponibilidade dos créditos tributários no âmbito do plano de insolvência, é visível que a vingar esta interpretação ficaria irreversivelmente comprometida a função de recuperação de empresas, que é – deve ser – uma das funções irrenunciáveis de qualquer lei da insolvência.

Atendendo a que as dívidas ao Estado e à Segurança Social representam quase sempre a parte mais significativa do passivo do insolvente, seria mesmo o fim da recuperação. Seja porque objectivamente não seria provável que o plano fosse bem-sucedido, seja porque as expectativas dos restantes credores quanto ao sucesso do plano seriam tão baixas que ele não

<sup>52</sup> Cfr. CATARINA SERRA, "Efeitos da declaração de falência sobre o falido (após a alteração do DL n.º 315/98, de 20 de Outubro, ao Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência)", in: *Scientia Iuridica*, 1998, n.ºs 274/276, pág. 284.

chegaria pura e simplesmente a ser aprovado. E a recuperação seria cada vez mais só uma palavra no título do Código.

Como se diz de forma contundente no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto (TRP) de 2 de Fevereiro de 2010 (Relator: CANELAS BRÁS), “[o] Estado soberano que elaborou as leis que protegem os seus créditos de impostos e de contribuições à Segurança Social – com prazos, garantias e exigências próprias – é o mesmo Estado soberano que fez o CIRE, pelo que, aquando da elaboração deste, conhecia bem a existência daquelas. Daí que se não possa pensar que pretendeu um sistema absolutamente conflituante e que se anula à partida, pois que se se mantivessem num Plano de Insolvência todas aquelas regras que usualmente blindam os créditos do Estado, nenhuma empresa seria recuperável e o CIRE não serviria para nada”<sup>53</sup>.

#### **2.4. Conclusão: os créditos tributários são susceptíveis de ser afectados no âmbito do plano de insolvência**

O argumento acabado de invocar deverá ser suficiente para autorizar uma leitura restritiva das normas que compõem o regime tributário, apesar do n.º 3 do art. 30.º da LGT.

Continua-se a apelar à intervenção do legislador para que a questão fique definitivamente esclarecida. De qualquer forma, se (e enquanto) este nada fizer, a norma deve ser entendida em conformidade com o “Memorando de entendimento sobre os condicionalismos específicos de política económica” de 17 de Maio de 2011, o que conduz, na realidade, a um resultado idêntico.

Diga-se, por fim – se ainda for preciso –, que isto não equivale a impor a recuperação a todo o custo e contra a vontade dos credores públicos. Como se disse, todo o credor que se sinta prejudicado pelo plano de insolvência (seja em absoluto, seja relativamente a outros credores) tem a faculdade de requerer ao juiz que recuse a homologação desde que manifestem nos autos a sua oposição (em momento anterior à aprovação do plano) e consigam provar, em alternativa, que a sua situação ao abrigo do plano é previsivelmente menos favorável do que aquela que adviria da ausência de plano ou que do plano resulta para algum credor um valor económico superior ao montante nominal dos seus créditos sobre a insolvência acres-

<sup>53</sup> Disponível em <http://www.dgsi.pt>.

cido das eventuais contribuições que ele deva prestar [cfr. art. 216.º, n.º 1, als. a) e b), do CIRE]<sup>54</sup>.

O que não se pode pretender é que, num quadro de insolvência do devedor, os direitos destes credores permaneçam incólumes enquanto são sacrificados os direitos de todos os outros credores.

8 de Junho de 2012

<sup>54</sup> Posto isto, não é, em princípio, admissível que um credor que aprovou expressamente o plano de insolvência e nada disse a respeito da sua homologação judicial venha depois negar o compromisso assumido e tentar utilizar formas alternativas de satisfação, pondo em causa, com esse comportamento, o princípio da igualdade entre os credores [cfr. CATARINA SERRA, "Nótula sobre o art. 217.º, n.º 4, do CIRE (o direito de o credor agir contra o avalista no contexto de plano de insolvência)", in: AA. VV., *Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes – volume I*, Universidade Católica, 2011, pp. 377 e s.].



**RESUMO:** A relação entre Direito e Contabilidade apresenta-se como problemática, em especial no que diz respeito às áreas de atuação dos juristas, marcadas por uma forte convergência e interdisciplinaridade. O Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de Maio de 2011 apresenta-se como uma oportunidade ímpar para apreciar os problemas que se colocam em concreto numa dessas áreas – a distribuição de bens aos sócios – bem como para analisar algumas questões relacionadas com a posição do sócio único na sociedade unipessoal por quotas.

**ABSTRACT:** The relationship between law and accounting is problematic, particularly with regard to areas which are marked by strong convergence and interdisciplinary. The judgment of the Portuguese Supreme Court of May 10, 2011 presents itself as a unique opportunity to analyze the problems that arise in one of these areas – the distribution of assets to shareholders – as well as to analyze some issues related to the position the sole shareholder in a *sociedade unipessoal por quotas*.

**BRUNO FERREIRA\***

## O Acórdão do STJ de 10 de Maio de 2011 e a distribuição de bens aos sócios\*\*

### 1. Introdução

As oportunidades para observar a aplicação em concreto das regras jurídicas relacionadas com a distribuição de bens aos sócios pelos tribunais superiores nacionais não têm sido frequentes.

Esta escassez é, aliás, partilhada com muitas das restantes matérias relacionadas com o capital social enquanto mecanismo de tutela creditória, o que contrasta com uma certa ebullição doutrinal que se tem verificado em torno desta temática<sup>1</sup>.

A pronúncia em 10 de Maio de 2011 de um acórdão pelo Supremo Tribunal de Justiça<sup>2</sup> que incide em parte sobre a aplicação das referidas regras merece, por isso, um estudo inicial cuidado.

\* Advogado  
(Garrigues Portugal)

\* Agradecem-se os comentários efetuados pelo Dr. António Gervásio Lérias e por vários membros da Comissão de Redação da DSR a uma versão anterior deste artigo, os quais permanecem, contudo, alheios às falhas do mesmo, as quais são apenas imputáveis ao autor.

<sup>1</sup> Para uma discussão detalhada desta temática *vide* PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Variações sobre o capital social*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 61 e ss.

<sup>2</sup> Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 10 de Maio de 2011 no âmbito do processo 1179/08 (Relator: Garcia Calejo) disponível em <http://www.dgsi.pt/jstj.nsf/954f0ce6ad9>

Como teremos oportunidade de verificar, encontram-se patentes na análise efectuada pelo STJ neste caso, e sobre esta temática em particular, algumas das dificuldades que os juristas têm encontrado na relação entre o Direito e a Contabilidade, especialmente evidentes aqui onde as normas de Direito das sociedades fazem apelo a dados contabilísticos.

Na sequência de uma análise mais profunda do acórdão no que diz respeito a tal temática, não deixamos de efectuar umas breves notas adicionais sobre outras questões tratadas no mesmo, em especial sobre a validade da decisão do sócio em sociedade unipessoal por quotas em que a quota única integra uma comunhão hereditária.

## 2. Os factos

A descrição dos factos em causa é simples de efectuar.

Uma sociedade unipessoal por quotas (A.) interpôs uma acção contra a sua ex-gerente e ex-sócia única (R.) pedindo a restituição de €213.328,69 que pela primeira lhe haviam sido distribuídos como sócia.

A R. tinha sido a única gerente da A. de 2004 a 2008, tendo sido também a titular da quota única representativa do capital social da A. de 2004 a 2007. Em resultado da morte do marido da R., de 18 de Dezembro de 2007 a 2 de Janeiro de 2008 a titularidade da referida quota tinha-se encontrado registada, em comum e sem determinação de parte ou direito, em nome da R. e dos seus dois filhos.

De acordo com a matéria de facto fixada, a distribuição em causa havia sido objecto de deliberação tomada em 20 de Dezembro de 2008 em assembleia geral realizada “com dispensa das formalidades legais, nos termos do artigo 54.º do Código das Sociedades Comerciais”, estando apenas presente a R., “detentora da totalidade do capital social”<sup>3</sup>.

Da respectiva ordem de trabalhos constava como ponto único “[a]preciar e votar a distribuição de lucros disponíveis da sociedade à sócia única”, tendo nesse mesmo âmbito sido decidido “aprovar a distribuição de lucros disponíveis da sociedade à sócia única (...) no valor de €213.238,69”. A acta refere ainda que tal decisão foi tomada na sequência da análise do “balancete das contas até Novembro de 2007” do qual resultaria que a A. tinha “a quantia de €213.238,69 em resultados transitados”.

dd8b980256b5f003fa814/8bfca26a988e0f7e8025788f0037e478?OpenDocument e com a referência Jusnet 2360/2011.

<sup>3</sup> Tendo, contudo, ficado provado que “os filhos da ré (...) concordaram com a distribuição de dividendos”.

Em 26 de Dezembro de 2007 a R. procedeu à transferência bancária do montante acima referido de uma conta bancária da A. para a sua própria conta bancária.

No dia 27 de Dezembro de 2007 a R. e os seus dois filhos cederam a referida quota única a favor de um terceiro, uma sociedade por quotas, cujo gerente foi nessa data também nomeado gerente da A.. Na respectiva escritura pública ficaram registadas algumas declarações dos cedentes da quota, de que se destaca a seguinte afirmação: “[q]ue não se encontra pendente nem prevêem que venha a ser intentada qualquer acção que afecte o seu património [da A.] ou a sua situação económica ou financeira, com excepção do levantamento efectuado pelos primeiros outorgantes [cedentes] dos saldos bancários e do saldo de caixa da sociedade existentes a 27 de Dezembro de 2007, a título de distribuição de dividendos”. A cessionária declarou também na referida escritura “[q]ue tem conhecimento do levantamento já efectuado pelos primeiros outorgantes [cedentes] dos saldos bancários e do saldo de caixa da sociedade existentes até 27 de Dezembro de 2007 a título de distribuição de dividendos, facto a que expressamente não se opõe, em nome da sua representada.”.

Com relevância para a presente análise ficou ainda provado que a A. apresentou lucros no final do ano de 2007 e que “[a]ntes de proceder à distribuição de dividendos a ré pagou à autora a dívida que tinha para com esta no valor de €166.493,16”.

### **3. A apreciação do STJ**

A questão principal que ocupou o STJ no caso em apreço diz respeito à validade da distribuição dos montantes em causa pela A. à R.<sup>4</sup>.

A análise efectuada concentra-se essencialmente na determinação da validade da deliberação tomada em 20 de Dezembro de 2007, do ponto de vista de procedimento, por um lado, e do ponto de vista de conteúdo, por outro lado, acabando o STJ por concluir pela inexistência de qualquer vício em ambas as perspectivas.

#### **3.1. A validade da deliberação do ponto de vista procedural**

A titularidade da quota única à data da deliberação não foi colocada em causa no presente caso, tendo ficado provado que a mesma se encon-

<sup>4</sup> A esta questão principal acrescia uma questão de natureza processual relacionada com a possibilidade da consideração pelo STJ de dois documentos juntos com a apelação, que aqui nos absteremos de tratar.

trava registada em nome da R. e dos seus dois filhos “em comum e sem determinação de parte ou direito”.

Ficou ainda provado que tal situação se verificou a partir de 18 de Dezembro de 2007 (portanto antes da data da deliberação) e que a mesma surgiu “em virtude da morte do marido da ré”.

Contudo, o STJ não procura aprofundar a qualificação da situação em causa<sup>5</sup>, começando directamente por determinar se a ausência de intervenção por parte dos dois filhos da R. na deliberação social afectava, de alguma forma, a validade da mesma.

A este respeito o tribunal começa por concluir que considera não existir qualquer nulidade (contrariamente ao que defendia a A.) por não ser possível integrar nas diversas alíneas do artigo 56.º/1 do Código das Sociedades Comerciais<sup>6</sup> a falta de intervenção dos sócios<sup>7</sup> na deliberação, sem mais indicações.

Adicionalmente, afasta também a eventual anulabilidade da deliberação por não considerar que existam elementos fácticos que permitam efectuar um enquadramento nas diversas alíneas do artigo 58.º/1, também aqui sem mais indicações.

O STJ considera que a eventual anulabilidade da deliberação deve ser considerada sanada tendo em conta que ficou provado que foi dado o consentimento pelos filhos da R., apoiando-se, para o efeito, no facto de mesmo para situações em que é exigido consentimento de determinados sócios se considerar que (nos termos do artigo 55.º do CSC) o acordo dos mesmos, expresso ou tácito, sanou o vício.

Por fim, apesar de não efectuar uma análise em termos de legitimidade<sup>8</sup>, o STJ salienta que, devendo a acção de anulação da deliberação ser instaurada contra a própria sociedade (artigo 60.º/1), careceria “de sentido a propositura da (...) acção por quem deveria ser demandada”.

### **3.2. A validade da deliberação do ponto de vista de conteúdo**

Em termos de validade substancial da deliberação, e em resultado do alegado pela A., o STJ começa por analisar se a mesma viola o princípio da intangibilidade do capital social<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> Relativamente à qual nos pronunciamos mais adiante.

<sup>6</sup> Todas as referências doravante efectuadas sem indicação expressa do respectivo diploma dizem respeito ao Código das Sociedades Comerciais.

<sup>7</sup> Sic.

<sup>8</sup> Ainda que exista uma nota de rodapé com referência ao artigo 59.º/1 do CSC.

<sup>9</sup> Ainda que por lapso seja por vezes feita referência ao princípio da intangibilidade social.

Antes de mais, e com especial importância para a presente situação, saliente-se que, na opinião do STJ, a norma constante do artigo 32.º do CSC não seria aplicável ao presente caso, na medida em que não estariam aqui em causa a distribuição pelos sócios de bens da sociedade, mas sim de lucros. Segundo o STJ esta norma apenas seria aplicável se estivesse em causa a distribuição aos sócios de “bens que a sociedade detenha e os haja adquirido para transformar ou comercializar”.

Adoptando esta perspectiva, o acórdão prossegue a sua análise, concluindo pela compatibilidade da deliberação com o disposto no artigo 33.º do CSC, que considera ser de aplicar à situação em causa.

Os argumentos aduzidos para tal conclusão apoiam-se parcialmente na posição das instâncias anteriores, em que se havia concluído que: “sendo o capital social da autora de EUR 5.000,00, a reserva legal é de EUR 2.500,00. Ora considerando que a autora ficou na conta bancária com um saldo muito superior ao valor da soma do capital social e reserva legal (EUR 51.411,14) podemos concluir como na sentença recorrida que a deliberação de distribuição dos lucros transitados do exercício de 2006 não violou a intangibilidade [do capital] social”.

Adicionalmente, militariam a favor de tal posição o facto de não se ter provado a existência de prejuízos transitados ou de que seriam necessários lucros para “formar ou reconstituir reservas sociais imposta[s] por lei (ou pelo contrato de sociedade)”, e de ter ficado provado que “a sociedade, no período em referência, tinha o saldo bancário no BPI de EUR 51.411,14, tendo para além deste saldo, outras contas bancárias”.

Na medida em que tinha ficado provado que a deliberação fazia referência à distribuição de “lucros disponíveis” e de “resultados transitados” o STJ considerou que não eram de aplicar ao caso concreto os números 3 e 4 do artigo 33.º por não se tratar “neste caso de disposição de reservas (mas sim lucros de exercício)”, sendo que a A. na sua argumentação teria confundido lucros com reservas.

Admitindo, para efeitos de argumentação, que a distribuição havia sido efectuada de forma irregular, o acórdão refere que não foi efectuada prova no sentido de determinar se existia um conhecimento pelo sócio de tal irregularidade ou se a referida irregularidade não poderia ter sido ignorada, para efeito do disposto no artigo 34.º do CSC, pelo que não estariam reunidos os requisitos para que o montante em causa fosse restituído.

Por último, saliente-se que o STJ considera que não existiu argumentação fáctico-jurídica por parte da A. capaz para demonstrar que a R., ao atuar como atuou, tivesse abusado do seu direito, carecendo de sentido a “afirmação de que a R. subtraiu o património social à garantia geral e comum dos credores (...) não só porque os factos provados tal não indi-

ciam, mas também porque não se vê a validade da recorrente em falar e defender o interesse dos credores (que nem se sabe se existem)".

#### 4. Notas sobre a distribuição de bens aos sócios

Invertendo a ordem adoptada pelo acórdão, por forma a tratar em primeiro lugar o principal tema que ocupa a nossa análise, começemos por efectuar uma breve nota sobre as regras relacionadas com a distribuição de bens aos sócios.

O princípio da intangibilidade do capital social configura-se como uma das traves mestras do regime jurídico do capital social enquanto mecanismo de tutela dos credores das sociedades comerciais<sup>10</sup>.

Neste âmbito surge um conjunto de regras relacionadas com a distribuição de bens a sócios<sup>11</sup> que visam assegurar um determinado nível de tutela aos credores sociais<sup>12</sup>, podendo pois afirmar-se que este princípio desempenha um papel central na regulamentação da atribuição de bens aos sócios.

O Código das Sociedades Comerciais estabelece o regime básico a este respeito nos artigos 31.º a 35.º, numa Subsecção específica intitulada "Conservação do capital", a que acrescem as normas relativas aos lucros do exercício (artigos 217.º, 294.º e 297.º) e à reserva legal e a outros elementos do capital próprio (artigos 218.º, 295.º e 296.º).

A regra primária encontra-se estabelecida no artigo 32.º/1, nos termos da qual não podem ser distribuídos aos sócios bens da sociedade quando o capital próprio desta, incluindo o resultado líquido do exercício, tal como resulta das contas elaboradas e aprovadas nos termos legais, seja inferior à soma do capital social e das reservas que a lei ou o contrato não

<sup>10</sup> Neste sentido e com amplas referência *vide* PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Do capital social – Noção, princípios e funções*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pp. 132 e ss..

<sup>11</sup> Pretendemos aqui apenas abranger aquilo a que podemos (ainda que imperfeitamente) chamar distribuições que visam expressamente remunerar os sócios pelo seu investimento, sendo que o princípio da intangibilidade do capital social tem também importantes reflexos no âmbito de situações em que se podem verificar distribuições que apenas prosseguem tal escopo de forma não expressa ou que visam devolver ao sócio o montante investido fora das situações de redução de capital, tais como a aquisição de acções próprias, a amortização de acções e ainda as chamadas distribuições encobertas de lucros, sob o manto de relações contratuais ou não. Cfr. a este respeito PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Do capital social – Noção, princípios e funções*, ob. cit., pp. 132 e ss.; FÁTIMA GOMES, *O Direito aos Lucros e o Dever de Participar nas Perdas das Sociedades Anónimas*, Almedina, Coimbra, 2011, em especial pp. 252 e ss. e pp. 290 e ss.

<sup>12</sup> O nível de protecção conferido está longe de ser perfeito. *Vide* nota 15 infra.

permitem distribuir aos sócios ou se tornasse inferior a esta soma em consequência da distribuição.

A regra em questão faz apelo a um conjunto de conceitos que apenas podem ser determinados mediante recurso a normas (também elas jurídicas) do domínio contabilístico. Conceitos como “capital próprio”<sup>13</sup> e “resultado líquido do exercício” apenas podem ser apreendidos na sua plenitude mediante recurso às normas do Sistema de Normalização Contabilística.

Mesmo quando existem dados normativos suficientes no âmbito societário para apreender determinados conceitos (por exemplo, o conceito de ágio) existe sempre a necessidade de estabelecer uma ligação ao domínio contabilístico, por forma a determinar o exacto valor a que tais realidades correspondem.

É assim permanente a relação entre as normas (jurídicas) societárias e as normas (jurídicas) contabilísticas.

A nosso ver, é exactamente nesta ligação entre a norma societária e a norma contabilística que têm surgido as dificuldades neste âmbito. Estas dificuldades criam entraves não apenas à aplicação das regras estabelecidas a este respeito<sup>14</sup>, mas podem também frustrar o cumprimento de algumas das finalidades a que as mesmas se dirigem<sup>15</sup>, sendo que tais problemas

<sup>13</sup> Em resultado da aprovação do Sistema de Normalização Contabilística, o Decreto-lei n.º 185/2009, de 12 de Agosto alterou a redacção do artigo 32.º/1 do CSC, tendo a anterior expressão “situação líquida” sido substituída por “capital próprio” e tendo sido acrescentada a expressão “incluindo o resultado líquido do exercício”. A primeira alteração visou apenas ajustar a mudança terminológica operada pelo SNC, sendo que a segunda parece ter querido esclarecer uma dúvida relacionada com a inclusão dos resultados no capital próprio para estes efeitos. Contudo, como afirmam ANTÓNIO BORGES/AZEVEDO RODRIGUES/ROGÉRIO RODRIGUES: “nos termos da normalização contabilística vigente desde 1977, os resultados são sempre incluídos nos capitais próprios”, Id., *Elementos de Contabilidade Geral*, 25.ª Edição, Áreas Editora, Lisboa, 2010, p. 66.

<sup>14</sup> Estas dificuldades são especialmente visíveis no âmbito particular da distribuição de bens aos sócios tratado no texto mas verificam-se também noutras âmbitos, tais como a aquisição de acções próprias, etc.

<sup>15</sup> A par da admissão de que o capital social como mecanismo de tutela não protege os credores contra o insucesso da actividade da sociedade (cfr. PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Do capital social – Noção, princípios e funções*, ob. cit., p. 133), das dificuldades que surgem em torno da inadequada capitalização societária (cfr. RUI PINTO DUARTE, “A subcapitalização das sociedades no direito comercial”, in Fisco, Ano 8, 76/77, 1996, pp. 55 e ss.) e de outras dificuldades operativas (cfr. PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Variações sobre o capital social*, ob. cit., pp. 61 e ss.), existe ainda um conjunto adicional de fragilidades que assolam o funcionamento do capital social como mecanismo tutelar e que resultam das dissonâncias entre as normas societárias e as normas contabilísticas. Tais fragilidades são mais facilmente apreendidas se nos ativermos à regra base estabelecida no artigo 32.º/1 de uma

resultam, em nossa opinião, de um conjunto de variado de factores que incluem nomeadamente alguma desatenção ou menor cuidado do legislador em termos sistemáticos e algum auto-afastamento dos juristas em relação às normas contabilísticas.

Regressando à regra base acima enunciada, podemos verificar que é aí adoptada uma perspectiva dupla, fazendo-se por um lado referência implícita ao valor dos bens que são distribuídos e por outro lado ao impacto que a distribuição dos mesmos possa ter no capital próprio da sociedade (o qual não poderá ser ou ficar inferior à soma do capital e das reservas que a lei e o contrato não permitem distribuir).

Apenas compreendendo a estrutura do balanço da sociedade se poderá aperceber plenamente o funcionamento da regra, sendo especialmente relevante a compreensão de que o capital próprio (situação líquida ou activo líquido) visa representar a diferença positiva ou negativa entre o activo e o passivo.

perspectiva diversa daquela com que a mesma se encontra formulada na lei. Desta outra perspectiva, pretende-se que subsistam na sociedade um conjunto de activos cujo valor, descontado do valor do passivo, seja equivalente à cifra do capital social e das reservas que a lei ou os estatutos não permitam distribuir. Assim formulada, esta regra não pode deixar de ser associada à responsabilidade patrimonial (ou à chamada garantia geral), procurando que os sócios não possam, em virtude das distribuições de bens do activo por si efectuadas, reduzir o património da sociedade que responderá pelo cumprimento dos deveres a que esta se encontra vinculada. Contudo, esta associação sofre profundas limitações. Na realidade os bens que constam do activo não são necessariamente bens susceptíveis de penhora para efeitos da responsabilidade patrimonial (podendo mesmo nem ser bens propriedade da sociedade, como por exemplo aqueles bens tomados pela sociedade em locação financeira). Ainda no que diz respeito ao activo surgem também as dificuldades relacionadas com a mensuração dos bens, mesmo daqueles que sejam susceptíveis de penhora, em particular as resultantes do eventual desfasamento em relação ao respectivo valor de realização fora de um cenário de continuidade da actividade. Por outro lado, algumas regras de contabilização do passivo implicam que os valores a pagar pela sociedade estejam contabilizados no balanço pelo seu valor actual e não pelo valor que seria devido em caso de vencimento imediato. Desta forma, o capital próprio (como valor do activo que excede o valor passivo, caso seja positivo) pode efectivamente estar longe de representar um conjunto de bens susceptíveis de penhora de valor equivalente ao capital social e reservas não distribuíveis. Porém, consideramos que estas fragilidades podem ser mitigadas, apenas se exigindo que para estes efeitos sejam efectuados os ajustamentos necessários para ter em conta esta realidade, sendo que existem no CSC exemplos de tais ajustamentos, como acontece nas situações em que é de alguma forma tida em conta a "robustez" de determinados bens que constam do activo (por exemplo nas limitações à distribuição de lucros do exercício enquanto as despesas de constituição e de investigação e desenvolvimento não estiverem completamente amortizadas, constantes do artigo 33.º/2 ou nas regras relativas aos incrementos decorrentes da aplicação do justo valor constantes do artigo 32.º/2).

Tendo em conta que, de uma certa perspectiva, na parte em que não diga respeito às contribuições dos sócios, o capital próprio procura refletir o aumento ou redução de valor resultante da actividade da sociedade<sup>16</sup>, as regras dirigidas à determinação do valor total de bens distribuíveis aos sócios fazem referência aos elementos que compõem o capital próprio. Fala-se assim na distribuição de lucros, de reservas ou resultados transitados, etc.

Contudo, o que é objecto de distribuição aos sócios são os bens que constam do activo, apenas servindo a referência aos elementos do capital próprio para determinar o valor máximo de tais bens que podem ser distribuídos, de modo que seja respeitada a intangibilidade do capital social.

Ainda que, em regra, a distribuição tenha por objecto dinheiro, não se encontra afastada a possibilidade de distribuição de outros bens aos sócios a qual terá de respeitar também a regra base constante do artigo 32.º/1<sup>17</sup>.

Pois bem, é neste ponto que, com o respeito devido, estamos em desacordo com as conclusões do acórdão.

É certo que no artigo 32.º/1 se faz referência a bens (e ao impacto que a distribuição dos mesmos pode ter no capital próprio) e noutras normas se faz referência apenas aos elementos do capital próprio (lucros do exercício, reserva legal, etc.). Contudo, isto não significa que a regra constante do referido artigo não seja aplicável à distribuição desses elementos específicos, muito pelo contrário.

<sup>16</sup> Para uma noção jurídico-material de capital próprio *vide* ALEXANDRE MOTA PINTO, *Do Contrato de Suprimento – o financiamento da sociedade entre capital próprio e capital alheio*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 27 e ss. Sobre o tema *vide* também ANTÓNIO GERVÁSIO LÉRIAS, “Do capital social na sociedade ao capital próprio na empresa”, in Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal Ano 2/3, 2009, pp. 122 e ss.

<sup>17</sup> A distribuição de bens que não em dinheiro, em especial a título de repartição periódica de lucros, traz consigo alguns desafios que a doutrina jurídica nem sempre tem enfrentado. Destacando apenas alguns destes desafios, salienta-se a determinação da necessidade de obtenção de autorização dos sócios que beneficiam de tal distribuição, os problemas em torno da determinação do valor dos bens distribuídos, etc. Sobre este tema veja-se, entre outros, MARCUS LUTTER/MAGDALENA LEINEKUGEL/THOMAS RÖDDER, “Die Sachdividende – Gesellschaftsrecht und Steuerrecht”, in ZGR 2002, pp. 204 e ss.. A decomposição efectuada por estes autores para efeitos da análise de determinados aspectos do tema em causa é em certa medida bastante útil para a plena compreensão das questões discutidas no texto, na medida em que é feita uma distinção entre o valor a distribuir determinado pela deliberação dos sócios (por referência aos capitais próprios) e a forma como mesmo valor é pago (por referência ao ativo).

Na verdade, não existe uma relação de correspondência entre os elementos do capital próprio e os elementos do activo<sup>18</sup>, ou seja, por exemplo a reserva legal ou os resultados transitados não correspondem directamente a uma determinada soma em dinheiro no activo. Daí que quando a lei fala na possibilidade ou impossibilidade de tais elementos serem distribuídos aos sócios, pretende significar que podem ou não ser distribuídos aos sócios bens (do activo) com um valor equivalente ao valor de tais elementos do capital próprio.

Desta forma, o artigo 32.º/1 estabelece a regra base para a determinação do valor limite máximo para a distribuição de bens a sócios (o valor que permita que o capital próprio não fique inferior ao valor do capital social e das reservas indistribuíveis), desde que, é claro, o capital próprio seja positivo.

Partindo desta regra base, haverá em seguida que percorrer as restantes normas que dizem respeito à distribuição de elementos que constam do capital próprio, por forma a determinar em concreto quais desses são passíveis de distribuição aos sócios, sendo que em seguida haverá que seleccionar os bens de valor equivalente que constem do activo (em regra, dinheiro).

O artigo 32.º/1 seria, portanto, aplicável ao caso em apreço, ainda que não encontremos, nem nos factos provados, nem nas alegações efectuadas pela A., elementos que nos permitam concluir que a sociedade em causa teria capitais próprios negativos ou que por efeito da distribuição o capital próprio se tornaria inferior ao montante do capital social e das reservas indistribuíveis.

Porém a confirmação de que o capital próprio não ficou inferior ao montante do capital social e das reservas indistribuíveis, não pode ser feita pela simples afirmação constante do acórdão de que a A. “ficou na conta bancária com um saldo muito superior ao valor da soma do capital social e reserva legal (EUR 51.411,14)”. Haveria que atentar ao valor do total do capital próprio para verificar esta situação.

Caso estivéssemos perante um exercício económico iniciado em, ou após, 1 de Janeiro de 2010<sup>19</sup>, o que não acontece, também seria de aplicar ao presente caso o artigo 32.º/2 do CSC, cujo adequado enquadramento doutrinal está, em larga medida, ainda por fazer<sup>20</sup>. Contudo, também

<sup>18</sup> Ainda que seja possível perceber a origem dos elementos do capital próprio.

<sup>19</sup> Vide artigo 14.º/1 do Decreto-lei n.º 185/2009, de 12 de Agosto.

<sup>20</sup> O aditamento do número 2 do artigo 32.º pelo Decreto-lei n.º 185/2009, de 12 de Agosto insere-se no âmbito das medidas destinadas acautelar o cumprimento da função do balanço relacionada com a conservação do capital sempre que sejam aplicadas as Normas

aqui não surge evidência ou alegação de que a referida norma tenha sido violada.

Por outro lado, ainda que exista alguma confusão quanto ao objecto da deliberação de distribuição (onde se faz referência à distribuição de "lucros disponíveis" e de "resultados transitados") assumimos que estariam em causa resultados transitados e estamos inclinados a considerar que não estariam em causa lucros do exercício e que portanto a aplicação

Internacionais de Relato Financeiro ou sistemas contabilísticos que tenham tais normas por base e onde pontue a possibilidade de mensuração ao justo valor. Noutras paragens temos exemplos de situações em que surge a obrigação de preparação de redacção de dois balanços, um em IFRS e outro de acordo com os sistemas contabilísticos, digamos assim, tradicionais (como na Alemanha, vide SABINO FORTUNATO, "Dal costo storico al "fair value": al di là della rivoluzione contabile", in AAVV, *IAS/IFRS – La modernizzazione del diritto contabile in Italia*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 372), ou situações em que as regras relacionadas com a realização de distribuições apenas permitem que as mesmas sejam feitas quando digam respeito a lucros realizados (como exemplo temos o Reino Unido em que apenas podem ser distribuídos os *realized profits* – vide EILÍS FERRAN, *Principles of corporate finance law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, p. 242). O preâmbulo do diploma em causa contribui para esclarecer o sentido da alteração, sendo que a doutrina tem também já contribuído para tal esclarecimento (cfr. PAULO DE TARSO DOMINGUES, "Comentário ao artigo 32.º", in JORGE COUTINHO DE ABREU (Coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário I*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 500 e ss.; ANA MARIA GOMES RODRIGUES, "Justo Valor – Uma Perspectiva Crítica", in AAVV., *IDET – Miscelâneas nº 7*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 113 e ss.; PAULO CÂMARA, "Comentário ao artigo 32.º", anotações 12 e 13, in AAVV., *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2011, p. 168; ANTÓNIO GERVÁSIO LÉRIAS, "Do capital social na sociedade ao capital próprio na empresa", ob. cit., pp. 122 e ss.). Contudo, consideramos que estão ainda por esclarecer algumas questões fundamentais e que têm nomeadamente a ver com a aplicação em concreto da norma. Na verdade, diferentemente do que acontece relativamente a outros elementos do capital próprio (em que, por exemplo, a lei determina em termos taxativos os fins para que um determinado elemento pode ser utilizado, como acontece com a reserva legal, ou em que faz referência à necessidade manter indisponível uma reserva aquando da aquisição de acções próprias, deixando de momento de parte a vigência desta exigência legal), no artigo 32.º/2 faz-se referência à relevância de determinados elementos para poderem ser distribuídos aos sócios bens da sociedade e não directamente à possibilidade de distribuição dos mesmos ou não. Haverá que perceber o impacto de tal referência, nomeadamente em termos de afectar a capacidade distributiva no sentido de eventualmente obrigar a que tais elementos sejam também deduzidos do total do capital próprio para efeitos da aplicação da regra constante do artigo 32.º/1, operação que seria dotada de bastante complexidade. Fica também por esclarecer a disponibilidade destes elementos para incorporação no capital ou cobertura de prejuízos e o funcionamento em concreto do tratamento em exercícios posteriores dos incrementos registados no lucro do exercício (como bem salienta ANTÓNIO GERVÁSIO LÉRIAS, "Do capital social na sociedade ao capital próprio na empresa", ob. cit., p. 143). Ficam aqui os elementos para uma reflexão posterior.

ao caso dos números 1 e 2 do artigo 33.<sup>º</sup> deveria ser rodeada de cuidados adicionais.

