

O papel do accionista empresário no governo societário

MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO*

1. O poder dos accionistas e os seus direitos em matéria de administração da sociedade

Nas sociedades anónimas, é clássica a afirmação da separação de poderes entre a assembleia geral de sócios e o órgão de administração da sociedade. Mas embora na sua génese as companhias coloniais setecentistas, consagrando pela primeira vez a limitação da responsabilidade de todos os sócios, estabelecessem inequivocamente a dissociação entre poder e risco¹ e não previssem a existência de qualquer poder dos sócios

* Professora da Universidade Católica Portuguesa.

¹ Por outras palavras, a limitação da responsabilidade assenta, nestas sociedades, na necessária correspondência entre controlo (*Herrschaft*) e responsabilidade (*Haftung*): se os sócios têm o poder de controlar a gestão da sociedade (como acontece nas sociedades em nome colectivo), respondem pelas obrigações desta; nas sociedades em que apenas o património social responde pelas respectivas obrigações, os sócios não têm o poder de intervir na gestão da empresa societária. Sobre este postulado, cfr. RUDOLF REINHARDT, “Gedanken zum Identitätsproblem bei der Einmannengesellschaft”, in *Das Deutsche Privatrecht in der Mitte des 20. Jahrhunderts. Festschrift für Heinrich Lehmann*. Tomo II, Berlin, 1956, 576-593, pp. 589 ss.; ULRICH IMMENGA, *Die personalistische Kapitalgesellschaft. Eine rechtsvergleichende Untersuchung nach deutschem GmbH-Recht und dem Recht der Corporations in den Vereinigten Staaten*, Athenäum, Bad Homburg, 1970, pp. 117 ss.; HANS-CHRISTOPH GRIGOLEIT, *Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH*, C. H. Beck, München, 2006, pp. 18 ss. Para a defesa deste princípio, cfr. ULRICH IMMENGA, *últ. ob. cit.*, pp. 118 ss.; HILDEGARD ZIEMONS, *Die Haftung der Gesellschafter für Einflußnahmen auf die Geschäftsführung der GmbH*, Carl Heymanns,

na sociedade, cedo os maiores accionistas começaram a pretender chamar a si, pelo menos, o poder de acompanharem a actividade da sociedade (nomeadamente, participando na elaboração do balanço e intervindo na distribuição de dividendos)².

Pode afirmar-se que começava a manifestar-se, já aqui, uma tendência que se tem acentuado até aos nossos dias – a distinção (e discriminação) entre aqueles accionistas que detêm uma participação mais ou menos significativa no capital social e, por isso, pretendem seguir de perto a gestão da empresa societária (intervindo na mesma, directa ou indirectamente, sempre que isso lhes seja possível), e aqueloutros que são apenas titulares de uma participação reduzida, visando essencialmente obter o maior e mais rápido retorno possível para o seu investimento, sem qualquer apetência ou vocação para a ingerência nas funções de administração da sociedade. Aos primeiros costuma chamar-se grandes accionistas, ou accionistas empresários, enquanto os últimos são normalmente designados pequenos accionistas, ou accionistas investidores.

Progressivamente, os grandes accionistas foram conquistando mais poderes dentro da organização societária. Se numa primeira fase a sua intervenção se resumia ao controlo e fiscalização da actividade dos membros do órgão de administração, com o tempo passaram a querer participar, directa ou indirectamente, nessa mesma actividade – ou porque escolhiam os administradores, ou porque encontravam um modo de serem, eles próprios, designados para o cargo. Deste modo, contornava-se a regra segundo a qual ao poder de gerir a empresa societária deveria corresponder, necessariamente, a responsabilidade ilimitada pelas obrigações da sociedade.

Neste quadro, a designação “accionistas empresários” ilustra uma realidade que se materializou, essencialmente, a partir da segunda metade do século XVII: para que os accionistas chegassem a ser administradores

Köln/Berlin/Bonn/München, 1996, pp. 122 ss. Diferentemente, na sociedade por quotas, veio o legislador expressamente permitir que os sócios possam, assumidamente, deter e exercer poder em matéria de gestão – entre nós, através do disposto no artigo 259.º do Código das Sociedades Comerciais (CSC), obrigando os gerentes a submeter-se, no exercício das funções de gestão, às deliberações dos sócios – e, simultaneamente, manter o benefício da limitação da responsabilidade. Cfr. a análise de MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 51 ss.

² Cfr. PEDRO MAIA, *Função e Funcionamento do Conselho de Administração da Sociedade Anónima*, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2002, pp. 39 ss.

(de modo a conduzirem os destinos da empresa societária, na qual tinham investido), não era suficiente que tivessem uma participação significativa no capital social; antes, o que era decisivo era o facto de provirem da burguesia, a classe dos mercadores, com vocação para o exercício do comércio. Ficavam arredados destas funções aqueles accionistas que, apesar de terem investido na sociedade, não tinham estas apetências (e aptidões): ou seja, aqueles cuja participação na sociedade estava claramente mais orientada para a percepção dos possíveis dividendos – tipicamente, os accionistas oriundos da nobreza.

Porém, com o tempo – e a fim de assegurar, nestas sociedades, a continuidade da presença do investimento dos pequenos accionistas –, começa a admitir-se que, ao contrário do que era tradição, os accionistas investidores tenham o direito de participar e votar em assembleia geral (nomeadamente, através do direito ao agrupamento), o que parece passível de ameaçar o domínio da gestão da sociedade pelos accionistas empresários. Daí, que se tenha sentido a necessidade de afirmar e consagrar imperativamente a autonomia do órgão de administração, com a atribuição de poderes próprios que lhe pertencem exclusivamente.

Estava, desse modo, assegurado que uma possível alteração da composição da assembleia geral (embora improvável, devido à desorganização e ao absentismo que caracterizam a participação dos accionistas minoritários) não poria em causa o equilíbrio de poderes estabelecido – enquanto, aparentemente, se confiavam maiores poderes aos accionistas investidores.

Nas palavras de PEDRO MAIA, que sintetizam eloquentemente esta transição, passou-se de uma assembleia geral que detinha todos os poderes, mas que era apenas a assembleia de alguns sócios, para uma assembleia geral que era de todos os sócios, mas detinha apenas alguns poderes³.

Nos nossos dias, o desenho dos conflitos de interesses na organização societária não é tão linear. Os investidores institucionais, cuja presença neste cenário surgiu recentemente e tem aumentado de modo significativo nos últimos tempos (“intermediando” a participação dos pequenos accionistas na sociedade anónima, por estarem vocacionados para destinar ao investimento colectivo os capitais obtidos junto do público), vieram introduzir novos dados na necessária ponderação dos interesses em causa – e que já não pode resumir-se à contraposição entre os dos

³ Cfr. PEDRO MAIA, *Função e Funcionamento do Conselho de Administração da Sociedade Anónima*, cit., pág. 118.

“accionistas empresários” e aqueles tradicionalmente imputados aos pequenos accionistas, enquanto “meros investidores”⁴.

2. A relação entre *corporate governance* e poder dos accionistas

Pois bem, um dos problemas que se coloca em sede de *corporate governance* é, precisamente, o do poder dos administradores – em particular, o facto de o exercício desse poder não ser, na prática, capaz e suficientemente sindicado pelos accionistas. Nos termos da chamada “teoria da agência”, aqueles, a quem é confiada a função de servir os interesses dos accionistas (de todos os accionistas), acabam por se sentir tentados a prosseguir os seus próprios interesses, em detrimento do interesse da sociedade e dos seus sócios.

As sucessivas crises financeiras que se têm feito sentir tornaram evidente a necessidade de repensar a separação entre “propriedade” e “controlo”⁵, típica das sociedades anónimas (particularmente, das sociedades anónimas com grande dispersão de capital, cotadas em bolsa⁶), bem como as distorções a que esse fenómeno pode conduzir no âmbito da administração das mesmas: a referência aos problemas de “agência” (que assentam, sobretudo, na “assimetria informativa”⁸) permite demonstrar e explicar que o distanciamento dos accionistas relativamente ao exercício das funções de administração levou – e ainda pode levar – os membros do órgão de administração a prosseguirem os seus próprios interesses (e os interesses dos administradores consistem, deste ponto de vista, na maximização da remuneração – em sentido lato – recebida pelas funções

⁴ Cfr. a análise de PEDRO MAIA, “*Corporate governance* em Portugal”, in *Questões de Direito Societário em Portugal e no Brasil* (coord. Maria de Fátima Ribeiro/Fábio Ulhoa Coelho), Almedina, Coimbra, 2012, 43-86, pp. 49 ss.

⁵ Na conhecida fórmula de ADOLF A. BERLE/GARDINER C. MEANS, *The Modern Corporation and Private Property*, The Macmillan Company, New York, 1932, pp. 69 ss.

⁶ Cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, cit., pp. 25 ss.

⁷ Todavia, esta visão tradicional, que atribui a “propriedade” da sociedade aos accionistas, é hoje posta em causa por uma parte significativa da doutrina que reflecte sobre as questões de *corporate governance*. Cfr. STEPHEN M. BAINBRIDGE, “Executive compensation: who decides?”, in 83 *Texas Law Review*, 2005, 1615-1661, pp. 1646 ss.

⁸ Cfr. JOÃO SOUSA GIÃO, “Conflitos de interesses entre administradores e os accionistas na sociedade anónima: os negócios com a sociedade e a remuneração dos administradores”, in *Conflito de Interesses no Direito Societário e Financeiro. Um Balanço a Partir da Crise Financeira*, Almedina, Coimbra, 2010, pp. 227 ss.

que desempenham⁹), em detrimento daqueles que se obrigam a servir, ou seja, os da sociedade que administram^{10/11}.

Esta tem sido, de resto, uma das explicações mais comuns para a crise financeira mundial que se atravessa actualmente¹². Todavia, a análise da realidade (histórica e actual) tem demonstrado que essa poderá ser uma visão demasiado simplista de um fenómeno dotado de uma extraordinária complexidade.

Desde logo, pode ser simplista a visão da total separação entre os interesses do órgão de administração e os da sociedade e dos accionistas.

Os interesses pessoais dos membros dos órgãos de administração de uma sociedade são, naturalmente, interesses que podem identificar-se com os da própria sociedade que administram. Num cenário ideal, o sucesso da sociedade reverte a favor dos seus administradores, uma vez que o montante das suas remunerações é fixado em função desse sucesso; ou, ainda que não seja o caso, eles verão o seu “valor” aumentado no mercado de trabalho (naturalmente, o êxito da empresa societária será

⁹ Cfr. MICHAEL C. JENSEN/KEVIN J. MURPHY, “Remuneration: where we’ve been, how we got to here, what are the problems, and how to fix them”, 2004, in <http://ssrn.com/abstract=561305>, 1-105, pp. 21 ss., e 50 ss.

¹⁰ E os interesses da sociedade são, em regra, identificados com os interesses dos sócios, embora essa perspectiva possa ser considerada, sobretudo nos nossos dias, redutora. Cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, cit., pp. 509 ss. Sobre os conflitos de interesses entre os administradores e os accionistas da sociedade anónima como um problema de agência, cfr. JOÃO SOUSA GIÃO, “Conflitos de interesses entre administradores e os accionistas na sociedade anónima: os negócios com a sociedade e a remuneração dos administradores”, cit., pp. 223 ss.

¹¹ Cfr. STEPHEN M. BAINBRIDGE, “Executive compensation: who decides?”, cit., pp. 1615 ss., e 1626 ss.; LUCA ENRIQUES/PAOLO VOLPIN, “Corporate Governance Reforms in Continental Europe”, in *Journal of Economic Perspectives*, vol. 21, 2007, n.º 1, 117-140, pp. 117 ss. Entre nós, cfr. JORGE ANDRÉ CARITA SIMÃO, “A remuneração dos administradores das sociedades e as suas implicações no contexto da crise financeira mundial”, in *Revista de Direito das Sociedades*, 2010, ano II, n.ºs 3-4, 795-820, pp. 809 ss.; 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*, n.º 20, 2011, 23-59, pp. 28 ss.; FÁTIMA GOMES, *O Direito aos Lucros e o Dever de Participar nas Perdas nas Sociedades Anónimas*, Almedina, Coimbra, 2011, pp. 421 ss.

¹² Cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, “‘Corporate Governance’. Responsabilidade civil de administradores não executivos, da comissão de auditoria e do conselho geral e de supervisão”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, 136.º, ano 2006-2007, n.º 394, 31-59, pp. 32 ss.

associado à sua competência e ao grau de eficiência com que exercem as suas funções)¹³, ou terão assegurada a permanência na empresa que administram (e a estabilidade é um bem que, em tempos de precaridade no trabalho, tem também um valor crescente).

