

NEGÓCIOS DOS ADMINISTRADORES COM A SOCIEDADE¹

1. Aspetos gerais

O presente trabalho insere-se dentro do tema mais vasto – transversal, determinante, na matéria da *corporate governance* -, o do princípio da lealdade, do qual é uma decorrência².

O princípio da lealdade - como dever geral dos gerentes ou administradores da sociedade - encontra-se expressamente consagrado no Código das Sociedades Comerciais, no seu art.º 64.º, n.º 1, al. b).

Tal consagração ocorreu aquando da grande revisão do diploma de 2006³. Porém, o conceito amplo ou indeterminado de lealdade (ele próprio também uma decorrência do princípio geral da boa fé⁴), desde sempre fez parte da estrutura essencial da regulamentação das sociedades, encontrando-se as suas manifestações concretas ao longo de todo o código.

Assim nos diz Paulo Câmara⁵, «Os poderes fiduciários podem ser estabelecidos de modo explícito ou resultar implicitamente, a partir dos dados do sistema jurídico... em Portugal os deveres de lealdade dos administradores de sociedades comerciais merecem consagração directa na lei (art. 64.º CSC).» «A vinculação a deveres fiduciários constitui, com efeito, um corolário da finalidade de

¹ Trabalho realizado no âmbito da unidade curricular de Direito das Sociedades Comerciais I, ministrada pela Prof.ª Doutora Ana Perestrelo de Oliveira, no âmbito do curso de Mestrado Profissionalizante em Ciências Jurídico-Empresariais, da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa (Novembro de 2015).

² Como refere NUNES, Pedro Caetano, «Jurisprudência sobre o dever de lealdade dos administradores», II *Congresso do Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra: Almedina, 2012, p. 191.

³ Operada pelo Dec.-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março.

⁴ CORDEIRO, António Menezes, *Direito das Sociedades, Parte Geral*, Coimbra: Almedina, 3.ª edição, 2011, vol. I, p. 470.

⁵ CÂMARA, Paulo, *Vocação e Influência Universal do Corporate Governance: Uma visão transversal sobre o tema*, in *O Governo das Organizações – A vocação universal do corporate governance*, Coimbra: Almedina, 2011, p. 25 e 26.

cada tipo organizativo. Este representa um ponto cardeal que deve nortear futuros desenvolvimentos práticos e legislativos no futuro do governo das organizações.»

Historicamente, o princípio da lealdade está consagrado na legislação portuguesa pelo menos desde a Lei de 22 de Junho de 1867, que regulamentou pela primeira vez as sociedades anónimas.

Desde logo, em tal diploma, houve a preocupação de regulamentar o tema que ora nos ocupa, consagrando a proibição dos negócios entre os mandatários das sociedades anónimas e a sociedade, salvo existindo autorização expressa da assembleia geral; este regime passou a ser aplicável também às sociedades por quotas, desde a sua criação, pela Lei de 11 de Abril de 1901.

Verificamos assim que, no estudo da *corporate governance*, a análise dos negócios entre sociedade e partes relacionadas – e em especial entre a sociedade e os seus administradores/gerentes, de que nos ocuparemos, em especial, neste trabalho – assume extrema relevância e atualidade.

A proibição dos negócios dos administradores com a sociedade, enquanto potencialmente geradores de conflitos de interesses, visa a proteção do representado (a sociedade) perante a liberdade de gestão do representante (o administrador) e conseqüente perigo de preterição do interesse da sociedade ou do interesse dos sócios⁶.

Como salienta J.M. Coutinho de Abreu⁷, «o campo dos negócios entre sociedade e administradores é fértil em conflitos de interesses, em riscos de os administradores obterem vantagens em detrimento da sociedade».

⁶ Ou mesmo o interesse de trabalhadores, clientes e credores, nos termos do disposto no art. 64.º, n.º 1, al. al. b), do Código das Sociedades Comerciais.

⁷ ABREU, Jorge M. Coutinho de (coord.), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Coimbra: Almedina, 2013, vol. VI, p. 326.

Para acautelar tais conflitos de interesses no que concerne às sociedades anónimas, o Código das Sociedades Comerciais contém norma expressa sobre a possibilidade de celebração de negócios pela sociedade com os seus administradores – o seu art.º 397.º.

Aqui, o referido Código consagra, desde logo, no seu n.º 1, um elenco imperativo dos negócios absolutamente proibidos.

Porém, tendo presente que nem todos os negócios entre sociedade e administradores importam riscos de prejuízos para a sociedade e/ou acionistas, o Código das Sociedades Comerciais, na regulamentação do regime aplicável às sociedades anónimas, noutras matérias, apenas impõe limitações à liberdade de negociar, estabelecendo mecanismos preventivos e reativos de controlo⁸, «maximizando a celebração de negócios eficientes e minimizando a celebração de negócios ineficientes»⁹.

