

NOTA PRÉVIA

Este livro contém um conjunto de reflexões escritas para um Relatório com «o Programa, conteúdos, métodos de ensino e avaliação de uma unidade curricular de Direito das Sociedades integrada do 2.º ciclo de Estudos em Direito (Ciências Jurídico-Empresariais)» que foi apresentado num concurso para Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. O tema escolhido para esse Relatório foi o seguinte: «Governança das Sociedades Comerciais: administração e fiscalização».

Porém, no texto agora publicado o leitor encontrará apenas o tratamento de matérias relacionadas com a administração das sociedades anónimas e com a responsabilidade por essa mesma administração. A parte relativa à fiscalização das sociedades foi publicada em volume autónomo, e mesmo esse também abrange apenas, mais uma vez, as sociedades anónimas.

Neste livro não encontrará o leitor a análise do regime da representação das sociedades anónimas. Já escrevemos abundantemente sobre os problemas relacionados com esse tema: na nossa dissertação de Mestrado intitulada *Os poderes de representação dos administradores de sociedades anónimas* e, mais recentemente, nas anotações da nossa autoria aos arts. 406.º-409.º no *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coordenado pelo Doutor Jorge Manuel Coutinho de Abreu. Será, pois, de administração em sentido estrito que sobretudo se falará.

Optámos por suprimir deste volume tudo o que interessa em particular à avaliação da atividade dos docentes universitários no âmbito de um concurso académico. Daí que tenham ficado de fora desta publicação as páginas escritas sobre métodos de ensino e avaliação. A obra torna-se mais acessível

(os custos baixam) e ao leitor que não é docente universitário nem o pretende ser pouco interessará, em regra, o que se possa ter escrito sobre aqueles temas.

A própria necessidade ou utilidade de apresentação de relatórios no âmbito de concursos para vagas de Professor Associado é frequentemente discutida por quem os escreve. Muitas vezes, as observações que lemos adotam uma perspetiva crítica. É questionada a exigência do relatório tendo em conta o que o candidato já fez antes e o que lhe será exigido em passos futuros da sua carreira¹.

Entendemos, porém, que um docente universitário deve aceitar com naturalidade o facto de, ao longo da sua vida académica e em diversos momentos da mesma, ser avaliado tanto na perspetiva científica como na perspetiva pedagógica². Avaliação que tanto mais se justifica numa Universidade pública que trilha os caminhos da excelência. Por ser pública, deve estar sujeita ao escrutínio a que devem ficar submetidas as instituições que utilizam bens de todos nós. E a avaliação da instituição passa pela avaliação de quem nela trabalha e pretende fazer carreira. Para quem, como nós, defende a conciliação entre ensino e investigação, é fundamental demonstrar que o trabalho que o candidato a uma vaga de Professor Associado desenvolveu e se propõe desenvolver comprova que as duas mencionadas vertentes do trabalho universitário podem (devem) ser harmonizadas em conjunto³.

Como dissemos acima, será sobretudo de administração em sentido estrito das sociedades anónimas (excluindo, portanto, a representação das mesmas) que se falará adiante. Trataremos em especial da administração das sociedades anónimas, o que não significa que só sejam tidas em vista as sociedades abertas ou as grandes anónimas. Se é possível dizer que as discussões em

¹ V., muito críticos, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, «Teoria Geral do Direito Civil. Relatório», *RFDUL*, 1988, XXIX, p. 179 e ss., a p. 204 e ss., e LUÍS DE MENEZES LEITÃO, *O Ensino do Direito das Obrigações. Relatório sobre o Programa, Conteúdo e Métodos de Ensino da Disciplina*, Almedina, Coimbra, 2001, p. 7 e s.. Cfr., com sínteses, JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito das Sociedades Comerciais. Perspetivas do seu ensino*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 9 e ss., PAULA COSTA E SILVA, *Direito dos Valores Mobiliários. Relatório*, Lisboa, 2005, p. 13 e s., MANUEL JANUÁRIO DA COSTA GOMES, *O Ensino do Direito Marítimo*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 15 e ss., MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *Sociedades Comerciais (Responsabilidade)*, UCP-Porto, Porto, 2015, p. 9 e s..

² Com uma visão positiva acerca, pelo menos, da necessidade de elaboração de um Relatório, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, *Direito da Insolvência*, AAFDL, Lisboa, 2017, p. 12.