Simplemente, esta coincidência de interesses pode ser apenas aparente – sobretudo se a empresa societária estiver em crise ou na iminência de entrar em crise¹⁴. Aí, os membros do órgão de administração podem ver-se compelidos a “ignorar” ou “mascarar” a situação económica e financeira da empresa, com o intuito de assegurar, durante o maior período de tempo possível, a manutenção das condições de remuneração pré-estabelecidas, ou de evitar que o mercado de trabalho se aperceba do insucesso da sua actuação na administração da sociedade e, conseqüentemente, que a sua imagem profissional seja penalizada (ainda que aquele tenha sido claramente determinado por razões de mercado). Nesta fase, têm ainda normalmente lugar os chamados comportamentos “oportunistas”: os administradores podem optar por fazer a empresa societária correr riscos excessivos, numa tentativa de evitar ou adiar a sua insolvência, com todas as consequências que isso implica para a sua própria situação¹⁵.

Porém, também numa empresa bem sucedida podem existir perigos idênticos, se estiverem fixados esquemas de remuneração variável dos administradores que assentem no montante dos lucros da empresa societária (*pay for performance*) – embora fazer depender o montante da remuneração do administrador do nível de desempenho da empresa societária seja geralmente considerado um meio de combater eficazmente alguns dos problemas que se colocam em matéria de remuneração dos administradores

¹³ Na verdade, para além da remuneração, vários outros factores podem motivar os administradores – como o ego, a reputação e o reconhecimento social. Cfr. a análise de STEPHEN M. BAINBRIDGE, “Executive compensation: who decides?”, cit., pp. 1632 ss.; JAAP WINTER, “Corporate governance going astray: executive remuneration built to fail”, in *Festschrift für Klaus J. Hopt zum 70. Geburtstag am 24. August. Unternehmen, Markt und Verantwortung*, Walter de Gruyter, Berlin, 2010, 1521-1535, pp. 1521 ss.

¹⁴ Cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “A responsabilidade de gerentes e administradores pela actuação na proximidade da insolvência de sociedade comercial”, in *O Direito*, 142.º, 2010, I, 81-128, pp. 81 ss.; *idem*, “A responsabilidade dos administradores na crise da empresa”, in *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2011, 391-413, pp. 391 ss.

¹⁵ Cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “A responsabilidade de gerentes e administradores pela actuação na proximidade da insolvência de sociedade comercial”, cit., pp. 81 ss.; *idem*, “A responsabilidade dos administradores na crise da empresa”, cit., pp. 393 ss.

(o que é entendimento cada vez menos pacífico¹⁶). De entre esses perigos, destaca-se o de os administradores dissimularem (nomeadamente, pelos meios que já foram expostos) resultados que não correspondem às metas traçadas para a aquisição do seu direito à parte variável da remuneração.

Acresce ao exposto que os esquemas remuneratórios que combinam uma parte fixa com uma parte variável não asseguram uma adequada repartição do risco empresarial ligado ao exercício das funções de administração: os administradores, se tomarem opções de risco elevado, estão cientes de poderem obter ganhos muito significativos (se essas estratégias forem bem-sucedidas, beneficiarão amplamente, não só pelo facto de conseguirem a atribuição da parte correspondente da remuneração variável, mas ainda, se ela consistir na atribuição de acções ou do direito de subscrição ou aquisição das mesmas, pelo facto de poderem vir a vendê-las por valores estrategicamente inflacionados), sem que esteja em causa o direito ao montante de remuneração fixa convencionado; desse modo, as consequentes perdas serão exclusivamente suportadas pelo património da sociedade e, portanto, pelos credores sociais e pelos sócios¹⁷. Ou seja, poderá compensar fazer a sociedade correr riscos excessivos, que podem comprometer a sua sustentabilidade a longo prazo¹⁸.

¹⁶ Cfr. a análise de IAN M. RAMSAY, “Directors and officers’ remuneration: the role of the law”, in *Journal of business law*, 1989, 351-374, pp. 364 ss.; STEPHEN M. BAINBRIDGE, “Executive compensation: who decides?”, cit., pp. 1632 ss.; JAAP WINTER, “Corporate governance going astray: executive remuneration built to fail”, cit., pp. 1521 ss.; JAMES MCCONVILL, “Executive compensation in contemporary corporate governance: why pay for performance is a flawed methodology”, 2005, in <http://ssrn.com/abstract=723521>, 1-42, pp. 5 ss.; PIETER DUFFHUES/REZAUL KABIR, “Is the pay-performance relationship always positive? Evidence from Netherlands”, in *Journal of Multinational Financial Management*, 2008, vol. 18-1, 45-60, pp. 45 ss.

¹⁷ E note-se que a avaliação do risco pelos accionistas pode revelar-se particularmente difícil. Cfr. JOÃO SOUSA GIÃO, “Conflitos de interesses entre administradores e os accionistas na sociedade anónima: os negócios com a sociedade e a remuneração dos administradores”, cit., pág. 283. De todo o modo, em condições normais, os administradores poderão ter maior aversão ao risco do que os pequenos accionistas (sobretudo aqueles que investem numa carteira diversificada de acções); neste caso, um esquema remuneratório baseado no desempenho da sociedade tem precisamente o objectivo de levar os administradores a optarem por projectos de maior risco. Cfr. a análise de STEPHEN M. BAINBRIDGE, “Executive compensation: who decides?”, cit., pp. 1633 ss.

¹⁸ Cfr. JENNIFER G. HILL, “New trends in the regulation of executive remuneration”, 2010, in <http://ssrn.com/abstract=1549429>, 1-41, pp. 25 ss. A este propósito, atente-se no texto do princípio 6.P.2. do *Codice di autodisciplina delle società quotate* italiano, de 2011: “La remunerazione degli amministratori esecutivi e dei dirigenti con responsabilità strategi-

Por sua vez, o sucesso empresarial pode produzir um efeito “viciante”, levando os administradores a manipularem os dados financeiros e contabilísticos, de modo a que exista sobreavaliação dos activos societários, inflação dos resultados reais da empresa e manutenção do valor das acções num nível superior àquele que corresponderia à verdadeira situação da sociedade^{19/20}.

Por outro lado, tradicionalmente, o modelo organizativo da sociedade anónima serviu e tem servido para que os titulares do órgão de administração sirvam os interesses dos accionistas empresários (ou antes, para que os accionistas empresários, mesmo que não consigam ser os accionistas maioritários, estejam em condições de designar aqueles que efectivamente vão gerir a empresa societária, ou para se fazerem designar eles próprios titulares do órgão de administração).

A esta vocação alia-se o desígnio de estabelecer (ou restabelecer) a confiança dos accionistas investidores, o que passa pela consagração, legal ou estatutária, de mecanismos que, pelo menos aparentemente, assegurem a informação e a possibilidade de fiscalização da actividade do órgão de administração. O objectivo é evidente: apenas deste modo pode a sociedade anónima atrair o investimento destes (múltiplos) pequenos accionistas e financiar a sua actividade empresarial. O mesmo é dizer que é do interesse dos accionistas empresários que existam e estejam concretamente previstos os mecanismos adequados

che è definitiva in modo tale da allineare i loro interessi con il perseguimento dell'obiettivo prioritario della creazione di valore per gli azionisti in un orizzonte di medio-lungo periodo”.

¹⁹ Cfr. MICHAEL C. JENSEN/KEVIN J. MURPHY, “Remuneration: where we’ve been, how we got to here, what are the problems, and how to fix them”, cit., pp. 45 ss. O risco de manipulação dos dados contabilísticos é particularmente relevante nos casos – frequentes – em que o direito à parte variável da remuneração dos administradores, ou a determinação do respectivo montante, esteja dependente da verificação de determinados objectivos avaliados exclusivamente com base em elementos contabilísticos. Cumpre acrescentar que nem sempre esta actuação constitui ilícito, uma vez que existem determinadas manobras contabilísticas que, respeitando a observância das regras legais aplicáveis, permitem alterar, pelo menos temporariamente, dados relevantes para a determinação da situação contabilística da empresa societária.

²⁰ Simplesmente, não fazer depender a remuneração dos membros dos órgãos de administração do êxito da empresa societária também comporta os seus (muitos) riscos. Sobre a matéria, cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “Os modelos de remuneração dos membros dos órgãos de administração das sociedades comerciais e as comissões de remunerações”, in *A Emergência e o Futuro do Corporate Governance em Portugal. Volume Comemorativo do X Aniversário do Instituto Português de Corporate Governance* (coord. José Costa Pinto), Almedina, Coimbra, 2103, 51-100, pp. 52 ss.

para gerar a confiança dos pequenos accionistas, sem cujo investimento os primeiros jamais estariam em condições de levar a bom porto o seu projecto empresarial.

Mas cabe já esclarecer que o facto de os accionistas empresários deterem estes poderes no seio da organização da sociedade anónima não é, necessariamente, negativo ou, até, contrário aos interesses da sociedade e dos pequenos accionistas. Desde logo, são os accionistas empresários que mais arriscam (em termos de investimento pessoal e financeiro) na sociedade, pelo que serão, necessariamente, aqueles que mais têm a ganhar com o sucesso da empresa. Consequentemente, quanto maior a sua proximidade do exercício das funções de gestão, maior será a possibilidade de sucesso do projecto empresarial – e maior a probabilidade de ganho para os accionistas investidores. Assim, a aptidão dos accionistas empresários para controlar ou exercer a função de gestão alia-se, em vez de se opor, ao exclusivo interesse dos accionistas investidores em auferir o maior rendimento da sua participação na sociedade, com o menor envolvimento pessoal possível (em geral, o comportamento destes accionistas caracteriza-se pelo afastamento e desinteresse relativamente aos assuntos da sociedade que não estejam directa e imediatamente ligados ao lucro distribuível e distribuído, o que também explica o seu marcado absentismo nas reuniões da assembleia geral²¹).

²¹ Note-se que a lei societária parece querer, cada vez mais – e enquanto se ocupa de consagrar os adequados mecanismos de tutela destes accionistas investidores –, privilegiar os interesses dos “accionistas empresários”, ou, pelo menos, dos accionistas cuja presença na sociedade é previsivelmente mais estável. Pelo menos, é assim que deverá ser interpretada a actual referência do artigo 64.º, n.º 1, alínea b), aos “interesses de longo prazo” dos sócios, a que os membros do órgão de administração deverão atender na gestão da empresa societária, subalternizando a estes os interesses dos “sócios de curto prazo”. Afinal, só terão “interesses de longo prazo” os sócios que sejam, eles próprios, “sócios de longo prazo”... Cfr. PAULO CÂMARA, “O governo das sociedades e a reforma do Código das Sociedades Comerciais” in AA.VV., *Código das Sociedades Comerciais e Governo das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2008, 9-141, cit., pp. 39 ss., alertando para o impacto, no funcionamento da assembleia geral, do *empty voting* de determinados tipos de accionistas de curto prazo (neste ponto, para os *hedge funds*, cfr. ainda a análise de JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, “Os ‘hedge funds’ e o governo das sociedades”, in *Direito dos Valores Mobiliários*, Vol IX, 2010, 9-70, pp. 67 ss.).

2.1. Os interesses dos accionistas empresários e a composição do órgão de administração

Cabe à assembleia geral designar os membros do órgão de administração: estes são eleitos, nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 386.º do Código das Sociedades Comerciais (CSC), por deliberação na qual fará vencimento a proposta “que tiver a seu favor maior número de votos”. E os accionistas também podem destituir através de deliberação social, com ou sem justa causa, todos ou parte dos administradores, como dispõem os artigos 403.º, n.º 1, e 430.º, n.º 1. Se os administradores podem ser accionistas (como se retira do teor do n.º 3 do artigo 390.º), está expressamente arredada pelo n.º 2 do artigo 391.º a possibilidade de ser estatutariamente consagrado um direito especial à designação de administradores – e também não é admissível a consagração, por essa via, de um direito especial a integrar a administração²². Deste modo, pretende o legislador assegurar a total liberdade de escolha, pela assembleia geral dos accionistas, dos membros do órgão de administração.

A composição do órgão de administração deve, em regra, ser plural (a menos que exista, nos casos em que a lei o admite, um administrador único)²³. Na tentativa de justificar esta solução legal (que mais não faz do que consagrar as soluções que são ou seriam espontaneamente consagradas, independentemente da imposição normativa), a doutrina conclui, com acerto, que a alegada complexidade da empresa societária de grande dimensão não justifica a exigência de um maior número de administradores – sobretudo porque, na realidade, a gestão da sociedade acaba por ser confiada, através do recurso à delegação de poderes, a uma só pessoa (ou a uma comissão constituída por um muito reduzido número de pessoas)^{24/25}.