Na verdade, tendo em conta que não se trata de lucros do exercício não haverá que acautelar o preenchimento da reserva legal, tendo em conta que o seu preenchimento haverá de se efectuar progressivamente (conforme dispõe o artigo 295.<sup>º</sup>/1)<sup>21</sup>.

No que diz respeito à cobertura de prejuízos transitados e às limitações à distribuição constantes do artigo 33.<sup>º</sup>/2, consideramos que as mesmas devem ser tidas em conta sob pena de serem desvirtuadas, ainda que esta opinião esteja sujeita a um aprofundamento adicional<sup>22</sup>. Tais regras poderiam ser subvertidas caso, por exemplo, os lucros do exercício necessários para cobertura de prejuízos não tivessem sido distribuídos na aplicação de resultados mas não tivessem sido utilizados para tal fim. Admitir o contrário seria admitir que a cobertura de prejuízos transitados apenas poderia ser efectuada com lucros do exercício (posteriores) mas não com resultados transitados positivos.

A A. alega adicionalmente que a deliberação deveria ter sido tomada com base em balanço específico a Novembro de 2007 preparado especialmente para o efeito. Na opinião da A. não seria suficiente o “balancete das contas até Novembro de 2007” do qual resultaria que a A. tinha “a quantia de €213.238,69 em resultados transitados”.

Não pensamos que seja esta a ocasião adequada para proceder a uma apreciação da distinção, que existe, entre um balancete e um balanço especial, nomeadamente em termos de ausência de operações de final de exercício no primeiro. Não obstante, sempre adiantaremos que, em nossa opinião, não encontramos na lei a exigência de que a deliberação em causa (de distribuição de resultados transitados) seja efectuada com base em qualquer dos dois documentos.

Em abono desta posição, existem diversas situações em que o legislador faz esta exigência não o fazendo a este respeito. Como exemplos temos a exigência efectuada no aumento de capital por incorporação de reservas (artigo 91.<sup>º</sup>/2), na fusão (artigo 98.<sup>º</sup>/2), na transformação (artigo 132.<sup>º</sup>/1/a)) e no adiantamento sobre lucros no decurso do exercício (artigo 297.<sup>º</sup>/1/a)).

<sup>21</sup> Admitindo que havia sido deliberada em termos regulares a aplicação de resultados dos exercícios anteriores.

<sup>22</sup> Nomeadamente em termos de existir um dever de efectuar imediatamente a cobertura de prejuízos transitados, com lucros do exercício ou resultados transitados, não se verificando a situação descrita em seguida no texto.

É verdade que os membros da administração da sociedade deverão abster-se de executar a deliberação caso tenham fundadas razões para crer que ocorreram entretanto alterações no património social que tornariam a deliberação ilícita, tal como determina a alínea a) do artigo 31.<sup>º</sup>/1.

É também certo que através de um balanço especial a uma data próxima da deliberação, que ficaria em anexo à acta de que conste a deliberação, ficaria facilitada a prova de que quer os accionistas, quer os membros do órgão de administração tiveram o cuidado de confirmar que continuavam preenchidos os pressupostos para a realização da distribuição. Não obstante, não consideramos que essa seja uma condição de validade da deliberação.

Em suma, pensamos que o método para determinação da existência de bens distribuíveis pela sociedade em termos compatíveis com o princípio da intangibilidade do capital social passa por determinar o limite máximo resultante da regra constante do artigo 32.<sup>º</sup>/1<sup>23</sup>, devendo em seguida ter em conta as regras especiais relativas aos diversos elementos do capital próprio por forma a determinar a sua possível distribuição, sendo nomeadamente relevantes as rubricas do balanço relacionadas com as contas

<sup>23</sup> Identificando o Total do Capital Próprio no balanço individual, o qual, efectuados os ajustamentos necessários em resultado do disposto no artigo 32.<sup>º</sup>/2 (vide nota 20 supra), deverá ser confrontado com o valor da rubrica Capital (saliente-se, contudo, que no SNC a conta 51 Capital é apresentada no balanço numa base líquida, i.e. deduzida dos saldos devedores das contas 262 Accionistas c/ subscrição e 262 Quotas por realizar, correspondendo portanto ao capital social realizado e não apenas subscrito – parece-nos ser o montante do capital realizado aquele a ter em conta, não apenas porque os credores têm, em princípio, acesso à informação do montante de capital que se encontra realizado, nos termos do artigo 171.<sup>º</sup>/2, mas também porque tal é o sentido em que aponta a Segunda Directiva, Directiva 77/91/CEE de 13 de Dezembro de 1976, cujo artigo 15.<sup>º</sup>/1/b) determina que “[a]o montante do capital subscrito indicado na alínea a) deduz-se o capital subscrito ainda não exigido, quando este último não estiver contabilizado no activo do balanço”) e com o valor das reservas que a lei ou o contrato não permitam distribuir. A identificação destas reservas para estes efeitos apresenta algumas dificuldades adicionais, em especial tendo em conta que nos capitais próprios existem elementos que não são designados como reservas (ao contrário do que acontece p. ex. com as rubricas que resultam das contas 551 Reservas Legais, 552X Reservas Estatutárias com finalidade similar à Reserva Legal, 55231 Reservas para aquisição de acções (quotas) próprias, 55232 Reserva para amortização de capital), sendo que a nosso ver uma resposta cabal a este respeito exige um trabalho profundo de determinação do conceito de reserva para estes efeitos e que deverá nomeadamente cuidar de determinar se estão abrangidos os elementos dos capitais próprios referidos no artigo 295.<sup>º</sup>/2 (p. ex. 54 Prémio de Emissão, 58 Excedentes de revalorização).

da Classe 5 Capital, Reservas e Resultados Transitados e com a conta 818 Resultado Líquido do Período da Classe 8 Resultados<sup>24</sup>.

Discordamos, portanto, da posição assumida pelo STJ, ainda que admitamos que não existem evidências ou alegações que permitam por si só concluir que a distribuição em causa viole o princípio da intangibilidade do capital social.

A título de nota final, consideramos ser ainda necessária uma referência ao regime da restituição de bens irregularmente distribuídos.

O artigo 34.º do CSC estabelece que mesmo que as distribuições de bens aos sócios sejam efectuadas irregularmente, ou seja em violação dos respectivos pressupostos legais, as mesmas apenas têm de ser devolvidas no caso dos sócios não estarem de boa fé ou não deverem ignorar a irregularidade da distribuição.

Ora no caso em apreço, parece-nos difícil considerar que a sócia única/gerente única poderia ignorar a irregularidade em causa. Ficou, contudo, por fazer a prova cabal da existência de uma irregularidade.

## 5. Algumas notas adicionais

A esta apreciação no âmbito da distribuição de bens a sócios que acabamos de fazer acrescem umas breves considerações adicionais sobre algumas outras questões que resultam do acórdão.

Na verdade, parece-nos que não resulta do acórdão que tenham sido tidos em devida conta determinados elementos relevantes, pois apresentam-se ausentes do mesmo considerações sobre a unipessoalidade da A.,

<sup>24</sup> A este respeito ocupa um lugar central o conceito de lucro que se tome como ponto de partida, em especial no que diz respeito ao papel dos incrementos patrimoniais que sejam acumulados pela sociedade, ou seja de que a sociedade beneficie, quando os mesmos não sejam gerados pela actividade social (*vide* a este respeito nomeadamente FILIPE CASSIANO SANTOS, *A posição do accionista face aos lucros de balanço*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, pp. 28 e ss.). Apresenta especiais dificuldades nesta análise a conta 5712 Lucros não distribuídos resultantes da aplicação do método de equivalência patrimonial. Tema aparentemente esquecido pelo legislador (como salientado por ANTÓNIO GERVÁSIO LÉRIAS, “Do capital social na sociedade ao capital próprio na empresa”, ob. cit., p. 143) mas relativamente ao qual existem já flutuações interpretativas (JOAQUIM CUNHA GUIMARÃES, “O ‘Justo Valor’ no SNC e o Art.º 32.º do CSC”, in Contabilidade & Empresa 1/2010, considera ser de aplicar directamente o artigo 32.º/2 aos ajustamentos positivos resultantes do método de equivalência patrimonial, enquanto ANA MARIA GOMES RODRIGUES, “Justo Valor – Uma Perspectiva Crítica”, ob. cit., p. 124 e ss. discorda frontalmente desta posição), parecendo que o tema tem muito para explorar.

como também está quase completamente ausente<sup>25</sup> o tratamento dos efeitos da titularidade da quota.

Abstraindo por ora da questão relativa à titularidade da quota, parece poder concluir-se que, pela dimensão da A. e apesar de inexistir uma referência expressa nesse sentido no acórdão, estaremos perante uma situação de inexistência de pluralidade subjectiva em termos de órgãos societários<sup>26</sup>. Ou seja, não existiria órgão de fiscalização e a R. era gerente única e sócia única.

Neste caso, não se colocaria a dúvida de saber se seriam eventualmente aplicáveis algumas normas relativas à assembleia, sendo de aplicar na sua plenitude o disposto no artigo 270.º-E. Tratar-se-ia, portanto, de uma decisão do sócio único sem que tivesse sentido o recurso à reunião em assembleia universal nos termos e para os efeitos do artigo 54.º<sup>27</sup>. As referências na acta a uma deliberação e à realização de uma assembleia universal não constituiriam mais do que simples irregularidades, sem quaisquer efeitos ao nível jurídico. Na verdade, ainda que expresso imperfeitamente com tais referências parece-nos que o texto deveria ser interpretado como uma decisão do sócio único.

Contudo, haverá ainda que ter em conta a situação da titularidade da quota única, na medida em que ficou provado que, à data da decisão, a quota se encontrava registada em nome da R. e dos seus dois filhos "em comum e sem determinação de parte ou direito".

Estaremos aqui perante uma situação de comunhão hereditária, tendo a quota sido registada nos referidos termos tal como permitido pelo disposto no artigo 49.º do Código do Registo Predial, aplicável em resultado da remissão operada pelo artigo 115.º do Código do Registo Comercial. Tal comunhão hereditária é inerente às situações de heranças com mais de um titular até ao momento da partilha, podendo ser considerada como uma situação de contitularidade de direitos<sup>28</sup>.

<sup>25</sup> A A. alega expressamente que não é de aplicar ao presente caso o regime da contitularidade da quota constante do artigo 222.º, ainda que não produza argumentação adicional nesse sentido. O acórdão acaba por não abordar esta questão directamente.

<sup>26</sup> Para empregar a terminologia estabelecida em RICARDO COSTA, *A Sociedade por Quotas Unipessoal no Direito Português – Contributo para o estudo do seu regime jurídico*, Almedina, Coimbra, 2002, pp. 579 e ss.

<sup>27</sup> O recurso às normas da assembleia universal poderia ter sentido numa situação de pluralidade subjectiva orgânica como defende RICARDO COSTA, *A Sociedade por Quotas Unipessoal no Direito Português – Contributo para o estudo do seu regime jurídico*, ob. cit., p. 588, nota 739.

<sup>28</sup> Neste sentido vide RUI PINTO DUARTE, *Curso de Direitos Reais*, 2.ª Edição, Principia, Estoril, 2007, pp. 61 e 62.

Torna-se, pois, necessário saber se, e em que medida, tal comunhão hereditária bule com a validade da decisão.

Para tal, atentemos em primeiro lugar às regras aplicáveis ao exercício de direitos conferidos pela quota que integra a herança.

Admitindo que no presente caso se verificou a ocorrência mais comum, surge como relevante o regime do cabeçalato no que diz respeito à administração da herança, nos termos do disposto no artigo 2079.<sup>º</sup> e seguintes do Código Civil.

A este respeito, e tendo em conta apenas estas normas, haveria que determinar se o exercício de direitos resultante da referida quota caberia nos poderes do cabeça-de-casal, que são em geral poderes de administração ordinária<sup>29</sup>, ou se, pelo contrário, tal direito haveria de ser exercido conjuntamente por todos os herdeiros, nos termos do disposto no artigo 2091.<sup>º</sup> do Código Civil<sup>30</sup>.

Tendo em conta o exercício do direito de voto em particular, haverá que analisar caso a caso o objecto das deliberações para determinar quais os poderes do cabeça-de-casal a este respeito, sendo que para este fim pensamos que o regime especial aplicável à contitularidade de quotas fornece algumas pistas.

Na verdade, a contitularidade de quotas é ainda objecto de um regime especial, estabelecido nos artigos 222.<sup>º</sup> e seguintes do Código das Sociedades Comerciais e que foi, também ele, deixado fora da análise efectuada no acórdão<sup>31</sup>.

Pois exatamente para facilitar o tratamento destas situações mais complexas em termos de pluralidade subjectiva, estabelece a lei um conjunto de regras adicionais relativas ao exercício de direitos inerentes à quota.

A regra geral estabelecida neste âmbito é a de que tais direitos devem em princípio ser exercidos através de um representante comum (artigo 222.<sup>º</sup>/1).

<sup>29</sup> LUIS CARVALHO FERNANDES, *Lições de Direito das Sucessões*, 3.<sup>a</sup> Edição, Quid Júris, Lisboa, 2008, p. 318.

<sup>30</sup> Abstraindo ainda os eventuais desvios efectuados a este respeito pelo regime societário tendentes a permitir o exercício pelo cabeça-de-casal como representante comum ainda que sujeito à deliberação prévia dos herdeiros, conforme analisaremos em seguida no texto.

<sup>31</sup> Vide sobre este regime em geral RAÚL VENTURA, *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais Vol I*, 2.<sup>a</sup> Edição, Almedina, Coimbra, 1989, p. 493 e ss, em particular p. 496 onde o autor reconhece expressamente que a contitularidade de que trata o regime legal pode resultar da sucessão por morte. Neste sentido também ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, "Contitularidade de participações sociais: algumas notas", in DSR 5, 2011, p. 33.

Acresce que a este respeito a doutrina e a jurisprudência têm admitido que o cabeça-de-casal pode ser considerado como representante comum para estes efeitos, tendo em conta a sua designação por lei<sup>32</sup>.

Admitindo que, também a este respeito, se verificou a situação mais comum, terá sido o cônjuge sobrevivo a assumir o cargo de cabeça-de-casal, nos termos do disposto no artigo 2080.<sup>º</sup>/1 do Código Civil, pelo que a decisão não se encontraria ferida de invalidade a este nível uma vez que coube à R., como representante comum, exercer o direito de voto.

Resta, contudo, saber se o cabeça-de-casal teria poderes para exercer o direito de voto, sendo que, em nossa opinião, os números 5 e 6 do artigo 223.<sup>º</sup> fornecem pistas para determinar quais as situações em que não estamos perante actos de simples administração no que diz respeito a actos relativos a quotas.

De acordo com os referidos preceitos, o representante comum pode exercer perante a sociedade todos os poderes inerentes à quota indivisa, sendo que excepto quando a lei, o testamento, todos os contitulares ou o tribunal atribuírem ao representante comum poderes de disposição, não lhe é lícito praticar actos que importem extinção, alienação ou oneração da quota, aumento de obrigações e renúncia ou redução dos direitos dos sócios<sup>33</sup>.

Desta forma, assumindo que os montantes distribuídos integrariam eles próprios a comunhão hereditária estamos em princípio em crer que o cabeça-de-casal teria poderes para exercer o direito de voto, na medida em que não consideramos que o objecto da deliberação em causa se enquadre naquele âmbito. Caso contrário e perante a ausência de uma deliberação por unanimidade dos herdeiros que instruisse o representante comum a actuar estaríamos perante uma decisão inválida<sup>34</sup>.

Essa não poderia ser a conclusão caso a R. não tivesse assumido o cargo de cabeça-de-casal, pois torna-se difícil admitir que apenas um dos herdei-

<sup>32</sup> Uma vez que o artigo 223.<sup>º</sup>/1 admite a designação legal do representante comum. Cfr. ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, "Contitularidade de participações sociais: algumas notas", in DSR 5, 2011, p. 33. Para mais referências doutrinais e jurisprudenciais, *vide* ainda ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, "Comentário ao artigo 223.<sup>º</sup>", in JORGE COUTINHO DE ABREU (Coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário III*, Almedina, Coimbra, 2011, p. 401.

<sup>33</sup> A atribuição de tais poderes pelos contitulares deve ser comunicada por escrito à sociedade (artigo 223.<sup>º</sup>/6 in fine).

<sup>34</sup> Defendendo esta forma de proceder em geral quanto ao exercício de direitos de voto pelo cabeça-de-casal relativamente a actos que importem extinção, alienação ou oneração da quota, aumento de obrigações e renúncia ou redução dos direitos dos sócios *vide* ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, "Comentário ao artigo 223.<sup>º</sup>", ob. cit., p. 412.

ros poderia exercer o direito de voto<sup>35</sup>. Neste caso, estaríamos certamente perante uma decisão inválida, sendo que surge ainda um obstáculo adicional: o de determinar qual o tipo de invalidade aqui em causa.

O artigo 222.º do CSC parece ter um certo cunho procedural, em especial no que diz respeito ao exercício do direito de voto que é a matéria aqui em causa. Contudo, ainda que sejamos sensíveis ao argumento de que tendo em conta a natureza mais procedural da irregularidade os herdeiros estariam em posição de defender os respectivos interesses através da acção anulatória<sup>36</sup>, tendemos a considerar que a decisão deveria ser considerada nula por violação de norma legal imperativa, tendo em conta o âmbito mais geral do artigo 222.º.

O raciocínio seguido até ao momento é efectuado assumindo que a existência de contitularidade da quota única em resultado da comunhão hereditária não fere a unipessoalidade da A. Contudo, esta conclusão pode não ser segura, em especial se nos ativermos à doutrina nacional que já teve oportunidade de analisar a questão. Na verdade, na opinião de Ricardo Costa “em caso de titularidade de quota indivisa totalitária (ou de todas as quotas), a sociedade merecerá a qualificação de subjectivamente plural”<sup>37</sup>.

Ainda assim, mesmo que fossem de aplicar as regras relacionadas com a assembleia geral estabelecidas para as sociedades por quotas pluripessoais, poderia não estar em causa qualquer invalidade, caso a R. tivesse assumido o cargo de cabeça-de-casal, situação em que exerceeria o direito de voto inerente à quota enquanto representante comum.

Por fim, refira-se apenas que temos dúvidas sobre se poderia directamente a própria sociedade<sup>38</sup> promover a declaração judicial da nulidade ou arguir a anulabilidade da deliberação/decisão em causa. Tais dúvidas

<sup>35</sup> Neste sentido e apesar das dúvidas que envolvem a interpretação do artigo 222.º/4 *vide* RAÚL VENTURA, *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais Vol. I*, ob. cit., p. 505; ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “Comentário ao artigo 223.º”, ob. cit., pp. 396 e ss... Concluir pela admissibilidade do exercício individual do direito de voto por apenas um herdeiro enfrenta especiais desafios se tivermos ainda em conta o disposto no artigo 2091.º do Código Civil, referido antes no texto.

<sup>36</sup> Considerando a violação de normas legais imperativas pelo procedimento deliberativo sancionável em regra com a anulabilidade, com exceção dos casos elencados no artigo 56.º/1/a) e b), *vide* JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial II – Das Sociedades*, 3.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2009, p. 462.

<sup>37</sup> RICARDO COSTA, *A Sociedade por Quotas Unipessoal no Direito Português – Contributo para o estudo do seu regime jurídico*, ob. cit., p. 430.

<sup>38</sup> A interposição da acção pela própria sociedade não será certamente alheia às declarações efectuadas na escritura de cessão de quotas pela sociedade adquirente no sentido de reconhecer a realização da distribuição efectuada anteriormente.

surgem principalmente em resultado das normas relativas à legitimidade para tal actuação (cfr. artigos 57.º e 59.º do CSC) que apontam em sentido contrário e não tanto, como se conclui no acórdão, porque a sociedade estaria a actuar contra si mesma, situação para a qual a lei tem resposta, como acontece p. ex. nas situações em que a acção judicial dirigida a promover a declaração judicial de nulidade é instaurada pelo órgão de fiscalização, caso em que este deve propor logo ao tribunal a nomeação de um sócio para representar a sociedade (artigo 57.º/3). Pelo menos em caso de deliberação/decisão ferida de nulidade pensamos que a própria sociedade poderá ser considerada como um interessado para efeitos do disposto no artigo 286.º do Código Civil, nos termos do qual a nulidade pode ser invocada a todo o tempo e por qualquer interessado.

Contudo, ainda a respeito da legitimidade da sociedade, haverá que ter em conta o disposto no artigo 34.º do CSC, na medida em que resulta do regime aí estabelecido que a sociedade tem legitimidade para solicitar a restituição de bens indevidamente recebidos pelos sócios<sup>39</sup>. Em nosso entender, terá de considerar-se que a sociedade tem legitimidade a este respeito, mesmo que a irregularidade da distribuição resulte da existência de um vício relacionado com a deliberação.

*Janeiro de 2012*

<sup>39</sup> Neste sentido também PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Variações sobre o capital social*, ob. cit., p. 314.



**RESUMO:** O tráfego jurídico-comercial proporciona relações de particular proximidade e confiança entre as sociedades comerciais e alguns dos seus credores. Essas relações não devem nem podem escapar ao conhecimento de um administrador – ou gerente – diligente, que deve estar vinculado a deveres acessórios de protecção perante esses credores sociais. Nos casos em que viole tais deveres, justifica-se a aplicação da responsabilidade obrigacional, atribuindo-se aos credores sociais pretenções indemnizatórias semelhantes às que teria a sociedade no âmbito dos contratos que a ligam aos titulares dos seus órgãos de administração.

**ABSTRACT:** Legal and commercial frameworks give rise to certain relationships founded on a specific level of proximity and trust between companies and some of their creditors. A diligent director – or manager – should be aware of said relationships and thus be bound by certain accessory duties of protection towards such creditors. Should there be breach of these duties by a director or manager, contractual liability should arise. This situation should therefore grant the creditor similar compensatory claims as a company would have within the scope of contractual relations that bind it towards the members of its management bodies.

FÁBIO LOUREIRO\*

## *Os contratos de administração e a protecção dos credores sociais*

*À Vera, por tudo.*

*Sumário:* Introdução; I. A responsabilidade civil prevista no art. 78.º, n.º 1, do CSC; 1. Natureza jurídica da responsabilidade prevista no art. 78.º, n.º 1, do CSC; 2. Disposições legais de protecção; 3. Disposições contratuais de protecção; II. A protecção dos credores sociais no âmbito de um *contrato de administração*; 1. A eficácia externa das obrigações e a responsabilidade dos administradores ou gerentes; 2. A complexidade intra-obrigacional e a protecção dos credores sociais; Conclusão

\* Advogado estagiário  
(MLGTS)

### **Introdução**

O actual regime de responsabilidade civil dos titulares dos órgãos de administração das sociedades comerciais é o resultado de uma evolução que culminou com o estabelecimento de diversas modalidades de responsabilidade, ora perante a sociedade, ora perante os credores sociais, ora perante os sócios e outros terceiros.

Relativamente à responsabilidade perante os credores sociais, o regime actualmente previsto no art. 78.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais (CSC), nem sempre teve consagração individualizada. É certo que, na vigência do Código Comercial de 1888, já regulavam a matéria alguns preceitos – casos dos arts. 173.º e 186.º, § 2.º<sup>1</sup>, (entretanto revogados pelo Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de Setembro, que regulou e aprovou o CSC). No entanto, foi com o Decreto-Lei 49.381, de 15 de Novembro de 1969, que a matéria recebeu uma individualização em termos semelhantes aos actuais.

O diploma de 1969, que “abandonou o quadro dogmático do mandato”<sup>2</sup> na definição do estatuto dos administradores ou gerentes, resultou de um estudo comparativo entre os sistemas alemão, francês, italiano e português, e consistiu numa selecção das melhores soluções existentes nos referidos sistemas quanto à fiscalização das sociedades e à responsabilidade civil no meio societário, sempre tendo em conta as discussões doutrinárias acerca de cada uma.

O art. 78.º, n.º 1, do CSC, regula a responsabilidade dos titulares de órgãos de administração de sociedades comerciais perante os credores das mesmas, por violação de normas destinadas à protecção destes, sejam elas legais ou contratuais, configurando um caso de consagração expressa da tutela delitual de créditos. Porém, com base nos princípios modeladores do direito das obrigações, é possível perspectivar-se uma solução diferente da consagrada no art. 78.º, n.º 1, por vezes em sobreposição a esta, para determinadas situações em que se deva considerar que, ainda que com base em contratos nos quais não são partes, os credores sociais tenham pretensões indemnizatórias sujeitas a regime diverso do delitual previsto nos arts. 78.º, do CSC, e 483.º, do Código Civil (CC).

## I. A responsabilidade civil prevista no art. 78.º, n.º 1, do CSC

### 1. Natureza jurídica da responsabilidade prevista no art. 78.º, n.º 1, do CSC

Afigura-se relevante, ainda antes de introduzirmos o tema que motivou o presente estudo, compreender as finalidades do regime jurídico-societário da responsabilidade civil.

<sup>1</sup> Cfr. RAUL VENTURA/Luís BRITO CORREIA, «Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades Anónimas e dos Gerentes de Sociedades por Quotas – Estudo Comparativo dos Direitos Alemão, Francês, Italiano e Português», in *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 195 (Abril), Lisboa, 1970, p. 22.

<sup>2</sup> Cfr. MARIA ELISABETE RAMOS – «Aspectos Substantivos da Responsabilidade Civil dos Membros do Órgão de Administração perante a Sociedade», in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, vol. LXXIII, Coimbra, 1997, p. 212.

A esse propósito, acompanhando Maria Elisabete Ramos, tendemos a não acolher a interpretação segundo a qual “(...) a responsabilidade civil pela administração constitui uma sanção apta a garantir o correcto desenvolvimento da actividade administrativa, porque se destina a promover o exercício adequado dos poderes conferidos”<sup>3</sup>, por diversas razões: (i) em primeiro lugar, porque o dano provocado continua a surgir como requisito fundamental nos diferentes tipos de responsabilidade que o regime abrange; (ii) em segundo porque a acção prevista no art. 77.<sup>º</sup><sup>4</sup> serve, não como uma garantia de propositura de acção de responsabilidade – o que a tornaria numa consequência praticamente inevitável da conduta ilícita e culposa dos administradores –, mas sim como uma salvaguarda das minorias dentro do conjunto de accionistas face à eventual opção, por parte da colectividade dos sócios, de não demandar os titulares dos seus órgãos de administração; (iii) em terceiro porque a solidariedade é absolutamente transversal a este regime, sendo que a culpa releva apenas como critério de distribuição interna da responsabilidade quando haja mais que um responsável e não como limite intransponível da medida de responsabilidade de cada um – a preocupação fundamental é a reparação dos prejuízos causados e não a censura da culpa de cada responsável nas violações de deveres que estiverem em causa.

O facto que, nos termos do art. 78.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 1, pode ser imputado aos administradores ou gerentes como fundamento da obrigação de indemnizar é a violação culposa de disposições legais ou contratuais de protecção. No entanto, a posição em que os credores sociais se encontram face aos

<sup>3</sup> Cfr. MARIA ELISABETE GOMES RAMOS, *Responsabilidade Civil dos Administradores e Directores de Sociedades Anónimas perante os Credores Sociais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, p. 148; também sobre as finalidades da responsabilidade civil, Cfr. FERNANDO PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 1999, pp. 48 a 50.

<sup>4</sup> O direito da sociedade a ser indemnizada resulta do art. 72.<sup>º</sup>, do CSC, ou seja, corresponde ao direito ao resarcimento de todos os danos provocados pelos gerentes ou administradores no património social, resultantes da violação de deveres aos quais estão vinculados por lei ou por negócio jurídico. Tal direito pode ser exercido directamente pela sociedade – acção *ut universi* prevista no art. 75.<sup>º</sup>, do CSC – ou por uma minoria de sócios – acção *ut singuli*, nos termos e condições previstos no art. 77.<sup>º</sup>, do CSC. Pela forma como as duas disposições se articulam, a acção social *ut singuli* é subsidiária relativamente à acção social *ut universi*: determinado conjunto de sócios pode exercer, em benefício da sociedade, o direito desta à indemnização (i) quando os sócios, em assembleia, deliberem não propor acção de responsabilidade, (ii) quando, depois de deliberada a propositura da acção, a deliberação não seja executada no prazo previsto no art. 75.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 1, ou quando (iii) não tenha havido deliberação nesse sentido (Cfr. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU – «Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades», in *Cadernos do IDET*, n.<sup>º</sup> 5, 2.<sup>a</sup> Ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 64).

titulares dos órgãos de administração não corresponde minimamente à de um credor face a um devedor numa relação obrigacional. Tomamos como base o conjunto de disposições frequentemente apontadas pela doutrina como disposições de protecção de credores sociais – a título de exemplo, os arts. 25.<sup>º</sup>, 27.<sup>º</sup>, 28.<sup>º</sup>, 29.<sup>º</sup>, 236.<sup>º</sup> e 346.<sup>º</sup><sup>5</sup>, do CSC. Porém, o que estabelece o art. 78.<sup>º</sup> é, de facto, um regime bastante semelhante ao do art. 483.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup>1, segunda parte, do CC, com a diferença de que este último se refere apenas à violação de “*disposições legais de protecção*”, enquanto aquele menciona a violação de “*disposições legais ou contratuais de protecção*”. Este alargamento de regime relaciona-se com as situações em que o CSC permite a inclusão, nos estatutos, de disposições que limitam a conduta dos administradores sempre que esta possa contender com a integridade patrimonial da sociedade e, portanto, também com a garantia geral dos credores. Essas disposições contratuais, contudo, defendem a garantia dos credores sem que estes assumam, nos contratos em que aquelas se inserem, a posição de partes. Nesse sentido, embora sejam contratuais algumas das disposições de protecção dos credores sociais, o exercício do direito à indemnização correspondente à sua violação pelos administradores ou gerentes não deixa de estar dependente, em primeira linha, da previsão do art. 78.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 1.

A posição na doutrina é praticamente unânime e sustenta-se essencialmente no facto de a previsão do art. 78.<sup>º</sup> não implicar a violação de um vínculo preexistente entre credores sociais e titulares dos órgãos de administração<sup>6</sup>, na exclusão da presunção de culpa operada pelo art. 78.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 5, do CSC<sup>7</sup> – excluindo-se da remissão para o art. 72.<sup>º</sup> o seu número 1 –,

<sup>5</sup> Cfr. MARIA ELISABETE GOMES RAMOS, *Responsabilidade Civil dos Administradores e Directores de Sociedades Anónimas perante os Credores Sociais*, (...), cit., p. 209.

<sup>6</sup> Cfr. MARIA ELISABETE GOMES RAMOS, *Responsabilidade Civil dos Administradores e Directores de Sociedades Anónimas perante os Credores Sociais*, (...), cit., p. 155; MARIA ELISABETE GOMES RAMOS – «Da Responsabilidade Civil dos Membros da Administração para com os Credores Sociais», in *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, n.<sup>º</sup> LXXVI, 2000, p. 263; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito das Sociedades*, vol. I, 2.<sup>a</sup> Ed., Almedina, Coimbra, 2007, p. 936; ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades Comerciais, Valores Mobiliários e Mercados*, 6.<sup>a</sup> Ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011, p. 298; ADELAIDE MENEZES LEITÃO – «Responsabilidade dos administradores para com a sociedade e os credores sociais por violação de normas de protecção», in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Estudos dedicados ao Professor Doutor Luís Alberto Carvalho Fernandes*, vol. I, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2011, p. 48; TÂNIA MEIRELES DA CUNHA, *Da Responsabilidade dos Gestores de Sociedades perante os Credores Sociais: a Culpa nas Responsabilidades Civil e Tributária*, 2.<sup>a</sup> Ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 32.