Estes mecanismos de controlo preventivo ou *ex ante* estão previstos no seu n.º 2, obrigando à adoção de determinados procedimentos para garantir a validade do negócio – autorização prévia do conselho de administração e parecer favorável do conselho fiscal ou da comissão de auditoria.

De entre os mecanismos de controlo reativo ou *ex post*, salientam-se a previsão de deveres de informação sobre negócios com partes relacionadas, concretizados no n.º 4 da norma legal em análise, consagração clara dos deveres de lealdade a que estão adstritos os administradores.

Para ambas as situações – proibição dos negócios ou limitação de negociar -, prevê-se, como consequência, a nulidade do negócio.

⁸ Expressão usada por ABREU, Jorge M. Coutinho de, «Negócios entre sociedade e partes relacionadas (administradores, sócios) – sumário às vezes desenvolvido», *Direito das Sociedades em Revista*, ano 5, Coimbra: Almedina, vol. 9, 2013, pág. 14.

⁹ GOMES, José Ferreira, *Conflitos de interesses entre accionistas nos negócios entre a sociedade anónima e o seu accionista controlador in Conflitos de interesses no Direito Societário e Financeiro – Um balanço a partir da Crise Financeira*, Coimbra: Almedina, 2010, pág. 89.

Como controlo *ex post*, encontramos ainda os procedimentos judiciais destinados a apreciar/julgar: por um lado, a validade dos negócios celebrados e/ou das deliberações que os autorizaram; por outro lado, a responsabilidade civil dos administradores perante a sociedade e/ou os sócios.

Por fim, o n.º 5, do art.º 397.º, do Código das Sociedades Comerciais, consagra, num conceito indeterminado, a existência de negócios livres; portanto, não dependentes de qualquer controlo.

Ao contrário do que acontece com as sociedades anónimas, no tocante às sociedades por quotas, o Código das Sociedades Comerciais não contém norma expressa sobre a possibilidade de celebração de negócios pela sociedade com os seus gerentes; também não remete para o regime das sociedades anónimas; tão pouco prevê uma norma geral sobre a matéria.

Consequentemente, o objetivo do presente estudo - no que concerne às sociedades por quotas -, situa-se, no essencial, no momento anterior ao da análise do regime legal aplicável aos negócios com os gerentes; focar-nos-emos na busca do próprio regime aplicável.

Como soluções da problemática em apreço, surgem três teses: a que defende a aplicação do disposto no art.º 261.º, do Código Civil; a que indica o caminho de aplicação do disposto no art.º 397.º do Código das Sociedades Comerciais; por último, a tese da aplicação de um regime “ad hoc” criado pelo intérprete do Direito, numa interpretação integrativa da lacuna, ao abrigo do disposto no art.º 10.º, n.º 3, do Código Civil.

Fazendo o prévio enquadramento da problemática em apreço - aos níveis: histórico; das diferentes estruturas de governos das sociedades; das diferenças de regimes - Código Civil / Código das Sociedades Comerciais - descreveremos as referidas teses, terminando fazendo a nossa opção por uma delas.

Não cabe no âmbito do presente estudo, a análise da idêntica questão no tocante aos demais tipos de sociedade; não obstante – desde logo tendo em mente a necessidade de harmonia do sistema jurídico –, sempre se dirá que se nos afigura que a solução que se encontrar para as sociedades por quotas, deverá ser igualmente aplicada às sociedades às sociedades em nome coletivo e às sociedades em comandita simples¹⁰.

2. Proibição de negociar com a sociedade? Rejeição. O caso especial do art. 397.º/1 (concessão de crédito e negócios afins)

A matéria dos negócios com a sociedade mostra-se expressamente regulada no art. 397.º do Código das Sociedades Comerciais, no que às sociedades anónimas de estrutura clássica e de estrutura anglo-saxónica concerne¹¹.

É esse também o regime aplicável às sociedades anónimas de modelo germânico¹² como resulta da remissão operada pelo art. 428.º do Código das Sociedades Comerciais, apenas com a ressalva de que as autorizações exigidas pelo art. 397.º são da competência do conselho geral e de supervisão.

Como se mencionou em sede de introdução, por se tratar de campo rico em conflitos de interesses e por forma a acautelá-los, o direito societário consagra proibições de negociar, por um lado, e limitações à liberdade de negociar, por outro, donde decorre que, respeitados determinados procedimentos e/ou verificados determinados pressupostos que permitam garantir a validade do negócio, é admissível a celebração de negócios entre sociedade e administradores¹³.