²² Cfr. PEDRO MAIA, “*Corporate Governance em Portugal*”, cit., pág. 69.

²³ O que decorre do disposto no artigo 410.º do CSC.

²⁴ Sobre o tema, cfr. PEDRO MAIA, *Função e Funcionamento do Conselho de Administração da Sociedade Anónima*, cit., pp. 253 ss. A delegação de poderes pode assumir dois contornos distintos. Pode tratar-se de delegação imprópria, prevista nos n.ºs 1 e 2 do artigo 407.º, ou de delegação própria, permitida nos termos do n.º 3 do mesmo artigo. Pela primeira, distribuem-se internamente tarefas (cfr. JOÃO CALVÃO DA SILVA, “‘*Corporate Governance*’. Responsabilidade civil de administradores não executivos, da comissão de auditoria e do conselho geral e de supervisão”, cit., pág. 35), não se excluindo “a competência normal dos outros administradores ou do conselho nem a responsabilidade daqueles” (note-se que JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Governança das Sociedades Comerciais*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, pp. 102 ss., coloca algumas reservas quanto ao disposto, em matéria de responsabilidade dos outros

Nem mesmo a representação dos interesses dos accionistas minoritários constitui explicação capaz, uma vez que, historicamente, estes nem teriam assento na assembleia geral, nunca se encontrando então em condições de, sequer, participar com o seu voto na escolha dos membros do órgão de administração.

O que parece justificar a necessidade de composição plural do órgão de administração é, precisamente, a necessidade de assegurar que os interesses dos diferentes accionistas empresários presentes na assembleia geral estão representados no órgão de administração – e não tanto o

administradores, neste n.º 2 do artigo 407.º). Na segunda, existe verdadeira delegação de poderes, uma vez que o conselho de administração atribui a um ou alguns dos seus membros (os administradores-delegados, ou a comissão executiva: a doutrina discute a possibilidade de coexistirem, numa mesma sociedade, administradores-delegados e comissão executiva, ou várias comissões executivas; a favor, cfr. ISABEL MOUSINHO DE FIGUEIREDO, “O administrador delegado. A delegação de poderes de gestão no Direito das Sociedades”, in *O Direito*, ano 137.º, n.º 3, 2005, 547-599, pp. 565 ss.; contra, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Administradores Delegados e Comissões Executivas. Algumas Considerações*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, pp. 24 ss.) o poder para exercerem individualmente certas competências suas (neste caso, quanto aos restantes administradores, mantém-se “a competência do conselho para tomar resoluções sobre os mesmos assuntos”, nos termos do disposto no n.º 8 do artigo 407.º). Note-se que o n.º 4 do artigo 407.º exclui do âmbito da possível delegação determinadas matérias – e, neste âmbito, JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Governança das Sociedades Comerciais*, cit., pág. 41, defende a interpretação extensiva da norma, de modo a que não seja admitida a delegação também no que respeita às matérias das alíneas e) e g) a j) do artigo 406.º Por seu turno, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Administradores Delegados e Comissões Executivas. Algumas Considerações*, cit., pág. 38, expõe que, nos casos das matérias constantes das alíneas h) a j) (extensões ou reduções importantes da actividade da sociedade; modificações importantes na organização da empresa; estabelecimento ou cessação de cooperação duradoura e importante com outras empresas), será gestão corrente a simples execução prática de decisões tomadas pelo conselho de administração, pelo que (apenas) essa execução poderá ser objecto de delegação de poderes.

²⁵ A possibilidade de recurso à delegação de poderes em sentido próprio tem de estar expressamente prevista pelo contrato de sociedade (nos termos do n.º 3 do artigo 407.º, o conselho de administração apenas pode delegar a gestão corrente da sociedade se o contrato o autorizar), embora não o possa estar a respectiva imposição. Na verdade, o conselho de administração apenas deve delegar os seus poderes de gestão se entender que isso se mostra conveniente – e na medida em que o seja. Por isso, não deve admitir-se que possa o contrato de sociedade fixar o conteúdo de uma eventual delegação, nem tampouco designar os administradores-delegados (ou membros da comissão executiva). Neste sentido, cfr. ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Administradores Delegados e Comissões Executivas. Algumas Considerações*, cit., pág. 19.

desígnio de permitir a estes accionistas, ou àqueles por estes designados, a participação directa na gestão da empresa societária. Trata-se, então, de assegurar aos accionistas empresários a possibilidade de escolherem e controlarem (acompanhando) a actuação daquele ou daqueles de entre os membros do órgão de administração que, efectivamente, venham a gerir a empresa societária (nomeadamente, e sobretudo, na qualidade de administradores-delegados)²⁶.

O mesmo vale para justificar a regra da colegialidade (de resto, a que apresenta a menor eficiência possível na gestão da sociedade – comparada, por exemplo, com o sistema da conjunção²⁷)²⁸: garante-se desse modo à minoria representada no órgão de administração um mínimo de

²⁶ Sobre a matéria, cfr. PEDRO MAIA, *Função e Funcionamento do Conselho de Administração da Sociedade Anónima*, cit., pp. 87 ss.

²⁷ Deste modo, não é suficiente que os administradores actuem em grupo (o que fariam se a regra fosse a conjunção, pela qual os membros do órgão poderiam prestar o seu assentimento a cada decisão em momentos distintos; note-se que aos poderes de representação do conselho de administração são exercidos deste modo, conjuntamente, nos termos do artigo 408.º), mas será ainda necessário que o façam através de deliberações tomadas em reunião: o n.º 4 do artigo 410.º estabelece expressamente (e imperativamente) que o conselho de administração não pode deliberar sem que esteja presente ou representada a maioria dos seus membros. Nota PEDRO MAIA, *Função e Funcionamento do Conselho de Administração da Sociedade Anónima*, cit., pp. 230 ss., que a norma deve considerar-se imperativa apenas na medida em que proscreve a possibilidade de o contrato de sociedade fixar *quorum* constitutivo inferior – mas nada impede que neste se exija um *quorum* superior (o que pode justificar-se por razões várias, particularmente pela necessidade de impedir o afastamento da responsabilidade dos administradores ausentes perante a sociedade, nos termos do n.º 3 do artigo 72.º), desde que apenas válido em primeira convocatória (para que o funcionamento do órgão não fique paralisado).

²⁸ Estão previstos pelo próprio legislador alguns desvios a esta regra da colegialidade. Desde logo, cada administrador pode fazer-se representar, numa reunião, por outro administrador, nos termos do disposto no n.º 5 do artigo 410.º; depois, o n.º 7 do mesmo artigo vem autorizar o recurso ao voto por correspondência (tem-se entendido, contudo, que essa possibilidade tem um limite: deverão estar presentes ou representados os administradores necessários para formar o *quorum* constitutivo estabelecido no n.º 4; cfr. RAÚL VENTURA, *Estudos Vários Sobre Sociedades Anónimas*, Almedina, Coimbra, 1992, pág. 551); finalmente, o conselho de administração poderá tomar deliberações unânimes por escrito, em resultado da aplicação analógica do disposto, para as deliberações da assembleia geral, no artigo 54.º (neste sentido, cfr. RAÚL VENTURA, *Estudos Vários Sobre Sociedades Anónimas*, cit., pp. 536 ss.). Ainda será de admitir que exista dispensa do funcionamento colegial do órgão de administração quando, não existindo delegação de poderes, seja urgente deliberar sobre determinado assunto – e se mostre impossível convocar o conselho de modo atempado (para a defesa e fundamentação desta

protecção (v.g., através do conhecimento contemporâneo das medidas adoptadas, e do conhecimento e controlo do processo de decisão e das suas motivações). Mas esta regra pode ser, precisamente, afastada através da delegação de poderes, nos termos previstos na lei, assegurando-se assim uma gestão mais eficiente – e a delegação de poderes é um fenómeno muito frequente na *praxis* societária^{29/30}.

A presença de administradores não executivos permitirá a existência, no seio do conselho de administração, de membros que possam avaliar e influenciar, simultaneamente com o afastamento e a proximidade neces-

possibilidade, cfr. PEDRO MAIA, *Função e Funcionamento do Conselho de Administração da Sociedade Anónima*, cit., pp. 290 ss.).

²⁹ E até recomendável. O Código de Governo das Sociedades da CMVM 2013 (Recomendações) estabelece, na Recomendação II.1.1., o seguinte: II.1.1. “Dentro dos limites estabelecidos por lei, e salvo por força da reduzida dimensão da sociedade, o conselho de administração deve delegar a administração quotidiana da sociedade, devendo as competências delegadas ser identificadas no relatório anual sobre o Governo da Sociedade”. E nas Recomendações seguintes enuncia algumas das regras que se consideram adequadas para assegurar o efectivo funcionamento de um modelo de governação que tenha adoptado a delegação de competências. Também o Código de Governo das Sociedades do IPCG 2014 enuncia no Princípio III.A: “Como forma de aumentar a eficiência e a qualidade do desempenho do órgão de administração e o adequado fluxo de informação para este órgão, a gestão corrente da sociedade deve pertencer a administradores executivos com as qualificações, competências e a experiência adequadas à função. À administração executiva compete gerir a sociedade, prosseguindo os objectivos da sociedade e visando contribuir para o seu desenvolvimento sustentável”; e no Princípio III.B: “Na determinação do número de administradores executivos, devem ser ponderadas, além dos custos e da desejável agilidade de funcionamento da administração executiva, a dimensão da empresa, a complexidade da sua actividade e a sua dispersão geográfica”. O acolhimento destes Princípios deverá reflectir-se no cumprimento das Recomendações III.1 a III.4 do mesmo Código.

³⁰ Questão debatida na doutrina é a de saber se, existindo comissão executiva, será obrigatório o seu funcionamento colegial: embora tendencialmente se responda afirmativamente (cfr. MANUEL COUCEIRO NÓGUEIRA SERENS, *Notas Sobre a Sociedade Anónima*, 2.^a ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1997, pág. 78; JOÃO CALVÃO DA SILVA, “Corporate Governance”. Responsabilidade civil de administradores não executivos, da comissão de auditoria e do conselho geral e de supervisão”, cit., pág. 38, nota 14), PEDRO MAIA, *Função e Funcionamento do Conselho de Administração da Sociedade Anónima*, cit., pág. 262, nota 321, admite que a actuação possa ser colegial ou conjunta (afirmando que sobre o conselho de administração impende o dever de indicar o modo de funcionamento da comissão executiva).

sários, a actuação dos administradores executivos^{31/32}. A aproximação dos administradores não executivos à gestão da empresa societária pode ser assegurada pela criação de uma comissão de auditoria (no âmbito do chamado modelo anglo-saxónico de governação), órgão que se compõe precisamente de administradores não executivos³³ e tem, genericamente, por função o acompanhamento da elaboração e da fiscalização da informação financeira e da actuação dos administradores executivos, bem como

³¹ Cfr. PAULO CÂMARA/GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “O governo das sociedades anónimas”, cit., pp. 57 ss. Note-se que a lei não impõe a distinção entre presidente do conselho de administração e presidente da comissão executiva (se bem que parece pressupô-la, no artigo 407.º, n.º 6, alínea b); cfr. de ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Administradores Delegados e Comissões Executivas. Algumas Considerações*, cit., pp. 43 ss.), embora ela possa ser desejável, ao reforçar a função de fiscalização da gestão da empresa societária, mas apenas desde que exista uma clara definição das competências que cabem a cada uma das funções respectivas. Cfr. PAULO CÂMARA, “O governo das sociedades e a reforma do Código das Sociedades Comerciais”, cit., pp. 22 ss., que defende que a escolha sobre a coincidência ou a separação entre os titulares das duas funções deve ser remetida para o plano da *soft law*. No mesmo sentido, cfr. PAULO CÂMARA/GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “O governo das sociedades anónimas”, in *O Governo das Organizações. A Vocação Universal do Corporate Governance*, Almedina, Coimbra, 2011, 43-94, pp. 48 ss.

³² Cabe a cada um dos administradores não executivos vigiar genericamente a actividade do ou dos administradores-delegados, ou da comissão executiva (trata-se de um dever de “vigilância geral” – e não relativamente a cada um dos actos praticados com delegação de poderes: sobre o ponto, cfr. ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Administradores Delegados e Comissões Executivas. Algumas Considerações*, cit., pp. 82 ss.); e, se for necessário, provocar a intervenção do conselho de administração para tomar as medidas adequadas a evitar que aqueles, através dos seus actos ou omissões, causem prejuízos à sociedade. Não o fazendo, incorrem em responsabilidade, ainda como previsto no n.º 8 do artigo 407.º (salienta ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Administradores Delegados e Comissões Executivas. Algumas Considerações*, cit., pág. 87, que será necessário que o incumprimento do dever de vigilância geral tenha sido, também, causa do dano, para a responsabilização dos administradores não executivos com esse fundamento).