<sup>7</sup> Cfr. ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades Comerciais, Valores Mobiliários e Mercados*, (...), cit., p. 299.

e na identidade de regime que mantém com o art. 483.º, n.º 1, segunda parte, do CC<sup>8</sup>.

## 2. Disposições legais de protecção

A ilicitude prevista no art. 78.º, n.º 1, relaciona-se com normas de protecção – neste caso, dos credores sociais. O primeiro aspecto que importa tratar prende-se, assim, com a necessidade de compreender quando devemos considerar violada determinada norma legal de protecção pela conduta de um administrador ou gerente. Maria Elisabete Ramos densificou o conjunto de pressupostos que a doutrina avança para que se considerem violadas normas de protecção: (i) que a lesão provocada ao terceiro corresponda à violação de uma norma legal; (ii) que se trate de um interesse juridicamente protegido; e (iii) que o bem jurídico agredido seja o bem jurídico protegido pela norma em causa, em primeira linha e não apenas reflexamente<sup>9</sup>.

O tipo de actuação que pode colidir com tais interesses diz necessariamente respeito à garantia geral dos créditos – o património da sociedade. Nesse sentido, serão normas de protecção dos credores sociais todas aquelas cujo fim seja a regulação da actuação dos titulares dos órgãos da sociedade – bem como dos sócios – perante o património desta. Cumpre, então, fazer uma primeira aproximação à natureza jurídica da responsabi-

<sup>8</sup> Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*, LEX, Lisboa, 1997, p. 495. A propósito desta posição, cumpre dizer que não manifestamos as mesmas reservas que o Autor quanto à eventualidade de se tratar, no art. 78.º, n.º 1, na parte relativa às disposições contratuais de protecção, de uma manifestação da eficácia externa das obrigações. Se as disposições contratuais em causa conferirem uma tutela delitual que não resultaria da imposição do dever geral de respeito, podemos identificar aqui, de facto, uma tutela delitual de créditos, uma vez que a frustração desses – ainda que resultante, necessariamente, da impossibilidade, por parte da sociedade, de solver as suas dívidas – se apresenta como requisito essencial do direito à indemnização. Confere-se tutela delitual a situações em que um terceiro – neste caso, o administrador ou gerente – face à relação obrigacional entre sociedade e credores prejudica, com a sua conduta, essa mesma relação. Considera-se que o exercício das funções de administração ou gerência tem uma aptidão especial para contender com as relações obrigacionais existentes entre sociedade e seus credores e que a tutela delitual geral não oferece uma resposta conveniente às questões que a esse propósito se coloquem. Tema desenvolvido em capítulo específico *infra*.

<sup>9</sup> Cfr. MARIA ELISABETE GOMES RAMOS – «Da Responsabilidade Civil dos Membros da Administração para com os Credores Sociais», (...), cit., pp. 267 e 268; também sobre a discussão doutrinária, TÂNIA MEIRELES DA CUNHA, *Da Responsabilidade dos Gestores de Sociedades perante os Credores Sociais: a Culpa nas Responsabilidades Civil e Tributária*, (...), cit., p. 67.

lidade dos administradores ou gerentes das sociedades comerciais perante os credores sociais.

No que concerne às normas de protecção, denota-se algum paralelismo entre a referência que lhes é feita e a letra do art. 483.º, n.º 1, parte final, do CC, que regula a responsabilidade civil delitual em termos gerais. Esse é um sinal evidente de que esta responsabilidade se qualifica, no âmbito da responsabilidade civil, como delitual.

Não podemos, no entanto, deixar de fazer uma ressalva. Embora, em certos aspectos, haja proximidade entre este tipo de responsabilidade e a prevista no art. 483.º, n.º 1, parte final, do CC, a equiparação entre ambas não deve ser absoluta, sendo preferível ver no art. 78.º, n.º 1, do CSC, uma situação particular de responsabilidade (a par de outras existentes no CC, como a responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações regulada no art. 485.º<sup>10</sup>), o que se justifica pelo facto de, noutras condições, haver diversos entraves à subsunção dos factos que consubstanciam a situação em causa ao regime geral da responsabilidade civil. A previsão justifica-se, nomeadamente, pela especificidade dos sujeitos e pelas características do dano e do nexo de causalidade<sup>11</sup>.

<sup>10</sup> Cfr. MARIA ELISABETE GOMES RAMOS, *Responsabilidade Civil dos Administradores e Directores de Sociedades Anónimas perante os Credores Sociais*, (...), cit., pp. 202 e 203.

<sup>11</sup> No regime do art. 78.º, n.º 1, do CSC, o que está em causa é a existência de um nexo de causalidade entre o acto ilícito dos administradores ou gerentes e o dano provocado aos credores sociais. A existência de nexo entre o acto ilícito e os prejuízos causados à sociedade é mais fácil de aferir, porque mais directa e evidente. Quanto aos prejuízos causados aos credores sociais, enquanto reflexo do prejuízo provocado à sociedade, acaba por haver uma interferência naquele que seria o processo causal normal entre o acto ilícito dos titulares dos órgãos de administração e o dano sofrido pelos credores sociais. A situação prevista é uma situação de dupla causalidade em que não deixa de poder considerar-se o acto ilícito como causa necessária e suficiente de ambos os resultados previstos: (i) a diminuição patrimonial da sociedade e (ii) a insuficiência do património social para satisfação dos créditos que sobre aquela impendam. Com base nessa dupla causalidade, comprehende-se que o prejuízo causado à sociedade funcione, não só como elemento do processo causal que se desenrola a partir do acto ilícito, mas também como limite quantitativo da indemnização [Cfr. MARIA ELISABETE GOMES RAMOS, *Responsabilidade Civil dos Administradores e Directores de Sociedades Anónimas perante os Credores Sociais*, (...), cit., p. 226 (a propósito da discussão na doutrina italiana)]. Determinando-se a medida da diminuição patrimonial causada à sociedade, apenas até esse montante podem os credores sociais demandar os titulares dos órgãos de administração. Assumir que o dano causado aos credores sociais – os constrangimentos provocados à satisfação dos seus créditos – pudesse ser superior ao prejuízo causado à sociedade implicaria que, ainda antes da prática do acto ilícito, o montante das dívidas já fosse superior ao património da sociedade. Face ao que, permitir que os credores demandassem os administradores ou gerentes por montantes superiores à diminuição patrimonial da sociedade seria contrariar a lógica da existência do preceito

### **3. Disposições contratuais de protecção**

A previsão do art. 78.º, n.º 1, do CSC, inclui, a par da violação de disposições legais, a violação de disposições contratuais de protecção. A violação deste conjunto de normas consiste na lesão sofrida por um terceiro credor que corresponda, simultaneamente, à violação de uma disposição contratual, sendo que o bem jurídico violado há-de ser precisamente aquele que as partes pretenderam directamente proteger aquando da estipulação da disposição em causa. Neste sentido, e porque nos encontramos no âmbito da autonomia privada, referimo-nos às disposições do contrato de sociedade enquanto “*poder da autonomia da vontade dos sócios para regularem as relações jurídicas societárias*”<sup>12</sup>.

Todas as questões relacionadas com a violação de disposições contratuais dependem, em primeiro lugar, da natureza jurídica da relação entre administradores ou gerentes e sociedade, razão pela qual releva averiguar a fonte dos poderes de representação do administrador ou gerente, dos direitos e deveres deste perante a sociedade, sócios e terceiros, e a estrutura do acto constitutivo, questões sobre as quais a doutrina tem apresentado teses unilateralistas, contratualistas e dualistas.

A tese unilateralista sustenta que o acto de designação do administrador ou gerente e a aceitação por parte deste são negócios jurídicos autónomos entre os quais apenas se verifica uma relação na qual o último actua como condição de eficácia do primeiro<sup>13</sup>. Centra-se na convicção de que a relação de administração é uma relação intra-subjectiva e não inter-subjectiva, e de que, nesses termos, não faz sentido a existência de uma relação contratual. Porém, como evidencia Brito Correia<sup>14</sup>, a tese unilateralista

e da própria responsabilidade civil. A indemnização atribuída aos credores sociais está, então, sujeita ao mais baixo de dois limites: (i) a medida da diminuição patrimonial da sociedade, porquanto só quando dessa diminuição resulte o dano para os credores sociais podem estes propor acção com base no art. 78.º; (ii) o montante (ainda que parcial) dos créditos cuja satisfação seja prejudicada pelos actos ilícitos em causa, na medida em que, sendo os credores sociais os titulares dos interesses protegidos e do correspondente direito à indemnização, qualquer diminuição patrimonial da sociedade que exceda este limite apenas pode relevar para efeitos da responsabilidade dos administradores ou gerentes perante esta, nunca perante os seus credores.

<sup>12</sup> Cfr. PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 3.ª Ed., Almedina, Coimbra, 2007, p. 107.

<sup>13</sup> Cfr. LUIS BRITO CORREIA, *Os Administradores de Sociedades Anónimas*, (...), cit., pp. 392 e 393 (citando RAÚL VENTURA, *Sociedades Comerciais: Dissolução e Liquidação*, vol. II, Ática, Lisboa, 1960)

<sup>14</sup> Cfr. LUIS BRITO CORREIA, *Os Administradores de Sociedades Anónimas*, (...), cit., p. 396 (citando J. PINTO FURTADO, *Curso de Direito das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 1983).

não responde com a mesma segurança aos problemas levantados pelos casos em que o administrador não é sócio.

A tese contratualista, por sua vez, qualifica a designação do administrador ou gerente e a sua aceitação como actos integrados numa relação contratual. Porém, a doutrina tendeu frequentemente a reconduzir a relação de administração ao mandato<sup>15</sup>, à prestação de serviços<sup>16</sup> ou ao contrato de trabalho<sup>17</sup>. O resultado, no entanto, nunca foi satisfatório porque o desfasamento entre a relação de administração e qualquer dos contratos referidos sempre foi evidente: ora porque os poderes de representação essenciais à relação de administração nem sempre derivavam desses contratos; ora porque o objecto daquela relação é uma actividade e nalguns desses contratos é um resultado; ora porque lhe faltava a subordinação jurídica característica do contrato de trabalho.

Finalmente, a tese dualista<sup>18</sup> identifica, na relação de administração, um negócio jurídico unilateral – a designação – que visa a atribuição dos poderes de representação e de gestão, a par de um contrato que regula as obrigações de gerir (administradores) e de remunerar (sociedade).

Esta última afigura-se, porém, a menos razoável de todas. Com efeito, a adopção desta tese implica um artificialismo injustificado – tendo presente que a designação é um negócio jurídico unilateral, dificilmente se vislumbra outro acto que possa, no contexto contratual, qualificar-se como uma declaração negocial da sociedade – e conduz a um resultado inadmissível: a situação em que alguém, em virtude de designação, pode agir como administrador de uma sociedade, com poderes de representação, sem ficar simultaneamente vinculado aos deveres funcionais e às obrigações que estão sempre associados à relação de administração e ao regime de responsabilidade civil no contexto societário.

Por sua vez, também a tese unilateralista apresenta fragilidades. É verdade que, se a relação entre administrador e sociedade for contratual, a responsabilidade obrigacional derivada da violação de normas contratuais existirá apenas, em princípio, perante a sociedade. Porém, tal não preju-

<sup>15</sup> Embora com número de adeptos decrescente [Cfr. Luís BRITO CORREIA, *Os Administradores de Sociedades Anónimas*, (...), cit., p. 375], Monteiro Fernandes declara que “constitui orientação pacífica” (Cfr. ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do Trabalho*, 13.<sup>a</sup> Ed., Almedina, Coimbra, 2007 p. 170).

<sup>16</sup> Embora, segundo afirma Brito Correia, não se encontre doutrina portuguesa neste sentido [Cfr. Luís BRITO CORREIA, *Os Administradores de Sociedades Anónimas*, (...), cit., p. 383].

<sup>17</sup> Cfr. Luís BRITO CORREIA, *Os Administradores de Sociedades Anónimas*, (...), cit., p. 384 (citando J. PINTO FURTADO, *Curso de Direito das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 1983).

<sup>18</sup> Com formulações diferentes na Alemanha [Cfr. Luís BRITO CORREIA, *Os Administradores de Sociedades Anónimas*, (...), cit., p. 353 a 368].

dica de forma alguma a responsabilidade delitual dos administradores perante os terceiros indicados. Por outro lado, não vemos por que razão, sendo a sociedade um ente jurídico autónomo, não pode estabelecer, neste contexto, relações contratuais com os seus sócios.

Como ensina Brito Correia<sup>19</sup>, "o que se verifica no caso da eleição e da aceitação do administrador é que a deliberação social é apta a produzir, por si só, apenas a atribuição de poderes (em sentido estrito), mas não a imposição de deveres ou de poderes-deveres, nem, em rigor, a atribuição de direitos. Para esta imposição, é essencial – é requisito de existência e de validade (e não só de eficácia, em sentido estrito) – uma declaração de vontade do administrador. Pode concluir-se, por isso, que a aceitação não é um elemento meramente extrínseco do negócio constitutivo da relação de administração, mas um elemento componente essencial deste negócio". Em concordância com tal entendimento, consideramos que a relação de administração tem base contratual, não esquecendo, porém, todas as especificidades desta relação que justificam a sua autonomização relativamente a qualquer outro contrato, e optando pela sua caracterização como um *contrato de administração*, no mesmo sentido em que alguma doutrina já o defendeu<sup>20</sup>.

Enquadrada a situação por referência às sociedades anónimas, impõe-se uma análise aos restantes tipos de sociedade. Em regra, a vinculação dos administradores ou gerentes resulta de uma de duas fontes: o contrato de sociedade ou um *contrato de administração*. O que varia é a preponderância que um ou outro assumem para cada tipo de sociedade: (i) nas sociedades em nome colectivo e nas sociedades em comandita simples, por remissão do art. 474.º, a função de gerente decorre da qualidade de sócio (resulta directamente da aceitação de cada sócio no próprio contrato de sociedade) e só por deliberação unânime dos sócios pode ser designado um não sócio (caso em que a sua função decorrerá de *contrato de administração*), nos termos do art. 191.º, n.os 1 e 2; (ii) nas sociedades por quotas – art. 252.º, n.º 2 – e nas sociedades em comandita por acções, por remissão do art. 478.º, o regime é idêntico ao das sociedades anónimas – a designação ocorre no contrato de sociedade ou por via de uma deliberação dos sócios que, com a aceitação por parte do designado, dará origem a um *contrato de administração*.

Compreendida a razão de ser da vinculação de um administrador ou gerente, por vezes estranho à sociedade, às disposições de protecção de credores eventualmente previstas no contrato de sociedade, analisemos de

<sup>19</sup> Cfr. LUIS BRITO CORREIA, *Os Administradores de Sociedades Anónimas*, (...), cit., p. 469.

<sup>20</sup> Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais*, (...), cit., pp. 341 e 342.

que forma este tipo de disposições se insere na previsão do art. 78.º, n.º 1. A função de administrador ou gerente acarreta, para o titular do cargo, por um lado as obrigações que assume perante a sociedade, por outro todo um conjunto de deveres, não só perante a sociedade, mas também no interesse dos sócios, credores e outros terceiros. Ora, uma vez que os terceiros relevantes – os credores – não são parte em nenhuma das relações jurídicas que, como vimos, vinculam os administradores ou gerentes aos deveres estatutários ou legais, em princípio, nunca poderiam estes responder perante aqueles nos termos da responsabilidade obrigacional. A responsabilidade em causa no art. 78.º, n.º 1 (na parte relativa à expressão “*disposições contratuais*”), é, também neste sentido se confirma, uma responsabilidade delitual. Os administradores ou gerentes respondem perante os credores sociais no âmbito de uma protecção delitual, uma vez que a pretensão indemnizatória dos credores não tem, neste regime, fonte obrigacional.

Concluindo, a doutrina tende a abordar esta vertente do art. 78.º, n.º 1, como derivada da violação de disposições estatutárias. A relação contratual de administração ou gerência (quando seja independente do contrato de sociedade) raramente imporá, por si só, aos administradores ou gerentes, um conjunto de deveres que releve neste contexto. Esses deveres resultam, tal como a doutrina defende, essencialmente dos estatutos. O que se procurou foi uma delimitação das fontes de vinculação dos administradores ou gerentes àqueles. Essa vinculação resulta de uma relação contratual, seja (i) o próprio contrato de sociedade, nos casos em que a função de gerente resulta da qualidade de sócio, seja, nos restantes casos, (ii) um *contrato de administração* constituído pela aceitação, por parte do administrador ou gerente, da sua designação pela sociedade – efectuada no contrato de sociedade ou por deliberação.

## II. A protecção dos credores sociais no âmbito de um *contrato de administração*

### 1. A eficácia externa das obrigações e a responsabilidade dos administradores ou gerentes

A doutrina tem debatido a questão de saber qual a exacta extensão da aplicabilidade do princípio da relatividade das obrigações<sup>21</sup>. Não do ponto de vista estrutural, segundo o qual o direito de crédito tem por

<sup>21</sup> Cfr. Luís MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, 9.ª Ed., vol. I, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 98 e 99.

base a relação entre credor e devedor, o que não se questiona, mas sim do ponto de vista da eficácia, no sentido de compreender até que ponto podem as obrigações produzir efeitos na esfera de terceiros<sup>22</sup>.

A questão não se resume, porém, aos limites de aplicação do art. 406.º, n.º 2, do CC, por duas razões: por um lado, porque o artigo em causa regula a eficácia dos contratos, não das obrigações, que podem ter diversas outras fontes; por outro, porque, mesmo em relação às obrigações contratuais, como referem Pires de Lima e Antunes Varela<sup>23</sup>, “*a regra da ineficácia dos contratos em relação a terceiros não contraria o princípio geral de que todos têm de reconhecer a eficácia deles entre as partes. É, pois, de distinguir entre efeitos directos e efeitos reflexos. Estes atingem terceiros*”, pelo que releva determinar em que medida tem o terceiro de respeitar a eficácia das obrigações de que não seja parte, e quais as consequências do seu desrespeito<sup>24</sup>.

Há, antes de mais, uma afirmação amplamente aceite: o nosso sistema jurídico consagra expressamente a eficácia externa das obrigações a propósito de determinados institutos<sup>25</sup>, dos quais são exemplos o *contrato a favor de terceiro* (arts. 433.º e seguintes, do CC), a *sub-rogação* (arts. 606.º e seguintes, do CC), a *impugnação pauliana* (arts. 610.º e seguintes, do CC), ou o *commodum de representação* (art. 794.º, do CC). O que se discute é se a eficácia externa pode considerar-se consagrada em termos gerais. Para que se enquadre correctamente a questão, importa sublinhar que não está em causa a exigência do cumprimento a terceiros em termos gerais, mas sim a questão de saber qual a solução jurídica para os casos em que um ter-

<sup>22</sup> “Trata-se, antes, de saber se o contrato, como facto jurídico-social, se projecta em relação a terceiros, por si mesmo ou por via da projecção dos direitos dele resultantes, não para os vincular a algum dever especificamente resultante do contrato, não para lhes conceder um direito especificamente resultante do contrato, mas acarretando-lhes um dever geral de respeito, o dever de absterem-se de interferir com o contrato e os direitos dele decorrentes” [Cfr. EDUARDO SANTOS JÚNIOR, *Da Responsabilidade Civil de Terceiro por Lesão do Direito de Crédito*, Almedina, Coleção Teses, Coimbra, 2003, p. 175].

<sup>23</sup> Cfr. PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. I, 4.ª Edição Revista e Actualizada, Coimbra Editora, Coimbra, 1987, p. 373, nota 3.

<sup>24</sup> “[...] [O] direito subjectivo acarreta em si uma ideia de exclusão ou de exclusividade: de exclusão dos outros da actuação do bem reservado ao titular, de exclusão dos outros do aproveitamento daquele bem; de exclusividade do titular na actuação ou no aproveitamento daquele bem” [Cfr. EDUARDO SANTOS JÚNIOR, *Da Responsabilidade Civil de Terceiro por Lesão do Direito de Crédito*, (...), cit., p. 463].

<sup>25</sup> Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO – «Eficácia Externa: novas reflexões», in *O Direito*, Ano 141.º (2009), IV, p. 794; Luís MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, (...), cit., p. 99, nota 215; MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA – «A eficácia externa das obrigações. Entendimento da doutrina clássica», in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 135.º, n.º 3936 (Jan-Fev 2006), p. 134;

ceiro contribua para o incumprimento de uma obrigação, o que depende da posição que se tome quanto à eventual existência de um dever geral de respeito dos terceiros pelos créditos alheios<sup>26</sup>, principalmente caso se entenda que o art. 483.º, do CC, deve tutelar, para além de direitos absolutos, direitos relativos. De facto, se atentarmos na letra do art. 798.º, do CC, a sua previsão apenas comprehende as violações de obrigações por parte do devedor, nunca de terceiros. O que permite concluir desde já que, caso se entenda que, em certas condições, os terceiros que contribuam para o incumprimento de obrigações alheias devem ser responsabilizados pelos danos que causem, essa imputação terá sempre de ser operada ao abrigo de uma protecção delitual<sup>27</sup> como a prevista, em termos gerais, no art. 483.º, do CC<sup>28</sup>.

Contudo, em nosso entender, a eficácia externa das obrigações não se encontra consagrada expressamente, em termos gerais, no nosso sistema jurídico, uma vez que, mesmo que o incumprimento de determinadas obrigações com contributo de terceiros possam levar à responsabilização desses terceiros por via do art. 483.º, decididamente não é essa a solução que resulta da letra do artigo. É responsável quem (com culpa) violar ilicitamente o direito de outrem. Obstam a tal solução, quanto à violação de direitos de crédito: (i) o facto de se poder defender que, sendo relativos, trata-se de direitos que o credor tem contra o devedor, não contra quaisquer terceiros; mais decisivo ainda, (ii) o facto de, para efeitos de preenchimento do pressuposto *ilicitude*, se exigir que o crédito seja violado pelo terceiro em incumprimento de um dever, dever esse cuja fonte não existe em termos gerais.

Assim sendo, por impossibilidade de preenchimento, em abstracto, do pressuposto *ilicitude*, não reconhecemos a consagração da eficácia externa

<sup>26</sup> Cfr. Luís MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, (...), cit., p. 97; ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO – «Eficácia Externa: novas reflexões», (...), cit., p. 780;

<sup>27</sup> “A responsabilidade de terceiro, sendo subjectiva, é, só pode ser, delitual ou aquiliana. Uma asserção em que somos hoje praticamente acompanhados por todos quantos defendem a responsabilidade civil de terceiro por lesão do crédito. De facto, a responsabilidade de terceiro não é nem pode ser uma responsabilidade contratual, porque o terceiro não está adstrito a qualquer dever de prestar, que apenas incumbe ao devedor, sujeito passivo da relação obrigacional, apenas este podendo, pois, incorrer em responsabilidade contratual. A responsabilidade de terceiro é responsabilidade delitual ou aquiliana, por isso que resulta da violação de um dever geral de abstenção, que irradia do direito de crédito mesmo, enquanto direito subjectivo (ainda que esse dever geral de respeito haja de concretizar-se na esfera jurídica do terceiro de que se trate, nem por isso se estabelece qualquer relação entre o terceiro e o credor)” [Cfr. EDUARDO SANTOS JÚNIOR, *Da Responsabilidade Civil de Terceiro por Lesão do Direito de Crédito*, (...), cit., p. 501].

<sup>28</sup> Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, vol. II – *Direito das Obrigações*, Tomo I, Almedina, Coimbra, 2009, p. 371.

das obrigações em termos gerais, embora concordemos com a possibilidade de, em concreto, a responsabilização do terceiro se justificar em certos casos. Para essa avaliação não devem relevar negativamente – no sentido de obstar à eficácia externa – outras soluções que permitam ao credor, em concreto, o resarcimento (e que sejam alternativas à responsabilização do terceiro), por um lado porque é ao credor que cabe a escolha relativa à forma como exerce os seus direitos, por outro porque a finalidade reparatória da responsabilidade civil, embora não permita que o credor receba valor superior aos danos que efectivamente sofreu, não pode pôr em causa a reprovação a que a ordem jurídica sujeita determinadas condutas. Da mesma forma que a decisão, por parte do lesado, quando haja vários responsáveis solidários, sobre a pessoa a quem exige a indemnização, não desresponsabiliza nenhum outro lesante – impondo que a sua responsabilidade releve, para efeitos internos, na determinação de direitos de regresso.

A solução que, a nosso ver, melhor permite avaliar a posição de um terceiro face a determinado crédito, é a consagração, no art. 334.º, do CC, do *abuso de direito*<sup>29</sup>, uma vez que os limites à aplicação do instituto são os que mais se aproximam dos limites dentro dos quais consideramos justificada a responsabilização de um terceiro por violação de um determinado crédito<sup>30</sup>. De resto, “(...) a nossa doutrina dominante, que temos como exacta, não admite, em princípio, o efeito externo das obrigações. E a jurisprudência, após breves hesitações iniciais, tornou-se unânime na mesma orientação, isto é, faz depender a responsabilidade do terceiro cúmplice de abuso do direito.”<sup>31</sup>. Não pode exigir-se a qualquer pessoa que conheça a existência de créditos dos quais não seja parte nos mesmos termos em que se exige que conheça a existência de direitos reais. Logo, nos casos em que o terceiro não conheça o crédito, uma vez que não tem de o conhecer, não tem justificação responsabilizá-lo pela violação ilícita (em incumprimento de um dever) do mesmo<sup>32</sup>. Nesse sentido, o *abuso de direito* releva na medida em que regula,

<sup>29</sup> Cfr. INOCÉNCIO GALVÃO TELLES, *Direito das Obrigações*, 7.ª Ed. (reimpressão), Coimbra Editora, Coimbra, 2010, p. 20, fazendo referência à corrente doutrinária que defende a eficácia externa das obrigações por via da aplicação do art. 483.º, do CC.

<sup>30</sup> “O abuso de direito retira a “ilicitude” de quem exerce a sua liberdade contratual. Recorde-se que o abuso de direito é uma locução tradicional para exprimir os valores fundamentais do ordenamento, veiculados, em cada caso concreto, pelo princípio da boa fé” [Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, (...), cit., p. 405].

<sup>31</sup> Cfr. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, «A eficácia externa das obrigações. Entendimento da doutrina clássica», (...), cit., pp. 132 e 133.

<sup>32</sup> (...) [A] referida relatividade dos direitos de crédito significa que valem apenas «inter partes». Corresponde-lhes um dever particular ou especial, em regra, de conteúdo positivo, e não um dever

não situações jurídicas passivas, mas o exercício de situações jurídicas activas. Porque o reconhecimento da eficácia externa das obrigações por via do art. 483.º, do CC, sempre esbarraria na necessidade da existência de um direito subjectivo violado, e estando em causa, neste caso, interesses patrimoniais puros<sup>33</sup>, o instituto do abuso de direito afigura-se como a solução mais acertada, uma vez que se centra fundamentalmente na conduta do agente enquanto exercício de uma situação jurídica activa, ou, no limite, da sua liberdade genérica de actuação. Nas palavras de Carneiro da Frada, “é certo que a disposição que, no direito civil português, se refere ao abuso de direito se encontra incluída na parte geral do Código, inserta aí no subtítulo relativo à matéria do exercício e tutela dos direitos, e separada, portanto, da sede de regulamentação da responsabilidade delitual. Não significa isso, porém, que o abuso deixe de relevar para efeito de responsabilidade delitual e que não seja possível extrair, da proibição genérica do abuso constante do art. 334.º, uma situação básica de responsabilidade civil aquiliana. Essa situação terá de corresponder naturalmente aos termos em que a proibição do abuso se encontra formulada. E está destinada a desempenhar um papel importante na tutela dos interesses patrimoniais puros, porque o que conta, no abuso de direito, é o facto de, como diz a lei (art. 334.º) o seu titular ter excedido manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim económico e social desse direito. Não importa, reitera-se, o tipo ou a natureza da posição jurídica afectada pelo abuso. Esta pode até não corresponder a nenhum direito subjectivo; essencial é o carácter abusivo do exercício do direito de outrem”<sup>34</sup>.

Em suma, ainda que não seja razoável defender que um terceiro que contribua para o incumprimento de uma obrigação viola um dever perante o credor da mesma, certamente essa actuação corresponde ao exercício da sua autonomia privada ou da sua liberdade genérica de actuação<sup>35</sup>. Essa

*universal ou geral. Nesta perspectiva, os direitos absolutos podem ser ofendidos por qualquer pessoa, ao passo que os direitos de crédito só podem sê-lo pelo devedor ou devedores. Segundo a doutrina tradicionalmente consagrada, se o devedor não cumpre por culpa de terceiro, este apenas incorre em responsabilidade extracontratual para com o devedor e não para com o credor. Será impróprio falar, na hipótese, em obrigação passiva universal (o dever a todos dirigido de respeitar o direito de crédito), que não se considera comum à generalidade dos direitos, mas sim privativa dos direitos reais ou sobre as coisas e dos outros direitos absolutos.”* [Cfr. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, «A eficácia externa das obrigações. Entendimento da doutrina clássica», (...), cit., p. 131].

<sup>33</sup> “Neste tipo de dano há uma perda patrimonial sem que tenha havido uma agressão a um direito subjectivo absolutamente protegido como quando tem lugar um ataque à pessoa ou às coisas do sujeito” (Cfr. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Uma «Terceira Via» no Direito da Responsabilidade Civil?*, Almedina, Coimbra, 1997, p. 36).

<sup>34</sup> Cfr. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Uma «Terceira Via» no Direito da Responsabilidade Civil?*, (...), cit., p. 50.

<sup>35</sup> Cfr. LUIS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, (...), cit., p. 100.

situação jurídica activa está sujeita aos limites que enformam o próprio sistema jurídico, cuja violação é sancionada pelo instituto do *abuso de direito* com a ilegitimidade do seu exercício. Ora, nos termos do instituto, o exercício ilegítimo de um direito, com fins contrários à boa fé, aos bons costumes, ou ao fim económico e social do mesmo – e independentemente de quaisquer considerações psicológicas relativamente à conduta do agente<sup>36</sup> –, obriga o seu titular a indemnizar lesados quando provoque danos<sup>37</sup>.

Face ao exposto, entendemos que, enquanto formulação genérica, um terceiro poderá ser responsabilizado pela contribuição para o incumprimento de uma obrigação na medida em que a sua actuação, mesmo dizendo respeito ao exercício de uma situação jurídica activa, tenha uma finalidade contrária àquelas que o sistema jurídico reconhece como legítimas – o que se verificará caso o terceiro conheça o crédito (embora o conhecimento da relação creditícia não possa relevar para o reconhecimento da existência de um dever genérico de respeito pelos créditos alheios, quando se prove que existe, pode e deve influir na aferição da finalidade do exercício da situação jurídica activa em causa) e pretenda atingir qualquer resultado que seja contrário à *boa fé*, aos *bons costumes*, ou ao *fim económico e social* da sua situação jurídica activa, entre os quais a frustração do crédito alheio –, nos termos do art. 334.º, do CC.

Tomada posição face à discussão, importa estabelecer relação entre o regime em causa e o art. 78.º, do CSC. Ora, independentemente da posição que se tome face à sua consagração genérica, em nosso entender, a forma como a responsabilidade dos administradores perante os credores sociais está regulada no art. 78.º, do CSC, constitui um exemplo claro da consagração expressa, em concreto, da eficácia externa das obrigações. A relação de crédito entre credores sociais e sociedade deveria ser estranha aos administradores enquanto terceiros, porém, como consequência da consagração legal do instituto em causa, quando a sua conduta prejudique a satisfação desses créditos nos termos aí estabelecidos, é sancionada com a responsabilidade civil delitual.

Por outro lado, e quanto à qualificação dos interesses tutelados pelo art. 78.º, não está em causa uma violação, por parte dos administrado-

<sup>36</sup> Cfr. FERNANDO PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os Pressupostos da Responsabilidade Civil*, (...), cit., p. 200.