¹⁰ Neste sentido, NUNES (nota 2), p. 201 e 202; CUNHA, Paulo, *Direito das Sociedades Comerciais*, Coimbra: Almedina, 2014, p. 832; e GONÇALVES, Diogo Costa, *O Governo de sociedade por quotas – breves reflexões sobre a celebração de negócios entre o gerente e a sociedade*, in *O Governo das Organizações – A vocação universal do corporate governance*, Coimbra: Almedina, 2011, p. 120.

¹¹ Art. 278.º, n.º 1, als. a) e b), do Código das Sociedades Comerciais.

¹² Art. 278.º, n.º 1, al. c), do Código das Sociedades Comerciais.

¹³ Como se analisará infra a propósito do regime previsto nos números 2 e 5 do art. 397.º do Código das Sociedades Comerciais.

É, no entanto, absolutamente proibida a celebração de negócios com a sociedade nos casos previstos no n.º 1 do art. 397.º do Código das Sociedades Comerciais.

Dispõe o referido preceito legal que «é proibido à sociedade conceder empréstimos ou crédito a administradores, efetuar pagamentos por conta deles, prestar garantias a obrigações por eles contraídas e facultar-lhes adiantamentos de remunerações superiores a um mês», consagrando, assim, a proibição de aceitação de crédito da sociedade pelos administradores¹⁴.

Caso se trate de administrador de instituição de crédito, este não pode beneficiar de crédito concedido pela instituição que administra, não só por força do disposto no art. 397.º, n.º 1, do Código das Sociedades Comerciais, mas também por força do disposto no art. 85.º, n.º 1, do Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras.

A norma constante do n.º 1 do art. 397.º do Código das Sociedades Comerciais é imperativa, como decorre da letra e do espírito da lei¹⁵, pelo que os negócios celebrados em violação desta norma estarão, naturalmente, feridos de nulidade¹⁶, independentemente de terem ou não sido precedidos de autorização do conselho de administração¹⁷ e de parecer favorável do conselho fiscal ou da comissão de auditoria e independentemente de estarem ou não incluídos no comércio da sociedade e de ser ou não concedida vantagem especial ao administrador.

Entendendo que a invalidade do negócio, com base na sua nulidade, poderá beneficiar o infrator, Pedro Caetano Nunes alude à possibilidade de adotar no direito societário português o regime alemão consubstanciado na «pretensão de

¹⁴ Como refere NUNES (nota 2), p. 206.

¹⁵ Prevenir conflitos de interesses entre a sociedade e os administradores e evitar riscos de prejuízos da sociedade por contraposição à obtenção de benefícios pelos administradores.

¹⁶ Arts. 286.º e 294.º do Código Civil.

¹⁷ Ou do conselho geral e de supervisão, no caso das sociedades anónimas de estrutura germânica.

restituição imediata da quantia mutuada, com salvaguarda dos juros e das garantias»¹⁸.

3. Controlo *ex ante* da celebração de negócios com a sociedade (397.º/2)

3.1. Estabelece o art. 397.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais, na redação introduzida pelo Decreto-Lei n.º 49/2010, de 19/05¹⁹, que «são nulos os contratos celebrados entre a sociedade e os seus administradores, diretamente ou por pessoa interposta, se não tiverem sido previamente autorizados por deliberação do conselho de administração, na qual o interessado não pode votar, e com o parecer favorável do conselho fiscal ou da comissão de auditoria».

Decorre do citado preceito legal que, respeitados determinados procedimentos e/ou verificados determinados pressupostos que permitam garantir a validade do negócio, é admissível a celebração de negócios entre sociedade e administradores.

Estabelece-se, deste modo, um mecanismo de controlo preventivo ou *ex ante* da validade dos negócios entre sociedade e administradores, acautelando a ocorrência de conflitos de interesses.

Para que este mecanismo opere torna-se necessário que o administrador que se propõe negociar com a sociedade numa situação de conflito informe os demais membros do conselho de administração sobre o negócio, em obediência ao dever de lealdade a que está adstrito.

¹⁸ NUNES (nota 2), p. 207.

¹⁹ Este diploma veio acrescentar ao preceituado no n.º 2 do art. 397.º do Código das Sociedades Comerciais a previsão da obrigatoriedade de parecer favorável da comissão de auditoria, órgão de fiscalização integrante do modelo anglo-saxónico de governação da sociedade anónima, previsto no art. 278.º, n.º 1, al. b), do Código das Sociedades Comerciais, introduzido no direito societário português na revisão operada pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006 de 29/03), suprimindo, assim, a falta evidente na redação anterior. Apontando, então, a omissão em causa, vide TRIUNFANTE, Armando Manuel, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, p. 387, e CORDEIRO, António Menezes (coord.), *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Coimbra: Almedina, 2009, p. 1060/1061.