³³ Sendo exigida a independência da maioria dos membros da comissão, nas sociedades emittentes de valores mobiliários admitidos à negociação em bolsa, nos termos do artigo 423.º-B, n.º 5; ou de um dos membros, se se tratar de sociedades não cotadas, mas que preencham os requisitos fixados pelo artigo 413.º, n.º 2, alínea a), nos termos do artigo 423.º-B, n.º 4. Para uma análise muito crítica da definição de independência constante do artigo 423.º-B, n.º 4, cfr. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, “Corporate Governance em Portugal”, in *Miscelâneas*, n.º 6, Almedina, Coimbra, 2010, 7-47, pp. 21 ss. Entre nós, fora destes casos de imperatividade, existe ainda a recomendação de existência de administradores independentes, entre os administradores não executivos, constante de códigos de governo societário.

a gestão de potenciais situações de conflito de interesses^{34/35}. Também a possível existência de um conselho geral e de supervisão visa densificar a participação de accionistas na fiscalização da sociedade³⁶. Presente no chamado modelo germânico de governação, o conselho geral e de supervisão tem funções de fiscalização da actividade do órgão de administração (cujos membros tem, em regra, o poder de designar) e é necessariamente constituído por membros que não podem, simultaneamente, fazer parte do conselho de administração executivo.

³⁴ E, não excluindo o n.º 8 do artigo 407.º a possibilidade de existirem administradores não executivos que não integrem a comissão de auditoria (mas já o n.º 3 do artigo 423.º -B impede que os administradores-delegados ou membros da comissão executiva possam ser membros da comissão de auditoria), nada obsta a que existam ainda outras comissões e/ou a que a vigilância sobre os administradores executivos seja ainda assegurada por estes outros administradores não executivos, fora do estrito âmbito de actuação da comissão de auditoria.

³⁵ Entre nós, discute-se a composição do conselho de administração quando exista comissão de auditoria: relativamente ao número mínimo de administradores, a doutrina não chega a consenso, defendendo-se que possam ser quatro (cfr. PAULO CÂMARA, “O governo das sociedades e a reforma do Código das Sociedades Comerciais”, cit., pág. 105; PAULO CÂMARA/GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *O governo das sociedades anónimas*, cit., pp. 51 ss.), ou exigindo-se pelo menos cinco (PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das Sociedades Comerciais*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, pág. 702 e pág. 703, nota 945), assentando na divergência na interpretação do disposto no artigo 278.º, n.º 5, que proíbe a existência de um administrador único (sem estabelecer expressamente se nesse cômputo se devem incluir apenas administradores executivos ou, também, não executivos) nas sociedades cuja estrutura de administração e fiscalização é a da alínea b) do n.º 1 do artigo 278.º (sendo certo que o n.º 2 do artigo 423.º-B exige que a comissão de auditoria tenha, pelo menos, três membros efectivos). Note-se, todavia, que ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, “Comissão executiva, comissão de auditoria e outras comissões na administração”, in AA.VV., *Reformas do Código das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2007, 243-275, pp. 258 ss., interpreta o disposto no n.º 5 do artigo 278.º do seguinte modo: a norma impõe que as sociedades que adoptem este modelo de organização, previsto na alínea b) do n.º 1, qualquer que seja o respectivo capital social, tenham pelo menos dois administradores executivos. No caso de existir simultaneamente comissão de auditoria e comissão executiva, defende ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, *últ. ob. cit.*, pp. 250 ss., que o conselho de administração terá de ser composto por um mínimo de seis membros: três integrarão a comissão de auditoria, dois pertencerão à comissão executiva (que pode ter um mínimo de dois membros) e um será o presidente do conselho de administração – mas isto apenas desde que o presidente do conselho de administração não seja também o presidente da comissão executiva (como esclarece ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, *Administradores Delegados e Comissões Executivas. Algumas Considerações*, cit., pp. 44 ss.), sendo certo que os artigos 395.º e 407.º, n.º 5, exigem que quer o conselho de administração quer a comissão executiva tenham um presidente.

³⁶ Embora, actualmente, ele não seja necessariamente composto por accionistas.

2.2. *As competências da assembleia geral dos sócios em matéria de gestão*

E uma das grandes questões que ocupa a nossa doutrina é precisamente a seguinte: até que ponto é lícita a intervenção dos accionistas em matéria de gestão³⁷? Embora a questão possa estar referida a realidades muito diversas, o plano no qual tem sido discutida é o da interpretação do artigo 373.º, n.º 3, quando confrontado com o teor do artigo 405.º, n.º 1, do mesmo diploma. O n.º 3 do artigo 373.º estabelece expressamente que “sobre matérias de gestão da sociedade, os accionistas só podem deliberar a pedido do órgão de administração”, sendo que o n.º 1 do artigo 405.º dispõe que o conselho de administração deve subordinar-se às deliberações dos accionistas “apenas nos casos em que a lei ou o contrato de sociedade o determinarem”³⁸. E a dúvida reside no seguinte: será compatível com este quadro legal inserir nos estatutos da sociedade uma cláusula através da qual sejam atribuídas à competência da assembleia geral matérias de gestão da sociedade? O mesmo é perguntar se o n.º 3 do artigo 373.º tem carácter imperativo (caso em que a resposta à questão precedente terá de ser negativa) ou meramente dispositivo (o que permitirá responder afirmativamente à mesma).

Historicamente, o entendimento (e ulterior consagração legal) de que a competência para gerir e dirigir a empresa societária pertence ao conselho de administração, enquanto poder próprio deste órgão, surgiu na sequência do reconhecimento de certos direitos dos pequenos accionistas, nomeadamente, relativos à participação em assembleia geral – o

³⁷ A matéria de gestão compreenderá, seguindo Coutinho de Abreu, a “alta direção” (relativa a decisões estratégicas que condicionem, a médio e longo prazo, a actividade e a organização da empresa societária) e os actos de execução ou desenvolvimento da mesma (no âmbito dos quais se compreende a chamada “gestão corrente”). Cfr. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, “*Corporate Governance* em Portugal”, cit., pp. 16 ss.

³⁸ Este regime é marcadamente distinto daquele que a lei consagra para a sociedade por quotas – e atesta bem as marcadas diferenças entre os dois tipos societários, no domínio da governação. Na sociedade por quotas, determina o artigo 259.º expressamente que os gerentes “devem praticar os actos que forem necessários ou convenientes para a realização do objecto social, com respeito pelas deliberações dos sócios”, pelo que se derroga neste tipo societário a regra (expressa tipicamente na sociedade em nome colectivo e na sociedade anónima) de que a poder (ou seja, à possibilidade de ingerência em matéria de gestão) corresponde responsabilidade (pelas dívidas da sociedade). Cfr. a análise de MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, Almedina, Coimbra, 2009, pp. 51 ss.

que se tornava necessário para atrair os pequenos investidores³⁹. Deste modo, como ficou exposto, tratava-se de afastar o (remoto) perigo de que estes pequenos accionistas pudessem, através da sua (improvável) participação massiva e interventiva nas reuniões da assembleia geral, pôr em causa o equilíbrio de poderes que assegurava aos accionistas empresários a gestão da sociedade ou, pelo menos, o acompanhamento e o controlo dessa actividade⁴⁰.

Em consequência, só uma interpretação parece resultar adequadamente da leitura dos referidos textos legais: o n.º 3 do artigo 373.º atribui uma competência exclusiva ao conselho de administração em matéria de gestão, embora caiba a este órgão decidir se, em cada caso concreto, solicita à assembleia geral que delibere nessas matérias (que, repete-se, são da sua exclusiva competência) – o que pode revelar-se extremamente útil para o efeito afastar a responsabilidade dos membros do órgão de administração quando o acto ou omissão em causa tenha causado danos à sociedade, desde que a deliberação da assembleia geral não enferme de nulidade ou, sendo anulável, não seja de entender que não deveria ter sido executada⁴¹. Deste modo, o n.º 1 do artigo 405.º virá apenas prever que os accionistas têm a possibilidade de estabelecer no pacto que o conselho de administração ficará subordinado às deliberações que, em matéria de gestão, solicitar à assembleia geral (ficando estatutariamente afastado o carácter meramente consultivo deste órgão, nesses casos⁴²)⁴³.

³⁹ Cfr. a análise de PEDRO MAIA, *Função e Funcionamento do Conselho de Administração da Sociedade Anónima*, cit., pp. 109 ss.

⁴⁰ Acresce ao exposto que a lei portuguesa proíbe expressamente que os acordos parassociais possam respeitar à conduta de intervenientes ou de outras pessoas no exercício de funções de administração (cfr. o artigo 17.º, n.º 2).

⁴¹ Sobre o tema, cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, cit., pp. 601 ss., nota 115.

⁴² Esclarece JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Governança das Sociedades Comerciais*, cit., pág. 59, a nosso ver com razão, que os administradores não deverão obediência a uma deliberação dos sócios se, entretanto, tiverem ocorrido factos que tenham alterado consideravelmente as circunstâncias com base nas quais ela foi tomada – a tanto obriga o cumprimento do dever de diligência genericamente previsto no artigo 64.º Naturalmente, eles também não deverão obediência a uma deliberação de cuja execução possa resultar a sua responsabilidade, quer perante a sociedade, quer perante os credores sociais (ainda que válida).

⁴³ PEDRO MAIA, *Função e Funcionamento do Conselho de Administração da Sociedade Anónima*, cit., pp. 151 ss.; *idem*, “Corporate Governance em Portugal”, cit., pp. 68 ss.; ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, *A Administração das Sociedades por Quotas e Anónimas – Organização e Estatuto dos Administradores*, Livraria Petrony, Lisboa,

Mas tem sido defendida por alguma da doutrina pátria uma outra interpretação do n.º 1 do artigo 405.º, norma que viria então – afinal – estabelecer que os sócios podem afastar, através de cláusula estatutária, a exclusividade da competência do conselho de administração em matéria de gestão, autorizando-se desse modo a assembleia geral a deliberar nesse âmbito, independentemente de pedido do conselho de administração⁴⁴. Este entendimento baseia-se na leitura conjugada da norma em análise com o disposto no n.º 2 do artigo 373.º, que textualmente dispõe que os accionistas deliberam sobre as matérias que lhes são especialmente atribuídas pela lei ou pelo contrato; por outras palavras, esta norma permitirá que os accionistas definam no contrato de sociedade o âmbito da

1990, pp. 81 ss.; MARIA AUGUSTA FRANÇA, *A Estrutura das Sociedades Anónimas em Relação de Grupo*, AAFDL, Lisboa, 1990, pp. 35 ss., e pp. 150 ss.; JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Direitos dos Sócios da Sociedade-Mãe na Formação e Direcção dos Grupos Societários*, UCP, Porto, 1994, pp. 127 ss.; ALEXANDRE DE SOVERAL MARTINS, *Os Poderes de Representação dos Administradores de Sociedades Anónimas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, pp. 193 ss.; JOÃO ESPÍRITO SANTO, *Sociedades por Quotas e Anónimas. Vinculação: Objecto Social e Representação Plural*, Almedina, Coimbra, 2000, pp. 412 ss.; JOÃO CALVÃO DA SILVA, *Estudos Jurídicos (Pareceres)*, Almedina, Coimbra, 2001, pp. 109 ss; *idem*, “‘Corporate Governance’. Responsabilidade civil de administradores não executivos, da comissão de auditoria e do conselho geral e de supervisão”, cit., pág. 34; CATARINA SERRA, *Direito comercial. Noções fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pág. 94. Ainda ampara esta tese um (outro) argumento histórico: no anteprojecto sobre a assembleia geral estava expressamente previsto que os accionistas pudessem deliberar, em matéria de gestão, quando o conselho de administração o tivesse solicitado, mas também quando os estatutos lhes atribuissem esse poder (cfr. ADRIANO VAZ SERRA, “Assembleia geral”, *Boletim do Ministério da Justiça*, n.º 197, Lisboa, 1971, pág. 41; o texto do n.º 2 do artigo 2.º era o seguinte: “[a] assembleia geral só pode deliberar sobre questões de gestão social quando os estatutos lhe reservarem esse poder, ou quando a administração ou direcção o exigir”) – possibilidade que o legislador parece ter querido afastar com a redacção do n.º 3 do artigo 373.º, pela qual suprimiu a referência à previsão estatutária.