<sup>37</sup> Cfr. MÁRIO JÚLIO DE ALMEIDA COSTA, *Direito das Obrigações*, 12.ª Ed. (revista e actualizada), Almedina, Coimbra, 2009, pp. 80 a 90; JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, 8.ª reimpressão da 10.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, p. 547; PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Código Civil Anotado*, vol. I, (...), cit., p. 299, nota 6.

res ou gerentes, de um direito subjectivo de qualquer credor contra si, podendo defender-se, como já se adiantou, que a norma em causa tutela interesses puramente patrimoniais. Porém, sublinhe-se novamente a identidade entre o tipo de conduta que pode levar à responsabilização do agente – violação de normas de protecção – por via do art. 78.º, do CSC e do art. 483.º, n.º 1, parte final, do CC. Nestes casos de violação de normas de protecção, acompanhamos o entendimento de Carneiro da Frada: “A não resarcibilidade de princípio, em sede delitual, de lesões em interesses puramente patrimoniais no nosso sistema jurídico como em outros não é evidentemente incompatível com uma tutela de interesses desses pelo legislador por razões específicas, ou então, sob circunstâncias determinadas ou verificados requisitos particulares. São pois perfeitamente possíveis desvios àquela regra geral. Movemo-nos fundamentalmente no âmbito da segunda situação básica de responsabilidade civil (...) genericamente prevista na outra alternativa do art. 483.º n.º 1. Para que ela se verifique torna-se necessário que se encontre disponível uma disposição de protecção<sup>38</sup>”.

Em suma, estando em causa a responsabilização por violação de norma de protecção, como é o caso do art. 78.º, n.º 1, do CSC – que funciona, nesta modalidade de responsabilidade, como norma de imputação necessária para que a previsão genérica opere –, justifica-se, por opção expressa do legislador, a tutela de interesses patrimoniais puros.

## 2. A complexidade intra-obrigacional e a protecção dos credores sociais

Face à estrutura que caracteriza as obrigações, o princípio da relatividade<sup>39</sup> das convenções assume uma posição central. Contudo, diversos fenómenos são susceptíveis de o questionar em concreto. As relações contratuais nem sempre se contêm apenas nas esferas das partes. Pelas mais diversas circunstâncias pensáveis, o tráfego jurídico acaba por proporcionar um contacto mais ou menos estreito entre essas relações e terceiros perante as mesmas. Esse contacto nem sempre deixa intacta a relação obrigacional, ora porque a actuação do terceiro de alguma forma contende com a realização da prestação em causa e torna-se necessário responsabilizá-lo,

<sup>38</sup> Cfr. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Uma «Terceira Via» no Direito da Responsabilidade Civil?*, (...), cit., p. 40.

<sup>39</sup> Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, (...), cit., pp. 354 a 369.

ora porque o património do terceiro acaba por estar envolvido e necessitar de protecção – nos *contratos com eficácia de protecção para terceiros*<sup>40</sup>.

Concentrar-nos-emos, a partir de agora, neste último caso, também excepcional face à relatividade da eficácia das obrigações, deixando de parte a vertente estrita da eficácia externa que se prende com a tutela delitual dos créditos e cuja abordagem sumária já concluímos. Referir-nos-emos, assim, aos casos em que o património de terceiros necessita de protecção e essa protecção é conferida com base na complexidade intra-obrigacional.

Desconstruindo o vínculo obrigacional, este há-de ser constituído por: (i) prestações principais que conferem identidade à obrigação; (ii) prestações secundárias que, ainda no âmbito da autonomia privada, correspondem a deveres de prestar instrumentais face às prestações principais; e, já independentes da autonomia privada, (iii) os deveres acessórios<sup>41</sup>. Impõe-se descortinar quem, no contexto de uma relação obrigacional, pode estar vinculado a estes últimos ou ser titular da correspondente situação jurídica activa, bem como determinar qual o regime aplicável quando estes deveres sejam violados.

Quando mencionamos os deveres acessórios não estamos, portanto, a referir-nos a prestações secundárias, que diferem daqueles, particular-

<sup>40</sup> “O cerne do contrato com eficácia de protecção para terceiros está no reconhecimento de que determinados negócios podem conferir uma certa tutela a quem não é neles parte; através da atribuição a esses terceiros de um direito indemnizatório, não em virtude do incumprimento de um dever de prestar – pois este existe apenas, salvo excepções como a do contrato a favor de terceiro, entre as partes –, mas pelo não acatamento de outros deveres que integram a relação obrigacional no seu todo. É fácil intuir que esta construção postula o carácter complexo da relação obrigacional e a distinção, nesta, entre os deveres de prestar e outros comportamentos exigíveis na pendência contratual, mas independentes do vínculo de prestação. Tal destriňça permite evitar o escolho da ruptura do princípio da relatividade do contrato. O domínio deste princípio fica restringido ao âmbito da relação de prestação. Não tem que vigorar quanto à “relação de protecção”, que poderá abranger terceiros” [Cfr. CARNEIRO DA FRADA, Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil, (reimpressão da edição de 2004), Almedina, Coimbra, 2007, cit., pp. 135 e 136, nota 108].

<sup>41</sup> “[...] [P]or razões intrínsecas, dispositivas ou linguísticas, a obrigação reporta-se a várias prestações. Mas porque não falar em várias obrigações? Na verdade, a obrigação é um (pequeno) sistema que unifica, em torno de um ponto de vista unitário, as diversas prestações que o sirvam. E isso não é indiferente: torna-se mesmo essencial, seja para permitir a comunicação, esclarecendo, com uma palavra, qual o sentido do conjunto, seja para fixar um regime jurídico coerente. Teremos, assim, uma prestação principal: aquela que, por razões intrínsecas, dispositivas ou linguísticas funciona como ponto de vista unitário, em torno do qual se irão ordenar as demais actuações. Estas serão as prestações secundárias. (...) E em relação às obrigações que aceite: o Direito acrescenta-lhes determinados elementos que permitam, em cada dever de prestar, o respeito e a concretização pelos valores fundamentais do sistema. (...) Em suma e antecipando: em cada obrigação há que inscrever deveres acessórios” [Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, Tratado de Direito Civil Português, (...), cit., pp. 298 a 300]; Cfr. INOCÉNCIO GALVÃO TELLES, Direito das Obrigações, (...), cit., p. 17.

mente ao nível da fonte. Estas dizem respeito a um conjunto de actuações que correspondem a deveres de prestar por parte do devedor e funcionalizam-se relativamente à prestação principal e ao seu cumprimento. Para as prestações secundárias, tal como para as prestações principais, a fonte é o contrato, enquanto manifestação da autonomia privada. Para os deveres acessórios, por outro lado, a fonte é a consagração legal do princípio da boa fé, concretizada, *inter alia*, nos arts. 227.º, n.º 1, e 762.º, n.º 2, do CC<sup>42</sup>. Embora concentrados em torno de uma prestação principal e fazendo todos (prestações principais e secundárias e deveres acessórios) parte da mesma obrigação, os deveres acessórios não se confundem com os deveres de prestar. A sua existência é independente, o que se torna particularmente visível (*i*) na fase de formação do contrato, quando ainda não existem os restantes deveres de prestar, bem como (*ii*) nos fenómenos de eficácia pós-contratual, em que os deveres acessórios, ao contrário das restantes situações jurídicas, subsistem.

De acordo com tal orientação, inseridos no vínculo obrigacional estão diversos deveres acessórios, sendo os titulares dos interesses tutelados pelos mesmos, em primeira linha, as partes<sup>43</sup>. Porém, face aos avanços que a matéria sofreu, passou a questionar-se se não existiriam casos em que este paradigma poderia e deveria ser alargado<sup>44</sup>. Os deveres acessórios asseguram, fundamentalmente, a realização de valores essenciais ao sistema jurídico no âmbito da criação, pelos particulares, de efeitos jurídicos através da celebração de contratos, ao abrigo da sua autonomia privada. Os contratos, no entanto, embora vinculem primacialmente as partes, acabam por contactar com alguma frequência com terceiros que lhes são mais ou menos próximos. Os contratos são, acima de tudo, realidades significativas *inter partes*, os valores fundamentais que enformam todo o sistema jurídico não. No âmbito contratual, também se impõe a sua realização relativamente a terceiros, que podem, em virtude da conduta das partes, no contexto e como resultado de cada relação contratual concreta, sofrer danos na sua pessoa ou no seu património, danos esses provocados ao

<sup>42</sup> Cfr. Luís MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, (...), cit., pp. 123 e 124.

<sup>43</sup> Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, (...), cit., p. 465.

<sup>44</sup> “A importância dogmática desta nova categoria contratual (Vertrage mit Schutzwirkung für Dritte, na apurada terminologia da doutrina germânica) resulta essencialmente do facto de os tribunais alemães terem considerado os terceiros reflexamente beneficiados como titulares, não de qualquer direito referente às prestações principais ou secundárias emergentes do contrato, mas dos direitos correspondentes a alguns dos deveres acessórios de conduta que integram a respectiva relação contratual” [Cfr. JOÃO DE MATOS ANTUNES VARELA, *Das Obrigações em Geral*, vol. I, (...), cit., pp. 412 e 413].

abrigo da violação de um determinado dever acessório<sup>45</sup> – e, portanto, em desrespeito pela boa fé.

Todavia, não está aqui em causa um caso de responsabilidade delitual por violação de deveres tutelados ao abrigo da previsão genérica do art. 483.º, n.º 1, do CC, e cuja existência não depende de nenhuma relação específica entre, pelo menos, duas pessoas. Por outro lado, tais deveres não são expressamente regulados pelos arts. 798.º e ss., do CC, tal como o são as obrigações assumidas entre as partes, uma vez que o beneficiário da indemnização fundada em responsabilidade obrigacional é apenas o credor. “*Isto mesmo exprime o art. 798.º ao estabelecer a responsabilidade do devedor que falta ao cumprimento da obrigação perante o credor*”<sup>46</sup>. Referimo-nos, portanto, a deveres específicos nascidos no âmbito de uma relação concreta.

A questão mais significativa que a este propósito se coloca é a de saber qual o regime aplicável à sua violação. Qual o tipo de responsabilidade civil que está em causa quando uma das partes, vinculada perante um terceiro através de um dever acessório, viola esse dever? A primeira intuição, estando em causa deveres de protecção, indica que a sua violação é questão que cabe à responsabilidade delitual resolver. De facto, é a esta que cabe, por princípio, a tutela absoluta de pessoas e patrimónios. Porém, as diferenças entre os deveres gerais de respeito e os deveres acessórios nascidos de relações obrigacionais impedem raciocínios paralelos a propósito do regime de responsabilidade aplicável à sua violação.

Em primeiro lugar, importa averiguar se os danos que ocorrem na esfera do terceiro resultam dos riscos correntes da vida – para os quais a tutela absoluta operada pela responsabilidade delitual está especialmente talhada e, neste âmbito, plasmada no art. 78.º, n.º 1, do CSC –, ou se, pelo contrário, é a execução de determinado contrato que cria, para o terceiro, riscos que de outro modo não existiriam<sup>47</sup>. Quando seja esse o caso, ainda que estejam em causa deveres de protecção da integridade pessoal e patri-

<sup>45</sup> Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, (...), cit., pp. 306 e 480; MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, (...), cit., p. 135, nota 108; MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA – «Contrato e Deveres de Protecção», in Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, vol. 38, Coimbra, 1994, p. 193.

<sup>46</sup> Cfr. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Uma «Terceira Via» no Direito da Responsabilidade Civil?*, (...), cit., p. 23.

<sup>47</sup> “Quanto aos contratos com protecção de terceiros, estão em causa deveres acessórios de segurança. Embora primacialmente dirigidos para as partes, os deveres acessórios de segurança podem surgir mercê de simples situações de proximidade sócio-negocial” [Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, (...), cit., p. 362].

monial do terceiro, recorrer à responsabilidade delitual consiste num artificialismo injustificado, uma vez que aplicá-la-emos à violação de deveres que integram um determinado contrato, se revelam no âmbito específico desse contrato e não pré-existentem em termos absolutos<sup>48</sup>.

Em segundo lugar, sendo os deveres acessórios “elementos integradores do vínculo obrigacional”<sup>49</sup>, alguma incongruência resultaria da aplicação de soluções diversas à violação de deveres acessórios protectores (*i*) de uma das partes ou (*ii*) de terceiros, como aconteceria caso se optasse, no segundo caso, por uma solução delitual. Os deveres acessórios interferem na relação contratual para assegurar a realização, no âmbito da mesma, de determinados valores. Essa não é uma escolha possibilitada às partes. Pelo contrário, é uma vinculação que lhes é imposta, independentemente de quem seja a pessoa perante quem se vinculam.

A ocorrência de danos na esfera de uma das partes provocada pela contraparte, mesmo que baseada na violação de um dever acessório, seria em regra reconduzida à responsabilidade obrigacional, enquanto violação positiva do contrato<sup>50</sup>. A parte lesada beneficiaria, então, dos elementos desse regime mais favoráveis ao credor da relação obrigacional – nomeadamente a presunção de culpa (art. 799.º, n.º 1, do CC) e o prazo de prescrição mais longo (art. 309.º, do CC)<sup>51</sup>. Em contrapartida, se a mesma conduta da parte lesante, violadora de um dever acessório, provocasse igualmente danos a uma pessoa que, embora sendo um terceiro, tivesse particular proximidade com aquela relação, a tendência seria a de excluir esta última do âmbito de protecção que abrange as partes e aplicar os pressupostos da responsabilidade civil delitual. Se a resposta à violação de um dever acessório, exclusivamente por se destinar à protecção de um terceiro, seguisse sempre a via delitual, estar-se-ia a aplicar a duas situações semelhantes dois regimes diferentes, com base num pressuposto erróneo – o princípio segundo o qual nenhum terceiro poderia ter pretensões indemnizatórias ao abrigo dos efeitos de uma relação da qual não é parte.

<sup>48</sup> Cfr. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção*, (...), cit., pp. 143, 144, 183 e 184.

<sup>49</sup> Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, (...), cit., p. 481.

<sup>50</sup> O instituto da violação positiva do contrato surgiu, na Alemanha, como resposta à existência de situações de incumprimento que, consistindo em actuações positivas, não eram susceptíveis, por diversas razões, de recondução às soluções previstas pelo Direito alemão – a impossibilidade de cumprimento e a mora (Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Da Boa Fé no Direito Civil*, Colecção Teses, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 594 e 595).

<sup>51</sup> Cfr. JORGE SINDE MONTEIRO, «Anotação ao Acórdão do STJ de 12 de Novembro de 1996», – *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 132, p. 61.

Ora, de acordo com a solução delitual, sacrificar-se-ia o princípio da boa fé, além de que, no concreto contexto societário, sobrecarregar-se-ia o credor social, por um lado, com um prazo de prescrição mais curto (art. 174.º, n.º 2, do CSC), por outro, com o ónus da prova da reprovabilidade subjectiva da conduta de um determinado administrador ou gerente. Estando em causa condutas relacionadas com o desempenho de funções de administração, e tendo em conta a complexidade que invariavelmente caracteriza o processo de decisão que lhes está associado, facilmente se comprehende, por um lado, (i) as dificuldades que a adopção da via delitual acarretaria para o credor social que, assim, continuaria obrigado a provar a culpa do lesante, num período de tempo relativamente curto e com uma desvantagem comparativa no que toca ao conhecimento daquele processo de decisão, (ii) por outro, que o administrador, pelas funções que desempenha, tem um conhecimento mais aprofundado do impacto potencial da sua conduta em determinados credores da sociedade que administra.

O facto de o terceiro estar afastado da regulação operada pelas partes no âmbito da sua autonomia privada – ao contrário do que se verifica, por exemplo, nos contratos a favor de terceiro – não tem impacto, necessariamente, neste caso, por uma razão: o fundamento da existência de deveres acessórios face à contraparte é o mesmo fundamento para a tutela de alguns terceiros através da criação dos mesmos deveres e está subtraído à autonomia privada<sup>52</sup>. Os deveres acessórios não se revelam, no âmbito contratual, por opção das partes, nem mesmo os que as vinculam reciprocamente. Decorrem de exigências valorativas subjacentes ao sistema jurídico no seu todo. Se os valores do sistema exigem que a execução contratual respeite determinados interesses, devendo considerar-se equiparados, nesses casos, partes e certos terceiros, também quanto ao regime aplicável à sua violação a regulação deve ser a mesma<sup>53</sup>. Por outras palavras, se a ordem jurídica impõe às partes de qualquer contrato o respeito por determinados deveres recíprocos, impondo-lhes que aceitem tal ingerência na sua autonomia privada, a mesma exigência deve valer sempre que os valo-

<sup>52</sup> “Os deveres acessórios de protecção nada têm a ver com a regulação contratual e com a sua execução fiel pelas partes. Visam, na verdade, obstar a que, na ocasião do efectivar das prestações e dadas as possibilidades reais de agressão e ingerência provocadas por essa conjuntura, as partes se venham a infligir danos mútuos. A relação com o contrato, caso exista e seja ela qual for, não explica nem orienta esses deveres: eles radicam em níveis diversos da ordem jurídica, profundos sem dúvida, mas alheios à autonomia privada” [Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português*, (...), cit., p. 615].

<sup>53</sup> Cfr. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção*, (...), cit., pp. 279 e 280, nota 611.

res que enformam todo o sistema justifiquem o reconhecimento desses deveres perante terceiros.

Em terceiro lugar, as situações – consoante estejamos perante uma violação sancionada pela responsabilidade delitual ou pela obrigacional – são diferentes mesmo quanto aos juízos de censura de que são alvo. Nas palavras de Carneiro da Frada, “*o juízo de censura tem aqui (na violação de deveres acessórios) um sentido diferente daquele que reveste na responsabilidade delitual, resultando a divergência, no fundo, da específica função que o dever de protecção preenche. Na responsabilidade delitual, ele exprime a censurabilidade de uma conduta que viola o compromisso geral traçado pela lei entre liberdade de actuação e interesses de defesa de pressupostos básicos da ordem social global; ao passo que, havendo violação de deveres de protecção, o juízo de reprevação perspectiva-se a partir de uma norma de comportamento que visa em primeira linha a distribuição dos riscos de dano numa relação particular, atentos os círculos de interesses das partes envolvidas*”<sup>54</sup>. O mesmo é dizer, sintetizando, que é a decisão das partes de constituição de uma determinada relação obrigacional que dá origem, entre elas, a riscos específicos e não pré-existentes que exigem o reconhecimento da existência de deveres acessórios no âmbito dessa relação<sup>55</sup>. Logo, quando a relação obrigacional crie para um terceiro riscos semelhantes, porque a vontade das partes não desempenha aqui qualquer papel, tais riscos devem encontrar-se sujeitos ao mesmo juízo valorativo e, portanto, impõe-se a aplicação se equivalente regime.

A dúvida quanto às consequências da violação de deveres acessórios, como se percebe, deriva da convicção de que estes, ainda que *supra-delituais*, no sentido em que estão em causa deveres específicos não reconduzíveis directamente à responsabilidade delitual, são *infra-obrigacionais*, pelo que não merecem tutela semelhante nem equivalente à que é dedicada à violação de obrigações em sentido técnico. Está em causa o tipo de situação a que alguma doutrina tem chamado a “*terceira via da responsabilidade civil*”<sup>56</sup>. Embora nos encontremos perante o tipo de situação que dificil-

<sup>54</sup> Cfr. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e Deveres de Protecção*, (...), cit., pp. 189 e 190.

<sup>55</sup> “A ideia fundamental do contrato com eficácia de protecção para terceiros consiste em que certos negócios podem envolver terceiros sob a sua protecção. Embora estes não sejam partes no contrato, o contrato conferir-lhes-ia um direito indemnizatório dos danos que sofressem, não em virtude do incumprimento de um dever de prestar – que só existe entre as partes, salvas exceções como a do contrato a favor de terceiro – mas pela violação de outros deveres, deveres esses integradores ainda da relação contratual no seu todo.” [Cfr. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Uma «Terceira Via» no Direito da Responsabilidade Civil?*, (...), cit., p. 89].

<sup>56</sup> Cfr. LUISS MANUEL TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, (...), cit., p. 367 e 368; Cfr. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Uma “Terceira Via” no Direito da Responsabilidade Civil?*, (...), cit., pp. 88 a 93;

mente se enquadraria na perfeição em qualquer dos regimes de responsabilidade previstos na Lei Civil, impõe-se compreender qual o regime que mais se adequa à situação em apreço.

Nesses termos, em nosso entender, face às razões apontadas acima – nomeadamente a razão de ser da existência dos deveres acessórios no âmbito de uma relação obrigacional e a sua independência relativamente à vontade das partes e à autonomia privada –, afigura-se mais adequada uma solução obrigacional, nos termos previstos nos arts. 798.<sup>º</sup> e seguintes, do CC, independentemente do titular do respectivo interesse.

Todavia, falta ainda compreender em que situações deve ser conferida protecção a terceiros por via do reconhecimento da existência de deveres acessórios. “A jurisprudência germânica tem lançado mão de pontos de vista como o da proximidade de terceiros com respeito à prestação devida ao credor, o do interesse especial do credor em proteger os terceiros contra os riscos ligados à prestação, (...) bem como o da previsibilidade ou cognoscibilidade, por parte do devedor, dessas circunstâncias, este essencial para que o devedor possa assumir e controlar a extensão da responsabilidade em causa”<sup>57</sup>. Obviamente, não pode reconhecer-se a existência, perante quaisquer terceiros, de deveres acessórios na relação obrigacional existente entre a sociedade e os titulares dos seus órgãos de administração, nem sequer perante todos os credores daquela relativamente a quem se encontram preenchidos os pressupostos da responsabilidade delitual prevista no art. 78.<sup>º</sup> Porém, haverá situações – e essas podem e devem ser delimitadas – em que a tutela delitual não se adequa satisfatoriamente à protecção dos credores sociais<sup>58</sup>, seja pela proximidade entre esses credores e a relação obrigacional em causa, seja porque a imputação delitual nos termos do art. 78.<sup>º</sup>, n.<sup>º</sup> 1, depende da existência de normas legais ou contratuais de protecção daqueles. Porém, estas últimas dificilmente prevêem e regulam todas as situações que, compreendidas ainda dentro do âmbito da prestação a que os administradores ou gerentes se encontram vinculados face à sociedade, são susceptíveis de lesar os credores sociais.

Assim sendo, os critérios frequentemente apontados pela jurisprudência alemã e acima avançados permitem identificar, de entre as relações obrigacionais que ligam as sociedades aos titulares dos seus órgãos de

<sup>57</sup> Cfr. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, (...), cit., p. 141, nota 108.

<sup>58</sup> Não estamos, portanto, perante situações para as quais o art. 78.<sup>º</sup> do CSC oferece a resposta mais adequada, antes sendo preferível buscar, na aplicação do princípio da boa fé no âmbito da responsabilidade civil, uma solução concreta [Cfr. JOÃO SOARES DA SILVA, «Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades: os Deveres Gerais e a Corporate Governance» - Revista da Ordem dos Advogados, Ano 57, vol. 2, 1997-04, p. 614].

administração, quais aquelas em que se justifica tutelar obrigacionalmente os credores sociais: é necessário (*i*) que os credores sociais em causa se encontrem numa situação de particular proximidade com a relação entre a sociedade devedora e o titular relevante do respectivo órgão de administração, justificando-se, assim, que o credor deposite nessa relação um especial nível de confiança; (*ii*) que a sociedade tenha interesse na protecção do credor em causa; e (*iii*) que o administrador tenha, ou lhe fosse exigível que tivesse, no desempenho das suas funções, conhecimento das situações passíveis de preencher os critérios anteriores.

A proximidade entre os terceiros (credores) em causa e a prestação a que se encontram vinculados os titulares dos órgãos de administração perante a respectiva sociedade, é essencial enquanto fundamento da existência da relação de confiança digna de tutela específica. O interesse legítimo do credor (sociedade) na protecção de terceiros face à prestação revela-se importante, na medida em que, estando o devedor vinculado perante aquele, é também esse interesse que se tutela e que passa a estar abrangido – enquanto dever de abstenção de condutas (por acção ou omissão) lesivas dos interesses dos terceiros por parte do devedor – no âmbito de vinculação do devedor, neste caso, face aos próprios terceiros. Por fim, a cognoscibilidade das circunstâncias anteriormente descritas, além de relevar por si só, enquanto fundamento da responsabilização do devedor, mantém especial ligação com a relação de confiança. Assim, não existirá relação de confiança digna desta tutela específica em condições em que os restantes requisitos de efectivação desta modalidade de responsabilidade não sejam cognoscíveis por parte do devedor – e nesse sentido, também, que não lhe seja exigível que os conheça. Se não for exigível ao devedor que conheça os restantes requisitos, deixa de haver fundamento para se exigir que os leve especialmente em consideração na sua actuação – leia-se, com um peso limitativo da sua actuação superior àquele a que estaria sujeito ao abrigo da responsabilidade delitual.

Com base nesses critérios, e a título de exemplo, esta solução justificar-se-á quando exista entre a sociedade e um determinado credor uma relação de confiança especialmente forte e digna de tutela (como será o caso em que exista uma relação comercial duradoura e praticamente permanente entre a sociedade e o credor em causa, nomeadamente quando esse credor seja um fornecedor com quem habitual e regularmente a sociedade negoceie e se verifique alguma essencialidade e dependência recíprocas entre as actividades de ambos – credor e sociedade). Nesses casos, encontram-se preenchidos os requisitos mencionados: (*i*) verifica-se uma especial proximidade entre a prestação devida à sociedade e o credor social, o que acarreta uma especial vulnerabilidade e susceptibilidade de este ser

afectado na sua esfera patrimonial pela conduta do devedor; (ii) a sociedade tem interesse atendível na especial protecção desse terceiro, considerando a essencialidade que assume, para si e para a sua actividade, a actividade do credor em causa; e (iii) o devedor tem a possibilidade e o dever de prever ou conhecer as circunstâncias que, conjuntamente, justificam a aplicação do regime que aqui ficou descrito e, assim, “assumir e controlar a extensão da responsabilidade em causa”<sup>59</sup>.

Por outras palavras, quando a relação entre a sociedade e um determinado credor potencie igualmente o desenvolvimento de uma particular relação de confiança e a mesma seja conhecida do titular do órgão de administração, o princípio da boa fé deve prevalecer sobre o regime geral estabelecido no artigo 78.º do CSC. Tal solução encontra-se sustentada nas palavras de João Soares da Silva<sup>60</sup>, que sublinhou que, “tratando-se de responsabilidade civil, se aplicará, antes de mais, toda a panóplia de regras, pressupostos e conceitos que regem o instituto da responsabilidade civil em geral”.

Por fim, sublinhe-se que, em nosso entender, o interesse da sociedade na protecção de determinado credor se relaciona directamente com a exigência de Carneiro da Frada segundo a qual, “sejam quais forem as situações de eficácia de protecção para terceiros concretamente em causa, no que respeita à relação que ocorre entre credor e terceiro (pessoal ou não) sempre se requererá que eles se situem no «mesmo campo», do «mesmo lado»”<sup>61</sup>. Não se trata, portanto, de uma situação equiparável às situações reguladas pelo art. 78.º<sup>62</sup>, cujas particularidades justificam uma solução diferente, exactamente porque não se exige aqui, como naquele caso, dano na esfera patrimonial da sociedade, mas apenas a lesão de um terceiro credor cuja protecção configure um interesse atendível da própria sociedade. Concluindo, preenchidos os três requisitos expostos, o nosso entendimento é o de que o titular do órgão de administração em causa deve ser responsabilizado ao abrigo da responsabilidade obrigacional, nos termos dos arts. 798.º e seguintes

<sup>59</sup> Cfr. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, (...), cit., p. 141, nota 108.

<sup>60</sup> Cfr. JOÃO SOARES DA SILVA, «Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades: os Deveres Gerais e a Corporate Governance» - (...), cit., p. 613.

<sup>61</sup> Cfr. MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, (...), cit., p. 143, nota 108.

<sup>62</sup> Nem, sequer, no âmbito da violação de deveres de conteúdo específico dos administradores, os quais, muitas vezes, representam apenas uma concretização não exaustiva de deveres gerais. Tanto uns como outros encontram-se previstos sem particular consideração pela situação concreta. A aplicação do regime da responsabilidade obrigacional à violação de deveres acessórios, pelo contrário, dependerá sempre da concreta situação de facto.

do CC, perante o credor social que sofra danos como consequência da violação de um dever acessório de protecção por parte daquele.

## Conclusão

A responsabilidade dos administradores ou gerentes face aos credores sociais, tal como prevista no art. 78.º, n.º 1, do CSC, tem, como a doutrina defende e se demonstrou, um cariz essencialmente delitual. Porém, as situações que paradigmaticamente permitem o preenchimento dos pressupostos da responsabilidade delitual aí prevista configuram casos de consagração expressa da eficácia externa das obrigações – neste caso na vertente de tutela delitual dos créditos. Ora, uma outra excepção ao princípio da relatividade das obrigações – a eficácia protectora para terceiros de determinados contratos – permite vislumbrar uma solução diferente do caminho delitual, para os casos em que a conduta dos administradores corresponda à violação de deveres acessórios à obrigação assumida perante a sociedade. Estes deveres – deveres acessórios de protecção – não emanam de disposição legais ou contratuais expressas. Pelo contrário, nascem no âmbito do *contrato de administração* quando assim é imposto pelo princípio da *boa fé* e são imunes à interferência da autonomia privada. Assim sendo, devem, no caso concreto, abranger terceiros – na situação em análise, os credores sociais.

Relativamente ao regime aplicável à violação desses deveres acessórios, quando existam, e estando envolvidos terceiros perante o *contrato de administração*, o regime da responsabilidade obrigacional poderia estar, à partida, afastado. Porém, a introdução do princípio da *boa fé* no contexto contratual pode, como verificámos, justificar de forma coerente a adopção da via obrigacional, mesmo nas relações contratuais entre sociedade e titulares dos seus órgãos de administração. Estender-se-ia, dessa forma, a aplicação da responsabilidade obrigacional também à protecção dos credores sociais. Estes últimos entrariam, assim, na relação contratual existente entre a sociedade e os titulares dos seus órgãos de administração, não enquanto partes, mas enquanto titulares de interesses tutelados por deveres acessórios de protecção cuja existência, nesses *contratos de administração*, é imposta às partes.

Essencial, para que tal posição seja coerente, é a fixação de critérios que permitam destrinçar as situações concretas em que a relação de confiança existente entre os terceiros – credores sociais – e as partes do *contrato de administração* justifica a protecção daqueles através de deveres acessórios, das situações em que tal não se verifica. Consideramos que, para o efeito,

são três os critérios que permitem uma aplicação rigorosa da solução analisada: (i) a *proximidade* entre os terceiros e a relação obrigacional entre sociedade e administrador ou gerente, (ii) o *interesse legítimo* da sociedade (credora na relação obrigacional) na tutela dos interesses dos terceiros e (iii) a *cognoscibilidade*, pelo devedor, dos restantes critérios de aplicação do regime obrigacional na tutela desses terceiros, permitindo-se ao agente – o titular do órgão de administração – reconhecer as situações em que a sua responsabilização por esta via pode estar em causa, assim como compreender a extensão dessa responsabilidade.

Se o regime de responsabilidade aplicável a este tipo de situações deve ser o *delitual* ou o *obrigacional*, é questão à qual cabe, como se defendeu, responder caso a caso. Contudo, tal resposta deve ser encontrada com base em critérios que permitam concluir pela existência, ou não, de uma específica relação de confiança que ligue o terceiro – credor social – ao *contrato de administração* relevante. Quando tal se verifique, está em causa uma situação concreta particularmente diferente das situações para as quais, genericamente, se encontra previsto o regime *delitual* do art. 78.º, n.º 1, do CSC e, nesse sentido, justifica-se a responsabilização do administrador ou gerente pela via *obrigacional*. Além do mais, e à luz do que fica dito, não deve a existência do regime *delitual* escolhido pelo legislador, por si só, obstar a que se faça essa avaliação essencial. Adoptando-se a via delitual indiscriminadamente, excluem-se do âmbito de protecção da relação *obrigacional* terceiros que, à luz dos princípios subjacentes ao sistema jurídico, deviam encontrar-se abrangidos por aquele, limitando-os às fronteiras muito mais exigentes da responsabilidade *delitual*. Sobretudo, restringe-se a tutela de interesses que o sistema jurídico deveria conferir de forma mais forte, em benefício da desoneração do agente da agressão aos valores fundamentais enformadores daquele. A *segurança* e a *certeza jurídicas* ganham, assim, terreno onde, de outro modo, sem excessivo prejuízo destas, se permitiria à *justiça* imperar.