Excluem-se, naturalmente, desse âmbito, por um lado, os negócios previstos no n.º 1 do art. 397.º, do Código das Sociedades Comerciais, cuja celebração está vedada, como se referiu supra, e, por outro, os chamados negócios livres²⁰ ou aproveitáveis²¹, previstos no n.º 5 do mesmo art. 397.º, que infra se abordarão.

O mecanismo de controlo preventivo instituído no n.º 2 do art. 397.º, do Código das Sociedades Comerciais, comporta vantagens, como aponta José Ferreira Gomes²², sendo, por um lado, «pouco oneroso para sociedades cotadas; por outro, provavelmente não desincentiva a celebração de negócios *eficientes*» e desvantagens, porquanto «os administradores desinteressados podem não ser suficientemente independentes para avaliar o negócio em causa, dada a sua seleção pelos acionistas maioritários, pelos principais gestores ou por ambos» e na medida em que este mecanismo limite a intervenção dos acionistas.

Exige a lei como pressupostos da validade dos negócios entre sociedade e administradores, no contexto do n.º 2 do art. 397.º do Código das Sociedades Comerciais:

- a prévia autorização por deliberação do conselho de administração²³, na qual o interessado não pode votar^{24 25};
- o parecer favorável do conselho fiscal ou da comissão de auditoria²⁶.

²⁰ Expressão usada por ABREU (nota 7), p. 329 e ABREU (nota 8), p. 17.

²¹ Expressão usada por CORDEIRO (nota 19), p. 1060/1061.

²² GOMES (nota 9), p. 101.

²³ Do conselho geral e de supervisão, nas sociedades de modelo germânico (cfr. art. 428.º do Código das Sociedades Comerciais).

²⁴ Cfr. art. 410.º, n.º 6, do Código das Sociedades Comerciais. GIÃO, João Sousa (*Conflitos de interesses entre administradores e os accionistas na sociedade anónima – Os negócios com a sociedade e a remuneração dos administradores, in Conflitos de interesses no Direito Societário e Financeiro – Um balanço a partir da Crise Financeira*, Coimbra: Almedina, 2010, p. 255), defende que os administradores interessados não poderão, também, participar na reunião do conselho de administração na qual se delibere sobre a autorização de celebração de um negócio com a sociedade em situação de conflito. Considera este autor que está em causa um dever de abstenção de participação nessa reunião enquanto manifestação do dever de lealdade.

²⁵ Autorização prévia ao negócio, pois que, como salienta GIÃO (nota 24), p. 255, «o conselho de administração está impedido de ratificar a celebração de um contrato celebrado em conflito de interesses», de modo a «estimular[-se] o exercício do controlo *ex ante*».

Na falta de verificação destes pressupostos, o negócio celebrado entre sociedade e administradores está ferido de nulidade. E, considerando que se tratam de pressupostos cumulativos, como resulta da letra da lei, basta a omissão de um deles para que o negócio seja inválido.

Como destaca José Ferreira Gomes²⁷, os membros do conselho de administração²⁸ (administradores desinteressados) chamados a pronunciar-se sobre a celebração de negócio entre a sociedade e um seu administrador devem «assegurar que tal negócio é celebrado *at arm's length*, ou seja, que é negociado com total independência face ao administrador e outros *insiders* interessados, por forma a alcançar um resultado procedimental e substancialmente justo para a sociedade».

Caso se trate de sociedade anónima com administrador único²⁹, ficando afastada, naturalmente, a possibilidade de obtenção de deliberação prévia do conselho de administração por inexistência deste, deverá exigir-se, para além do parecer favorável do órgão de fiscalização, a prévia autorização por deliberação dos sócios, de modo a garantir a intervenção de um órgão deliberativo colegial que permita acautelar eventual conflito de interesses³⁰.

²⁶ Quanto a saber em que momento deve ser emitido o parecer do conselho fiscal ou da comissão de auditoria, CUNHA (nota 10), p. 831, defende, o que acompanhamos, que deverá sê-lo após a deliberação do conselho de administração, salientando que «só depois de conhecidas as concretas condições do negócio aprovado, o órgão de fiscalização estará em condições de se pronunciar adequadamente sobre a bondade ou prejudicialidade do mesmo para a sociedade».

²⁷ GOMES (nota 9), p. 120.

²⁸ Ou os membros do conselho geral e de supervisão nas sociedades de modelo germânico.

²⁹ Vide arts. 278.º, n.º 2, 390.º, n.º 2, e 424.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais.