⁴⁴ ALBINO MATOS, *Constituição de Sociedades*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2001, pp. 241 ss.; CARLOS OLAVO, “Impugnação das deliberações sociais”, in *Colectânea de Jurisprudência*, 1988, t. III, p. 23, nota 23; PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de gestão dos administradores de sociedades anónimas*, Almedina, Coimbra, 2012, pp. 221 ss.; EDUARDO SÁRAGGA LEAL, “O poder de gestão dos accionistas nas sociedades anónimas”, in *Direito das Sociedades em Revista*, ano 5, vol. 9, 2013, 247-291, pp. 289 ss. Também FILIPE CASSIANO DOS SANTOS, *Estrutura Associativa e Participação Societária Capitalística*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 310 ss., admite que o estatuto social permita que os sócios deliberem em matéria de gestão, mas com o entendimento específico de que tal permissão deve restringe-se a certos actos com relevo especial para a empresa societária.

sua competência para deliberarem em matéria de gestão, a acrescentar às competências deliberativas que já são directamente atribuídas por lei à assembleia geral⁴⁵. Nesta hipótese, também se estabeleceria no pacto se as deliberações da assembleia geral, tomadas em matéria de gestão, vinculariam o conselho de administração.

COUTINHO DE ABREU⁴⁶ apresenta neste domínio uma interpretação própria do dispositivo legal em causa, de carácter restritivo (à luz do disposto no n.º 2 do artigo 373.º). Para este autor, o n.º 3 do artigo 373.º é imperativo apenas para as sociedades anónimas com sistema organizativo de tipo germânico, devido à particular relevância dada ao elemento histórico neste labor: a norma da *AktG* que inspirou o legislador português nesta matéria⁴⁷ integra-se sistematicamente numa lei que prevê somente o modelo germânico de governação das sociedades anónimas – e neste modelo o órgão que corresponde ao conselho geral e de supervisão (nas palavras de COUTINHO DE ABREU, o conselho geral e de supervisão “é uma comissão da assembleia geral, particularmente representativa dos interesses dos sócios maioritários”, congregando poderes que no sistema tradicional estão atribuídos à assembleia geral e ao conselho fiscal) pode ter poderes em matéria de gestão. Assim sendo, nas sociedades com estrutura tradicional, será lícita a previsão dos estatutos que atribua à assembleia geral dos sócios competência deliberativa em matéria de gestão⁴⁸.

Em nosso entender, a interpretação que melhor se adequa aos expostos interesses em confronto na sociedade anónima é, de facto, aquela que a

⁴⁵ A este argumento responde PEDRO MAIA, *Função e Funcionamento do Conselho de Administração da Sociedade Anónima*, cit., pp. 151 ss., que a própria inserção sistemática do n.º 3 obsta a tal interpretação: se não existisse este n.º 3 do artigo 373.º, a assembleia geral poderia deliberar validamente sobre matérias de gestão da sociedade, desde que o contrato dispusesse nesse sentido, nos termos do n.º 2; e, nessa hipótese, o conselho de administração ficaria obrigado a cumprir tais deliberações apenas quando os estatutos o determinassem, nos termos do artigo 405.º, n.º 1, segunda parte. Simplesmente, o n.º 3 vem mesmo esclarecer que, sobre matérias de gestão, a assembleia geral só pode deliberar a pedido do órgão de administração. Sobre o tema, cfr. ainda PEDRO MAIA, “*Corporate governance em Portugal*”, cit., pp. 68 ss.

⁴⁶ JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Governança das Sociedades Comerciais*, cit., pp. 53 ss.; *idem*, “Artigo 373.º Forma e âmbito das deliberações”, in *Código das Sociedades Comerciais em Comentário (coord. Jorge Manuel Coutinho de Abreu). Volume VI (Artigos 373.º a 480.º)*, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 21 ss.

⁴⁷ O §119(2) da *Aktiengesetz*.

⁴⁸ Critica esta tese EDUARDO SÁRAGGA LEAL, “O poder de gestão dos accionistas nas sociedades anónimas”, cit., pp. 253 ss.

doutrina maioritariamente defende. Sendo certo que é da maior conveniência que as sociedades deste tipo consigam cumprir a sua vocação de atrair o maior número possível de pequenos investidores, também o é que para a sua criação e subsistência é fundamental o dinamismo dos accionistas empresários, munidos de um projecto empresarial e do *animus* necessário para impulsionar e acompanhar a sua concretização. Para atrair os primeiros será necessária a consagração legal dos mecanismos adequados para (ainda que apenas formalmente) assegurar a respectiva representação e possibilidade de controlo da gestão da sociedade – pelo menos, no que respeita àqueles aspectos que, directa ou indirectamente, interferem com a capacidade de a sociedade produzir e distribuir lucros. Mas para os segundos é essencial que a (desejada) maior presença possível dos sócios minoritários na sociedade, nestes termos, não ponha em causa o seu domínio sobre a empresa societária; de outro modo, com toda a probabilidade sacrificarão o crescimento e expansão da mesma à manutenção desse domínio.

Deste modo, a instabilidade que caracteriza a participação dos sócios investidores (é imprevisível a composição da assembleia geral, dada a flutuação na titularidade das participações sociais e o absentismo típico destes pequenos accionistas) não poderá comprometer a estabilidade da gestão da empresa societária, nem o domínio dos sócios empresários – nem, em consequência, o potencial crescimento da sociedade⁴⁹.

3. O papel dos accionistas empresários no governo societário

Coloca-se agora a questão de saber por que razão será conveniente que o domínio da sociedade pelos sócios empresários seja uma realidade; mais do que isso, por que razão deverá o ordenamento jurídico tutelar o interesse destes sócios. Além das já indicadas razões, que se prendem com a facilitação do crescimento da empresa societária (controlados que possam estar os receios de perda de domínio por parte destes sócios), haverá que atentar na prossecução dos próprios fins do movimento *corporate governance*.

⁴⁹ E, assim, uma deliberação da assembleia geral que incida sobre matéria de gestão, quando não solicitada previamente pelo órgão de administração, é nula, por o seu conteúdo não estar sujeito a deliberação dos sócios (cfr. VASCO DA GAMA LOBO XAVIER, “Invalidade e ineficácia das deliberações sociais no Projecto de Código das Sociedades”, separata da *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.ºs 3732 a 3736, Coimbra, 1985, p. 15).

Independentemente da noção de *corporate governance* que se aceite como boa⁵⁰, certo é que ela compreende sempre (por vezes, essencialmente) uma vertente de controlo da actuação dos membros do órgão de administração por parte dos accionistas⁵¹. Ora bem: o que se pretende, ou antes, o que se pode pretender consagrar legalmente é a atribuição do direito a controlar; mas o Direito não pode nem deve ter a pretensão de prescrever, nesse âmbito, uma obrigação.

É sabido que os accionistas minoritários, aqueles a que costuma chamar-se accionistas investidores, não participam, em regra, na vida societária, embora seja da maior importância que sintam que têm a possibilidade de o fazer, querendo. Este afastamento dos sócios é, como já se expôs, pacificamente considerado uma das causas dos problemas de “agência”: os membros do órgão de administração passam a prosseguir os seus próprios interesses, em detrimento dos interesses de longo prazo dos sócios e da sociedade, porque estão a gerir um património alheio.

O único modo de combater estes “custos da agência” é controlando de modo eficaz a actuação daqueles a quem cabe a gestão da sociedade, acedendo à informação relevante – o que traz consigo os “custos de controlo”⁵². Deste modo, a informação dos accionistas quanto a determinados aspectos ligados às funções dos administradores (salvaguardando-se, sempre, a discricionariedade que caracteriza o exercício das suas funções⁵³)

⁵⁰ Cfr. ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, “Do governo das sociedades: a flexibilização da dogmática continental”, in *Prof. Doutor Inocêncio Galvão Telles: 90 Anos. Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa*, Almedina, Coimbra, 2007, 91-103, pp. 91 ss.; JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, “*Corporate Governance* em Portugal”, cit., pp. 9 ss. A este propósito, distingue PEDRO MAIA, “*Corporate governance* em Portugal”, cit., pp. 46 ss., entre visão ampla (*corporate governance* na perspectiva da relação da sociedade com todos os *stakeholders*) e visão muito restrita (*corporate governance* incidindo estritamente na relação entre os accionistas e a administração).

⁵¹ Cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “Os modelos de remuneração dos membros dos órgãos de administração das sociedades comerciais e as comissões de remunerações”, cit., pp. 51 ss.

⁵² Como ficou exposto, na base dos problemas ligados aos conflitos de interesses entre os administradores e os accionistas, chamados “problemas de agência”, está a “assimetria informativa”: os administradores estão, em termos de informação, numa posição de vantagem relativamente aos accionistas, pelo que estes dificilmente poderão certificar-se de que aqueles desempenham com eficiência as suas funções – a menos que se disponham a suportar os custos associados à criação de mecanismos de controlo (os chamados “custos de controlo”).

⁵³ Cfr. a análise de ULRICH IMMENGA, “Ordenación económica y derecho de sociedades”, in *Revista de Derecho Mercantil*, n.º 276, 2010, 541-559, pp. 546 ss.

constitui um dos meios aptos para reduzir os “custos de agência” que tipicamente existem neste tipo de relação⁵⁴, uma vez que pode prevenir a ocorrência dos chamados “comportamentos oportunistas”⁵⁵.

Esperar que a generalidade dos accionistas chame a si esta função é, claramente, esperar demais, até porque nem todos os accionistas são portadores de interesses de longo prazo. Pelo que uma sociedade anónima na qual não possa identificar-se a existência de accionistas empresários é uma sociedade na qual é necessário confiar inteiramente esse controlo a terceiros, não sócios – ou seja, uma sociedade na qual se vai “agenciar” o próprio controlo dos “agentes”...

Sendo então certo que o controlo mais eficiente (em termos de custos e de eficácia) é aquele que os próprios accionistas levem a cabo, é ainda mais certo que os accionistas empresários são aqueles de quem pode e deve esperar-se uma actuação mais capaz. Por um lado, porque estão motivados: cada um deles investiu na sociedade, em regra, mais do que cada um dos accionistas minoritários, o que significa que cada um deles tem mais a perder; o absentismo não caracteriza, de modo algum, o seu modo de estar na mesma. Por outro lado, eles estão mais habilitados para o fazer, pois o facto de estarem presentes, acompanhando e fiscalizando o andamento dos negócios da empresa societária, torna-os mais competentes para o efeito.

É verdade que existem vários mecanismos, legalmente consagrados, para estimular a participação e o envolvimento dos accionistas minoritários na vida da empresa societária: v.g., aqueles relativos à composição do órgão de administração, previstos no artigo 392.º (sendo certo que a representação das minorias no conselho de administração é obrigatória apenas para sociedades com subscrição pública, nas quais existem investidores institucionais; e que a exigência de titularidade de acções

⁵⁴ Um dos aspectos relativamente aos quais é desejável, neste âmbito, a existência de transparência é, precisamente, o da remuneração dos administradores: trata-se de um domínio através do qual pode ser combatido o conflito de interesses – e promovido o respectivo alinhamento. Sobre o tema, cfr. PEDRO MAIA, “*Corporate governance* em Portugal”, cit., pág. 55; MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “Os modelos de remuneração dos membros dos órgãos de administração das sociedades comerciais e as comissões de remunerações”, cit., pp. 53 ss.

⁵⁵ Cfr. LUCA ENRIQUES/PAOLO VOLPIN, “Corporate governance reforms in continental europe”, cit., pp. 126, e 134 ss.; JENNIFER G. HILL, “Regulating executive remuneration: international developments in the post-scandal era”, 2006, in <http://ssrn.com/abstract=922299>, 1-29, pp. 11 ss.

que representem até 20% do capital social assegura que existe o direito de designar parte dos membros do conselho de administração, mas não o poder de os manter no exercício do cargo – a lei permite a destituição sem justa causa de administradores, a menos que accionistas que representem, pelo menos, 20% do capital social votem contra a mesma⁵⁶⁵⁷; e aqueles relativos ao recurso autorizado a modernas tecnologias de informação e comunicação⁵⁸ – e que se destinam, essencialmente, a combater o absentismo.

Todavia, não é menos certo que nem assim se consegue debelar o afastamento destes sócios investidores – ainda que se trate de investidores institucionais, pois nem nestes existe a apetência para um envolvimento efectivo na administração e no controlo das sociedades (uma vez que isso comportaria necessariamente o risco de existência de maiores custos; implicaria, seguramente, a partilha dos ganhos obtidos com accionistas passivos; e poderia comprometer a sua liquidez, bem como a agilidade da respectiva presença no mercado, dado que um maior envolvimento na gestão de uma determinada empresa societária originaria a necessidade de uma permanência mais longa na mesma)⁵⁹.

⁵⁶ Cfr. PEDRO MAIA, *Função e Funcionamento do Conselho de Administração da Sociedade Anónima*, cit., pp. 310 ss.