**RESUMO:** O presente artigo versa sobre os mecanismos de tutela coletiva dos investidores em sociedades anónimas cotadas na bolsa de valores. A análise destes mecanismos começa por centrar-se na viabilidade da transposição das *class actions* norte-americanas para o âmbito daquele tipo societário do nosso ordenamento jurídico, identificando, ainda, mecanismos alternativos à possibilidade (e a oportunidade) de intentar, nos nossos Tribunais, ações coletivas e diretas com vista à satisfação de interesses dos investidores lesados patrimonialmente por comportamentos dos administradores.

**ABSTRACT:** This article focuses on the mechanisms of collective protection of investors in public listed companies. The analysis of these mechanisms begins to focus on the feasibility of implementation of U.S. class actions in Portuguese public companies, identifying also the possibility (and opportunity) of finding alternative mechanisms to initiate, in Portuguese courts, collective and direct legal actions in order to satisfy the interests of investors who have suffered patrimonial losses due to managers' behaviour.

INÊS SERRANO DE MATOS\*

## Os mecanismos de tutela coletiva dos investidores em sociedades anónimas cotadas na bolsa de valores – da ação popular\*\*

*Plano da Exposição:* 1. Introdução; 2. Apontamento histórico; 3. O regime instituído pela Rule 23; 4. Vantagens e desvantagens das *class actions*; 5. A tutela dos investidores no Código de Valores Mobiliários; 6. O artigo 79.º do Código das Sociedades Comerciais: responsabilidade perante sócios; 7. Requisitos da responsabilidade civil: da ilicitude; 8. Requisitos da responsabilidade civil: da culpa; 9. Requisitos da responsabilidade civil: do dano; 10. Responsabilidade também da sociedade? 11. Da ação popular; 12. Perspetiva processual e de tutela jurisdicional. 13. Princípio da proteção: a informação e a formação; 14. Conclusão.

\* Advogada (Abreu Advogados)

\*\* O presente trabalho corresponde, no essencial, à dissertação de mestrado em Direito, na área de especialização de Direito da Empresa e dos Negócios, que apresentámos na Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa e cujas provas públicas tiveram lugar no dia 10 de Novembro de 2011, perante um júri composto pela Senhora Professora Doutora Maria de Fátima Ribeiro (orientadora), e pelas Senhoras Dras. Daniela Baptista (argente) e Inês Folhadela. As alterações feitas à versão deste texto que foi objeto da discussão pública foram apenas de pormenor e resultam, além das sugestões feitas pelo júri, da necessária redução do texto para um formato mais adequado à publicação a que se dirige.

## 1. Introdução

Ao longo das últimas duas décadas, temos assistido ao florescimento do fenómeno da *Corporate Governance*, associado a uma crescente importância da atividade dos grandes grupos económicos e do peso do mercado de capitais enquanto fonte de financiamento, uma vez que esta realidade tornou necessária a criação de um sistema de regras e condutas relativas ao exercício e controlo das sociedades<sup>1</sup>.

A situação descrita tem especial importância nas sociedades anónimas, particularmente as que são cotadas em bolsa, já que, neste tipo societário, dada a mais clara separação entre o controlo da sociedade e a propriedade, torna-se mais provável o afastamento do investidor da vida societária e a percepção, por parte dos titulares dos órgãos de administração, de que a sua atividade se torna praticamente insindicável.

Esta evolução foi acompanhada pela crescente responsabilização das sociedades perante os seus investidores, nomeadamente como forma de incrementar a transparéncia através da partilha de informação<sup>2</sup>. Deve notar-se, a este respeito, que as sociedades cotadas têm uma obrigação acrescida de corresponderem às expectativas nelas depositadas por quem nelas investe, devendo a empresa ser administrada e gerida em benefício de todos os acionistas e não em função de interesses individuais, de determinados grupos de acionistas ou para o benefício dos membros da administração.

É neste ambiente que pretendemos, nas linhas que se seguem, dar um contributo para a apreciação da oportunidade e da viabilidade do transplante legal do instituto estado-unidense das *class actions* para o âmbito das nossas sociedades anónimas cotadas em bolsa. Trataremos, em suma, de analisar a possibilidade e a oportunidade de serem intentadas ações coletivas com vista à satisfação de interesses dos investidores lesados patrimonialmente por comportamentos dos administradores<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Sobre esta realidade, *vd.* ARTUR SANTOS SILVA, ANTÓNIO VITORINO, CARLOS FRANCISCO ALVES, JORGE ARRIAGA DA CUNHA E MANUEL ALVES MONTEIRO, *Livro Branco sobre Corporate Governance em Portugal*, IPGC, 2006, pp. 12 e ss.

<sup>2</sup> *Vd.* MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a "Desconsideração da Personalidade Jurídica"*, Coleção Teses, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 23 e ss.

<sup>3</sup> Tratamos aqui de ações diretas e não derivadas. Fundamentalmente, enquanto as primeiras visam proteger os direitos dos sócios, as segundas correspondem a danos que em primeira linha atingem a sociedade e, apenas de modo reflexo, aqueles sócios. Daí que alguma doutrina considere que a violação de deveres fiduciários previstos no art. 64º do Código das Sociedades Comerciais, se integra no âmbito das *derivative suits* – *vd.* ELISABETE RAMOS, *Debates actuais em torno da responsabilidade e da protecção dos administradores – Surtos*

## 2. Apontamento histórico

Na doutrina<sup>4</sup> é comum indicar-se o século XVII como o momento do surgimento do instituto das *class actions*. Na sua origem, está a *Bill of Peace*, criada pelo *English Chancery*, que se baseava na regra da *equity* inglesa.

Através da *Bill of Peace*, permitia-se a aglutinação de várias queixas levadas a juízo quando o número de queixosos inviabilizava a participação de todos eles no processo, sendo que os vários sujeitos se encontravam na mesma situação jurídica.

Os tribunais da *equity* apesar de serem tribunais dotados de poderes para determinar *injunctions* ou declarações com força vinculativa, não fixavam indemnizações de prejuízos sofridos, já que essa competência continuava a pertencer aos tribunais da *common law*.

Porém, as *class action* só encontram consagração legal com a *Federal Equity Rule 38* de 1912, surgida nos EUA e cuja formulação veio a ser depurada na *Rule 23* das *Federal Rules of Civil Procedure* de 1938 (*Moore Rule*), que procedeu a uma classificação das *class actions* segundo o critério da natureza da relação jurídica existente entre os membros da classe e que, em função dessa relação, determinava os efeitos, mormente de caso julgado, que a *class action* teria (ou não) sobre eles.

Em virtude das dificuldades na implementação prática da regra, mais concretamente no que respeita às dúvidas suscitadas sobre a distinção e definição das *class actions* ao abrigo da *Moore Rule*, o *Advisory Committee on Civil Rules* propôs alterações substanciais ao seu regime. Para obviar ao referido entrave, a nova *Rule 23*, que entrou em vigor em 1966, definiu as *class actions* através de um critério uno e funcional que apela, sobretudo, ao arbítrio do juiz.

*de influência anglo-saxónica*, in BFDUC, vol. LXXXIV, Coimbra, 2008, 591-636, pp. 607 e ss. Relativamente ao estudo desses deveres, leiam-se, entre outros, MENEZES CORDEIRO, *Os deveres fundamentais dos administradores das sociedades* (art. 64.º/1 CSC) in *A Reforma do CSC. Jornadas em homenagem ao Professor Doutor Raúl Ventura*, Almedina, Coimbra, 2007, 19-60; MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *A business judgement rule no quadro dos deveres gerais dos administradores* in ROA, vol. I, Ano 67, 2007, 160- 205; J.M. COUTINHO DE ABREU/ ELISABETE RAMOS, *Responsabilidade civil de administradores e de sócios controladores* in *Miscelâneas* n.º 3, Almedina, Coimbra, 2004, 7-56.

<sup>4</sup> Sobre a evolução do instituto das *class actions* vd. SUSANNA M. KIM, *Conflicting Ideologies of Group Litigation: Who may challenge settlements in class actions and derivative Suits?* in Tennessee Law Review, vol. 66, nº 1, 1998, disponível em <http://ssrn.com/abstract=925345>, 81-153, pp. 87 e ss.

### 3. O regime instituído pela Rule 23<sup>5</sup>

Tendo presente a atual redação da Rule 23, verificamos que, para que a classe possa considerar-se validamente constituída, deverão preencher-se, obrigatoriamente, os seguintes pré-requisitos<sup>6</sup> (Rule 23-a)):

- 1) "a classe ser tão numerosa que torne impossível a presença em juízo de todos os seus membros e, consequentemente, inviabilize o recurso à figura da coligação – *numerosity*;
- 2) a existência de razões de direito ou de facto comuns a toda a classe – *commonality*;
- 3) a pretensão do *representative plaintiff* tem de ser suficientemente característica das pretensões de todos os membros da classe – *typicality*<sup>7</sup>; e
- 4) os membros da classe que agem em sua representação devem tutelar corretamente e adequadamente os interesses dos representados – *adequacy of representation*"<sup>8</sup>.

Além de preenchidos estes pré-requisitos e para que a *class action* seja procedente, ela terá também de ser enquadrável numa das categorias previstas na Rule 23-b):

- 1) de acordo com a Rule 23-b)<sup>19</sup> a admissão de recurso àquele mecanismo processual no caso de a propositura de ações individuais comportar o risco de: (i) contrariedade de decisões que imponham condutas incompatíveis à parte contrária da ação; (ii) decisões relativas a determinados membros da classe que sejam dispositivas dos interesses de outros elementos que não participem na lide;

<sup>5</sup> Neste ponto da exposição acompanhamos, de forma necessariamente breve, a incursão que A. PAYAM MARTINS faz na aludida Rule – *vd.* A. PAYAM MARTINS, *Class Actions em Portugal*, Edições Cosmos, Lisboa, 1999, pp. 33 e ss.

<sup>6</sup> A este propósito *vd.* W.E. KNEPPER/ D.A. BAILEY, *Liability of corporate officers and directors*, 7<sup>th</sup> edition, Danvers, 2007, pp. 37 e ss.

<sup>7</sup> JONATHAN MACEY e GEOFFREY MILLER defendem que este requisito e o da *adequacy of the representation*, devem ser apreciados em função do advogado/sociedade de advogados e não do representante da classe. *Vd.* JONATHAN MACEY/GEOFFREY MILLER, *The plaintiff's attorney's role in class actions and derivative litigation: economic analysis and recommendations for reform*, in The University of Chicago Law Review, University of Chicago Press, n.º 1, 3, 1991, 1-119, pp. 61 a 105.

<sup>8</sup> Remete-se o leitor para a leitura das páginas referidas de A. PAYAM MARTINS.

<sup>9</sup> Nestes casos não é admitido o direito de *opting out*; são uma categoria específica designada *mandatory class action*.

- 2) a *Rule 23-b*)2 prevê as *injunctive class actions* que têm em vista a reparação de uma lesão;
- 3) a terceira categoria – prevista na *Rule 23-b*)3 – admite a associação em classe sempre que o tribunal considere que as questões de facto e de direito têm uma resolução mais capaz se demandadas coletivamente. Esta norma tem o mérito de elencar os elementos a ter em conta para se averiguar se um dado interesse é melhor salvaguardado por uma classe, bem como o de desvendar se o mecanismo das *class action* é o meio processual para acautelar os referidos interesses; para este efeito, deve ter-se em consideração: (i) o interesse dos membros da classe na proposição de ações individuais ou na defesa de ações separadas; (ii) a existência e o conteúdo das ações individuais já propostas pelos membros da classe; (iii) o interesse e a oportunidade de reunir a causa diante do mesmo tribunal; (iv) as dificuldades conexas com a prossecução da ação sob a forma de *class action*<sup>10</sup>.

Uma vez aceite a *class action* pelo tribunal, a fase seguinte é a da citação dos membros da classe, prevista na *Rule 23-c*)2. A citação visa alertá-los de que corre uma ação em seu nome e de que há a possibilidade do exercício do direito de *opt-out*. Este direito é fundamental por permitir a exclusão da classe e, nesse caso, manter a faculdade de propor uma ação individual<sup>11</sup>. Esta decisão condicionará, naturalmente, a extensão da sentença, pois, para quem exercer o *opting-out*, a sentença não lhe será aplicável – cf. *Rule 23-c*)2.B.

Saliente-se que, nos termos da *Rule 23-c*)4.A e quando for caso disso, uma ação pode ser proposta ou mantida como uma ação coletiva apenas no que respeita a questões específicas e, nos termos da *Rule 23-c*)4.B, uma classe pode ser dividida em subclasses que são tratadas de modo individualizado.

No decorrer do processo, como resulta do disposto da *Rule 23-e*), caso se perspetive um acordo em juízo que vincule todos os membros da classe, o tribunal pode aprovar-lo apenas depois de ter lugar uma audiência dos interessados e se o juiz acreditar que esse acordo é justo, razoável e adequado.

<sup>10</sup> Vd. EDWARD SHERMAN, *Class Actions and Duplicative Litigation*, in 62 Indiana Law Journal, n.º 2, 1987, 507-559, p. 510.

<sup>11</sup> Parece haver uma tendência para os membros da classe com maiores interesses em jogo exercerem o direito de *opt out*, por temerem a sua deficiente representação por parte do *representative counsel*.

A *Rule 23* apresenta algum detalhe ao nível da escolha do mandatário legal da classe – cf. *Rule 23-g*). Na falta de norma estatutária específica, o *background* do potencial mandatário, o seu conhecimento da lei aplicável e a sua experiência com *class actions* são alguns dos critérios a ter em conta pelo próprio *District Court* antes de aceitar a nomeação de um causídico. Aliás, nos termos da própria lei, no caso de mais de um candidato adequado se candidatar à nomeação, o juiz deve nomear o candidato mais capaz de representar os interesses da classe.

A *Rule 23-h*), por sua vez, versa sobre a determinação de uma remuneração adequada para o mandatário que deve ser objeto de decisão por parte do Tribunal.

#### 4. Vantagens e desvantagens das *class actions*<sup>12</sup>

Atualmente é inquestionável a cristalização da figura das *class actions* no sistema processual norte-americano. Este é um bom momento para considerarmos alguns dos seus vetores, sobretudo as suas vantagens e desvantagens.

Quanto às primeiras, destacamos as seguintes: (i) a capacidade de agregação de pleitos de valor reduzido que, de outra forma, não chegariam a juízo; (ii) a racionalização dos recursos judiciais; (iii) e o eventual efeito dissuasor sobre os agentes económicos que se encontravam protegidos pela inércia dos lesados. Este é, assim, um mecanismo que permite obstar à típica “rational apathy”<sup>13</sup> dos lesados, uma inércia que é característica de quem está ciente de que os custos inerentes ao processo superam, em larga medida, os benefícios que podem advir da ação.

Quanto às desvantagens, começamos por referir o rol de dificuldades associadas aos custos de agência<sup>14</sup>, motivadas pelo papel preponderante que o mandatário desempenha enquanto *gestor jurídico*<sup>15</sup> e representante de toda uma classe de interessados. Neste ponto, é de salientar a possibilidade de o mandatário seguir os seus interesses em detrimento dos interesses da classe, que delega naquele a tomada de decisão.

<sup>12</sup> A. PAYAM MARTINS, faz um interessante levantamento na sua obra sobre esta matéria – *vd. PAYAM MARTINS, ob. cit.*, pp. 50 e ss.

<sup>13</sup> *Vd. ELISABETE RAMOS, ob. cit.*, p. 607.

<sup>14</sup> *Vd. JONATHAN MACEY /GEOFFREY MILLER, ob. cit.*, pp. 14 e ss.

<sup>15</sup> A. PAYAM MARTINS, designa o mandatário como “empresário especializado em assuntos legais” – *vd.* do Autor referido, *ob. cit.*, p. 48.

Também tem vindo a apresentar-se como um aspeto controvertido a atribuição de amplos poderes discricionários ao juiz<sup>16</sup>; com efeito, a *Rule 23* atribuiu-lhe largos poderes, nomeadamente a averiguação da identidade dos interesses dos membros da classe (cf. *Rule 23-a)3*) e da capacidade de o representante tutelar convenientemente os interesses que se propõem representar (*Rule 23-a)4*). A doutrina norte-americana tem vindo a questionar o poder do juiz em dois âmbitos<sup>17</sup>: (i) o controlo exercido pelo tribunal na homologação dos acordos e (ii) a fixação dos honorários dos advogados. De facto, estas questões são evidentes.

No que respeita à homologação dos acordos, não se pode negar que há uma tendência por parte do Tribunal de incentivar as partes a chegar a um acordo, ainda que isso signifique para estas um prejuízo. Assim, tornou-se invulgar a rejeição de acordos apresentados pelos advogados<sup>18</sup>, de tal forma que apenas uma percentagem mínima dos litígios chega, efectivamente, à fase de julgamento. Em bom rigor, o receio de o Tribunal ficar cada vez mais “obstruído” contribui para incentivar os acordos.

No que respeita à fixação dos honorários do mandatário, este é um campo árido para os juízes na medida em que os honorários serão determinados, em princípio, de acordo com o número de horas despendido na resolução do caso. Ora, isso apresenta-se como uma matéria de enorme complexidade para o juiz que terá de analisar, designadamente, o tempo despendido no caso por cada um dos advogados da *class action*, bem como o tempo que seria razoável gastar com o processo em causa. Se este controlo por parte do juiz tem em vista evitar comportamentos oportunistas por parte dos mandatários, tal efeito não parece que ser conseguido, pois, na prática, o juiz baseará a sua análise na documentação fornecida pelos mandatários.

Outra potencial desvantagem são as limitações no âmbito da tutela de prejuízos massificados<sup>19</sup>. De facto, acontece que, para que os vários membros sejam titulares do direito ao resarcimento da indemnização, eles terão de provar o direito invocado. Todavia, atentos os montantes que por vezes estão em jogo, a prova nem sempre é produzida e, por isso, os

<sup>16</sup> Vd. LAURENS WALKER, *Avoiding Surprise from Federal Civil Rule making: The role of economic analysis*, in 23 *Journal of Legal Studies*, nº 1, University of Chicago Press, Chicago, 1994, 569-593, p. 569.

<sup>17</sup> Vd. A. PAYAM MARTINS, *ob. cit.*, p. 57.

<sup>18</sup> Vd. JONATHAN MACEY/ GEOFFREY MILLER, *ob. cit.*, pp. 46 e ss., referem que “not surprisingly, it is uncommon to find cases where trial courts reject settlements that are presented to them by defense counsel and plaintiff’s attorneys”.

<sup>19</sup> Vd. KERRY BARNETT, *Equitable Trusts: an effective remedy in consumer class actions*, in 96 *The Yale Law Journal*, nº 7, 1987, 1591-1614, pp. 1591 e ss.

montantes indemnizatórios que resultam do rateio são, não raras vezes, irrisórios e tardiamente distribuídos.

Deve ter-se ainda em conta os problemas que levantam as *class actions* no âmbito dos prejuízos causados aos acionistas por comportamentos ilícitos dos administradores<sup>20</sup>. De acordo com o designado *circularity argument*, “*damages in class action suits are paid by the corporation (or more commonly its insurer), not its misbehaving managers, to shareholders (or former shareholders) of the corporation, the former of whom suffer indirect harm when the corporation pays*”<sup>21</sup>. Com efeito, as indemnizações acabam por ser pagas pela própria sociedade (ou pela sua seguradora) e não pelos administradores. Assim sendo, acabam muitas vezes por ser os investidores a, indiretamente, pagar a si mesmos o valor dos prejuízos sofridos.

As insuficiências do mecanismo de *class actions* são, de certo modo, uma manifestação da hostilidade que a doutrina e a jurisprudência norte-americana têm relativamente à tutela excessiva dos acionistas e à sua consequente desresponsabilização, assente no entendimento de que estes são a parte mais fraca. Segundo LAWRENCE E. MITCHELL<sup>22</sup>, a ideia generalizada do acionista afastado e inocente tem sido abandonada ao longo do tempo, considerando, pois, que eles já não estão à mercê das decisões tomadas pelos administradores. Ademais, como refere este mesmo autor, “*Warren Buffett famously noted that managers get the shareholders they deserve. The inverse is equally true. Shareholders get the managers they deserve and the market they deserve as well*”<sup>23</sup>.

## 5. A tutela dos investidores no Código dos Valores Mobiliários

Os investidores são todos os aforristas – pessoas singulares ou coletivas – que decidem aplicar o seu dinheiro com vista à rentabilização. Ora,

<sup>20</sup> Esta ideia é partilhada por vários autores, de entre os quais destacamos – ALICIA DAVIS EVANS, *The Investor Compensation Fund*, 33 J. Corporation Law, Working Paper nº 07-20, vol. 33(1), 2007, 101-172, que considera que as *class actions*, enquanto mecanismo de tutela de investidores, é um deficiente meio de compensar aqueles que foram defraudados; JANET COOPERALEXANDER, *Rethinking Damages in Securities Class Actions*, 48 Stanford LawReview, 1996, 1487-1537, p. 1487, propõe “a shift from traditional securities litigation to a system of civil penalties to deter fraud”.

<sup>21</sup> Vd. LAWRENCE E. MITCHELL, *The ‘Innocent Shareholder’: An Essay on Compensation and Deterrence in Securities Class Actions*, GWU Legal Studies Research Paper No. 404, Washington, 2008, disponível em <http://ssrn.com/abstract=1118471>, 1-65, p. 2.

<sup>22</sup> Vd. IDEM, *Ibidem*, p. 1, onde se diz que “nothing is sillier than this outcry on behalf of the innocent shareholders in the corporations”.

<sup>23</sup> Vd. IDEM, *Ibidem*, p. 65.

como facilmente se intui, esta categoria abrange tanto os entes individuais ou coletivos com parcisos conhecimentos sobre a atividade financeira, como as instituições autorizadas a negociar em mercado financeiro, mormente instituições internacionais e supranacionais<sup>24</sup>, perfeitamente conhecedoras do mercado financeiro e de toda a sua dinâmica.

Voltando ao objeto mais circunscrito deste estudo – as sociedades anónimas cotadas em bolsa – cumpre referir que elas se enquadram na categoria das sociedades abertas<sup>25</sup>. O art. 13.º do Código dos Valores Mobiliários (“CVM”) define e elenca as sociedades que podem ser enquadráveis na categoria das sociedades abertas; além destas, também poderão ser consideradas como tal aquelas sociedades emitentes de ações em que sejam convertidos créditos sobre a insolvência, nos termos do art. 204.º do Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (“CIRE”).

Para o objeto deste estudo, importa atentarmos na alínea (c) do art. 13.º: são consideradas sociedades com o capital aberto ao investimento do público aquelas que emitam ações com vista à aquisição ou subscrição em mercado regulamentado. Ora, o art. 1.º, n.º 1 do CVM consagra uma enumeração não taxativa dos valores mobiliários<sup>26</sup> e as “ações” figuram na alínea (a) deste preceito<sup>27</sup>. Contudo, as ações só são valores mobiliários a partir do momento em que estão representadas em documentos ou em registos em conta<sup>28</sup>. É tradicional afirmar-se que o termo ação pode ser usado com sentidos distintos<sup>29</sup>; no caso desta nossa exposição, ele tem

<sup>24</sup> Vd. PAULA COSTA E SILVA, *Direito dos Valores Mobiliários (Relatório)*, Coimbra Editora, Lisboa, 2005, pp. 155 e ss. Note-se que neste estudo apenas abordaremos os meios de tutela dos investidores não qualificados (anteriormente designados não institucionais) por serem os mais carecidos de proteção – *vd.* SOFIA NASCIMENTO RODRIGUES, *A Protecção dos Investidores em Valores Mobiliários (Estudos sobre o Mercado de Valores Mobiliários)*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 16, nota 11.

<sup>25</sup> Note-se que o facto de uma sociedade ser qualificada como sociedade aberta terá como consequência alterações significativas ao seu regime. Por extrapolar a temática desta exposição, consulte-se para maiores desenvolvimentos – MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *Jornadas – Sociedades Abertas, Valores Mobiliários e Intermediação Financeira*, Coimbra, Almedina, 2007, pp. 15 e ss.

<sup>26</sup> Como apenas referimos as ações enquanto valores mobiliários, deixamos a referência para o estudo dos restantes instrumentos financeiros em PAULO CÂMARA, *Manual de Direito dos Valores Mobiliários*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 87 e ss.

<sup>27</sup> Vd. ALEXANDRE S. MARTINS, *Valores Mobiliários (Acções)*, in IDET, n.º 1, Almedina, Coimbra, 2003, 9-75.

<sup>28</sup> Vd. IDEM, *Ibidem*, p. 22.

<sup>29</sup> Vd. JOÃO LABAREDA, *Das Acções das Sociedades Anónimas*, AAFDL, Lisboa, 1988, pp. 5 e ss.

sido usado com o sentido de valor mobiliário transacionado em mercados financeiros, com vista a facilitar a captação de poupanças<sup>30</sup>.

Para uma implementação prática das leis portuguesas sobre a atividade financeira, o legislador consagrou no art. 30.<sup>º</sup> do CVM a noção de “*investidores qualificados*”<sup>31</sup>. Ora, a ideia de proteção – cara a este estudo – relaciona-se mais com o investidor não qualificado que, pelas suas fragilidades, se apresenta como mais carecido de tutela.

Na elaboração do CVM, foram previstas tanto medidas específicas orientadas no sentido de proteção dos investidores não qualificados – arts. 31.<sup>º</sup> a 38.<sup>º</sup> – como medidas genéricas de aplicabilidade mais abrangente. As medidas de proteção conferidas aos investidores tendem a envergar uma dupla veste: (i) a tutela do investidor, concretamente considerado, sempre que estipula direitos subjetivos concretos; e (ii) a salvaguarda das necessidades de um grupo de aforristas, isto é, a proteção concedida a um conjunto indiferenciado de investidores com vista à manutenção do bom funcionamento do mercado financeiro.

Feito este excuso pelo nosso Direito dos Valores Mobiliários, centremo-nos agora nas normas societárias de responsabilização dos administradores pelos danos que diretamente causarem aos acionistas/sócios no exercício das suas funções.

## 6. O artigo 79.<sup>º</sup> do Código das Sociedades Comerciais: responsabilidade perante sócios

O regime geral da responsabilidade civil dos órgãos das sociedades comerciais está consagrado na parte geral do Código das Sociedades Comerciais (“CSC”), no capítulo VII do Título I. O art. 79.<sup>º</sup> do CSC estabelece que os administradores são responsáveis para com os sócios pelos danos que diretamente lhes causem no exercício das suas funções<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Vd. AMADEU FERREIRA, *Direito dos Valores Mobiliários*, Lex, Lisboa, 1997, p. 9.

<sup>31</sup> Note-se, contudo, que mesmo tratando-se de investidores não qualificados o legislador no nº 2 do art. 30.<sup>º</sup> optou por afastá-los da tutela conferida à referida categoria nas situações elencadas no preceito.

<sup>32</sup> Parece-nos que o CSC é omisso quanto à regulamentação do seguro de responsabilidade civil dos administradores. É certo que o art. 396.<sup>º</sup>, nº 2 permite que a caução possa ser substituída por “um contrato de seguro, a favor dos titulares de indemnizações, cujos encargos não podem ser suportados pela sociedade, salvo na parte em que a indemnização exceda o mínimo fixado legalmente”.

No nosso ordenamento, a favor da licitude do seguro subscrito pela sociedade encontram-se, designadamente, os seguintes argumentos: (a) o seguro apenas diminui o risco

Os sócios visados na norma são os titulares de participação social, isto é, são os investidores que decidem “arriscar” na aquisição de participações sociais de determinada sociedade e, por via desse comportamento, tornam-se detentores de direitos e obrigações respeitantes à mesma<sup>33</sup>. Todos os demais – apenas sejam titulares de direitos de crédito ou reais – são “terceiros” para efeitos da referida disposição.

De acordo com a disposição legal referida, a responsabilidade em causa resultará de factos praticados pelos administradores no “exercício das suas funções”<sup>34</sup>, isto é, no âmbito do desempenho de funções de órgão da sociedade. Esta é, por isso, uma responsabilidade orgânica<sup>35</sup>. Este acrescento final é necessário, na medida em que o administrador pode praticar atos lesivos de terceiros, sem qualquer ligação com a sua atividade. Ora, estes casos não deverão ser chamados à colação na presente análise, pois constituem situações alheias à realidade societária; nesses casos o regime aplicável é, em princípio, o da responsabilidade civil.

Dispõe o n.º 1 do art. 79.º que os administradores respondem, nos termos gerais, pelos danos diretamente causados aos sócios. A referência a *responsabilidade nos termos gerais* implica uma remissão imediata para o regime plasmado no Código Civil, mais concretamente para o regime da responsabilidade civil extracontratual, nos termos dos arts. 483.º e ss. do Código Civil (“CC”)<sup>36</sup>. Os administradores serão, assim, responsáveis caso preencham os cinco requisitos da responsabilidade civil extracontratual dos quais, deliberadamente, analisaremos os três que levantam mais questões a nível doutrinal e jurisprudencial.

do pagamento por parte dos administradores, não exclui a sua responsabilidade; (b) se os administradores fossem obrigados a pagar o prémio do seguro. Vd. J.M. COUTINHO DE ABREU/ ELISABETE RAMOS, *ob. cit.*, pp. 39 e ss.; e a primeira obra monográfica sobre a matéria da autoria de PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *D&O Insurance: O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores e outros Dirigentes da Sociedade Anónima in Estudo em Homenagem ao Prof. Dr. Inocêncio Galvão Telles*, Almedina, Coimbra, 2007, 1153-1182.

<sup>33</sup> Vd. ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Cláusulas do contrato de sociedade que limitam a transmissibilidade das ações – Sobre os arts. 328.º e 329.º do Código das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 77.

<sup>34</sup> Vd. ELISABETE RAMOS, *O seguro de responsabilidade civil dos administradores (entre a exposição ao risco e delimitação da cobertura)*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 137.

<sup>35</sup> Vd. J.M. COUTINHO DE ABREU/ ELISABETE RAMOS, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 906.

<sup>36</sup> Vd. RAÚL VENTURA/LUÍS BRITO CORREIA, *Responsabilidade civil dos administradores de Sociedades Anónimas e dos gerentes de Sociedades por Quotas. Estudo Comparativo dos Direitos Alemão, Francês, Italiano e Português. Nota explicativa do Capítulo II do Decreto-Lei n.º 49 381 de 15 de Novembro de 1969*, Separata do BMJ, n.º 194, Lisboa, 1971, pp. 60 e ss.

## 7. Requisitos da responsabilidade civil: da ilicitude

Considerar-se-á que é ilícita a conduta dos administradores sempre que sejam violados: (i) direitos absolutos de sócios; (ii) normas legais de proteção destes<sup>37</sup>; (iii) certos deveres jurídicos específicos; (iv) e, por fim, quando se considere violada a cláusula residual do abuso de direito<sup>38</sup>. Ilustremos os três primeiros grupos de situações a partir de características que legitimam o recurso à responsabilidade por via do art. 79.<sup>º</sup><sup>39</sup>.

Consideram-se violados os direitos absolutos dos sócios sempre que designadamente: "(a) os administradores, desrespeitando o direito de preferência dos sócios em aumento de capital por entradas em dinheiro, subscrevam eles mesmos as novas participações sociais ou atribuem o direito de subscrição a terceiros (cfr. arts. 266.<sup>º</sup> e 458.<sup>º</sup>,s.); (b) administrador recebe de sócios ações tituladas ao portador para serem convertidas em ações nominativas, mas substitui os títulos e apõe-lhes o seu nome ou o de terceiro (cfr. arts. 53.<sup>º</sup> e 54.<sup>º</sup> do CVM); c) administrador apropria-se

<sup>37</sup> A propósito dos danos resarcíveis em sede de responsabilidade dos administradores perante os acionistas, importa fazer uma breve referência ao conceito de dano puramente patrimonial. Socorremo-nos da síntese apresentada por PEDRO CAETANO NUNES que afirma tratar-se de "situações em que um prejuízo se repercute na situação patrimonial global de uma pessoa sem que tenha sido atingido um bem absolutamente protegido – prejuízo de interesses financeiros ou pecuniários sem prévia lesão física da pessoa ou da propriedade". Como é afirmado pelo Autor "a provocação de perdas financeiras sem provocação de danos em bens não constitui uma violação de direitos absolutos". Para facilitar a compreensão, dá o seguinte exemplo: "uma pessoa que destrói um cabo da rede pública de eletricidade, determinando a quebra do fornecimento de eletricidade de uma fábrica e avultados prejuízos na sua produção. A danificação do cabo de eletricidade constitui uma violação do direito absoluto da pessoa proprietária do referido cabo. Os avultados prejuízos pela quebra de produção na fábrica não constituem uma violação de um direito absoluto" e conclui que "em situações de danos puramente patrimoniais inexiste ilicitude por violação de direitos absolutos. Daqui resulta que os danos puramente patrimoniais apenas serão resarcíveis em caso da violação de uma norma de proteção (ou, residualmente, em casos de abuso de direito). Consequentemente, a violação de normas de proteção tem precisamente uma relevância essencial na área dos danos puramente patrimoniais". Para mais desenvolvimentos sobre essa matéria, *vd.* entre outros, PEDRO CAETANO NUNES, *Responsabilidade Civil dos Administradores perante os Accionistas*, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 40 e ss., SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coleção Teses, Almedina, Coimbra, 1989, p. 187; e ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Normas de Protecção e Danos Puramente Patrimoniais*, Coleção Teses, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 252 e ss.