³⁰ Neste sentido, vide ABREU (nota 7), p. 329, e ABREU (nota 8), p. 17; e GONÇALVES (nota 10), p. 121-122; e MARTINS, Alexandre de Soveral, «A aplicação do art. 397.º Código das Sociedades Comerciais às sociedades por quotas», *II Congresso do Direito das Sociedades em Revista*, Coimbra: Almedina, 2012, p. 565. Na jurisprudência, veja-se o Acórdão da Relação de Guimarães de 27/02/2012, processo n.º 243/10.9TBBCL.G1 (disponível em www.dgsi.pt), no qual se escreveu que: «No caso de uma sociedade anónima ter apenas um administrador, o artigo 397.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais, deve ser interpretado no sentido de que a autorização do negócio entre a sociedade e o administrador deverá ser dada pela sociedade através duma deliberação social, em assembleia geral.»

3.2. Os pressupostos previstos no art. 397.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais, aplicam-se quer estejam em causa negócios com a sociedade celebrados diretamente pelos seus administradores, quer por interposta pessoa.

Jorge M. Coutinho de Abreu sustenta que no conceito de interposta pessoa se devem incluir, para além das referidas no art. 579.º, n.º 2, do Código Civil³¹, todos os sujeitos, singulares ou coletivos, que o administrador possa influenciar diretamente³², dando como exemplo de interposta pessoa uma sociedade de que o administrador é sócio maioritário³³.

Já João Sousa Gião defende que o «critério da interposição de pessoas deve bastar-se com a interposição de interesses dos administradores»³⁴, critério que nos parece demasiado amplo, tanto mais que as situações não abrangidas pela norma, poderão enquadrar-se no âmbito do art. 261.º do Código Civil³⁵.

De salientar que, embora apenas no n.º 2 do art. 397.º do Código das Sociedades Comerciais se aluda à negociação por interposta pessoa, há que entender que o regime previsto no n.º 1 do citado normativo é aplicável aos negócios celebrados entre a sociedade e o administrador por interposta pessoa, como não poderia deixar de ser, por se tratarem de situações que da própria lei resulta serem mais gravosas para a vida da sociedade³⁶.

³¹ Adaptando o preceito ao Código das Sociedades Comerciais: cônjuge do administrador, pessoa de quem o administrador seja herdeiro presumido e terceiro que, de acordo com o administrador, negocie com a sociedade a fim de transmitir-lhe em momento posterior a coisa ou o direito transmitido.

³² ABREU (nota 7), p. 327 e ABREU (nota 8), p. 15.

³³ No mesmo sentido, vide GOMES (nota 9), p. 103, e MARTINS (nota 30), p. 560-561, embora este autor sustente que não é contrato por interposta pessoa aquele em que o administrador é sócio dominante da contraparte.

³⁴ GIÃO (nota 24), p. 254.

³⁵ Acompanhamos, aqui, a posição assumida por ABREU (nota 7), p. 328, ABREU (nota 8), p. 16, e MARTINS (nota 30), p. 561.

³⁶ Neste sentido, vide ABREU (nota 7), p. 328 e ABREU (nota 8), p. 16, que aponta como exceção a esta regra o caso dos adiantamentos de remunerações superiores a um mês, na medida em que as

3.3. José Ferreira Gomes³⁷ entendendo estar a letra da lei aquém da *ratio* da norma e ponderando a necessidade de segurança jurídica, propõe a interpretação extensiva do n.º 2 do art. 397.º do Código das Sociedades Comerciais, de modo a sujeitar à aprovação prévia pelo conselho de administração os contratos celebrados entre a sociedade e terceiros (incluindo acionistas) representados pelo mesmo administrador (dupla representação)³⁸ e a sua aplicação por analogia aos contratos celebrados entre a sociedade e terceiros com administradores comuns que não representam a sociedade no contrato em causa³⁹.

Pedro Caetano Nunes⁴⁰, embora acolha a tese da aplicação do art. 397.º, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais, aos casos de dupla representação, discorda da posição assumida por José Ferreira Gomes, no sentido da aplicação analógica do n.º 2 do art. 397.º, do Código das Sociedades Comerciais, aos casos em que existem administradores comuns, sem que estes tenham atuado em dupla representação, por considerar que não geram a potencialidade de conflitos de interesses suficientemente intensos que justifiquem a aplicação do regime em causa⁴¹.

A jurisprudência nacional tem entendido, ao contrário dos mencionados autores, não ser o regime do n.º 2 do art. 397.º, do Código das Sociedades Comerciais, aplicável aos casos de dupla representação, aparentemente dando preponderância à personalidade jurídica das sociedades contratantes⁴².

remunerações são devidas pessoalmente aos administradores; MARTINS (nota 30), p. 559; e GIÃO (nota 24), p. 249.