³ As funções do docente universitário estão, como é sabido, enumeradas, em termos gerais, no art. 4.º do Estatuto da Carreira Docente Universitária.

torno da (boa) governação das sociedades comerciais têm sido especialmente alimentadas pelas necessidades das sociedades abertas e, em particular, das cotadas, também não temos dúvidas de que muitas daquelas necessidades são comuns às pequenas e médias empresas. De tal modo que soluções surgidas inicialmente para as sociedades cotadas acabam por ser adotadas para as sociedades de menor dimensão também.

A importância da governação das sociedades abertas e, em particular, das cotadas, resulta das possíveis consequências da má governação. O que pode correr mal numa grande anónima cotada irá ter reflexos num muito maior número de interessados do que as escolhas erradas numa pequena sociedade familiar. Em relação àquelas, as exigências devem ser maiores também por causa de uma certa «democratização» do mercado de capitais. E a presença de investidores institucionais vai ganhando importância perante a pressão a que está sujeito o Estado Social, levando os cidadãos a procurarem alternativas para enfrentar os dias de velhice e doença⁴.

A ligação entre o direito das sociedades, o direito dos valores mobiliários (e dos instrumentos financeiros em geral) e o direito do mercado de capitais⁵ será também convocada sempre que possível. A abertura e interconexão das economias nacionais dos países da União Europeia justificam uma leitura dos problemas que olhe para o que são outras realidades, vizinhas ou mais ou menos distantes. A comparação ajuda a raciocinar, a criticar e a encontrar soluções. A utilidade da análise comparada do direito para o preenchimento de lacunas já foi, inclusivamente, realçada⁶.

⁴ KLAUS HOPT, «Comparative corporate governance: the state of the art and international regulation», in ANDREAS FLECKNER/KLAUS HOPT (ed.), *Comparative Corporate Governance. A Functional and International Analysis*, CUP, 2013, p. 3 e ss., a p. 71.

⁵ No que respeita à ligação entre o mercado de capitais e a governação das sociedades, PAULA COSTA E SILVA, *Direito dos valores mobiliários. Relatório*, cit., p. 96, sublinhava (para a Alemanha) a importância da «credibilização dos sistemas de gestão e controlo das sociedades cotadas» para «credibilizar o mercado de capitais». V. tb. o nosso «Transmissão de ações: entre o direito das sociedades e o direito do mercado de capitais», in PAULO DE TARSO DOMINGUES (coord.), *Congresso Comemorativo dos 30 anos do Código das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 2017, p. 137 e ss.. Para uma visão comparativa, ADAM PRITCHARD, «Corporate Governance, Capital Markets, and Securities Law», in JEFFREY GORDON/WOLF-GEORG RINGE (ed.), *The Oxford Handbook of Corporate Law and Governance*, OUP, Oxford, 2018, p. 1063 e ss..

⁶ V., com outras referências, FRANCESCO BORDIGA, «Art. 2409 *octies*», in PIETRO ABBADESSA/GIUSEPPE PORTALE (dir.), *Le società per azioni*, T. I, Giuffrè, Milano, 2016, a p. 1855

A investigação acerca dos interesses em jogo a propósito de cada problema ajudará a compreender o que está em causa e a solução legal disponível ou desejável. Mas a tentativa de encontrar a solução dita «eficiente» determina muitas escolhas. Ainda que tal eficiência seja apenas um meio para realizar valores partilhados por uma comunidade organizada⁷.

E isto remete-nos para a discussão sobre a liberdade e imperatividade no direito das sociedades e, em especial, no direito das sociedades anónimas. A identificação dos limites à intervenção da autonomia privada obriga a explorar os limites dos tipos de sociedades comerciais ou, como há quem prefira dizer, dos modelos legais⁸.

Apresentaremos os conteúdos com uma preocupação sempre presente: a de sermos claros na exposição. Como recentemente escreveu António Menezes Cordeiro, «[q]uando se possa exprimir um pensamento ou uma ideia em termos simples, nenhuma vantagem há em fazê-lo de forma complicada»⁹.

Entretanto, surgiu a «situação excecional de prevenção, contenção, mitigação e tratamento da infeção epidemiológica por SARS-CoV-2 e da doença COVID-19» (a «situação excecional»)¹⁰. Os compromissos editoriais já não permitiram ter na devida conta algumas alterações que a legislação entretanto publicada trouxe ao direito das sociedades e ao direito da insolvência. Algumas notas foram deixadas ao longo do texto, mas uma reflexão mais profunda terá de ficar para uma próxima oportunidade.

Procurámos manter o livro atualizado em relação a novas edições de obras consultadas e no que à legislação nacional diz respeito. Não nos foi possível

(«il riconoscimento del ruolo del diritto comparato e del diritto straniero quale fonte per l'interpretazione e la ricostruzione del diritto interno, ma ache il riempimento delle lacune»).