⁵⁷ PAULO OLAVO CUNHA, “Corporate & Public Governance nas Sociedades Anónimas: primeira reflexão”, in *Direito das Sociedades em Revista*, 2010, ano 2, vol. 4, 159-179, pp. 171 ss., nota 25, analisa as várias e complexas questões que pode colocar a aplicação das regras consagradas nos n.ºs 6 a 8 do artigo 392.º ao modelo anglo-saxónico de governação.

⁵⁸ Trata-se, nomeadamente, da consagração legal da possibilidade de recurso às novas tecnologias para a prestação de informação e a comunicação, o documento de representação voluntária para a participação em assembleia geral, o voto por correspondência (que pode ser electrónica) – e, até, da permissão para a realização de reuniões de órgãos da sociedade através de meios telemáticos. Cfr. PAULO CÂMARA, “O governo das sociedades e a reforma do Código das Sociedades Comerciais”, cit., pp. 59 ss.; PAULO DE TARSO DOMINGUES, “Os meios telemáticos no funcionamento dos órgãos sociais. Uma primeira aproximação ao regime do CSC”, in AA.VV., *Reformas do Código das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2007, 87-118, pp. 93 ss.; JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, *Governação das Sociedades Comerciais*, cit., pp. 20 ss.

⁵⁹ Neste âmbito, a excepção será constituída pelos *hedge funds*, por razões que se prendem essencialmente com a sua significativa dimensão, a sua não integração em grupos e a quase ausência de limitações legislativas e regulamentares que disciplinem a sua intervenção nas sociedades participadas; mas verdadeiramente determinante é a estratégia que subjaz à sua criação, caracterizada pelo objectivo único de maximização do lucro através da intervenção activa na gestão das sociedades participadas (que, precisamente, são “escolhidas” em função de uma análise prévia que permita apurar se uma

Assim sendo, pode afirmar-se que uma sociedade anónima na qual existam accionistas empresários não será tão facilmente palco de problemas de agência como uma outra na qual o capital esteja de tal modo disperso que não chegue a identificar-se nenhum accionista com a pretensão de controlar a gestão da empresa societária.

4. A responsabilidade dos accionistas pelo exercício de poderes em matéria de administração

Pois bem: se isto é verdade, não pode ignorar-se que, por outro lado, esta ligação do accionista empresário à gestão da sociedade comporta, em si mesma, os seus próprios riscos para os interesses de outros *stakeholders*, entre os quais os dos accionistas investidores (não ficando também afastada a possibilidade de virem a ser postos em causa os interesses da própria sociedade anónima)⁶⁰. E a questão que se coloca é a de saber se, do ponto de vista jurídico, está assegurada a tutela destes interesses.

É inegável que o ordenamento jurídico português consagra vários meios de tutela preventiva – o modo como está prevista a própria separação de poderes entre a assembleia geral e o órgão de administração ilustra-o bem. Porém, eles podem não se revelar, em concreto, suficientes, até porque as manifestações de poder do accionista empresário ocupam espaços que extravasam largamente o da deliberação social destinada a condicionar a actividade de gestão da empresa societária e violadora daquelas regras imperativas.

Deste modo, os meios de tutela *ex post* assumem neste âmbito um papel fundamental. Concretamente, trata-se de apurar em que termos pode o exercício deste poder pelos accionistas empresários conduzir

intervenção ao nível da gestão seria decisiva para a sua valorização no mercado) – e neste ponto, as estratégias de remuneração dos gestores de *hedge funds* continuam mais um forte incentivo ao seu intervencionismo na gestão da empresa societária participada. Para mais desenvolvimentos, cfr. JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, “Os ‘hedge funds’ e o governo das sociedades”, cit., pp. 41 ss.

⁶⁰ JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, “*Corporate Governance* em Portugal”, cit., pág. 23, afirma expressamente que, enquanto nas sociedades com capital disperso existe o risco de os administradores agirem em seu proveito, nas sociedades com capital disperso o risco é outro: o de os accionistas de controlo influenciarem a administração em seu proveito – mas em prejuízo dos accionistas minoritários. E salienta, no plano destes conflitos de interesses, a importância da função preventiva dos administradores independentes.

à sua responsabilização pelos danos causados à sociedade, aos outros sócios e aos credores sociais.

No panorama doutrinal e jurisprudencial português, talvez a resposta mais intuitiva a esta questão seja, nos nossos dias, a de que a “desconsideração da personalidade jurídica” da sociedade sempre permite resolver satisfatoriamente os problemas colocados. E não se duvida de que pode permitir, pelo menos aparentemente, resolvê-los: desde que o accionista em causa seja titular de um património que satisfaça as pretensões dos *stakeholders* que tenham sofrido danos decorrentes desta actuação, os problemas ficarão resolvidos. Mas quase nunca satisfatoriamente.

A resolução eficiente de um problema jurídico não é aquela que permite que se satisfaçam as pretensões de lesados, independentemente da via pela qual se consiga essa satisfação. Para que essa resolução seja eficiente, é imperioso que se verifique algo mais: o respeito pelas regras de um Estado de Direito – o respeito pelas regras da aplicação do Direito. Ora, é inequívoco que apenas se poderá recorrer a um mecanismo de criação doutrinal e jurisprudencial quando não exista, para uma situação da vida que reclame solução jurídica, norma que lha proporcione (afirmada que esteja, portanto, a existência de lacuna)⁶¹.

E, sendo certo que um accionista que tenha, de algum modo, o domínio da sociedade pode vir a ser responsabilizado pelo modo como exerce esse domínio, não o é menos que são múltiplas as vias para o responsabilizar – e com excepção da “desconsideração da personalidade jurídica” da sociedade, todas decorrem directamente da lei, pelo que deverá caber àquele mecanismo um papel residual (ou seja, apenas será lícito recorrer à “desconsideração à personalidade jurídica” quando nenhuma das soluções que se perfilam para o problema se mostrem capazes ou suficientes para o resolver)⁶².

4.1. A responsabilização do accionista empresário como administrador de facto

Um das vias possíveis para a tutela dos interesses de todos aqueles a quem a actuação do accionista empresário possa ter causado danos é a

⁶¹ JOÃO BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao Discurso Legitimador*, 9.^a reimpressão, Almedina, Coimbra, 1996, pág. 199.

⁶² Cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “Da pertinência do recurso à ‘desconsideração da personalidade jurídica’ para tutela dos credores sociais – Ac. Do TRL de 29.04.2009, Proc. 5499/04”, in *Cadernos de Direito Privado*, n.º 27, Julho/Setembro 2009, 35-56, pp. 55 ss.

da responsabilização deste como administrador de facto (preenchidos que estejam os requisitos para a sua qualificação como tal e, simultaneamente, para a responsabilização do administrador de direito). Por outras palavras, para se responsabilizar alguém como administrador de facto deve estar demonstrado que essa pessoa efectivamente detinha o poder de tomar decisões em matéria que é da competência dos membros do órgão de administração da sociedade. Neste caso específico, estar-se-á em regra perante o chamado “administrador de facto puro”, ou seja, um sujeito que, sem ocupar formalmente o cargo de administrador (não se trata, portanto, de alguém que formalmente ocupa o cargo de administrador por efeito de uma designação, ainda que a sua nomeação esteja afectada por algum vício ou irregularidade), exerce de modo efectivo as funções de administração⁶³. Por outro lado, ainda é necessário que a actuação deste administrador de facto seja passível de gerar responsabilidade, nos mesmos termos em que o seria se o acto ou omissão em causa tivesse sido praticado por um administrador de direito (e que decorrem do disposto nos artigos 72.º e seguintes). E deve salientar-se que a responsabilização do administrador de facto não afasta, em geral, a responsabilidade do(s) administrador(es) de direito.

Esta solução, apesar da ausência de consagração legal expressa, é tendencialmente aceite pela nossa doutrina, que se tem ocupado de a fundamentar, com particular destaque para RICARDO COSTA⁶⁴. Em nosso entender, a responsabilidade do administrador de facto decorre da lei interpretada: o texto do artigo 80.º do CSC, estabelecendo a responsabilidade de “outras pessoas a quem sejam confiadas funções de administração”, nos termos dos artigos 72.º e seguintes, admite interpretação extensiva. Se a lei estende o regime de responsabilidade dos administradores àqueles a quem as funções de gestão tenham sido confiadas, por identidade ou até maioria de razão deve estender-se caber no espírito da norma, porque contida na sua hipótese, a situação em que essas funções tenham sido exercidas sem tal “confiança” – e, em consequência, aplicar ao

⁶³ Cfr. RICARDO ALBERTO SANTOS COSTA, *Os administradores de facto das sociedades comerciais*, Almedina, Coimbra, 2014, pp. 243 ss. (e, para as espécies de administradores de facto, pp. 643 ss.).

⁶⁴ Cfr. RICARDO ALBERTO SANTOS COSTA, *Os administradores de facto das sociedades comerciais*, cit., *passim*.

administrador de facto, por força da estatuição artigo 80.º, o regime de responsabilidade previsto para os administradores⁶⁵.

Cabe acrescentar que existem na legislação portuguesa normas que consagram expressamente a responsabilidade do administrador de facto noutros domínios, com particular destaque para o fiscal e da insolvência.

No direito fiscal, o artigo 24.º da Lei Geral Tributária determina a responsabilidade dos “administradores, directores e gerentes, e outras pessoas que exerçam, ainda que somente de facto, funções de administração ou gestão”, nomeadamente em sociedades comerciais, responsabilidade essa que é subsidiária relativamente à própria sociedade, desde que seja “por culpa sua que o património da pessoa colectiva ou ente fiscalmente equiparado se tornou insuficiente” para a satisfação das “dívidas cujo facto contributivo se tenha verificado no período de exercício do seu cargo ou cujo prazo legal de pagamento ou entrega tenha terminado depois deste”. As mesmas pessoas são ainda responsáveis pelas dívidas tributárias “cujo prazo legal de pagamento ou entrega tenha terminado no período do exercício do seu cargo”, mas agora “quando não provem que não lhes foi imputável a falta de pagamento”. Na primeira situação, a culpa não se presume, ao contrário do que acontece na segunda.

Neste caso, a lei responsabiliza expressamente o administrador de facto, sendo entendimento da doutrina e da jurisprudência que a lei claramente quis afastar a responsabilidade de qualquer administrador que seja apenas um administrador de direito, sem o exercício efectivo das funções que lhe correspondem. E, na ausência de presunção legal, o julgador apenas pode recorrer a uma presunção judicial de que o administrador de direito o é, também, de facto, com base nas circunstâncias concretas de cada caso.

Também no direito da insolvência se consagra a responsabilidade do administrador de facto – e, actualmente, com contornos muito gravosos. A Lei n.º 16/2012, de 20 de Abril, que introduziu significativas alterações ao Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas (CIRE), veio modificar, agravando, as consequências da qualificação da insolvência como culposa⁶⁶, para as pessoas afectadas por essa qualificação, entre as

⁶⁵ Cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, cit., pp. 468 ss.

⁶⁶ Note-se que o incidente de qualificação da insolvência deixou de ter carácter obrigatório, devendo ser aberto apenas quando existam indícios suficientes de que a insolvência seja culposa, nos termos do disposto nos artigos 36.º, n.º 1, alínea i), e 188.º,

quais o administrador de facto⁶⁷: estabelece agora a lei, no artigo 189.º, n.º 2, alíneas *a*) e *e*), que estas pessoas devem ser condenadas a indemnizar os credores sociais no montante dos créditos não satisfeitos, até ao alcance dos respectivos patrimónios. Independentemente das questões que suscita a interpretação desta norma, sobretudo quando confrontada com o teor do (também novo) n.º 4 do mesmo artigo, certo é estarmos perante mais um caso de responsabilização expressa daqueles que, sem ocuparem formalmente o lugar de administradores, exercem as funções correspondentes.

4.2. A responsabilização do accionista empresário enquanto sócio controlador

Uma outra via que pode conduzir à responsabilização do accionista empresário é a da responsabilidade do sócio controlador, consagrada no artigo 83.º do CSC. Verificados que estejam os pressupostos que permitam qualificar o accionista em causa como sócio controlador, este será solidariamente responsável, com os membros do órgão de administração, pelos danos que estes tenham causado, com a sua actuação ilícita, à sociedade ou aos outros sócios. Isto, desde que tenha influenciado, ainda que pontualmente, essa actuação, independentemente do meio através do qual o fez.

Simplemente, esta solução pode deixar desacautelados os interesses dos credores sociais, pelas razões que se passam a expor. Para que possa ser responsabilizado o sócio controlador, é desde logo necessário que o(s) administrador(es) sejam responsáveis, ou seja, que estejam preenchidos

n.º 1. O regime consagrado inspira-se directamente nas soluções consagradas nos artigos 168 a 170 da *Ley Concursal* espanhola.