³⁷ GOMES (nota 9), p. 103-104.

³⁸ Casos em que o administrador não atua em nome próprio, mas em representação de terceiro.

³⁹ Por exemplo, contrato celebrado entre sociedade-mãe e sociedade-filha, que tenham um ou mais administradores comuns.

⁴⁰ NUNES (nota 2), p. 199-201.

⁴¹ No mesmo sentido, linha jurisprudencial, aliás, que o autor acompanha, v. Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 04/10/2005, disponível em www.dgsi.pt.

⁴² V. Acórdão da Relação do Porto de 05/02/2009, Acórdão da Relação de Lisboa de 10/10/2006 e Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15/05/1997.

3.4. Como supra se referiu o regime que acabámos de expor é aplicável às sociedades de modelo germânico por força da remissão operada pelo art. 428.º do Código das Sociedades Comerciais.

No entanto, para garantir a validade do negócio celebrado entre sociedade e o membro do conselho de administração executivo no contexto das sociedades de modelo germânico haverá apenas um grau de controlo, qual seja a autorização prévia por deliberação do conselho geral e de supervisão, como sublinham Alexandre Soveral Martins⁴³ e João Sousa Gião⁴⁴.

Na realidade, é ao conselho geral e de supervisão que compete, entre outras, fiscalizar as atividades do conselho de administração executivo (art. 441.º, n.º 1, al. d), do Código das Sociedades Comerciais). Deste modo, atendendo à competência legalmente atribuída ao conselho geral e de supervisão e considerando que o revisor oficial de contas, a quem compete fiscalizar as contas da sociedade, não detém as competências próprias do conselho fiscal, não fica a validade dos negócios celebrados entre a sociedade e os membros do conselho de administração executivo dependente de parecer prévio favorável daquele⁴⁵.

Uma última palavra apenas para referir que aos negócios entre a sociedade e os membros do conselho geral e de supervisão se aplica também o regime do art. 397.º do Código das Sociedades Comerciais, com as necessárias adaptações, por remissão do art. 445.º, n.º 1, do mesmo compêndio legal.

3.5. As considerações que acima se expuseram são válidas também para os negócios celebrados com sociedades que estejam em relação de domínio ou de

⁴³ V. ABREU (nota 7), p. 726.

⁴⁴ GIÃO (nota 24), p. 257. Este autor salienta, ainda, que apesar de haver um menor risco de influência por parte do administrador interessado, por força da separação orgânica entre o conselho de administração executivo e o conselho geral e de supervisão, esta independência orgânica não será diversa da que existe entre os administradores não executivos e os membros de uma comissão executiva, no modelo latino.

⁴⁵ Neste sentido, v. Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17/01/2002, cujo sumário se consultou em <http://www.stj.pt/ficheiros/jurisp-sumarios/civel/sumarios-civel-2002.pdf>.

grupo com aquela de que o contraente é administrador, conforme estatui o art. 397.º, n.º 3, do Código das Sociedades Comerciais⁴⁶.

Jorge M. Coutinho de Abreu defende a aplicação extensiva dos n.ºs 4 e 5 do art. 397.º do Código das Sociedades Comerciais aos negócios celebrados com sociedades que estejam em relação de domínio ou de grupo com aquela de que o contraente é administrador, interpretamos nós, por identidade de razões⁴⁷.

3.6. Por oposição aos negócios com a sociedade absolutamente proibidos e a par daqueles que dependem do cumprimento de determinados procedimentos, como vimos, o direito societário português contempla, ainda, os negócios livres.

Negócios livres são, na redação do art. 397.º, n.º 5 do Código das Sociedades Comerciais, todos aqueles que estejam compreendidos no próprio comércio da sociedade⁴⁸ e em que nenhuma vantagem especial seja concedida ao contraente administrador, excluindo-se, como é bom de ver, os previstos no n.º 1 do art. 397.º.

Deve entender-se que nenhuma vantagem especial é concedida ao administrador contraente quando o negócio é realizado em condições normais de mercado⁴⁹.

A título de exemplo, veja-se o caso do administrador de uma sociedade que se dedica à comercialização de bens ou serviços de consumo e que com esta contrata, adquirindo esses bens ou serviços, nas mesmas condições que o público em geral.

Vantagens especiais serão, assim, todas aquelas que se afastem das vantagens normais na forma legítima de negociar, fazendo entrar diretamente no património

⁴⁶ Cfr. arts. 486.º e 488.º e seguintes do Código das Sociedades Comerciais para uma definição legal dos conceitos de sociedades em relação de domínio e de sociedades em relação de grupo.

⁴⁷ ABREU (nota 7), p. 331 e ABREU (nota 8), p. 19.