⁷ Sobre a relação entre controlo em função da eficiência e *corporate governance*, RICHARD BUXBAUM, «Comparative aspects of institutional investment and corporate governance», in THEODOR BAUMS/RICHARD BUXBAUM/KLAUS HOPT (ed.), *Institutional Investors and Corporate Governance*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1994, p. 3-21, a p. 7.

⁸ Referindo-se a uma passagem «dai “tipi ai modelli”», PAOLO MONTALENTI, «Il diritto societario dai “tipi” ai “modelli”», in PAOLO MONTALENTI (a c. di), *I modelli di impresa societaria fra tradizione e innovazione nel contesto europeo*, Giuffrè, Milano, 2016, p. 14.

⁹ «Ortografia e Direito», in *O Direito*, 2019, ano 151.º, n.º II, p. 235 e ss., a p. 244.

¹⁰ Pensamos, sobretudo, na Lei 1-A/2020, de 13 de março, e na Lei 4-A/2020, de 6 de abril, pois são as que se relacionam de forma próxima com o que tratamos neste livro. Mas encontram-se também disposições relevantes para o direito das sociedades no DL 10-A/2020, de 13 de março (já alterado), e no DL 10-G/2020, de 26 de março (já alterado).

ter em conta alterações legislativas posteriores a 2 de maio de 2020, sendo de esperar que, entretanto, surja a transposição da Diretiva 2017/828, que alterou a Diretiva 2007/36/CE (Diretiva dos Direitos dos Acionistas; quando terminámos de escrever este livro apenas estava disponível a Proposta de Lei 12/XIV), e da CRD V. Apesar de ter sido dedicada muita atenção ao que foi sendo publicado, não podemos garantir que nada escapou. Para o acompanhamento de casos concretos deve ser obtido aconselhamento profissional.

O conteúdo deste livro surgiu a pensar no que poderia ser lecionado numa unidade curricular de Direito das Sociedades do 2.º Ciclo de Estudos em Direito da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Parte do mesmo, porém, apoiou-se igualmente no que foi a nossa experiência enquanto regente das unidades curriculares Direito Comercial I e II do Curso de Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses daquela Escola, sozinho ou partilhando a regência com o Doutor Ricardo Costa, hoje Conselheiro do Supremo Tribunal de Justiça, com quem foi muito enriquecedor trabalhar. Levámos a carta a Garcia.

ÍNDICE

Lista de siglas e abreviaturas	9
Nota prévia	13
INTRODUÇÃO	19
1. Administração das sociedades, responsabilidade civil dos administradores e governação das sociedades	19
2. Administração das sociedades, acionistas e outros interessados	21
3. A governação dos grupos de sociedades	22
4. A governação das sociedades na ribalta	25
5. Governação das instituições de crédito e a Grande Crise Financeira	26
6. Governação das sociedades: preocupações que vêm de longe	30
7. Governação das grandes sociedades e não só	35
8. Governação das sociedades e tecnologia	40
9. A necessidade de superar uma visão paroquial	42
 CAPÍTULO I – ADMINISTRAÇÃO DAS SOCIEDADES ANÓNIMAS	 45
1. Estruturas de administração e fiscalização. Modelos e submodelos. As diferenças entre sociedades «cotadas» e «não cotadas». As PIE	45
2. O conselho de administração	48
2.1. Composição	48
2.1.1. O número de membros do conselho de administração	48
2.1.2. Composição qualitativa	50
2.1.3. Composição qualitativa (cont.). Os administradores independentes	53