⁶⁷ Na verdade, além daquela cujo regime se vai analisar em seguida, várias foram as alterações relativas às consequências da qualificação da insolvência como culposa para as pessoas afectadas. Desde logo, tal facto não determina a sua “inabilitação” por período de dois a dez anos, ou seja, a sua incapacidade para administrar os seus próprios bens – e a norma agora alterada, com este conteúdo na sua redacção original, foi mesmo declarada inconstitucional pela sentença do Tribunal Constitucional 173/2009, de 2 de Abril; agora, as pessoas afectadas ficam impossibilitadas de administrar bens alheios – como, de resto, sempre resultou da norma da *Ley Concursal* que constituiu fonte desta norma do CIRE. Mantém-se o teor de duas outras consequências: a inibição para o exercício do comércio, bem como para a ocupação de qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial ou civil, por período de dois a dez anos; e também subsiste a perda de quaisquer créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente e a sua condenação na restituição dos bens ou direitos já recebidos em pagamento desses créditos.

todos os pressupostos de que depende a responsabilidade dos membros do órgão de administração da sociedade (o que sempre decorreria do facto de a responsabilidade do sócio controlador ser solidária com a dos membros do órgão de administração que influenciaram para a prática do acto danoso). Depois, e mais importante, apenas existe responsabilidade do sócio controlador, nos termos desta norma, se os membros do órgão de administração forem responsáveis perante a sociedade ou os sócios, o que exclui a possibilidade de recurso a esta via se os membros do órgão de administração forem responsáveis apenas perante os credores sociais, nos termos do artigo 78.º, n.º 1. Embora pareça improvável que exista responsabilidade perante os credores sociais sem que ela se verifique, concomitantemente, perante a sociedade – até porque esta norma estabelece como pressuposto da responsabilidade que os membros do órgão de administração, pela inobservância culposa das disposições legais ou contratuais destinadas à protecção dos credores sociais, tenham tornado o património social insuficiente para a satisfação dos respectivos créditos –, essa possibilidade existe, nomeadamente, nos casos em que a actuação danosa daqueles assente em deliberação da assembleia geral (o que exclui, apenas, a responsabilidade perante a sociedade; e, por conseguinte, impede o recurso à mesma por parte dos credores sociais, pela via sub-rogatória, pois ainda por esta via se trataria de responsabilidade perante a sociedade). E é precisamente nestas situações que pode estar em causa o exercício de influência pelo sócio controlador, que se pretende sancionar⁶⁸.

Cabe acrescentar que também não fica excluído o recurso à responsabilidade do accionista empresário pela *culpa in eligendo*, quando ele tenha feito eleger ou designar para o cargo alguém que sabia não ter o perfil adequado – mas a escolha de alguém com esse perfil será, *in casu*, sempre instrumental relativamente ao exercício de influência sobre a pessoa assim eleita ou designada.

4.3. A responsabilização pela emissão de voto abusivo em assembleia geral de sócios

Ainda existe um meio distinto de responsabilizar um accionista que (mesmo que não seja qualificável como sócio controlador) influenciou os

⁶⁸ Cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, cit., pp. 624 ss.

membros do órgão de administração na prática de acto ou omissão que tenha vindo a revelar-se danoso para a sociedade. Trata-se dos casos de emissão de voto abusivo, voto esse que tenha sido determinante para a aprovação de uma determinada deliberação em assembleia geral, sobre matéria da competência deste órgão ou tomada a pedido do próprio órgão de administração. Como é sabido, os membros do órgão de administração podem afastar a sua responsabilidade alegando que agiram em cumprimento de uma deliberação dos sócios, a menos que essa deliberação seja nula (ou, sendo anulável, exista forte probabilidade de que venha a ser anulada, e de que, entretanto, a sua execução cause grave prejuízo à sociedade). Nestas circunstâncias, e se se conseguir provar que o sócio que fez aprovar a deliberação actuou com a intenção de causar dano à sociedade, ele responderá perante a sociedade ou os outros sócios pelos prejuízos causados, nos termos do disposto no artigo 58.º, n.º 1, alínea b), e n.º 3.

Neste caso, defendemos a possibilidade de responsabilização do sócio pela emissão de voto abusivo que, tendo formado maioria em deliberação social cuja execução pelo órgão de administração veio a revelar-se danosa para a sociedade, nos termos do disposto no artigo 58.º, n.º 3, do CSC, é anulável⁶⁹. E embora a lei determine expressamente que essa

⁶⁹ Em defesa desta possibilidade, desde 2009, cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, cit., pp. 557 ss., e também, “Responsabilidade dos sócios pelo voto”, in *II Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2012, 507-556, pp. 507 ss. Recentemente, também Coutinho de Abreu se pronuncia pela responsabilização do sócio que tenha formado maioria em deliberação abusiva. Cfr. JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, “Responsabilidade civil nas relações de domínio”, in *Scientia Iuridica*, Maio-Agosto 2012, tomo LXI, n.º 329, 223-246, pp. 230 ss.

No direito alemão, o § 117 da *AktG* apenas estabelecia a obrigação de indemnização pelos danos causados pelo exercício doloso de uma influência em prejuízo da sociedade desde que essa influência não tivesse sido exercida através do direito de voto (§ 117, VII, 1, da *AktG*). Quando a influência para a prática de acto prejudicial à sociedade tivesse sido exercida através de voto em assembleia geral, o legislador alemão parecia ter considerado suficiente a tutela que resulta do § 243, II, da *AktG*, tese que a doutrina não subscrevia. Cfr. ULRICH IMMENGA, *Die personalistische Kapitalgesellschaft...*, cit., pp. 279 ss.; RAÚL VENTURA, “Grupos de sociedades. Uma introdução comparativa a propósito de um Projecto Preliminar de Directiva da C.E.E.”, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 1981, 23-81 e 305-362, pp. 70 ss.; ULRICH BURGARD, “Die Förder- und Treupflicht des Alleingesellschafters einer GmbH. Überlegungen zu einer gläubigerschützenden Corporate Governance bei der GmbH”, in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2002, 827-839, pp. 838 ss.; HANS-CHRISTOPH VOIGT, *Haftung aus Einfluss auf die Aktiengesellschaft*

responsabilidade existe perante a sociedade e os outros sócios, é certo que, verificadas que estejam as condições exigidas pelos artigos 606.º e seguintes do Código Civil, poderão também os credores sociais agir em via sub-rogatória.

Cabe acrescentar, neste âmbito, que não será necessária a efectiva anulação da deliberação para que possa ser exercido este direito à indemnização pela via sub-rogatória: a norma estabelece claramente que é requisito para que nasça o direito à indemnização que a deliberação seja anulável (pelo que é imperativo que fique demonstrado que ela não sobreviveria ao “teste de resistência”, ou seja, não teria sido aprovada sem o voto abusivo, ou os votos abusivos, da sociedade dominante), não que tenha sido realmente anulada (e a legitimidade para requerer a anulação de deliberação social anulável não caberá, em caso algum, aos credores sociais).

Entretanto, salienta-se que serão aqui também potencialmente aplicáveis as regras relativas aos impedimentos de voto estabelecidas nos artigos 251.º e 384.º, n.º 6, do CSC (pelo menos com as mesmas dificuldades que se apresentam para a aplicação do instituto das deliberações abusivas, quanto à determinação dos interesses potencialmente conflituantes)⁷⁰. E ainda pode ser chamado à colação, se estiverem preenchidos os respectivos pressupostos, o instituto da exclusão judicial de sócio, por violação do dever de lealdade para com a sociedade, previsto no artigo 242.º, n.º 1, do CSC para as sociedades por quotas⁷¹.

(§§ 117, 309, 317 AktG), C.H.Beck, München, 2004, pp. 88 ss. Hoje, a situação não se mantém: com a entrada em vigor da *Gesetz vom 22. September 2005, Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrecht*, ou *UMAG*, o n.º 1 do § 117, VII foi simplesmente revogado, solução que veio dar a melhor resposta às questões colocadas pelos autores: agora, a responsabilidade também existe quando a influência seja exercida através do voto em assembleia geral. Cfr. MICHAEL KORT, “Benutzung des Einflusses auf die Gesellschaft. § 117. Schadenersatzpflicht”, in *AktG Großkommentar (W. Gadow/E. Heinichen)*, 4.ª ed., De Gruyter Rechtswissenschaft, Berlin, 2005, pág. 1512; GERALD SPINDLER, “Die Reform der Hauptversammlung und der Anfechtungsklage durch das UMAG”, in *Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht*, 2005, 825-831, pág. 831.

⁷⁰ Para mais desenvolvimentos, cfr. JOSÉ AUGUSTO ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos de Sociedades. Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2002, pp. 577 ss.

⁷¹ Sobre esta possibilidade, cfr. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Pressupostos da Exclusão de Sócio nas Sociedades Comerciais*, AAFDL, Lisboa, 1995, 1.ª reimpressão, pp. 35 ss. (para a análise do interesse da sociedade como fundamento do instituto da exclusão de sócio) e 90 ss. (quanto ao regime de exclusão de sócio por violação de deveres acessórios de conduta nas sociedades por quotas); e JOSÉ AUGUSTO ENGRÁCIA ANTUNES, *Os Grupos*

4.4. A responsabilização do sócio empresário pelos credores sociais por culpa in contrahendo (a tutela da confiança)

É de afirmar a *culpa in contrahendo* de qualquer sócio que, pelas suas conhecidas e reconhecidas credibilidade e competência, tenha intervindo no negócio celebrado entre a sociedade e o credor social, em termos tais que tenha influenciado significativamente o processo negocial e o seu desfecho. Deste modo, este sócio pode considerar-se incluído no círculo de responsabilidade traçado pelo artigo 227.º do Código Civil, especificamente por violação dos deveres de informação – cuja existência pode afirmar-se, essencialmente, devido à assimetria informativa⁷².

Esta via não afasta, ainda, o recurso dos credores sociais ao regime do erro ou, até, do dolo de terceiro, verificados que estejam os respectivos pressupostos⁷³.

4.5. A “desconsideração da personalidade jurídica” da sociedade

Finalmente, existe a possibilidade de responsabilização do sócio empresário através do recurso ao mecanismo “desconsideração da personalidade jurídica”, nos casos (e, a nosso ver, apenas nos casos) de mistura de patrimónios⁷⁴.

de Sociedades. Estrutura e Organização Jurídica da Empresa Plurissocietária, cit., pág. 575, nota 1123. Para a análise do instituto da exclusão de sócios, genericamente, nas sociedades por quotas, cfr. CAROLINA CUNHA, “A exclusão de sócios (em particular, nas sociedades por quotas)”, in *Problemas do Direito das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2002, 201-233, pp. 201 ss.

⁷² Cfr. JOAQUIM DE SOUSA RIBEIRO, “Responsabilidade pré-contratual. Breves anotações sobre a natureza e regime”, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Henrique Mesquita*, vol. II, Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, *Studia Iuridica* n.º 96, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, 745-767, pág. 759. Neste sentido, cfr. já MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, *Uma “terceira via” no Direito da Responsabilidade Civil?* Almedina, Coimbra, 1997, pp. 98 ss.; *idem*, *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*, cit., pp. 154 ss.; CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Contratos I. Conceito*. Fontes, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2008, pp. 209 ss.

⁷³ Cfr., com as necessárias adaptações, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “Desconsideração da personalidade jurídica e ‘descapitalização’ de sociedade”, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, Julho-Dezembro 2011, ano LII, n.ºs 3-4, 173-212, pp. 209 ss.

⁷⁴ Afastada que fica a possibilidade (porque afastada a necessidade) de recurso a este mecanismo nos casos de domínio e de subcapitalização. Sobre o tema, cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, cit., pp. 177 ss.; *idem*, “Desconsideração da personalidade jurídica e ‘descapitalização’ de sociedade comercial”, *passim*; *idem*, “O capital social das

Só existe “mistura de patrimónios” para o efeito de “desconsideração da personalidade jurídica” de sociedade comercial se a autonomia patrimonial da sociedade – a separação entre o património da sociedade e o património de sócio ou sócios – não tiver sido respeitada⁷⁵; mas ainda é de exigir que não seja possível identificar/individualizar os actos pelos quais não foi respeitada a separação entre esses patrimónios (por outras palavras, “opacidade” contabilística)⁷⁶.