<sup>38</sup> Para mais desenvolvimentos sobre as características do instituto *vd.* HEINRICH HORSTER, *A parte geral do Código Civil Português*, Coimbra, Almedina, 1992, pp. 278 e ss.

<sup>39</sup> Os exemplos são referidos por J.M. COUTINHO DE ABREU/ ELISABETE RAMOS, *CSC em Comentário...*, cit., pp. 907 e ss.

indevidamente dos títulos de ação ao portador depositados na sociedade (cfr. arts. 99.º, s. do CVM)".

No que respeita à responsabilização por violação de normas legais de proteção dos sócios – (ii) –, destacam-se duas situações: "(a) os administradores, mediante a elaboração e a apresentação de relatório de gestão e de balanço não verdadeiros (sonegadores de graves passivos) – cfr. arts. 65.º, 2 e 66.º do CSC (...) –, convencem sócios a adquirir participações sociais por preço excessivo, ou a não vender ações pouco depois gravemente desvalorizadas; (b) um gerente convoca assembleia geral para dois dias depois (v. o art. 248.º, 3), impossibilitando a comparência do sócio (tinha compromisso inadiável) que sofre por isso danos (acusado injustamente na assembleia, obrigando a impugnar judicialmente deliberações, etc.) – cfr. O art. 515.º, 1, 3".

Relativamente à responsabilização por violação de deveres jurídicos – (iii) –, são exemplos: "(a) administradores recusam comunicar informações societárias a que os sócios têm direito, ou prestam informações incompletas ou falsas (v. arts. 214.º, s., 288.º, s., 518.º e 519.º; (b) os administradores de duas sociedades que se fundiram não observaram o cuidado exigível na verificação da situação patrimonial das sociedades e/ ou na fixação da relação de troca das participações sociais (decorrendo daí prejuízo para os sócios de uma dessas sociedades): art. 114.º, 1".

## 8. Requisitos da responsabilidade civil: da culpa

De acordo com n.º 1 do art. 483.º do CC, a culpa em causa poderá ser na modalidade de dolo ou mera culpa.

J. M. COUTINHO DE ABREU e ELISABETE RAMOS esclarecem que a ausência de remissão do art. 79.º/2 para o art. 72.º/1, parece levar à conclusão de que, salvo quando haja presunção legal de culpa – designadamente no caso de responsabilidade pelo prospecto (art. 149.º/1 do CVM) – é aos sócios lesados que incumbe provar a culpa dos administradores.

A natureza da responsabilidade em análise não se revela pacífica. A tendência da doutrina dominante<sup>40</sup> e jurisprudência dos tribunais superiores<sup>41</sup> parece apontar no sentido de se tratar de uma responsabilidade extracontratual/delitual. A justificação encontra-se, designadamente no acórdão proferido pelo Tribunal da Relação do Porto a 07.06.2011: "A ação que aqui se prevê [nos termos do art. 79.º] é de natureza pessoal e

<sup>40</sup> Neste sentido *vd.* IDEM, *Ibidem*, p. 910 e ss. e PEDRO CAETANO NUNES, *ob. cit.*, pp. 36 e ss.

<sup>41</sup> A este propósito remete-se o leitor para os acórdãos que serão referidos adiante.

não social, atendendo a que os sócios pedem, através dela, uma indemnização pelos prejuízos causados não à sociedade, mas sim directamente a eles próprios. Assim, a responsabilidade que ora está em apreciação é de natureza delitual e não contratual, por não ter fonte em qualquer contrato, uma vez que o contrato de sociedade não cria relações jurídicas entre os órgãos sociais e os sócios”<sup>42</sup>.

PEDRO CAETANO NUNES<sup>43</sup> explicita as várias relações que coexistem entre os vários atores societários: entre os administradores e a sociedade existe a relação jurídica de administração; entre a sociedade e os sócios há uma panóplia de direitos e deveres; já a relação entre sócios e administradores não consubstancia uma relação jurídica, existindo apenas deveres genéricos destes para com os sócios.

Sendo a responsabilidade de natureza delitual, hão-de ter que se verificar, em cada caso concreto, os pressupostos da responsabilidade civil: a prática (*i*) voluntária de um ato (*ii*) ilícito, (*iii*) culposo e (*iv*) causador de danos e, finalmente, (*v*) que se verifique um nexo de causalidade entre os danos sofridos e o ato praticado<sup>44</sup>.

De notar que, de acordo com a decisão citada, “cabe ao lesado fazer a prova destes pressupostos [previstos no 483.º, n.º 1 do CC], aos quais acresce um requisito específico que é a existência de uma relação directa entre a actuação dos gerentes e os danos dos sócios”.

## 9. Requisitos da responsabilidade civil: do dano

A propósito do dano, é importante notar que os administradores apenas respondem “pelos danos que diretamente causarem” aos sócios. Por isso, não releva o dano indireto, ou seja, aquele que em primeira linha lesa a sociedade e apenas de modo reflexo é que lesa os seus sócios. Nestes casos, farão sentido as ações de responsabilidade proposta pela própria sociedade – arts. 75.º e ss. e não através do art. 79.<sup>º</sup><sup>45</sup>.

<sup>42</sup> Vd. Ac. do TRP de 07-06-2011, proc. nº 2183/09.5TVPRT.P1, Relator Rodrigues Pires, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>43</sup> Vd. PEDRO CAETANO NUNES, *ob. cit.*, p. 37.

<sup>44</sup> Vd. TÂNIA CUNHA, *Da Responsabilidade dos Gestores de Sociedades perante os credores Sociais – A Culpa nas responsabilidades civil e tributária*, 2.º ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 61.

<sup>45</sup> “Contudo, um mesmo acto de administração pode causar danos (distintos) à sociedade, por um lado, e aos sócios, por outro. Por exemplo, a elaboração e apresentação de documentos de prestação de contas anuais falsas leva à distribuição de lucros fictícios (dano ao património social), à aquisição de novas e sobreavaliadas quotas ou ações por sócios (dano aos sócios) e à concessão de créditos (dano a terceiros). Estes casos dão

Os danos causados diretamente são aqueles que são provocados sem qualquer interferência da sociedade; isto é, tudo se passará em moldes tais que a representação da sociedade, mesmo a ser invocada, se mostra irrelevante<sup>46</sup>. Estamos, pois, perante o designado “critério da incidência do dano”<sup>47</sup> que tem sido reconhecido na doutrina e jurisprudência portuguesas.

No entanto, deve assinalar-se que “há quem defenda que o signo “diretamente” significa que o administrador responde para com os sócios somente por condutas dolosas ou particularmente reprováveis<sup>48</sup>. Há ainda quem considere que “diretamente” diz respeito à ilicitude<sup>49</sup><sup>50</sup>.

## 10. Responsabilidade também da sociedade?

Encontrando-se preenchidos os vários pressupostos do art. 79.º, os sócios poderão intentar uma ação direta contra os administradores.

Sendo possível demandar diretamente o administrador – conforme analisamos – surge-nos logo uma outra questão que se encontra intimamente ligada: o administrador é o único responsável? A possibilidade de demandar apenas o administrador parece significar um enfraquecimento da tutela do sócio, na medida em que se aquele não possuir quaisquer bens, nunca poderá satisfazer a indemnização devida.

lugar tanto às acções sociais de responsabilidade, como às acções individuais dos sócios e terceiros” – *vd. J.M. COUTINHO DE ABREU/ ELISABETE RAMOS, CSC em Comentário..., cit.*, pp. 911, ponto 2.3. Veja-se a propósito de um possível concurso de responsabilidades – PEDRO CAETANO NUNES, *ob. cit.*, pp. 46 e ss.

<sup>46</sup> A propósito desta questão, veja-se o Ac. do TRP de 13-01-2005, proc. nº 0433928, Relator Pinto de Almeida, disponível em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), em que se decidiu: “A provação dolosa ou negligente de danos no património social não pode fundamentar a responsabilidade dos administradores perante os acionistas, porquanto a diminuição do valor das ações em consequência de uma diminuição do património social constitui um dano indireto”.

<sup>47</sup> A propósito do critério *vd. os Acs. do STJ de 23-05-2007, proc. nº 02B1152, Relator Abel Freire e o Ac. do TRP de 28-09-2010, proc. nº 6328/07.1TBVFR.P1, Relator Pinto dos Santos*, disponíveis em [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt).

<sup>48</sup> *Vd. J. OLIVEIRA ASCENSÃO, Direito Comercial. Vol. IV. Sociedades Comerciais. Parte Geral*, Lisboa, 2000, pp. 463 e ss.; CATARINA PIRES CORDEIRO, *Algumas Considerações críticas sobre a responsabilidade civil dos administradores perante os accionistas no ordenamento jurídico português*, in *Direito*, 2005, 81-135, pp. 119 e ss.

<sup>49</sup> *Vd. PEDRO CAETANO NUNES, ob. cit.*, p. 45.

<sup>50</sup> *Vd. J.M. COUTINHO DE ABREU/ELISABETE RAMOS, CSC em Comentário..., cit.*, pp. 911 e 912, ponto 2.3.

Contudo, o legislador societário não deixou a referida questão descautelada. O art. 6.º/5 do CSC dispõe sobre a responsabilidade da sociedade por atos dos administradores, enquanto seus representantes legais<sup>51</sup>.

Este preceito parece ter em vista um reforço da tutela dos sócios, na medida em que possibilita a demanda conjunta, tanto da própria sociedade, como também dos administradores responsáveis pelo ilícito. Se for assumida esta perspetiva – e estamos cientes de que ela não se afigura pacífica<sup>52</sup> – as responsabilidades configuram-se da seguinte forma:

- (i) a sociedade responde objetivamente – art. 500.º do CC – nos termos em que o comitente responde pelos atos comissário, *ex vi* art. 6.º/5 do CSC; e
- (ii) os administradores respondem diretamente com base no já analisado art. 79.º do CSC.

Aceitando esta posição, parece haver uma responsabilização solidária entre a sociedade e os seus administradores. Uma vez que os recursos de uma sociedade são, em princípio, superiores aos dos seus representantes, é expectável que quem satisfaça a indemnização seja, num primeiro momento, a sociedade<sup>53</sup>. Com efeito, caso esta tenha efetuado o pagamento poderá exigir-lo do administrador pois terá direito de regresso sobre o mesmo.

<sup>51</sup> Vd. J.M. COUTINHO DE ABREU, *ob. cit.*, pp. 94 e ss. nota a estranheza da formulação do preceito: “de quem legalmente a represente”. O Autor refere que a sociedade não é incapaz e os seus administradores não são “representantes legais”. De todo o modo, o preceito refere-se essencialmente aos titulares do órgão social de representação, máxime aos seus administradores.

<sup>52</sup> A favor da posição explanada, *vd.* LUIS BRITO CORREIA, *Os Administradores de Sociedades Anónimas*, Almedina, Coimbra, 1993, p. 215. O Autor entende que os casos subsumíveis ao art. 79.º podem fundamentar uma ação de responsabilidade, quer contra os administradores, quer contra a própria sociedade; no sentido inverso, atente-se na síntese de J.M. COUTINHO DE ABREU/ ELISABETE RAMOS, *Responsabilidade Civil...*, *cit.*, p. 94. Os Autores dão nota das várias posições assumidas sobre esta matéria, referindo que a não responsabilização da sociedade poderá fundamentar-se na sua “[insusceptibilidade] de culpa, porque os poderes conferidos aos seus órgãos são circunscritos a atos lícitos, etc., [e, por isso] não responde. Somente os administradores seriam responsáveis”.

<sup>53</sup> Refira-se que, nos termos do art. 174.º CSC, o prazo de prescrição da responsabilidade é o prazo geral consagrado no nº 2, isto é, cinco anos a contar dos factos constantes na disposição legal.

## 11. Da ação popular<sup>54</sup>

Chegados a este ponto, é tempo de respondermos, tal como nos propusemos no início deste estudo, à questão da (im)possibilidade da importação das *class actions*, tal como se encontra configurada no sistema norte-americano ou, em caso negativo, a pesquisa de um mecanismo processual adequado à tutela de investidores de sociedades anónimas cotadas em bolsa.

Alguns instrumentos processuais têm sido gizados para fazer face à inércia dos pequenos investidores que acabam por não ver resarcidos os danos económicos sofridos em consequência de ações ou omissões dos administradores das sociedades nas quais investem os seus capitais. A insignificância do dano sofrido por cada uma das pessoas individualmente consideradas, a fraqueza do litigante isolado, a excessiva onerosidade do acesso à justiça e o receio de enfrentar uma contraparte economicamente mais poderosa afastam o lesado de uma atuação processual em defesa dos seus direitos e, consequentemente, conduzem à impunidade das empresas.

O problema que se coloca – e que é o objeto deste estudo – é o da tutela jurisdicional daqueles direitos ou interesses que emergiram como particularmente importantes e especialmente vulneráveis numa sociedade moderna, tais como aqueles que respeitam a categorias de grupos não organizados, titulares de direitos fragmentados e que, por isso, veem dificultado o acesso à justiça. Na prática, o que acaba por acontecer, não raras vezes, é a propositura de várias ações individuais e distintas, ainda que as situações levadas a juízos tenham contornos semelhantes, uma vez que a matéria de facto a provar é semelhante.

Ora, perante este estado de coisas e atendendo sobretudo à ideia generalizada de que há “muitas leis e pouco direito”, urge efetivar uma verdadeira tutela jurisdicional dos aludidos direitos.

Após a análise do nosso sistema processual, antecipamos a nossa conclusão: em Portugal não existe a figura das *class actions* com contornos rigorosamente iguais aos do instituto previsto na legislação norte-americana. Estas fundam-se num conjunto de dados jurídicos, culturais e sociais profundamente distintos daqueles que se vivenciam nos sistemas de *civil law*. Na realidade, este sistema encara o patrocínio forense de uma forma que nada tem que ver com o papel que os nossos advogados – e, na generalidade, os advogados continentais – desempenham. Este modo de enca-

<sup>54</sup> Além da ação popular, são também medidas específicas de proteção: as associações de defesa dos investidores, a mediação de conflitos e os fundos de garantia. Estes temas

rar o mandatário como “empresário legal” tem repercussões na dinâmica da figura. Não descuremos também a impossibilidade deontológica, na advocacia portuguesa, de angariação de clientes, bem como a ilegalidade dos *contingency fees* – estes elementos encontram-se bastante vincados na atuação do mandatário e afastam-nos do sistema da *common law*. Ademais, no sistema americano a responsabilidade é baseada sobretudo num paradigma sancionatório e não tanto resarcitório – daí os tão falados *punitive damages*<sup>55</sup>, tradicionalmente estranhos ao sistema português<sup>56</sup>.

Posto isto, passemos, então, à análise do instituto posto à disposição para a satisfação de finalidades semelhantes às das *class actions*: a ação popular.

A revisão constitucional de 1989 configurou a ação popular nos termos do art. 52.º/3 CRP. Este preceito consagra as entidades legitimadas para a promoção das referidas ações, assim como a finalidade destas. Note-se, porém, que a ação popular não tem de se limitar aos casos individualizados nas duas alíneas do n.º 3 do art. 52.º CRP, pois a norma tem caráter exemplificativo<sup>57</sup>. Este tipo de ação – baseada também na representação<sup>58</sup>

podem ser desenvolvidos, respetivamente, em SOFIA NASCIMENTO RODRIGUES, *ob. cit.*, pp. 67 a 82 e 83 a 114; BOLSA DE VALORES DE LISBOA, *O Fundo de Garantia*, Coleção Divulgação da BVL, Lisboa, 1996.

<sup>55</sup> Sobre esta material pode ler-se, nomeadamente FRANCESCO PARISI/MARTA CENINI, *Punitive Damages and Class Actions*, in University of Minnesota Law School, Minnesota Legal Studies Research Paper No. 08-38, Minneapolis, 2008, disponível em <http://ssrn.com/abstract=1264511>, 1-16; SHEILA B. SCHEUERMAN, *Two Worlds Collide: How the Supreme Court's Recent Punitive Damages Decisions Affect Class Actions*, in Baylor Law Review, 2008, disponível em <http://ssrn.com/abstract=1127691>, 1-61.

<sup>56</sup> Embora não seja um tema objeto de análise, salientamos o recente estudo de HENRIQUE SOUSA ANTUNES, *Da inclusão do lucro ilícito e de efeitos punitivos entre as consequências da responsabilidade civil extracontratual*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011. Pela sua inovação e atualidade constitui um contributo de peso no estudo da responsabilidade civil extracontratual. Esta tese assenta no significado que a expressão *remedies* atribui ao ato de reparar, nele desbravando as várias dimensões que o tratamento da matéria requer e, em face do Direito português, conclui pelo reconhecimento de que a indemnização não esgota as funções da responsabilidade civil, voltando, por isso, o seu estudo para os *restitutionary damages* e os *punitive damages*, enquanto formas de alargar a tutela conferida aos lesados. Na sua esteira, “quando se pretende determinar ou prevenir o dano, em contexto de prévia identificação das partes, a quantia apurada que se afasta dos critérios da reconstituição patrimonial tem o carácter de uma sanção com efeitos punitivos secundários, pois é vocacionada para compensar o seu destinatário ou assegurar o dever de prestar”. O próprio Autor está ciente de que todo este debate académico “se alimenta das provocações” – *vd.* HENRIQUE SOUSA ANTUNES, *ob. cit.*, pp. 8 e ss. e 649 e ss.

<sup>57</sup> *Vd.* J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *CRP Anotada – Arts. 1.º a 107.º*, vol. I, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, p. 700.

<sup>58</sup> *Vd.* IDEM., *Ibidem.*, p. 695.

– apresenta uma dupla vantagem: 1) evita obstruir os tribunais com várias ações individuais propostas por cada um dos lesados; e 2) promove uma ação única em que todos os interessados podem intervir, ainda que o seu dano seja irrisório.

A “ação popular de massas”<sup>59</sup> encontra a sua consagração legal na Lei n.º 83/95 de 31 de Agosto<sup>60</sup>. À semelhança do que sucede para a generalidade das ações populares em outros domínios, também relativamente aos investidores a ação popular pode traduzir-se no exercício de qualquer dos direitos de ação previstos na lei civil, penal ou administrativa.

Importa salientar, a propósito desta matéria, o art. 14.º da Lei n.º 106/99, de 26 de Julho, nos termos do qual “pode o Governo aditar ao elenco do n.º 2 do artigo 1.º da Lei n.º 83/95, de 31 de Agosto, os interesses dos investidores não institucionais em valores mobiliários ou outros instrumentos financeiros, conferindo a qualquer deles e às associações e fundações defensoras desses interesses a titularidade para a iniciativa da ação popular”.

O CMVM de 1991 primou pela apresentação de uma legislação inovadora, desde logo pela introdução de institutos dos valores mobiliários que até então eram desconhecidos ou escassamente regulados, assim como pela consagração de princípios básicos da informação e transparência<sup>61</sup><sup>62</sup>. Contudo, o dinamismo demonstrado pelo sistema financeiro a nível internacional, levou à necessidade de adaptação do Código anterior e, assim, surgiu o CVM, aprovado pelo DL n.º 486/99, de 13 de Novembro.

O CVM veio dedicar aos investidores (e de forma direta) o capítulo V, do título I, o que representou uma iniciativa louvável em termos de proteção dos direitos dos investidores.

Como já referimos, é nosso propósito destacar nesta exposição o mecanismo que, por ser aquele que desempenha uma função mais análoga à das *class action*: a ação popular<sup>63</sup>. No preâmbulo do DL n.º 486/99, aquela

<sup>59</sup> Vd. MARIANA SOTTO MAIOR, *O Direito de ação popular na CRP – Documentação e Direito Comparado*, nº 75/76, 1998, 239-272, p. 256.

<sup>60</sup> Esta encontra-se dividida entre as jurisdições civil e administrativa, sendo que da segunda parte cuida o art. 9.º CPTA; para mais desenvolvimentos, *vd.* MÁRIO ESTEVEZ DE OLIVEIRA/RODRIGO ESTEVEZ DE OLIVEIRA, *CPTA e ETAF Anotados*, vol. I, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 153 a 165.

<sup>61</sup> Vd. ANTÓNIO DA CUNHA REIS, *A Protecção dos Investidores face ao Código de Valores Mobiliário*, in Cad. MVM, nº 11, Agosto de 2001, 1-11, p. 2.

<sup>62</sup> Esta matéria é tratada por CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *O Código de Valores Mobiliários e o Sistema Jurídico*, in Cad. MVM, nº 7, Abril 2000, 19-47, pp. 19 e ss.

<sup>63</sup> Por via do paralelismo, já desatualizado, entre consumidores e investidores, os fundamentos para a proteção dos primeiros justificavam a sua aplicação aos segundos, precisa-

ação é definida como um meio de "intervenção organizada dos investidores em defesa dos seus interesses, em especial no que respeita à responsabilidade civil"<sup>64-65</sup>.

Cabe ao art. 31.º CVM regular a ação popular. Este mecanismo processual visa a "protecção de interesses individuais homogéneos ou coletivos" dos investidores. A este propósito OLIVEIRA ASCENSÃO<sup>66</sup> esclarece que estes interesses não são todos interesses individuais que, por seu turno, possam ser homogéneos ou coletivos, pois "individual contrapõe-[se] a coletivo". Como nota o Autor "isto significa que a acção popular não serve apenas para a defesa de interesses coletivos. Serve também para a defesa de interesses individuais, desde que sejam homogéneos. Quando são todos da mesma índole, podem ser conjuntamente defendidos pela acção popular."

A principal dúvida relativamente a esta matéria é a de saber quais os interesses que se podem defender (ou efetivar) através dela, tendo em conta que ela abrange (ou pode abranger) *interesses difusos, interesses coletivos e interesses individuais homogéneos*.

Para podermos apreciar melhor esta questão, há que passar em revista os vários tipos de interesses relevantes no domínio da ação popular.

Os interesses difusos são, como refere a doutrina constitucional, "a refracção em cada indivíduo de interesses unitários da comunidade, global e complexivamente considerada"<sup>67</sup>. Quer dizer, os interesses difusos referem-se, tendencialmente, a grupos de cidadãos cuja determinação concreta é difícil; ao mesmo tempo que dificilmente podem constituir interesses próprios de apenas um dos membros desse grupo.

Quanto aos interesses coletivos, também estes ultrapassam a esfera dos indivíduos que não podempropriar-se deles, mas – e é aqui que estará a diferença – eles são *pertença* de grupos, associações ou uma outra qualquer categoria de pessoas que se encontram ligadas entre si por uma relação jurídica de base.

Relativamente aos interesses individuais homogéneos, estes são já a concretização dos interesses difusos em cada um dos sujeitos que fazem da comunidade, permitindo a cada um desses sujeitos dizer que esse inte-

mente por seres também entendidos como a parte mais fraca. Para mais desenvolvimentos sobre esta questão, *vd.* SOFIA NASCIMENTO RODRIGUES, *ob. cit.*, pp. 29 e ss.

<sup>64</sup> Ponto 9 do preâmbulo do DL nº 486/99 de 13-11.

<sup>65</sup> O significado do instituto poderá ser mais facilmente compreendido analisando o direito do consumo. Para mais desenvolvimentos sobre esta matéria, *vd.* JOSÉ MANUEL MEIRIM, *O Ministério Público e o Acesso à Justiça*, in BMJ, nº 366, 1987, 11-39.

<sup>66</sup> *Vd.* J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *A Acção Popular e a Protecção do Investidor*, in Cad. MVM, nº 11, Agosto de 2001, 1-11, pp. 2 e ss.

<sup>67</sup> *Vd.* J.J. GOMES CANOTILHO/VITAL MOREIRA, *ob. cit.*, p. 282.

resse é *seu*, pelo simples facto de pertencerem à comunidade que detém o interesse difuso. Note-se, porém, que nestes casos, a possibilidade da sua tutela judicial conjunta se deve sobretudo a questões de ordem prática. Contrariamente, no caso dos interesses difusos *stricto sensu*, tal como os interesses não podem ser apropriados individualmente também não pode haver uma tutela conjunta e, já no caso dos interesses coletivos, a verdade é que há uma relação jurídica comum ou uma organização que agrupa todos os titulares do interesse.

Para a nossa abordagem atentaremos sobretudo a análise dos interesses difusos. Como referimos, os interesses difusos são definidos como aqueles “cuja titularidade pertence a todos e cada um dos membros de uma comunidade ou de um grupo, mas que não são suscetíveis de apropriação individual por qualquer desses membros”<sup>68</sup>. Estes interesses ligam-se a duas características essenciais da sociedade moderna: (i) a massificação, nomeadamente da informação; e (ii) o facto de a sociedade hodierna ser, cada vez mais, uma sociedade de risco que, potencialmente, afeta todos os membros da coletividade. Parafraseando NEVES RIBEIRO: “estão em causa interesses demasiado sérios que respeitam à nossa existência coletiva que ameaçam e lesam o presente e arriscam o futuro. Relevam do domínio de bens fundamentais (...), enfim, a nossa fazenda”<sup>69</sup>. Ora, na medida em que a lei lhe dá relevo jurídico, este interesse comunitário passa a constituir também uma posição jurídica subjetiva.

Na esteira de SOFIA NASCIMENTO RODRIGUES, tanto os direitos individuais homogéneos como os interesses coletivos são concretização dos interesses difusos<sup>70</sup>. Os primeiros representam uma concretização do interesse difuso em sujeitos determináveis; os segundos respeitam a situações de contitularidade de interesses<sup>71</sup>.

Não podemos deixar de notar que na perspetiva de OLIVEIRA ASCENSÃO<sup>72</sup> os interesses coletivos dos investidores não poderão ser considerados interesses difusos, pois “estes interesses não traduzem um interesse duma comunidade e a defesa de interesses gerais. Traduzem a defesa de interesses duma classe ou categoria, os investidores. São interesses próprios dessa classe, que não coincidirão necessariamente com os interesses

<sup>68</sup> Vd. M. TEIXEIRA DE SOUSA, *As Partes, o Objecto e a Prova na Ação Declarativa*, Lex, Lisboa, 1995, p. 55.

<sup>69</sup> Vd. NEVES RIBEIRO, *Os Interesses Difusos e as Ações Coletivas*, in RPDC, Novembro de 1994, 15-24, p. 16.

<sup>70</sup> Vd. SOFIA NASCIMENTO RODRIGUES, *ob. cit.*, p. 61.

<sup>71</sup> Esta diferença terá repercuções a nível da indemnização e constituirá uma matéria que será objeto de referência em momento posterior.

<sup>72</sup> Vd. J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *A Ação Popular...*, *cit.*, pp. 6 e ss.

gerais". O Autor vai mais longe e afirma que "estes interesses se referem a uma categoria de atividade, contraposta a outras. Poderiam ser chamados interesses *sindicais*: defendem uma categoria de intervenientes na atividade económica". Antevendo os mais óbvios argumentos, refere ainda que "não é aceitável perante isto falar-se ainda em interesses difusos, com o fundamento de essas entidades contribuírem para o funcionamento mais perfeito de um sector que tem interesse nacional, que são os mercados de capitais. A ser assim, dar-se-ia um sentido inadmissível a interesse difuso. Não é por uma entidade contribuir para o equilíbrio nacional que passa a ser detentora de interesses difusos. Doutro modo, as associações sindicais, as associações profissionais em geral e tantas outras de fins interessados tutelariam interesses difusos". OLIVEIRA ASCENSÃO remata afirmando que "não há uma correspondência bi-unívoca entre interesses difusos e acção popular. O interesse difuso pode ser defendido pela acção popular; mas a acção popular pode ser utilizada mesmo quando não está em causa a defesa de interesses difusos"<sup>73</sup>.

O art. 31.º do CVM parece afastar-se da *ratio* que subjaz à criação do mecanismo da ação popular, isto é a tutela do interesse difuso. A questão que se despoleta no âmbito da tutela dos investidores por recurso à ação popular é a existência de um interesse comunitário e *transindividual* que justifique o recurso àquela ação. Não menos verdade é que, ainda que tal se admita, à semelhança do que acontece no art. 31.º, a utilização da ação popular para a tutela de direitos individuais homogéneos ou interesses coletivos, desvirtua a finalidade daquele mecanismo processual; ao ponto de nos parecer equacionável que o art. 31.º configure o mecanismo da coligação processual e não uma verdadeira ação popular. Daí que haja diversos autores que entendem que a ação popular apenas deveria tutelar interesses difusos ou, noutra perspetiva, que ela não deveria ser utilizada

<sup>73</sup> Vd. IDEM, *Ibidem*, pp. 9 e ss. Como ensina J. OLIVEIRA ASCENSÃO "uma vez posto ao serviço de interesses que no máximo serão categoriais e no mínimo exclusivamente egoístas, por força do art. 31 CVM, obriga a uma ponderação em cada caso. Não serão aplicáveis regras que se justifiquem apenas pelo carácter altruísta da defesa de interesses difusos que a Lei nº 83/95 pressupõe". Assim, "será decisiva uma valoração de cada preceito do CVM, que pode levar a afastar a aplicação de regras da Lei n.º 83/95 que não sejam compatíveis com ele. (...) a aplicação do regime da Lei n.º 83/95 não é automática. Não poderão ser aplicáveis regras cujo espírito for incompatível com a índole, ou categorial, ou até exclusivamente individualística, dos interesses em causa dos investidores". Conclui assim da seguinte forma: "aplica-se a disciplina da ação popular, na medida em que é adequada para proteger esses interesses individuais ou categoriais; mas não já aqueles preceitos que só se justificam por uma consideração do interesse geral e do carácter altruísta que levou à criação daquela acção".

para tutelar posições jurídicas pessoais<sup>74</sup>. Apesar das divergências doutrinárias, o que nos parece ser um ponto assente é que a lesão de um interesse difuso não é incompatível com a lesão de outras categorias de interesses; no que se pode consentir é numa restrição apenas a estes<sup>75</sup>, pois o interesse difuso é o fundamento da ação popular<sup>76</sup>.

Em face do exposto, parece poder afirmar-se que há um alargamento excessivo do conceito de ação popular previsto no art. 31.º, quando comparados os interesses que lhe subjazem e aqueles que são tutelados pela tradicional ação popular constitucionalmente consagrada, isto é, o interesse difuso.

Ora, no caso da tutela coletiva dos interesses dos investidores, não parece haver um interesse difuso ou um bem comunitariamente relevante que legitime o recurso à ação popular. Haverá sim um interesse *categorial*, característico de um qualquer sector e, nessa medida, comum a todo o grupo de investidores. É óbvio que há um interesse de todos em que o mercado financeiro seja transparente, seja sólido, etc., mas tal não significa necessariamente um interesse da comunidade globalmente considerada. No âmbito da nossa análise – dos prejuízos económicos causados a investidores –, a tónica incide no interesse que estes têm na resarcibilidade do dano puramente patrimonial sofrido por cada investidor, embora defendido de forma coletiva.

Em suma, parece-nos que o regime da ação popular do CVM apela muito mais para uma defesa de interesses individuais homogéneos que de verdadeiros interesses difusos. Segundo de perto OLIVEIRA ASCENSÃO<sup>77</sup>, “o regime da acção popular justifica-se pois pela prossecução de interesses difusos. O acréscimo da cumulação possível com a tutela de interesses egoístas não lhe retira aquela característica básica”.