2.1.4. Os ROC e sócios principais de SROC	59
2.1.5. O presidente do conselho de administração	59
2.1.5.1. Observações introdutórias.	59
2.1.5.2. Designação do presidente do conselho de administração.	60
2.1.5.3. Ausências e impedimentos	61
2.1.5.4. Direito de voto	61
2.1.5.5. Algumas competências	62
2.1.5.5.1. Competências quanto ao órgão e aos seus membros	62
2.1.5.5.2. Competências no que diz respeito às relações com outros órgãos	63
2.2. Designação dos administradores	63
2.2.1. Designação dos administradores e governação da sociedade	63
2.2.2. Designação no ato constituinte. As alterações	64
2.2.3. Designação por eleição em assembleia	65
2.2.4. Cláusulas que exigem que a designação tenha lugar com a aprovação por votos correspondentes a determinada percentagem do capital (art. 391.º, 2) ou por outra maioria qualificada	66
2.2.5. Cláusulas que exigem que a designação de administradores em número não superior a um terço seja aprovada também pela maioria dos votos conferidos a certas ações (art. 391.º, 2, do CSC)	67
2.2.6. Eleição isolada de até um terço dos administradores («um terço do órgão») de «entre pessoas propostas em listas subscritas por grupos de acionistas» minoritários (nos termos do art. 392.º, 1, do CSC)	68
2.2.7. Designação por minorias que votaram contra a proposta que fez vencimento (art. 392.º, 6) ou «eleição pelos vencidos»	71
2.2.8. Substituição em caso de falta definitiva	72
2.2.8.1. Âmbito de aplicação do art. 393.º, 3	72
2.2.8.2. A duração da substituição	74
2.2.8.3. A declaração de falta definitiva	74
2.2.8.4. A chamada de suplentes	75
2.2.8.5. Cooptação	76
2.2.8.6. Designação pelo conselho fiscal ou pela comissão de auditoria	78
2.2.8.7. Substituição dos administradores eleitos segundo as regras especiais do art. 392.º	78
2.2.8.8. Substituição em caso de falta temporária de administrador efetivo	79

2.2.9. A designação de pessoa coletiva	80
2.2.10. Nomeação judicial	82
2.2.11. Nomeação de administradores por parte do Estado ou entidade pública equiparada (art. 392.º, 11, do CSC)	84
2.2.12. Proibição de direito especial de designação de administradores	84
2.3. Natureza da relação entre o administrador e a sociedade	84
2.4. Competências no plano interno	85
2.4.1. A gestão da sociedade. Gestão da sociedade/gestão da empresa societária	85
2.4.2. A gestão não pode ser entregue a terceiros. Os contratos de «gestão de empresas»	91
2.4.3. A «governança pelos credores» (debt governance)	93
2.4.4. A tomada de decisões. As deliberações	96
2.4.5. As deliberações nulas ou anuláveis. A impugnação das deliberações do conselho de administração	101
2.4.6. A suspensão da deliberação do conselho de administração	106
2.5. A remuneração dos administradores	107
2.5.1. A remuneração dos administradores e (algum)as consequências das escolhas. (Des)Alinhamento de interesses	107
2.5.2. O papel da assembleia geral e da comissão de remunerações	117
2.5.3. As alternativas deixadas pelo n.º 2 do art. 399.º do CSC	123
2.5.4. A divulgação das remunerações	128
2.5.5. A divulgação das remunerações (cont.). O art. 245.º-A, CVM	130
2.5.6. Contextualização de alguns temas debatidos e a debater. A remuneração dos administradores de instituições financeiras e a crise de 2007/2008	131
2.5.7. A Lei 28/2009, de 19 de junho	135
2.5.8. O RGICSF	138
2.5.9. A Lei 100/2009, de 7 de setembro	141
2.5.10. Regimes de reforma e complementos de pensões	141
2.5.11. A remuneração excessiva ou que assim se tornou	147
2.5.12. A remuneração e os administradores-trabalhadores	150
2.6. Cessação de funções	154
2.6.1. Causas de cessação	154
2.6.2. Caducidade	155
2.6.3. Renúncia	157
2.6.4. Acordo	158
2.6.5. Em especial, a destituição de administradores como momento do controlo da sociedade	158

2.6.6. A destituição judicial	164
3. Comissão executiva e administradores delegados	165
4. Outras comissões no conselho de administração	171
5. Transações com partes relacionadas. O art. 397. ^o do CSC	172
5.1. As transações com partes relacionadas	172
5.2. Negócios entre administradores e a sociedade	180
5.3. Negócios entre administradores e a sociedade (cont.). A atuação em representação da sociedade não é exigida. A dupla representação	185
5.4. Negócios entre administradores e a sociedade (cont.). Os atos compreendidos no próprio comércio da sociedade	186
6. Conselho de administração executivo	186
6.1. Introdução	186
6.2. Composição	187
6.3. Designação	187
6.4. O presidente do conselho de administração executivo	188
6.5. Substituição	189
6.6. Nomeação judicial	190
6.7. Impedimentos	191
6.8. Competências e funcionamento	191
6.9. Negócios com a sociedade	192
6.10. O exercício de outras atividades	192
6.11. Remuneração	192
6.12. Cessação de funções	193
6.12.1. Caducidade	193
6.12.2. Destituição	193
6.12.3. Renúncia	194
6.12.4. Acordo	194
7. Administradores de facto	194
7.1. Introdução	194
7.2. A qualificação como administrador de facto: quem será qualificável como tal?	196
7.3. A qualificação como administrador de facto: que atuações a isso conduzem?	201
7.4. A representação da sociedade anónima por administrador de facto: vinculação ou não?	202
7.5. Em especial, a designação por deliberação nula ou anulada	203