⁴⁸ Ou seja, que integrem o objeto social. Cfr. art. 11.º do Código das Sociedades Comerciais.

⁴⁹ GIÃO (nota 24), p. 256, MARTINS (nota 30), p. 567, ABREU (nota 7), p. 330 e ABREU (nota 8), p. 18. Este último autor admite, ainda, a inexistência de vantagem especial se o negócio com o administrador for celebrado nas condições mais favoráveis aplicáveis a todos quantos trabalham na sociedade (ob. e loc. cit.).

do administrador, no todo ou em parte, aquilo que seria dirigido à sociedade, como se escreveu no Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 05/12/1995⁵⁰.

Jorge M. Coutinho de Abreu e João Sousa Gião criticam a fórmula legal de definição dos negócios livres em virtude de o critério usado consistir, na prática, no resultado que se pretende evitar (a não atribuição de vantagem especial ao administrador interessado) e na medida em que inexistente mecanismo de controlo preventivo de eventuais conflitos de interesses⁵¹.

Na realidade, se, por um lado, a lei afasta o dever de informação sobre os negócios celebrados entre a sociedade e os administradores no condicionalismo previsto no art. 397.º, n.º 5, do Código das Sociedades Comerciais, por outro lado, não esclarece quem fica incumbido de determinar se a um negócio em concreto é aplicável aquela norma ou o n.º 2 do mesmo preceito, correndo-se o risco de acabar por ser o administrador interessado a ter que, isoladamente, fazer essa distinção.

Com clareza, destaca José Ferreira Gomes⁵² que «[se] passa de uma solução em que se pretende prevenir a tentação, eliminando a oportunidade, para uma solução em que cabe ao interessado interpretar conceitos gerais e abstratos, potenciando a tentação e a oportunidade».

Na prática, só *a posteriori*, se e quando o conselho de administração toma conhecimento do negócio celebrado em violação do disposto no art. 397.º, n.º 5, do

⁵⁰ Coletânea de Jurisprudência, ano XX, 1995, tomo 5, pág. 216-219. Definem-se, assim, vantagens especiais por contraposição às vantagens normais que legitimamente podem advir para o administrador contratante, enquanto vantagens indiretas, como exemplifica NETO, Abílio (*Código das Sociedades Comerciais – Jurisprudência e Doutrina*, Lisboa: Ediforum, 2003, p. 847): a satisfação por ter realizado um negócio, a expectativa de poder continuar a merecer a confiança dos sócios, a perspectiva de poder ser novamente nomeado ou eleito para a administração em próximo mandato ou a eventual recompensa (ou prémio) que a sociedade, em assembleia geral, delibere atribuir-lhe, face aos bons resultados que para a empresa conseguiu.

⁵¹ GIÃO (nota 24), p. 256-257, ABREU (nota 7), p. 330 e ABREU (nota 8), p. 18.

⁵² GOMES (nota 9), p. 113, e GOMES, José Ferreira, «Os Deveres de informação sobre negócios com partes relacionadas e os recentes Decretos-Lei n.ºs 158/2009 e 185/2009», *Caderno do Mercado de Valores Mobiliários*, n.º 33, Agosto de 2009 (disponível em www.cmvm.pt), p. 124.

Código das Sociedades Comerciais, pode este demandar a declaração de nulidade do negócio e a responsabilização do administrador.

Para facilitar o controlo ou fiscalização pelos sócios e pelos órgãos sociais, Jorge M. Coutinho de Abreu sugere, *de jure condendo*, «a obrigatoriedade de os negócios com as sociedades respetivas *acima de certo valor* (v.g., 1% do capital próprio da sociedade) serem *comunicados* ao órgão de administração e/ou ao órgão de fiscalização e *mencionados* em documentos sociais de prestação de contas – ainda que tenha sido entendido que tais negócios foram realizados sem vantagens especiais para os administradores ou em condições especiais de mercado.»⁵³

José Ferreira Gomes⁵⁴, por seu turno, lembrando que está em causa um mecanismo de fiscalização prévia e colegial, defende, também quanto ao direito a constituir, que a decisão sobre se num caso concreto existe ou não conflito de interesses deveria incumbir ao conselho de administração, pelo que todos os negócios a celebrar com administradores deveriam ser submetidos a aprovação prévia daquele conselho, sem prejuízo de admitir uma deliberação genérica especificando os contratos que poderiam ser celebrados entre a sociedade e os seus administradores.

Refere, ainda, este autor que «de acordo com as melhores práticas de governo das sociedades (...) impõe-se uma restrição da discricionariedade do administrador interessado na aferição da existência de vantagens especiais no contrato a celebrar», estabelecendo como critério a existência ou não de liberdade de estipulação⁵⁵. Assim, prossegue José Ferreira Gomes, nos casos em que inexistisse liberdade de estipulação, como ocorre na contratação em massa, sujeita a cláusulas contratuais gerais, deveria presumir-se a inexistência de vantagens especiais para o

⁵³ ABREU (nota 7), p. 330-331 e ABREU (nota 8), p. 19.