## 12. Perspetiva processual e de tutela jurisdicional

A perspetiva processual e de tutela jurisdicional têm por base uma conjugação do direito substantivo e do direito adjetivo – a Lei n.º 83/95, que

<sup>74</sup> Neste sentido *vd.* RUI CHANCERELLE DE MACHETE, *Algumas notas sobre os interesses difusos, o procedimento e o processo*, in: Estudos em Memória do Professor Doutor João de Castro Mendes, Lex, Lisboa, 1995, pp. 656 e ss. e, monograficamente, *vd.* NUNO SÉRGIO MARQUES ANTUNES, *O Direito de Ação Popular no Contencioso Administrativo Português*, Lex, 1997.

<sup>75</sup> Por exemplo, são emitidos no mercado determinados valores mobiliários acompanhados de informações que violem o art. 7.º CVM; não só estarão em causa interesses individuais dos investidores como também o interesse difuso da informação.

<sup>76</sup> *Vd.* J. PAIS DO AMARAL, *Direito Processual Civil*, 8.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009, p. 113.

<sup>77</sup> *Vd.* J. OLIVEIRA ASCENSÃO, *A Ação Popular...*, *cit.*, p. 9.

é o instrumento através do qual se efetiva aquele direito. Referimos, de seguida, as normas mais importantes para o objeto deste estudo.

O art. 1.<sup>º</sup>/1 “define os casos e termos em que são conferidos e podem ser exercidos o direito de participação popular para a prevenção, a cessação ou a perseguição judicial das infrações previstas no n.<sup>º</sup> 3 do artigo 52.<sup>º</sup> da Constituição”. São considerados interesses protegidos pela Lei, designadamente a saúde pública, o ambiente, a qualidade de vida, a proteção do consumo de bens e serviços, o património cultural e o domínio público.

A legitimidade para a propositura de ações deste tipo compete aos sujeitos previstos nas alíneas (a) a (c) do art. 31.<sup>º</sup>/1. Repare-se que o fenómeno da “representação” assumido pelas associações<sup>78</sup> e fundações, não implica, ao contrário do que sucede em outros ordenamentos, a necessidade de se ser seu membro para que seja possível a representação. Com efeito, basta tão só a existência de um interesse difuso que possa ser afetado, para que as entidades mencionadas no n.<sup>º</sup> 1 preencham os requisitos do art. 32.<sup>º</sup>, sendo necessário adicionalmente que não se tenha exercido o direito de *opt-out*.

O capítulo III da Lei n.<sup>º</sup> 83/95 dispõe sobre as normas processuais do exercício da ação popular. O art. 12.<sup>º</sup>/2 dispõe que “a ação popular civil pode revestir qualquer das formas previstas no Código de Processo Civil”. Nos processos de ação popular, o autor representa por iniciativa própria, com dispensa de mandato ou autorização expressa, todos os demais titula-

<sup>78</sup> Vd. SOFIA NASCIMENTO RODRIGUES, *ob. cit.*, p. 63 e ss. A criação de associações advém, no essencial, da necessidade de fazer face à concentração de poderes nas mãos dos agentes de mercado. O art. 32.<sup>º</sup> CVM ressalva logo no seu proémio a liberdade de associação constitucionalmente garantida, embora subordine esta liberdade, no caso das associações de investidores, à ausência de fim lucrativo e ao preenchimento das als. a) a c) do mesmo preceito.

Estas associações são titulares de vários direitos: direito de participação, direito de consulta e informação e direito de representação. Para aprofundamento destas matérias, *vd.* IDEM, *ibidem.*, pp. 71 a 82.

Apesar da possibilidade de “lançar mão” do mecanismo da ação popular e da eventual representação do lesado por uma associação, há um conjunto de fatores que travam as ações de responsabilização dos agentes de mercado. Os principais motivos que ora destacamos são: os custos da litigiosidade (a parte vencida pode ser obrigada a pagar parte ou a totalidade dos custos da parte vencedora); os honorários dos mandatários; a possível proximidade entre os administradores das sociedades emitentes e os investidores que, porventura, os possa dissuadir da ação; e a própria dimensão do mercado nacional que ao deixar antever a diminuição de postos de trabalho, pode ser um fator desencorajador da responsabilização de sujeitos potencialmente influentes no plano da contratação – *vd.* BRUNO FERREIRA, *A Responsabilidade dos Administradores e os Deveres de Cuidado enquanto estratégias de Corporate Governance. Implicações da Reforma do CSC*, in Cad. MVM, nº 30, Dezembro 2008, 8-18, pp. 14 e 15.

res dos direitos ou interesses em causa que não tenham exercido o direito de auto-exclusão previstos no art. 15.º, que dispõe sobre a possibilidade de os titulares de interesses coletivos poderem excluir-se da demanda o que significa que temos aqui o equivalente nacional do direito de *opt-out* estado-unidense<sup>79</sup>.

O art. 15.º deverá ainda ser conjugado com o 19.º relativo aos efeitos do caso julgado. À semelhança do que também já foi referido a propósito do sistema estado-unidense, as sentenças transitadas em julgado têm efeito de caso julgado com eficácia geral, não abrangendo, porém, aqueles membros que tiverem exercido o direito de exclusão.

Prosseguindo a ação popular é fixada “a responsabilidade por violação dolosa ou culposa dos interesses previstos no artigo 1.º [que] constitui o agente causador no dever de indemnizar o lesado ou lesados pelos danos causados” – cf. art. 22.º.

Relativamente à questão da indemnização, esta matéria parece ter uma especial conexão com a ação popular<sup>80</sup>. A indemnização prevista no n.º 2 é a indemnização a atribuir a título individual, pelo menos nada parece apontar em sentido diferente; os titulares não individualmente identificados são os lesados que não se apresentaram na ação – cf. art. 31.º/3. Cada membro tem o seu interesse em jogo mas quando atua defende um interesse coletivo: defende o interesse de todos, isto é, as eventuais indemnizações seriam da coletividade e não de cada membro individualmente. Aqui é que se colocam as questões derivadas do regime legal das indemnizações, para as quais não haverá sempre uma resposta cabal.

O *quantum* indemnizatório será fixado globalmente em função da violação de interesses não individualmente identificados; aqueles interesses que são individualmente identificados serão calculados com base nos termos gerais da responsabilidade civil (483.º e ss. do CC), *ex vi* art. 22.º<sup>81</sup>.

<sup>79</sup> Relativamente à questão do *opting-out*, não podemos deixar de referir os trabalhos em curso junto da Comissão Europeia, com vista ao *Rumo a uma abordagem europeia coerente sobre a ação coletiva*. A este propósito refira-se que “na maioria dos Estados-Membros, a decisão só vincula as pessoas que deram o seu consentimento expresso à ação («*opt-in*», por exemplo Suécia e Itália). Nalguns Estados-Membros, a decisão torna-se vinculativa para todos os membros do grupo, salvo se optaram por não participar («*opt-out*», Portugal, Dinamarca e Países Baixos)”, documento disponível para consulta em [http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011\\_collective\\_redress/pt.pdf](http://ec.europa.eu/competition/consultations/2011_collective_redress/pt.pdf), pp. 4 e 5.

<sup>80</sup> A propósito da matéria da indemnização, seguiremos de perto OLIVEIRA ASCENSÃO por considerarmos impressivas as linhas que lhe dedica.

<sup>81</sup> Assim, não será de supor um afastamento das normas gerais de responsabilidade civil pelo que, mesmo em relação aos titulares não individualmente identificados, têm que se aplicar os pressupostos civilísticos da responsabilidade civil extracontratual. Para maiores

Acontece que nem a Lei n.º 83/95 nem o CVM fixam um critério quanto à forma de cálculo da indemnização em caso de lesão de interesses coletivos. Como nota OLIVEIRA ASCENSÃO<sup>82</sup>: “é chocante a ausência de critérios no que respeita à atribuição e distribuição efetiva de indemnizações aos titulares de interesses não individualmente identificados. (...) há um deslizamento da justificação por uma ideia altruísta da proteção de interesses difusos para uma visão egoísta e interesseira de tutela de interesses individuais. Parece não levar a um abandono da noção de interesse difuso, como participação sem atribuição de quota num interesse comum; mas levou a uma descrição da ação popular como centrada muito mais na defesa dos interesses individuais que na dos gerais”.

O Autor prossegue afirmando que, quando estão em causa interesses individuais homogêneos, “a parte do princípio que haverá sempre indemnização. Mas essa indemnização é referida a danos individuais. A posição dos investidores é facilitada se uma única ação puder cobrir uma pluralidade de situações individuais homogêneas. Há aqui vantagem análoga à que se obtém em processo com a coligação”; já no caso dos interesses coletivos, “parece difícil ou marginal que a defesa destes interesses se funde em responsabilidade civil. De facto, [na] defesa de interesses coletivos (...) nada disto implica por si a existência de indemnizações”<sup>83</sup>.

Por outro lado, nota-se que há várias questões que na prática são prováveis, mas que não foram pensadas pelo legislador das quais destacamos a possibilidade do aparecimento de um lesado a reclamar a sua indemnização depois de esta já ter sido atribuída. Urge colmatar certas lacunas, sobretudo quando se prevê que o mecanismo está em vias de “despertar”.

Toda a linha argumentativa de OLIVEIRA ASCENSÃO que explanamos, visa notar que o art. 31.º não consagra uma verdadeira ação popular. Porém, há algo que tem de ser aceite, pois a legislação assim o determina: sempre que em causa se encontrem interesses individuais homogêneos ou coletivos dos investidores, aplicar-se-á a ação popular, bem como o seu regime jurídico. Para assim não acontecer, deveria ser pensada uma alteração legislativa, passando designadamente pela alteração da epígrafe do aludido preceito.

Relativamente à prescrição do direito à indemnização, o prazo previsto é o de três anos, consagrado no art. 22.º/4 da Lei, uma vez que o art. 31.º não dispõe sobre a matéria. Nas situações em que, por prescrição

desenvolvimentos sobre a matéria, *vd.* ANA CATARINA PERES, *Responsabilidade Civil da entidade emitente pelo conteúdo do prospecto*, in Cad. MVM, nº 5, Agosto de 1999, 56-95, pp. 56 e ss.

<sup>82</sup> *Vd. J. OLIVEIRA ASCENSÃO, A Ação Popular..., cit.*, p. 6.

<sup>83</sup> *Vd. IDEM, Ibidem*, p. 7.

ou não identificação dos beneficiários não seja paga a indemnização, esta reverterá para um fundo de garantia, previsto no art. 35.<sup>º</sup> do CVM, que visa resarcir os investidores não qualificados pelos danos causados pelos agentes de mercado.

### 13. Princípio da proteção: a informação e a formação<sup>84</sup>

Todas as manifestações do CVM que visam uma especial tutela dos investidores terão na sua base, em princípio, a necessidade subjacente de acautelar os interesses públicos. Com efeito, após o eco dos vários escândalos financeiros<sup>85</sup> e o consequente descrédito dos investidores nos mercados financeiros, notou-se um esforço crescente no sentido de reforçar a proteção dos interesses dos investidores, bem como da sua confiança nestes mercados.

Como a defesa do mercado suplanta a tutela de interesses individuais do aforista, podem surgir dúvidas no âmbito de aplicação de certas normas, enquanto defensoras de interesses individuais ou coletivos. Em caso de dúvida, há Autores que esclarecem que se deve considerar que a *ratio* subjacente às normas é a prossecução do interesse público, exceto se for detetável a preponderância do interesse individual dos investidores como acontece, designadamente, nos arts. 149.<sup>º</sup> e ss. do CVM. Nos casos de violação de normas que servem o interesse da comunidade, CARLOS OSÓRIO DE CASTRO defende que serão aplicáveis os preceitos civilistas da responsabilidade previstos nos arts. 483.<sup>º</sup> e ss. do CC<sup>86</sup>.

O princípio da proteção desempenha um papel harmonizador dos vários intervenientes no mercado financeiro, pois há uma tendência natural para os agentes detentores de participações mais qualificadas sobreporrem os seus interesses aos demais. Esta situação é especialmente visível entre os investidores qualificados e os não qualificados e, por isso mesmo,

<sup>84</sup> SOFIA NASCIMENTO RODRIGUES dedica algumas páginas à matéria na obra que temos citado, pelo que remetemos o leitor para a mesma caso pretenda ver a matéria mais desenvolvida.

<sup>85</sup> Vd. RAMON MULLERAT, *Corporate Social Responsibility: The Corporate Governance of the 21<sup>st</sup> century*. Kluwer Law International, Boston, 2005, p. 45.

<sup>86</sup> Vd. neste sentido CARLOS OSÓRIO DE CASTRO, *A informação no Direito de MVM*, in: *Direito dos Valores Mobiliários*, Lex, Lisboa, 333-347, p. 335.

o direito não poderia ser indiferente a esta assimetria de poderes. Daí a consagração de normas especialmente protetoras dos últimos<sup>87/88</sup>.

No entanto, a proteção dos investidores não pode ser ilimitada; a atividade bolsista terá sempre um risco implícito, caracterizado pelas flutuações dos mercados e pela especulação. Os limites à proteção poderão ser de três ordens<sup>89</sup>: "a) inevitabilidade do risco, b) recusa de paternalismo por parte da entidade de supervisão e c) auto-responsabilização do investidor". Tomando como certa a existência deste risco de mercado e parafraseando SOFIA NASCIMENTO RODRIGUES, constata-se que "nem o mercado de valores mobiliários, nem a autoridade que o supervisiona podem funcionar como «tutores» do investidor".

Relativamente às medidas gerais de proteção, a informação é, porventura, o seu elemento preponderante<sup>90</sup>. Nos termos do art. 7.º do CVM a informação fornecida deverá ser completa, verdadeira, atual, clara, objetiva e lícita<sup>91</sup>. Este dever de informação impende sobre vários agentes de mercado: emitentes, intermediários financeiros, entidades gestoras e CMVM<sup>92</sup>. Contudo, para que a informação desempenhe convenientemente o seu papel, ela terá de ser corretamente percecionada pelo seu destinatário; ora, isto pressupõe uma mínima formação, sobretudo quando nos referimos aos investidores não qualificados<sup>93</sup> (ou potenciais investidores que andam

<sup>87</sup> Pelo facto de serem, regra geral, os elos mais fracos do mercado, estabelece-se um paralelismo entre a necessidade de tutela dos investidores não qualificados e dos consumidores. Para o desenvolvimento desta analogia – *vd.* SOFIA NASCIMENTO RODRIGUES, *ob. cit.*, p. 29 e ss.

<sup>88</sup> PAULA COSTA E SILVA ensina que o modo de efetivar a tutela destes investidores, ditos mais fracos, passa pela "proibição da respetiva exposição a um elevado risco através da restrição do acesso quer a determinados produtos financeiros, quer a determinados mercados; concessão de faculdades processuais vedadas aos investidores qualificados; acesso a fundos de garantia, direitos de arrependimento (...)", *ob. cit.*, pp. 159 e 160.

<sup>89</sup> *Vd.* SOFIA NASCIMENTO RODRIGUES, *ob. cit.*, pp. 33 e ss.

<sup>90</sup> No direito das sociedades, contrariamente ao que acontece no mercado financeiro, os direitos informativos dos sócios são de exercício pessoal, nomeadamente o direito de consulta, direito à obtenção de informações relativas à assembleia geral e direito à prestação de informações por escrito. Já no mercado de capitais tudo se passa de modo diferente: a publicação surge como modo típico de cumprimento de deveres informativos, pois neste caso há uma especial tutela do interesse do aforrador.

<sup>91</sup> Sobre o desenvolvimento destes conceitos *vd.* MAFALDA GOUVEIA MARQUES/MÁRIO FREIRE, *A Informação no Mercado de Capitais*, in Cad. MVM, nº 3, 2.º Semestre, 1998, 111-123, pp. 115 e 116.

<sup>92</sup> Para mais desenvolvimentos sobre a atuação destas entidades no plano financeiro, *vd.* SOFIA NASCIMENTO RODRIGUES, *ob. cit.*, pp. 39 a 51.

<sup>93</sup> Sobre as especificidades do MVM e a relação com os investidores – *vd.* FERNANDO ZUNZU-NEGUI, *Derecho del Mercado Financiero*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pp. 26 e ss.

a “conhecer” o mercado), não raras vezes desconhecedores da estrutura e funcionamento do mercado, bem como dos instrumentos negociáveis naquela sede<sup>94</sup>. As ações de formação podem ser levadas a cabo através de uma pluralidade de comportamentos, designadamente a publicação de brochuras informativas, organização de sessões de esclarecimento e serviço público de informação. Pode referir-se, a este propósito, o veículo de informação que representa, cada vez mais, a *web page* da CMVM, na qual se encontra informação útil para qualquer tipo de investidor, apenas à distância de um simples clique.

## 14. Conclusão

No final deste pequeno excuso no âmbito dos mecanismos postos na lei para a tutela coletiva dos investidores em sociedades anónimas cotadas em bolsa, julgamos que, não obstante os diversos entraves e dificuldades que referimos, são incontestáveis as vantagens da existência de um mecanismo de tutela coletiva como o da ação popular. No entanto, ficou claro que esta é ainda uma figura tradicionalmente estranha, na prática, à realidade nacional que vê aparecerem, agora – na fase crítica da mais grave crise financeira da história – algumas importantes ações deste tipo.

<sup>94</sup> Há que distinguir a informação – enquanto conjunto de medidas dirigidas a investidores efetivos, com vista a alertá-los sobre o ato de investimento por si praticado – da formação e publicidade – canalizadas, tendencialmente, para potenciais investidores.



**RESUMO:** Prevendo o art. 78.º do CSC duas obrigações de indemnização por parte dos administradores (perante os credores sociais e perante a sociedade exercida por estes), a referência que era feita no n.º 3 à “obrigação de indemnização” dividia a doutrina quanto ao dever em causa. Introduzindo o legislador, na reforma de 2006, o elemento “referida no n.º 1”, aparentemente clarificou a norma. Porém, cabe-nos aqui, comparando as duas situações previstas e o sentido da aplicação da norma a cada uma, considerar o acerto da opção legal.

**ABSTRACT:** Given that art 78 of the CSC foresees two obligations for compensation by the administrators (to the social creditors and to the society formed by them), the reference that was made in number 3 to the “obligation for compensation” divided the doctrine with respect to the duty being discussed. In the 2006 reform, the introduction by the legislator of the element “referred to in number 1” seems to have clarified the norm. However, by comparing the two situations foreseen and the sense in which the norm is applied to them, we will consider the rearrangement of the legal option.

JOSÉ GUILHERME GOMES\*

## A ação sub-rogatória de credor social e a ação direta à luz do art. 78.º n.º 3

### 1. Deveres dos administradores e Responsabilidade Civil

O exercício pelos administradores<sup>1-2</sup> de sociedades comerciais dos seus poderes de administração implica que, a cada momento, façam escolhas. Porém, a liberdade de gestão é limitada pelos deveres que vinculam aqueles que a exercem. Alguns de forma imediata e específica obrigam a comportamentos determinados, pelo que o seu conteúdo é específico. Outros,

\* Licenciado  
e Mestrando  
em Direito

<sup>1</sup> Tomamos aqui administrador(es) num sentido amplo, englobando administradores, administradores executivos e gerentes.

<sup>2</sup> Caberá primordialmente ao Conselho de Administração ou ao Conselho de Administração Executivo a gestão das Sociedades Anónimas (art. 405.º n.º 1 e 431.º n.º 1) e aos gerentes a das Sociedades por Quotas (art. 259.º). Quanto ao conteúdo do poder de administração, bem como quanto à titularidade de alguns poderes de administração pelo órgão deliberativo interno e à possibilidade de exercício de alguns daqueles poderes por trabalhadores da sociedade ou terceiros, cfr. COUTINHO DE ABREU, *Governação das Sociedades Comercias*, Almedina, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 39-44.

em razão da natureza dinâmica<sup>3</sup>, evolutiva e em certa medida imprevisível da vida empresarial, estabelecem padrões de conduta, tendo por isso um caráter geral.

O cumprimento do dever principal de administrar, através do exercício dos correspondentes poderes, implicando necessariamente uma grande margem de discricionariedade, pelo que incompatível com uma estrita vinculação, é limitado pela lei quando não por deveres específicos<sup>4</sup>, por deveres gerais que orientam o seu exercício no sentido da realização do interesse social<sup>5</sup>. Surgem estes últimos no art. 64.<sup>º</sup> n.<sup>º</sup> 1 do Código das Sociedades Comerciais<sup>6</sup> sob a epígrafe “deveres fundamentais”<sup>7</sup>. Prevê a norma que: “Os gerentes ou administradores da sociedade devem observar: a) Deveres de cuidado, revelando a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da atividade da sociedade adequados às suas funções e empregando nesse âmbito a diligência de um gestor criterioso e ordenado; e b) Deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus

<sup>3</sup> CATARINA PIRES CORDEIRO, “Algumas considerações críticas sobre a responsabilidade civil dos administradores”, in *O Direito*, Ano 137, n.<sup>º</sup> I, p. 104, refere que “Administração, no sentido societário, possui, em primeira linha, um sentido dinâmico, evolutivo, envolve um dado ritmo, funcionalizado à prossecução do fim social”.

<sup>4</sup> Como exemplos não exaustivos de deveres diretamente impostos pela lei em sentido amplo vejam-se: o dever de não ultrapassar o objeto social (art. 6.<sup>º</sup> n.<sup>º</sup> 4 do CSC); o dever de não executar deliberações sociais nulas (arts. 412.<sup>º</sup> n.<sup>º</sup> 4 e 433.<sup>º</sup> n.<sup>º</sup> 1); o dever de requerer a declaração de insolvência da sociedade em certas circunstâncias (art. 203.<sup>º</sup> e 204.<sup>º</sup> do CIRE) e o dever de não provocar um dano à sociedade (art. 212.<sup>º</sup> do CPen).

<sup>5</sup> Quanto ao interesse social, hoje valendo uma conceção institucionalista moderada, ancorado no art. 64.<sup>º</sup> n.<sup>º</sup> 1/b do CSC, isto ainda que “os interesses dos sócios pesem muito mais” e “a falta de (ou deficiente) ponderação dos interesses dos não-sócios praticamente não tenha sanção”, cfr. COUTINHO DE ABREU “Deveres de cuidado e de Lealdade dos Administradores e Interesse Social” in *Reformas do Código das Sociedades*, Colóquios do IDET, Almedina, Coimbra, 2007, pp.37-46.

<sup>6</sup> Os artigos citados sem indicação do diploma legal a que pertencem referem-se ao CSC, aprovado pelo DL nº 262/86, de 2 de Setembro.

<sup>7</sup> Mais avisadamente teria o legislador optado pela epígrafe “deveres gerais”, pois assim parece que sobre os administradores impendem uns deveres que estariam num nível superior e outros que estariam num patamar inferior. Todavia julgamos que a especialidade dos primeiros está precisamente em terem um caráter geral, os outros – os deveres legais específicos – vinculam aqueles de igual modo, bem como as consequências do incumprimento de uns e outros são idênticas. No sentido de “dois níveis de deveres dos gestores”, cfr. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS “Business judgment rule, deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa e o artigo 64.<sup>º</sup> do Código das Sociedades Comerciais” in DSR, Ano 1 (Outubro de 2009), Vol. 2, Almedina, Coimbra, p. 63.

trabalhadores, clientes e credores". Resulta daqui que deverá o administrador orientar a sua conduta por dois deveres gerais: o dever de cuidado e o dever de lealdade<sup>8</sup>.

Por conseguinte, a condução dos destinos de uma sociedade comporta um risco<sup>9</sup>, que se traduz na responsabilização pelo incumprimento de deveres legais e bem assim de eventuais deveres estatutários<sup>10</sup>. Um administrador não observa os deveres a que está adstrito quando uma determinada ação não cumprir o comportamento diretamente imposto pela lei, ou pelo estatuto social. Ou quando tenha sido desleal para com a sociedade, porque a utilizou para obter algum tipo de benefício ou realizar interesses alheios. E ainda quando não cumpra o dever de cuidado porque não prestou "atenção à evolução económico-financeira da sociedade e ao desempenho de quem a gere", não tendo por isso procedido ao seu controlo organizativo-funcional; ou porque não preparou "adequadamente as decisões", recolhendo e tratando a "informação razoavelmente disponível", pelo que não atou proceduralmente de um modo correto; ou porque a sua escolha não cabe naquelas que são substancialmente razoáveis, o que acontece quando leva ao esbanjamento de património social; ou conduza a riscos desmedidos, isto é, ao perecimento da sociedade<sup>11</sup>.

Violado um dever (ou mais) afirma-se a ilicitude da conduta do administrador, que se for a causa de um dano, porque existe nexo de causalidade,

<sup>8</sup> Quanto à influência anglo-americana da atual redação do preceito (resultante da reforma do CSC operada pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março), bem como quanto à comparação com a anterior redação, cfr. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*, Cadernos do IDET n.º 5, 2.ª Edição, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 14-18; e PEDRO PAÍS DE VASCONCELOS, "Responsabilidade Civil dos Gestores das Sociedades Comerciais" in DSR, Ano 1 (Março de 2009), Vol. 1, Almedina, Coimbra, pp. 16-18.

<sup>9</sup> Cfr. RICARDO COSTA/GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, in *Código das Sociedades Comerciais em Comentário* (coord. de Coutinho de Abreu), Vol. I (Artigos 1.º a 84.º), Almedina, Coimbra, 2010 p. 726.

<sup>10</sup> Refere-se o art. 72.º n.º 2 a "deveres contratuais", querendo englobar os deveres que resultem para o administrador do contrato de sociedade e do estatuto social de uma sociedade unipessoal por quotas. Poderão ainda considerar-se aqui compreendidos, apesar de desnecessário em razão do princípio da força vinculativa dos contratos (art. 406.º n.º 1 do CC), os deveres que resultem de um contrato celebrado entre o administrador e a sociedade que preveja determinadas obrigações a cumprir por aquele. Portanto mais ajustada teria sido a referência a "deveres estatutários", cfr. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade...* cit., pp. 9-11.

<sup>11</sup> Quanto a manifestações do dever de lealdade e às referidas concretizações do dever de cuidado, cfr. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade...* cit., pp. 14-36.

e culposa segundo o padrão abstrato do “gestor criterioso e ordenado”<sup>12</sup>, dará lugar à obrigação de reparação<sup>13</sup> (art. 72.º n.º 1). Considerados os amplos poderes que são atribuídos àqueles que são encarregados da gestão societária, em confronto com os poucos poderes que nessa matéria são conferidos aos sócios (art. 246.º, 259.º e 373.º n.º 3,), é natural (e necessário) que respondam perante aquela que administram pelos danos que lhe infljam<sup>14</sup>. Isto vale mesmo havendo o direito à informação por parte dos sócios (art. 214.º para qualquer sócio das sociedades por quotas e art. 288.º para acionista que possua pelo menos ações correspondentes a 1% do capital social e alegue motivo justificado), e havendo um órgão de fiscalização (art. 278.º para as sociedades anónimas e art. 262.º para a possibilidade ou obrigatoriedade nas sociedades por quotas), porque apesar de poderem controlar a atividade não a cerceiam.

O dano traduzindo-se numa diminuição do património social, ou no impedimento de um determinado incremento, pode repercutir-se na posição dos credores sociais. Isto é, o dano diretamente infligido na sociedade pode provocar uma situação de insuficiência patrimonial que a impeça de cumprir os seus deveres para com aqueles, deste modo causando-se aos credores um dano indireto. Por forma a acautelá-los perante uma situação de inércia da sociedade, a lei prevê expressamente a possibilidade de se sub-rogarem à sociedade na exigência dos respetivos créditos (art. 78.º n.º 2). Porém, a tutela concedida aos credores é, entre nós, mais forte, uma vez que lhes é reconhecido, em determinadas circunstâncias, um direito próprio de reparação perante os administradores pelo dano (indireto) que lhes é causado (art. 78.º n.º 1)<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Quanto ao afastamento da responsabilidade do administrador, quanto ao dever de tomar decisões (substancialmente) razoáveis em razão da não irracionalidade da decisão (art. 72.º n.º 2), cfr. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade...cit.*, pp. 37-48.

<sup>13</sup> Afirma GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização de Sociedades e Responsabilidade Civil*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 42, que o regime da responsabilidade civil dos administradores “apresenta apenas a especificidade resultante dos particulares deveres que sobre eles recaem, sendo estes que irão depois concretizar e delimitar a ilicitude das respetivas condutas”. Não obstante, encontramos nós uma outra especificidade, ou pelo menos diferença, em relação ao regime comum da responsabilidade civil, o mais exigente padrão de aferição da culpa: o padrão do “gestor criterioso e ordenado” (art. 64.º n.º 1/a).

<sup>14</sup> Cfr. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS “Responsabilidade Civil dos Gestores das Sociedades Comerciais” in DSR, Ano 1 (Março de 2009), Vol. 1, Almedina, Coimbra, p. 16. Refere o A. que “O diálogo jurídico entre a liberdade e a responsabilidade manifesta-se também aqui”.

<sup>15</sup> Podem ainda os credores, enquanto terceiros, intentar uma ação de responsabilidade contra os administradores, quando estes lhes causem um dano direto, art. 79.º n.º 1. Diferentemente, como ficou dito em texto, no art. 78.º n.º 1 está em causa um dano indireto,

São situações diferentes em que os credores podem intentar uma ação de responsabilidade contra administradores. Numa procuram que estes respondam perante a sociedade, para que esta possa satisfazer os créditos que têm para com ela. Noutra pretendem fazer valer um direito que lhes é próprio perante aqueles que lhes provocaram um dano indireto.

## 2. A Ação Sub-rogatória Proposta por Credor Social

Prescreve o art. 78.<sup>º</sup> n.<sup>º</sup> 2 que: "Sempre que a sociedade ou os sócios não o façam, os credores sociais podem exercer, nos termos dos artigos 606<sup>º</sup> a 609<sup>º</sup> do CC, o direito de indemnização de que a sociedade seja titular". Coloca a norma a possibilidade de os credores sociais exercerem um direito de que a sociedade é titular na dependência da verificação de dois requisitos.

O primeiro, que já resultaria da remissão feita para a lei civil (art. 606.<sup>º</sup> n.<sup>º</sup> 1 do CC), está expressamente previsto: a inércia do devedor. Significa isto que só há lugar à ação sub-rogatória quando a sociedade não exerce o seu direito. Esta não o faz quando os sócios não aprovam a proposta de deliberação de que depende a propositura da ação (art. 75.<sup>º</sup> n.<sup>º</sup> 1); ou quando deliberando aqueles propô-la, não seja intentada no prazo de seis meses (art. 75.<sup>º</sup> n.<sup>º</sup> 1)<sup>16</sup>. A passividade da sociedade no que respeita à ação de responsabilidade pode ser total, quando a assembleia geral nem chegue a pronunciar-se. Em tal situação, para que se possa afirmar que a sociedade não exerceu o seu direito, deverão os credores instigá-la a agir, comunicando a situação responsabilizante aos órgãos de fiscalização das sociedades anónimas (arts. 420.<sup>º</sup> n.<sup>º</sup> 1/j, 423.<sup>º</sup> F n.<sup>º</sup> / j, 441.<sup>º</sup> n.<sup>º</sup> 1 /j), ou a qualquer sócio na sociedade por quotas, ou ao conselho fiscal ou revisor oficial de contas, se os houver (art. 262.<sup>º</sup>), para que requeiram a convocação da assembleia, por forma a que a sociedade delibre. Se depois de

precisamente, a insuficiência patrimonial da sociedade para a satisfação dos respetivos créditos.

<sup>16</sup> A deliberação sobre a ação de responsabilidade pode ser tomada numa assembleia geral convocada para o efeito, ou na "assembleia que aprecie as contas de exercício e embora tais assuntos não constem da convocatória" (art. 75.<sup>º</sup> n.<sup>º</sup> 2). Esta exceção à regra que impõe que o assunto sobre o qual a deliberação deve ser tomada deve constar do aviso convocatório (arts. 377.<sup>º</sup> n.<sup>º</sup> 5/e e 8, 248.<sup>º</sup> n.<sup>º</sup> 1), é compreensível pois na "apreciação da atividade da administração a que nessa assembleia se procede podem ser revelados factos que aconselhem deliberação de propositura de ação de responsabilidade", cfr. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade...* cit., p. 60.

incitada, continuar esta sem agir, haverá legitimidade dos credores para proporem a respetiva ação social sub-rogatória.