CAPÍTULO II – RESPONSABILIDADE CIVIL PELA ADMINISTRAÇÃO DAS SOCIEDADES ANÓNIMAS	205
1. A responsabilidade civil dos administradores: a atualidade do tema	205
2. Responsabilidade para com a sociedade por atos ou omissões	208
2.1. O art. 72.º do CSC	208
2.2. Responsabilidade pela violação de deveres. Deveres legais ou contratuais. Deveres específicos e deveres fundamentais	213
2.3. Os deveres fundamentais dos gerentes ou administradores: o art. 64.º, 1 do CSC	218
2.3.1. Apreciação geral	218
2.3.2. Os deveres de cuidado	222
2.3.3. Dever de disponibilidade adequada às suas funções	226
2.3.4. Dever de competência técnica adequada às suas funções	227
2.3.5. Dever de conhecimento da atividade da sociedade adequado às suas funções	227
2.3.6. A diligência de um gestor criterioso e ordenado	228
2.3.7. Os deveres de lealdade	230
2.3.8. Dever de não concorrência e dever de não aproveitar oportunidades de negócio societárias	237
2.4. A business judgment rule	241
2.4.1. Considerações prévias	241
2.4.2. A recolha de informação	244
2.4.3. Ausência de interesse pessoal	248
2.4.4. Critérios de racionalidade empresarial	250
2.4.5. A necessidade de uma decisão (de fazer ou não fazer)	252
2.4.6. Exclusão da culpa, exclusão da ilicitude ou talvez não?	255
2.4.7. O art. 72.º, 2, não exige a boa fé	257
2.5. A responsabilidade solidária prevista no art. 73.º do CSC	258
2.6. A responsabilidade em caso de delegação	258
2.7. Os danos resultantes de deliberação colegial. O art. 72.º, 3	259
2.8. As cláusulas de exclusão ou limitação da responsabilidade ou que subordinam o exercício da ação social de responsabilidade a certos factos	260
2.9. A renúncia e a transação	261
2.10. O ato ou omissão que assenta em deliberação dos sócios	262
2.11. A ação social	264
2.12. A ação proposta por sócios	266

3. O art. 78.º do CSC e as ações aí previstas. Responsabilidade para com os credores sociais e não só	269
3.1. A ação sub-rogatória do art. 78.º, 2	269
3.2. A ação do art. 78.º, 1	270
4. Responsabilidade para com os sócios e terceiros. O art. 79.º do CSC	275
5. Os atos ou omissões dos administradores delegados ou dos membros da comissão executiva e a responsabilidade dos outros membros do conselho de administração	279
6. A responsabilidade dos membros da comissão de auditoria (remissão)	281
7. A prescrição (breve nota)	282
8. Responsabilidade de outras pessoas com funções de administração	282
9. A responsabilidade dos gerentes e administradores e o art. 504.º do CSC	284
10. A caução de responsabilidade: o art. 396.º do CSC	290
11. Responsabilidade e insolvência	294
11.1. O antes, o depois e o entretanto	294
11.2. Apreciação geral	295
11.3. A situação económica difícil, a situação de insolvência iminente e os deveres dos gerentes ou administradores	298
11.4. A apresentação tardia do pedido de declaração de insolvência	304
11.5. A sociedade declarada insolvente	307
11.6. A qualificação da insolvência como culposa	312
11.6.1. Enquadramento	312
11.6.2. Insolvência culposa e pessoas afetadas pela qualificação	313
11.6.3. O devedor pode ser afetado pela qualificação da insolvência como culposa?	317
11.6.4. Os contabilistas certificados, ROC's e outras pessoas que não sejam o devedor ou os seus administradores de direito ou de facto considerados afetados pela qualificação da insolvência como culposa	319
11.6.5. Responsabilidade dos afetados e situação de insolvência	321
11.6.6. Os pressupostos da responsabilidade	324
11.6.7. Os comportamentos que podem levar a que um gerente ou administrador seja considerado afetado pela qualificação da insolvência	326
11.6.8. A obrigação de indemnizar	329
11.6.9. A dimensão punitiva da responsabilidade dos afetados	334

11.6.10. A responsabilidade dos afetados pela qualificação e o art. 78.º do CSC: algumas comparações	336
11.6.11. Para concluir. Sobre a Diretiva (UE) 2019/1023 e algumas palavras a propósito da crise pandémica	339
 BIBLIOGRAFIA	 355
 ÍNDICE	 397