Aí, a par de outros meios (como a responsabilidade de gerentes e administradores), a “desconsideração da personalidade jurídica” será o meio apto para tutelar os interesses dos credores sociais – embora, no fundo, a personalidade jurídica da sociedade já estivesse previamente desconsiderada, por força da inexistência da respectiva autonomia patrimonial⁷⁷. Na verdade, a mistura de patrimónios, assim definida, constitui um típico

sociedades por quotas e o problema da subcapitalização material”, in *Capital Social Livre e Acções sem Valor Nominal* (coord. Maria Miguel Carvalho/Paulo de Tarso Domingues), Almedina, Coimbra, 2011, 43-84; *idem*, “Desconsideração da personalidade jurídica e tutela de credores”, in *Questões de Direito Societário em Portugal e no Brasil*, (coord. Maria de Fátima Ribeiro/Fábio Ulhoa Coelho), Almedina, Coimbra, 2012, 515-555.

⁷⁵ Os exemplos de comportamentos dos sócios que a ilustram são inúmeros: um sócio imputa as suas despesas pessoais (nomeadamente, alimentação, vestuário, ou viagens) à sociedade, fazendo-as pagar através do património desta última; os trabalhadores da sociedade prestam serviços pessoais a um sócio (por exemplo, efectuam trabalhos de reparação ou construção civil na sua residência), continuando a ser pagos pela sociedade, como se tivessem estado sempre ao seu serviço; um sócio age de forma a tornar impossível a manutenção de uma contabilidade social organizada, servindo-se frequentemente do dinheiro e das contas bancárias da sociedade como se fossem seus, e vice-versa. Não pode deixar de salientar-se que da análise deste quadro de situações resulta que a mistura de patrimónios só existe se o sócio puder, de alguma forma, “controlar” a vida da sociedade e, sobretudo, os titulares do respectivo órgão de gestão (recorde-se que, frequentemente, o sócio em causa será, ele próprio, gerente único da sociedade; ou, até, seu gerente de facto) e de fiscalização (se existir, em concreto, órgão de fiscalização). Dadas as características deste tipo societário, a sociedade por quotas é frequentemente palco de situações de domínio, formal (quando se trate de sociedade unipessoal) ou material (quando a sociedade tenha mais do que um sócio, mas em condições que permitem a um deles o seu controlo total). O domínio ou controlo da sociedade, como já ficou exposto, não constitui, à partida, um problema e não merece, por isso, o repúdio da ordem jurídica. Mas é verdade que andam muitas vezes associados a esta circunstância comportamentos que põem em causa os interesses dos eventuais sócios minoritários e, no que respeita ao objecto do nosso trabalho, dos credores sociais.

⁷⁶ MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, cit., pp. 262 ss.

⁷⁷ Cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, cit., pp. 265 ss., e pp. 341 ss.

grupo de casos neste contexto⁷⁸, única situação na qual é de afirmar sem reservas a insubsistência da personalidade jurídica da sociedade para, conseqüentemente, fazer os sócios responder perante os credores sociais (de facto, uma vez posta em causa a autonomia patrimonial de sociedade comercial, fica arredada a possibilidade de se afirmar a personalidade jurídica desse ente⁷⁹).

⁷⁸ Cfr. PETER ERLINGHAGEN, “Haftungsfragen bei einer unterkapitalisierten GmbH”, in *GmbH-Rundschau*, 1962, 169-176, pp. 170 ss.; ECKARD REHBINDER, *Konzernablenrecht und allgemeines Privatrecht. Eine rechtsvergleichende Untersuchung nach deutschem und amerikanischem Recht*, Gehlen, Bad Hommburg/Berlin/Zürich, 1969, cit., pág. 156; ULRICH IMMENGA, *Die personalistische Kapitalgesellschaft...*, cit., pp. 398 ss.; WALTER STIMPEL, “Durchgriffshaftung bei der GmbH: Tatbestände, Verlastausgleich, Ausfallhaftung”, in *Bilanz- und Konzernrecht. Festschrift für Reinhard Goerdeler*, IDW, Düsseldorf, 1987, 601-621, pp. 606 ss.; HANS-JOACHIM MERTENS, “Anhang nach § 13. Durchgriff”, in *HACHENBURG Gesetz betreffend die GmbH Grobkommentar*, Tomo I, §§ 1-34, 8.ª ed., Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1992, pp. 591 ss.; MARKUS GEIBLER, “Zukunft, Stillstand oder Geltungsverlust für die Durchgriffshaftung im Recht der GmbH?”, in *GmbH-Rundschau*, 1993, 71-79, pp. 74 ss.; THOMAS RAISER, “Die Haftungsbeschränkung ist keine Wesensmerkmal der juristischen Person”, in *Festschrift für Marcus Lutter zum 70. Geburtstag. Deutsches und europäisches Gesellschafts-, Konzern- und Kapitalmarktrecht*, Otto Schmidt, Köln, 2000, 637-650, pp. 644 ss.; VOLKER EMMERICH, “§ 13, Juristische Person; Handelsgesellschaft”, in *SCHOLZ Kommentar zum GmbH-Gesetz. Tomo I. §§ 1-44. Anhang Konzernrecht*, 9.ª ed., Otto Schmidt, Köln, 2000, pp. 677 ss.; GEORG BITTER, “Der Anfang vom Ende des ‘qualifiziert faktischen GmbH-Konzerns’. Ansätze einer allgemeinen Missbrauchshaftung in der Rechtsprechung des BGH”, in *Wertpapier Mitteilungen. Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, 2001, 2133-2141, cit., pp. 2139 ss.; HOLGER ALTMPEPPEN, “Zur Entwicklung eines neues Gläubigerschutzkonzeptes in der GmbH”, in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2002, 1553-1563, pág. 1559; HANS-GEORG KOPPENSTEINER, “Anh. § 318”, in *Köllner Kommentar zum Aktiengesetz. Band VI. §§ 14-22 AktG, §§ 291-328 AktG und Meldepflichten nach §§ 21 ff. WpHG, SpruchG*, 3.ª ed., Carl Heymannns, Köln/Berlin/München, 2004, pp. 1180 ss.; THOMAS RAISER, “§ 13. Juristische Person; Handelsgesellschaft”, in PETER ULMER/MATHIAS HABERSACK/MARTIN WINTER *GmbHG Großkommentar. Tomo I. Einleitung. §§ 1-28*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2005, pp. 948 ss.; ULRICH HAAS, “Kapitalerhaltung, Insolvenzanfechtung, Schadenersatz und Existenzvernichtung – wann wächst zusammengehört?”, in *Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, 2006, 1373-1382, pág. 1381.

⁷⁹ A autonomia patrimonial encontra expressão em dois sentidos: ser o património da sociedade o único responsável pelo cumprimento das suas obrigações (os bens alheios a esse património não respondem pelas dívidas da sociedade) e ser esse património apenas responsável pelo cumprimento das obrigações da sociedade (os bens que integram esse património não respondem por dívidas de outras pessoas jurídicas, nomeadamente pelas dívidas dos sócios). Se este segundo aspecto é essencial para que possa afirmar-se a existência de autonomia patrimonial, o mesmo não acontece quanto ao primeiro: existem casos em que o património dos sócios (na sua totalidade ou em parte) é ou poderá

Porém, a questão da tutela dos credores sociais é geradora, nestas situações específicas de “mistura de patrimónios”, de algumas perplexidades. Desde logo, porque àqueles credores está, à partida, vedado o acesso a uma informação completa e fidedigna acerca da factualidade relevante, suficiente para que a situação em causa possa ser reconduzida a este “grupo de casos”: uma vez que faz parte do seu quadro caracterizador o facto de existir “opacidade contabilística”, será praticamente impossível que a realidade patrimonial e empresarial da sociedade seja suficientemente conhecida de terceiros. Então, a questão da distribuição do ónus da prova

ser responsável pelas obrigações do ente social (a ideia de personalidade jurídica não exige a forma mais perfeita da autonomia patrimonial, que traduziria o duplo fenómeno indicado: pressupõe apenas o último aspecto referido). Nestes casos, a autonomia será imperfeita, embora não inexistente (e o facto de outros patrimónios ou bens de outros patrimónios virem responder pelas obrigações da sociedade não põe em causa a ideia de personalidade jurídica. Cfr. ANTÓNIO FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial. Vol. II. Sociedades Comerciais. Doutrina Geral*, com a colaboração de VASCO LOBO XAVIER, MANUEL HENRIQUE MESQUITA, JOSÉ MANUEL SAMPAIO E ANTÓNIO AGOSTINHO CAEIRO, ed. policopiada, Universidade de Coimbra, 1968, pp. 62 ss.; VASCO LOBO XAVIER, *Sociedades Comerciais. Lições aos Alunos de Direito Comercial do 4.º Ano Jurídico*, ed. policopiada, Coimbra, 1987, pp. 18 ss.; J. LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA, *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, Saraiva, São Paulo, 1979, pág. 261; GILLES GOUBEAUX, “Personnalité morale, droit des personnes et droit des biens”, in *Études Dédiées à René Roblot. Aspects du Droit Commercial Français*, LGDJ, Paris, 1984, pp. 209 ss.; HANS CHRISTOPH GRIGOLEIT, *Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH*, cit., pp. 10 ss.): a responsabilidade do sócio de responsabilidade ilimitada (nas sociedades em que podem existir, ou seja, sociedades em nome colectivo e sociedades em comandita) será – como se exporá em sede própria – sempre subsidiária. Quando um sócio pode responder solidariamente com a sociedade (poderá ser o caso da responsabilidade do quotista prevista no artigo 198.º, n.º 1, do CSC, que tanto pode revestir natureza subsidiária como solidária), essa responsabilidade será necessariamente limitada (note-se que esta última possibilidade foi prevista pelo legislador apenas para o caso da sociedade por quotas, o que demonstra, mais uma vez, a importância que pode revestir a concreta pessoa do sócio, neste tipo social, para os credores sociais). Concluindo, podemos afirmar com ANTÓNIO FERRER CORREIA, “A autonomia patrimonial como pressuposto da personalidade jurídica”, in *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 115.º, 1982-1983, n.ºs 3694-3705, pág. 43, que a ideia de personalidade jurídica apenas postula a insensibilidade do património social às obrigações contraídas por outro sujeito económico e jurídico no prosseguimento dos seus fins pessoais. E que “[s]e outros patrimónios vierem somar as suas forças às do acervo dos bens separados, não será isso uma razão por si decisiva para a negação da personalidade jurídica” (de resto, o mesmo acontece na fiança, sem que seja posta em causa a manutenção da personalidade jurídica do devedor. Idêntico argumento pode ser encontrado em HANS CHRISTOPH GRIGOLEIT, *Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH*, cit., pág. 11).

assume um papel essencial, à qual o recurso ao disposto no artigo 344.º, n.º 2, do Código Civil permite dar resposta adequada: deve deslocar-se para a esfera da parte “que tiver culposamente tornado impossível a prova ao onerado” o ónus de demonstrar que a autonomia patrimonial ainda existe. Por outras palavras: perante indícios seguros da existência de comportamentos de sócios que impliquem desrespeito pela separação de patrimónios e uma vez que os credores sociais não se encontram, em princípio, em condições de fazer a prova dos factos relevantes, deverá caber aos sócios a quem tais comportamentos são imputados, a fim de evitarem as consequências que eventualmente venham a ser estabelecidas para o caso de “mistura de patrimónios”, fazer a prova de que os comportamentos que atentaram contra a separação patrimonial podem ser individualizados, e os respectivos danos no património social neutralizados através do recurso às soluções do direito civil e/ou societário positivo. Nos casos em que os sócios não fizerem ou não conseguirem fazer essa prova, pode afirmar-se a insubsistência da autonomia patrimonial da sociedade e a impossibilidade de determinação exacta daquele que seria o património social na ausência dos referidos comportamentos dos sócios. Em suma, pode afirmar-se a existência de uma situação de “mistura de patrimónios”, para o efeito de fazer o património desses sócios responder pelas obrigações sociais.

Neste caso, já não subsistindo a personalidade jurídica – instituto cuja existência não prescinde da existência da autonomia patrimonial do ente personificado –⁸⁰, responderão as pessoas que constituem o substrato pessoal da sociedade, ou seja, os sócios. Cabe ainda, todavia, dar resposta à questão se saber se todos os sócios deverão ser chamados a responder, ou apenas aqueles a quem é imputável a “mistura de patrimónios” e, em qualquer caso, com que fundamento. Uma das vias possíveis – com a vantagem de poder conduzir apenas à responsabilização daqueles sócios cujos comportamentos deram origem à situação e daqueles que nisso consentiram – será, em nosso entender, o recurso à aplicação analógica do regime da sociedade comercial antes do registo⁸¹.

⁸⁰ Cfr. a análise de MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, cit., pp. 146 ss., nota 130.

⁸¹ Cfr. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A Tutela dos Credores da Sociedade por Quotas e a “Desconsideração da Personalidade Jurídica”*, cit., pp. 341 ss.