Diferentemente da ação sub-rogatória civil, a lei coloca ainda a possibilidade de os credores se sub-rogarem à sociedade na dependência do não exercício do direito desta por outros sujeitos: os sócios (art. 78.<sup>º</sup> n.<sup>º</sup> 2). O sócio ou sócios possuidores de 5% do capital social, ou de 2% no caso de sociedades abertas, podem “propor ação social de responsabilidade contra gerentes ou administradores, com vista à reparação, a favor da sociedade, do prejuízo que esta tenha sofrido, quando a mesma a não haja solicitado” (art. 77.<sup>º</sup> n.<sup>º</sup> 1). Também estes, como resulta da norma, só poderão agir contra o administrador devedor da sociedade se esta se mantiver inerte, ou porque deliberava não propor a ação, ou porque deliberando propô-la<sup>17</sup>, não lhe dá seguimento no prazo de seis meses.

Porém, não estabelece a lei qualquer prazo dentro do qual deverão ou poderão os sócios intentar a chamada ação social *ut singuli*, pelo que ficaria em aberto o momento em que cessa a legitimidade dos sócios, e consequentemente aquele em que se afirma a legitimidade dos credores sociais. Ora não terá querido o legislador estabelecer três momentos de legitimidade em que o último lugar caberia aos credores. Isto porque se a sociedade deve agir judicialmente contra os administradores em seis meses, não cumprindo o prazo não fica impedida de o fazer até que o direito de indemnização prescreva<sup>18-19</sup>. Logo a possibilidade de proposição da ação social *ut singuli* é sempre concorrente com a da sociedade. Se assim é, apenas há exclusividade da sociedade durante os seis meses seguintes à deliberação que aprove a propositura da ação. Por conseguinte a refe-

<sup>17</sup> Sempre que a sociedade não se pronuncie sobre o assunto deverão os sócios pedir a convocação de uma assembleia geral; ou quando já convocada a inclusão do assunto na ordem do dia (qualquer um nas sociedades por quotas, art. 248.<sup>º</sup> n.<sup>º</sup> 2; um ou mais acionistas que possuam ações correspondentes a 5% do capital social nas sociedades anónimas, art. 375.<sup>º</sup> n.<sup>º</sup> 2 e 378.<sup>º</sup> n.<sup>º</sup> 1; ou 2% nas sociedades abertas, art. 23.<sup>º</sup> A n.<sup>º</sup> 1 e 2 do CVM). Assim COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade Civil...*cit., pp. 63-64. Em sentido contrário defendo que basta o decurso do “prazo suficiente para requerer a assembleia geral, aprovar a propositura da ação e apresentá-la em tribunal”, cfr. PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 5<sup>a</sup> Edição, Almedina, Coimbra, 2010, p. 776.

<sup>18</sup> Cfr. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade...*cit., p. 61.

<sup>19</sup> O direito de indemnização da sociedade contra os administradores prescreve no prazo de cinco anos a contar do termo da conduta do administrador (art. 174.<sup>º</sup> n.<sup>º</sup> 1/b), ou da revelação do facto, ou da produção do dano (se posteriores), cfr. RAÚL VENTURA/BRITO CORREIA “Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades Anónimas e dos Gerentes de Sociedades por Quotas” in BMJ n.<sup>º</sup> 195 (1970), pp. 43-44. Todavia se o facto ilícito de que resulta a obrigação constituir crime e a lei preveja prazo mais alargado para a prescrição, aplicar-se-á esse prazo (art. 174.<sup>º</sup> n.<sup>º</sup> 5)

rênciam da norma aos “sócios” quererá dizer que intentando estes a ação, já não poderão os credores fazê-lo. Terá o legislador querido “evitar que em diferentes ações se estivesse a peticionar a indemnização devida pelos administradores à sociedade, por atuações ou omissões ilícitas, presumivelmente culposas e danosas”. Será assim porque “o intuito conservatório da garantia patrimonial, próprio da tutela do art. 78.º n.º 2, imprime um certo caráter de urgência à ação dos credores sociais”<sup>20</sup>, não compatível com uma hipotética aplicação analógica dos seis meses previstos para a ação proposta pela sociedade.

O segundo requisito de cuja verificação está dependente a possibilidade de os credores agirem em lugar da sociedade resulta da remissão feita para o regime geral da ação sub-rogatória: a essencialidade da utilização deste meio de conservação da garantia patrimonial para a satisfação ou garantia do seu direito (art. 606.º n.º 2 do CC).

Será aquela essencial à satisfação do crédito, quando a sociedade, apesar de ser titular de um crédito, por insuficiência patrimonial não puder satisfazer os seus credores, isto é, o passivo torna-se superior ao ativo. Não é de defender que a exigida “situação de crise patrimonial” seja a insolvência, pois defendê-lo implica que os credores percam, num curto prazo, a legitimidade para intentar a ação, pois no processo de insolvência o administrador da insolvência tem legitimidade exclusiva para propor e fazer seguir a ação social de responsabilidade (art. 82.º n.º 2 do CIRE)<sup>21</sup>.

Não exercendo a sociedade o seu direito e verificando-se a essencialidade da sub-rogação para a satisfação do seu crédito, podem os credores intentar a respetiva ação de responsabilidade, ocupando o lugar que caberia à sociedade se fosse esta a intentá-la<sup>22</sup>. Terá de ser citada (art. 608.º CC), para juntamente com os credores ocupar a posição de autora em litisconsórcio (art. 325.º e ss. do CPC). A reparação do dano pode ser exigida na totalidade a qualquer um dos administradores que tenha praticado os

<sup>20</sup> MARIA ELISABETE RAMOS, *O Seguro de Responsabilidade Civil dos Administradores – Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura*, Almedina, Coimbra, 2010, p. 206. Mais refere a autora que “A disjuntiva (ou) usada no teor literal do art. 78.º n.º 2, induz uma ideia de alternatividade (a sociedade ou os sócios não efetivaram o direito de indemnização de que a primeira é titular)”.

<sup>21</sup> Cfr. MARIA ELISABETE RAMOS, *O Seguro de Responsabilidade Civil... cit.*, p. 207.

<sup>22</sup> Na sub-rogação existe ao nível do processo uma substituição processual. Em tais situações a lei admite como parte do processo, atuando em nome próprio, um terceiro que não é parte da relação material controvertida, nem titular do interesse em causa na ação. Porém, tem um interesse que está na dependência do substituído. Cfr. JOSÉ LEBRE DE FREITAS, *Introdução ao Processo Civil. Conceito e Princípios Gerais à Luz do Código Revisto*, Coimbra Editora, Coimbra, 1996, p. 60.

factos ilícitos e presumivelmente culposos (art. 72.º n.º 1) causadores do dano, porque a responsabilidade é solidária (art. 73.º n.º 1)<sup>23</sup>.

Condenados os administradores, a indemnização obtida ingressará no património social (art. 609.º do CC), aproveitando a todos os credores. Por este motivo, quando existam outros credores mais bem colocados, pode aquele que intentou a ação não ver o seu crédito totalmente satisfeito, ou nem sequer satisfeito<sup>24</sup>.

### 3. Responsabilidade perante os Credores Sociais

Os administradores para responderem diretamente perante os credores sociais terão de provocar uma diminuição do património social, que o torne insuficiente para a satisfação dos respetivos créditos, por haverem violado deveres de proteção daqueles. Ainda que o dano direto seja provocado na sociedade, os credores são titulares de um direito próprio pelo dano indireto que lhes foi causado, a diminuição do património que o torna insuficiente para a satisfação dos seus créditos.

Os deveres de proteção violados podem ser legais ou “contratuais” (art. 78.º n.º 1). Em causa estarão normas que visem intencionalmente a proteção dos credores, ainda que não seja esse o seu fim principal<sup>25</sup>, isto é, terão de visar só ou também a tutela daqueles. Raras vezes serão contratuais, *rectius* estatutárias, não obstante poderão existir normas nos estatutos cujo escopo seja a defesa dos credores<sup>26</sup>.

Mais comuns são as normas legais de tutela dos credores que impõe deveres específicos. Desde logo serão convocados todos os preceitos “cuja

<sup>23</sup> Não são responsáveis os administradores que não tenham participado ou hajam votado vencidos na deliberação causadora dos danos, “podendo nesse caso fazer lavrar no prazo de cinco dias a sua declaração de voto, quer no respetivo livro de atas, quer em escrito dirigido ao órgão de fiscalização, se o houver, quer perante notário ou conservador” (art. 72.º n.º 3).

<sup>24</sup> MARIA ELISABETE RAMOS, *O Seguro de Responsabilidade Civil...*cit., p. 208, apresenta esta como uma das razões para a escassa utilidade prática desta ação. Acrescenta ainda outros dois motivos: a “incerteza legislativa quanto ao momento em que se constitui a legitimidade dos credores sociais” e a dificuldade, para quem está de fora da sociedade, em provar os “factos ilícitos causadores do dano à sociedade”.

<sup>25</sup> Cfr. MARIA ELISABETE RAMOS, *Responsabilidade Civil dos Administradores e Diretores de Sociedades Anónimas Perante os Credores Sociais*, Studia Ivrídica 67, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 203-204.

<sup>26</sup> COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade Civil...*cit., p. 72, apresenta a possibilidade aberta pelo art. 317.º n.º 1 como norma estatutária também de proteção dos credores.

função consista na defesa da integridade patrimonial da sociedade”<sup>27</sup>. Como exemplos de normas de proteção são mobilizáveis as normas “que provêm a conservação do capital social”<sup>28</sup>: a proibição, salvo previsão legal, de distribuição de bens sociais aos sócios sem prévia deliberação (art. 31.º); a interdição de distribuição de bens quando o património líquido seja ou se tornasse inferior à soma do capital e das reservas legais e estatutárias (art. 32.º); a impossibilidade de distribuição de lucros verificadas em certas situações (art. 33.º); a proibição de amortização de quotas e de ações próprias sem ressalva do capital social (arts. 236.º e 346.º). São também normas de proteção as que regulam a constituição e a utilização da reserva legal (arts. 218.º, 295.º e 296.º); as que proíbem a subscrição de ações próprias (art. 316.º n.º 1); a que delimita a capacidade jurídica das sociedades (art. 6) e a que impõe ao administrador o dever de requer a declaração de insolvência da sociedade verificadas certas circunstâncias (art. 18 do CIRE).

Só a insuficiência patrimonial, que existe quando o passivo for superior ao ativo<sup>29</sup>, causada pela violação de algum ou alguns destes deveres, provoca nos credores um dano indireto indemnizável pelos administradores. Não se verificando a incapacidade da sociedade para fazer face às suas obrigações, ainda que haja incumprimento de alguma daquelas normas, não há lugar à responsabilidade direta perante credores sociais<sup>30</sup>. Poderá existir responsabilidade perante a sociedade, cumpridos os pressupostos do art. 72.º.

O critério de aferição da culpa (dolosa ou negligente) será o do “gestor criterioso e ordenado”, a bitola de culpa em matéria de responsabilidade civil dos administradores. Não vale aqui a presunção de culpa do art. 72.º n.º 1, pois o art. 78.º n.º 5 não remete para aquele número e tal resulta do art. 487.º do CC, relativo à responsabilidade delitual. Como tal deve ser “qualificada, pelo menos, em regra, a responsabilidade dos administradores perante credores sociais: não existe entre uns e outros, enquanto tais,

<sup>27</sup> PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “Responsabilidade Civil...cit.”, p. 29.

<sup>28</sup> COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade Civil...cit.*, p. 73. Os exemplos referidos de seguida em texto seguem os apresentados pelo autor.

<sup>29</sup> Cfr. COUTINHO DE ABREU, “Diálogos com a jurisprudência, II – Responsabilidade dos administradores para com credores sociais e desconsideração da personalidade jurídica” in DSR Ano 1 (Outubro de 2009), Vol. 2, Almedina, Coimbra, p. 53.

<sup>30</sup> Por esta razão, pode a responsabilidade direta dos administradores perante os credores ser caracterizada como “responsabilidade de segunda linha”. Assim ADELAIDE MENEZES LEITÃO, “Responsabilidade dos administradores para com a sociedade e os credores sociais por violação e normas de proteção”, *Direito e Justiça, Estudos dedicados ao Prof. Doutor Luís Alberto de Carvalho Fernandes*, Vol. Especial, UCP Editora, 2011, p. 48.

relação obrigacional, as relações creditórias ligam os credores à sociedade, não aos administradores”<sup>31</sup>.

Respondendo os administradores (representantes orgânicos), a sociedade responde solidariamente nos termos em que os comitentes respondem pelos atos ou omissões dos comissários (art. 6.<sup>º</sup> n.<sup>º</sup> 5). O credor poderá demandar esta ou aqueles ou ambos pela totalidade da indemnização. Tendo a sociedade cumprido em todo ou em parte, terá direito de regresso sobre os administradores, pela totalidade do que haja pago (500.<sup>º</sup> n.<sup>º</sup> 3 do CC), pois aqui não há culpa sua: os administradores respondem perante os credores pela violação de normas imperativas que os vinculam.

#### 4. O Sentido do art. 78º n.<sup>º</sup> 3

Antes da reforma do CSC operada pelo Dec.-Lei 76-A/2006 o n.<sup>º</sup> 3 do art. 78 previa que “A obrigação de indemnização não é, relativamente aos credores, excluída pela renúncia ou pela transação da sociedade nem pelo facto de o ato, ou omissão assentar em deliberação da assembleia geral”. Referindo-se cada um dos números imediatamente anteriores aos dois diferentes tipos de indemnização mencionados, gerou-se uma controvérsia quanto ao âmbito de aplicação da norma. Enquanto uma parte da doutrina julgava que a indemnização visada pela norma era a devida pelos administradores diretamente aos credores (art. 78.<sup>º</sup> n.<sup>º</sup> 1), outros defendiam que a norma visava não só esta como também a obtida pelos credores, em favor da sociedade, na ação sub-rogatória (art. 78.<sup>º</sup> n.<sup>º</sup> 2). Não obstante, a questão que então verdadeiramente se colocava e discutia era apurar se a obrigação de indemnização a que a norma se referia era a que constava no n.<sup>º</sup> 1 ou no n.<sup>º</sup> 2 do artigo.

Com a reforma um novo elemento foi introduzido na norma, passando esta a prever que: “A obrigação de indemnização referida no n.<sup>º</sup> 1 não é, relativamente aos credores, excluída pela *renúncia ou pela* transação da sociedade nem pelo facto de o ato ou omissão assentar em deliberação da assembleia geral”. O legislador aclarou, deste modo, a letra do preceito, por forma a colocar termo à dúvida interpretativa que gerava a divisão na doutrina. Porém, considerados que foram os dois primeiros números do art.º 78.<sup>º</sup>, cumpre agora perguntar-se, mediante a avaliação da adequação e sentido da aplicação da norma a uma situação e a outra, se a opção legal foi a mais acertada.

<sup>31</sup> COUTINHO DE ABREU/MARIA ELISABETE RAMOS, *in Código das Sociedades Comerciais em Comentário...* cit., p. 897.

Com a atual redação o preceito restringe o seu âmbito de aplicação às hipóteses em que na esfera jurídica dos administradores se afirma um dever de reparação perante os credores sociais. Todavia quando aqueles respondem perante estes fazem-no porque os credores sociais são titulares de um direito (próprio). Se assim é, é patente que não poderá a sociedade transacionar ou renunciar a um direito que não é seu. Por outro lado, as normas que visam a proteção dos credores são imperativas, logo deliberação social que as viole é nula (art. 56.<sup>º</sup> n.<sup>º</sup> 1/d), por conseguinte não há um dever de cumprir, nem tampouco poderia exonerar os administradores de responder perante aqueles<sup>32</sup>.

O art. 78.<sup>º</sup> n.<sup>º</sup> 5 faz um conjunto de remissões relativamente ao “direito de indemnização previsto neste artigo”. São estas para o regime da responsabilidade dos administradores perante a sociedade (n.<sup>º</sup> 2 a 6 do art. 72.<sup>º</sup>; 73.<sup>º</sup> e 74.<sup>º</sup> n.<sup>º</sup> 1), logo o direito de indemnização a que norma se refere é o direito indemnizatório dos credores sociais, porque sub-rogando-se estes à sociedade ingressam na posição daquela, por conseguinte seria desnecessária a remissão relativamente àquela ação. A norma remete para o art. 72.<sup>º</sup> n.<sup>º</sup> 5 que afasta a responsabilidade perante a sociedade quando o ato ou omissão assente em deliberação dos sócios, portanto existe uma incongruência<sup>33</sup> com o art. 78.<sup>º</sup> n.<sup>º</sup> 3, que prevê o não afastamento da responsabilidade perante credores, quando o facto danoso se funde em deliberação, ainda que anulável. Terá existido um descuido do legislador, a não ser que no art. 78 n.<sup>º</sup> 3 o legislador tivesse em mente a ação sub-rogatória (não obstante, considerado o assinalado caráter imperativo das normas de proteção, a remissão é praticamente desprovida de utilidade).

Demonstrando-se a norma vazia de sentido numa projecção aplicativa fiel à sua letra, cumpre agora apurar se a defesa que era feita, em face da sua anterior redacção, de que a “obrigação de indemnização” mencionada era aquela obtida pelos credores para a sociedade em ação sub-rogatória lhe dava um sentido útil. O direito de reparação sendo da sociedade é aqui

<sup>32</sup> Cfr. COUTINHO DE ABREU/MARIA ELISABETE RAMOS, “Responsabilidade Civil de Administradores e de Sócios Controladores” in *Miscelâneas n.<sup>º</sup> 3 do IDET*, pp. 19-20.

<sup>33</sup> ARMANDO TRIUFANTE, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pp. 83- 84, questiona-se se a incongruência não quererá dizer que o direito de indemnização a que se refere a norma não será aquele obtido por via da ação sub-rogatória. Julgamos que não, pois com a sub-rogação o credor ingressará na posição da sociedade, logo a remissão seria desnecessária. Esta faz sentido para aplicar à responsabilidade perante credores sociais especialidades de regime da responsabilidade dos administradores perante a sociedade, como a responsabilidade solidária (art. 73.<sup>º</sup>), ou a irrelevância de parecer favorável ou consentimento do órgão de fiscalização (art. 72 n.<sup>º</sup> 6).

exercido pelos seus credores, pelo que a questão coloca-se relativamente a quais os meios de defesa que os administradores lhes podem opor na respetiva ação.

Sub-rogando-se à sociedade os credores colocam-se na posição que caberia à primeira, pelo que se intui que poderiam os administradores utilizar todos os meios de defesa que lhes era lícito opor à sua credora. Mas os credores sociais só podem substituir-se à sua devedora quando tal “seja essencial à satisfação dos respetivos créditos”, o que acontece quando há uma insuficiência patrimonial que põe em causa o cumprimento por parte da sociedade. Ora o património social serve, primeiramente, para o cumprimento das obrigações da sociedade<sup>34</sup> e a sociedade transacionando ou renunciando a um direito impede um incremento, que na situação difícil em que a sociedade necessariamente se encontrará, para poder haver lugar à referida ação, será essencial. Poderá até acontecer, atentos os laços que normalmente existem entre sócios maioritários e administradores, que os sócios deliberem naquele sentido para proteger estes últimos<sup>35-36</sup>. Situações deste tipo põe em causa a tutela dos credores sociais, bem como a própria função de garantia do património social.

Referimos que afirmar que a responsabilidade dos administradores perante credores não é afastada quando o ato ou omissão assentem em deliberação dos sócios é desnecessário, já não seria assim se a norma, na sua antiga redação, se referisse à ação sub-rogatória. Nesta o credor ingressa na posição da sociedade, que não pode exigir a indemnização quando o facto danoso assente em deliberação sua, ainda que anulável (art. 72.<sup>º</sup> n.º 5), porque pode a situação configurar um *venire contra factum proprium*, incompatível com o princípio da boa fé.<sup>37-38</sup> Se é comprensível que assim seja, isto é, que possam os administradores defender-se com a circunstância de o dano resultar da execução de uma deliberação válida ou anulável, já na situação de que nos ocupamos o confronto em juízo é feito com os credores sociais. Considerando a necessidade de tutela destes, com as

<sup>34</sup> Cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, Almedina, Coimbra, 2009, p. 611.

<sup>35</sup> Cfr. ARMANDO TRIUFANTE, *Código...cit.*, pp. 82-83.

<sup>36</sup> Para que haja lugar à renúncia ou para que a sociedade possa transigir sobre um direito de indemnização é necessária deliberação expressa dos sócios, sem um voto contrário de uma minoria que represente pelo menos 10% do capital social (art. 74.<sup>º</sup> n.º 2).

<sup>37</sup> Cfr. VASCO LOBO XAVIER, *Anulação de Deliberação Social e Deliberações Conexas*, Almedina, Coimbra, 1999, p. 360.

<sup>38</sup> Para situações em que, ainda que anulável ou válida, a deliberação não exonera o administrador de responder perante a sociedade, cfr. COUTINHO DE ABREU, *Governação... cit.*, pp. 61-64.

todas as suas consequências para o tráfego jurídico, bem como a situação de insuficiência do património e a sua função primeira, não faz sentido que possam os administradores responsáveis exonerar-se de responder com base neste fundamento.

A responsabilidade direta dos administradores perante credores está sujeita a requisitos apertados. Aqueles só respondem perante estes quando violem normas de proteção, muitos (até mais comuns) serão os casos em que há preterição de outros deveres que levam a uma situação de insuficiência patrimonial. O legislador, avisadamente, limitou aquela responsabilidade porque é natural que no "domínio dos danos indiretos, o legislador procure blindar a responsabilidade sob pena do risco de uma eventual obrigação de indemnizar danos em cascata"<sup>39</sup>. Ainda assim se o legislador previu uma responsabilidade direta perante os credores é porque houve uma preocupação com a tutela destes, poderia não tê-lo feito, respondendo apenas a sociedade.

Se houve uma preocupação legislativa com a proteção dos credores no regime da responsabilidade civil dos administradores e consideradas as razões expostas, seria natural que se defendesse que o n.º 3 do art. 78.º visava a ação de responsabilidade exercida por credores sociais<sup>40</sup>. Ainda para mais dada a sua flagrante inutilidade ou redundância quanto à responsabilidade direta daqueles perante estes.

A própria previsão expressa da possibilidade de os credores se sub-rogarem à sociedade é já de si indicadora, quando tanto já resultaria das regras gerais. É-o ainda mais num artigo onde é prevista uma forma acrescida de tutela daqueles. Mais, a remissão para o regime do CC parece indicar que se trata aqui de uma ação sub-rogatória com alguma especialidade de regime. Numa situação paralela o legislador limitou-se a dizer que "Os credores de qualquer sociedade podem: a) Exercer os direitos da sociedade relativos às entradas não realizadas, a partir do momento em que elas se tornem exigíveis" (art. 30.º n.º 1/a). Por conseguinte, prevendo expressamente a possibilidade e remetendo para o regime do CC terá querido o legislador afirmar que se trataria aqui, não de uma ação sub-rogatória dire-

<sup>39</sup> ADELAIDE MENEZES LEITÃO, "Responsabilidade dos administradores...cit.", p. 48.

<sup>40</sup> Anteriormente à reforma defendendo este entendimento: RAÚL VENTURA/BRITO CORREIA "Responsabilidade civil...cit.", pp. 57-58; VASCO LOBO XAVIER, *Anulação... cit.*, p. 360 e COUTINHO DE ABREU/MARIA ELISABETE RAMOS "Responsabilidade Civil...cit.", pp. 18-21. Em sentido contrário, defendendo a aplicabilidade da norma à responsabilidade direta: NOGUEIRA SERENS, *Notas sobre a Sociedade Anónima, Scientia Ividia*, 2.ª Edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, pp. 94-95 e MARIA ELISABETE RAMOS, "Da Responsabilidade civil dos membros da administração para com os credores da sociedade" in BFD, 2000, pp. 280-284.

ta, mas de uma ação sub-rogatória indireta<sup>41</sup> com uma particularidade de regime, a prevista no número seguinte: não poder o administrador opor ao credor a renúncia ou transação da sociedade, nem o facto de o ato ou omissão assentar em deliberação da assembleia geral<sup>42</sup>.

O legislador na reforma de 2006 tentando aclarar o preceito, por forma a por termo à discussão doutrinária, optou pelo caminho errado. Com o novo elemento introduzido na norma, tornou-a "inútil"<sup>43</sup>. Ao momento da previsão o legislador, apesar dos elementos que apontavam claramente no sentido da inutilidade (ou redundância) daquela relativamente à ação direta e dos que indicavam a conveniência e necessidade da sua aplicação à ação sub-rogatória, legislou no primeiro sentido.

Propomos, por isso, uma interpretação corretiva sincrónica da norma. Por um lado temos um problema colocado pela realidade – uma ação sub-rogatória em que a responsabilidade do administrador não deve ser afastada pela renúncia ou transação da sociedade, ou pelo facto de o ato ou omissão assentar em deliberação dos sócios –, por outro lado temos um problema tipificado pela norma. Confrontando estes dois problemas verifica-se que a "relevância material objetivada pelo problema do caso jurídico" é "atípica perante a relevância prevista pela norma na sua problemática pressuposição hipotético-material". Isto é, o problema em concreto não "entra" na previsão tipificada na norma. Verifica-se ainda que considerando o caso concreto, este revela uma "incoerência normativo-jurídica da relevância material tipificada na norma relativamente à intencionalidade problemático-jurídica da mesma norma – ou seja, a relevância tipificada" mostra-se "inadequada (porque insuficiente ou incoerente) à intenção problemática de que deve (no próprio ponto de vista da norma) ser cor-

<sup>41</sup> A ação sub-rogatória direta, não admitida com caráter geral no CC, difere da ação sub-rogatória indireta, por entre o crédito do primeiro credor e o direito do devedor existir "uma relação tão especial que se veja ser justo que aquele faça reverter apenas em seu favor o direito do seu devedor". O que conduz a duas vantagens para o credor: as exceções pessoais do devedor não podem ser opostas ao credor e o benefício da ação reverte apenas em seu favor. A ação sub-rogatória prevista com caráter geral nos arts. 606.<sup>º</sup> a 609.<sup>º</sup> é a indireta, cfr. ADRIANO VAZ SERRA "Responsabilidade Patrimonial" in BMJ n.<sup>º</sup> 75, 1958, pp. 189 e ss.

<sup>42</sup> MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela...*cit., pp. 615-616, afirma a este propósito que "este era o único aspeto que justificava a utilidade da consagração expressa da possibilidade de recurso, pelo credor da sociedade, ao mecanismo da sub-rogação".

<sup>43</sup> Assim COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade...*cit., p. 67. Acompanhado por MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela...*cit., p. 619 e MARIA ELISABETE RAMOS, *O Seguro de Responsabilidade Civil...*cit., p. 208.

relativa”<sup>44</sup>. Isto é, a intencionalidade subjacente à norma não se coaduna com a tipificação, a sua intenção problemático-jurídica é outra, que não aquela tipificada.

É proposta uma interpretação corretiva sincrónica da norma, porque “a atipicidade relevante, que está na sua base” é “suscetível de referir-se ao tempo da norma” e podia “por isso, ter sido assimilada pelo legislador na sua prescrição, evitando a atipicidade que agora exige a sua correção”. Há como que “um erro do legislador”, que aqui é genético, não foi a previsão legal ultrapassada por circunstâncias posteriores que vêm exigir uma correção<sup>45</sup>.

O cumprimento da intencionalidade problemático-jurídica da norma impõe que seja entendida como referida à obrigação de indemnização referida no n.º 2, por forma a corrigir-se a inadequação entre a sua intenção problemática e a previsão.

<sup>44</sup> São estes os dois pressupostos que têm de verificar para que haja lugar a uma interpretação corretiva, cfr. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica – Problemas Fundamentais, Studia Iuridica 1*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, pp. 179-180.

<sup>45</sup> A interpretação corretiva sincrónica mostra-se vantajosa face à interpretação ab-rogante defendida pela teoria tradicional da interpretação jurídica. Naquela considerando-se “letra” e “espírito”, estes mostram-se inconciliáveis, o que conduz a uma desconsideração pura e simples da norma. Aqui corrigindo-se a norma, é esta aplicada aos casos concretos para os quais a sua específica intencionalidade remete. Quanto à superação da teoria tradicional da interpretação jurídica, bem como da interpretação ab-rogante, cfr. CASTANHEIRA NEVES, “Interpretação Jurídica” in *Polis – Encyclopédia Verbo da Sociedade e do Estado III*, 1985, 692-704.



## **Textos para publicação**

A Revista aceita a apresentação de textos inéditos para publicação, sujeita a parecer favorável da Comissão de Redacção e à disponibilidade de espaço.

Cada texto não deverá exceder 75.000 caracteres (contando espaços e incluindo notas de rodapé) e deverá observar as seguintes regras gráficas:

- Nomes de autores referidos em texto: em caracteres normais
- Nomes de autores referidos em notas: em maiúsculas pequenas
- Títulos de livros (monografias e obras colectivas): em itálico
- Títulos de textos inseridos em revistas e em obras colectivas: entre aspas, em caracteres 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 adoptadas pela Revista (v. lista inserida nas primeiras páginas)
- Os textos deverão ser enviados por correio electrónico para *dsr@almedina.net* ou por via postal para:

*DSR – Direito das Sociedades em Revista*  
Secretariado da Redacção  
Edições Almedina, SA  
Rui Dias  
Rua Fernandes Tomás, n.<sup>o</sup>s 76-80  
3000-167 Coimbra





# DIREITO DAS SOCIEDADES EM REVISTA

DIRECTOR: RUI PINTO DUARTE  
JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU  
PEDRO PAIS DE VASCONCELOS

## CUPÃO DE ASSINATURA

NOME			
MORADA			
CÓD. POSTAL	-	LOCALIDADE	
TELEFONE		Nº CONTRIBUINTE	
PROFISSÃO			
EMAIL			

2 NÚMEROS AVULSO €40

**ASSINATURA (2 NÚMEROS/ANO) €35 (DESCONTO DE 12,5%)  
COM IVA E DESPESAS DE ENVIO INCLUÍDOS**

DESEJO ADQUIRIR A ASSINATURA DA REVISTA  
DIREITO DAS SOCIEDADES EM REVISTA (2 NÚMEROS) DO ANO

2	0		
---	---	--	--

---

ASSINATURA

DATA     =   =

ESTE CUPÃO DEVERÁ SER ENVIADO PARA  
ASSINATURA DA REVISTA DIREITO DAS SOCIEDADES EM REVISTA – JOAQUIM MACHADO, S.A.,  
R. Fernandes Tomás, n.º 76, 78, 80, 3000-167 Coimbra, ou via email para assinaturas@almmedina.net

PARA ESCLARECIMENTOS ADICIONAIS  
Telefone: 239 851 903 Fax: 239 851 901 Email: editora@almedina.net



## AUTORIZAÇÃO DE DÉBITO DIRECTO (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 DIRECTOS

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

IBAN/NIB: PT 50 

--	--	--	--

--	--	--	--

--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

--	--

CONTRIBUINTE FISCAL 

--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--	--

ASSINATURA(S) CONFORME BANCO DATA 

--	--	--	--

 - 

--	--

 - 

--	--

BENS/SERVIÇOS	VALOR	REGULARIDADE <sup>(1)</sup>	INICIA A MÊS	TERMINA A MÊS

<sup>(1)</sup> 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@almedina.net](mailto:sdd@almedina.net).
- Qualquer alteração que pretenda efectuar a esta autorização basta contactar as EDIÇÕES ALMEDINA SA por qualquer forma escrita. Também poderá fazer alterações através do Sistema Multibanco, conforme se apresenta seguidamente, ou no sistema de home banking, caso tenha essa opção. Também neste caso agradecemos informação escrita sobre as alterações efectuadas.
- Esta autorização destina-se a permitir o pagamento de bens/serviços adquiridos à nossa empresa e só poderá ser utilizada para outros efeitos mediante autorização expressa do(s) próprio(s).
- Dos pagamentos que vierem a ser efectuados por esta forma serão emitidos os recibos correspondentes.

#### INFORMAÇÕES

Através do Sistema Multibanco, relativamente a esta autorização de Débito em Conta, poderá, entre outras, efectuar as seguintes operações:

- Visualizar a Autorização Débito em Conta concedida;
- Actualizar os Dados Desta Autorização de Débito em Conta;
- Cancelar esta Autorização Débito em Conta;

**Em cumprimento do aviso 10/2005 do Banco de Portugal, informa-se que é dever do devedor, conferir, através de procedimentos electrónicos, nomeadamente no multibanco, os elementos que compõem as autorizações de débito em conta concedidas.**

#### PARA ESCLARECIMENTOS ADICIONAIS

Telefone: 239 851 903 Fax: 239 851 901 Email: [sdd@almedina.net](mailto:sdd@almedina.net)