⁵⁴ GOMES (nota 9), p. 114, e GOMES (nota 52) p. 124-125.

⁵⁵ GOMES (nota 9), p. 114-115, e GOMES (nota 52), p. 125.

administrador e, nos restantes, não havendo critério estabelecido pelo conselho de administração, deveria o negócio ser submetido à aprovação prévia por este.

No mesmo sentido, no Código do Governo das Sociedades⁵⁶, do Instituto Português do Corporate Governance⁵⁷, fundado na regra do *comply or explain*, estabelece-se como princípio que «devem existir mecanismos para prevenir a existência de conflitos de interesses, atuais ou potenciais, entre os membros de órgãos ou comissões societárias e a sociedade. O membro em conflito não deve interferir no processo de decisão» (I.4. do Código) e recomenda-se que «através de regulamento interno, deve ser imposta a obrigação de os membros dos órgãos e comissões societárias informarem pontualmente o respetivo órgão ou comissão sobre os factos que possam constituir ou dar causa a um conflito entre os seus interesses e o interesse social» e que «o Regulamento Interno de cada órgão ou comissão societária deve estabelecer que o membro em conflito não interfere no processo de decisão, sem prejuízo do dever de prestação de informações e esclarecimentos que o órgão, a comissão ou os respetivos membros lhe solicitarem.» (I.4.1. e I.4.2. do Código).

4. Regras de transparência. Deveres de informação sobre negócios com partes relacionadas

Estatui o art. 397.º, n.º 4, do Código das Sociedades Comerciais, que «no seu relatório anual, o conselho de administração deve especificar as autorizações que

⁵⁶ Código de Governo das Sociedades, 2014 (http://www.cgov.pt/images/stories/ficheiros/codigo_de_governo_das_sociedades_do_ipcg.pdf), acesso em Novembro de 2015

⁵⁷ Associação de direito privado, sem fins lucrativos, que tem por objeto a investigação e divulgação dos princípios de Corporate Governance (cfr. os respetivos Estatutos em www.cgov.pt).

tenha concedido ao abrigo do n.º 2 e o relatório do conselho fiscal ou da comissão de auditoria deve mencionar os pareceres proferidos sobre essas autorizações»^{58 59}.

Consagra este preceito, no nosso entender, o princípio da transparência, decorrência direta dos deveres de lealdade, constituindo um mecanismo de controlo *ex post* da validade dos negócios entre sociedade e administradores.

Este mecanismo de controlo dos negócios com partes relacionadas permite, por um lado, dar a conhecer aos diferentes participantes na vida societária os factos de que estes carecem para tomar as suas decisões no âmbito do governo da sociedade e, por outro, aos seus credores a informação necessária à avaliação da situação financeira da sociedade⁶⁰.

Como salienta José Ferreira Gomes, «os deveres de informação sobre este tipo de negócios justificam-se, desde logo, pela necessidade de assegurar uma correta formação dos preços no mercado dos valores mobiliários» e na medida em que têm «um efeito sancionatório e dissuasor dos abusos oportunistas dos *insiders*.»⁶¹

Este mecanismo de controlo aproveita, assim, não só aos acionistas, mas também a terceiros, na medida em que o Código das Sociedades Comerciais impõe a publicitação do relatório de gestão e do relatório do órgão de fiscalização (art. 70.º do Código das Sociedades Comerciais).

Deste modo, com a prestação de informação atingem-se dois objetivos importantes do governo das sociedades: a sindicabilidade da atividade, por um lado, e a transparência da sua atuação, por outro.

Aprovada a Diretiva 2006/46/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 14 de Junho de 2006, que apresentava como um dos seus principais objetivos

⁵⁸ Vide arts. 66.º, n.º 5, al. e), 406.º, al. d), 420.º, n.º 1, al. g), e 423.º-F, n.º 1, al. g), do Código das Sociedades Comerciais.

⁵⁹ Nas sociedades de modelo germânico, as autorizações em causa deverão constar no relatório anual da atividade do conselho geral e de supervisão (art. 441.º, n.º 1, al. q), do Código das Sociedades Comerciais).

⁶⁰ GOMES (nota 52), p. 107.

⁶¹ GOMES (nota 52), p. 121.

aproximar o regime aplicável à transparência devida em matéria de transações com partes relacionadas nas sociedades cotadas⁶² e não cotadas, foi esta objeto de transposição para o ordenamento jurídico português através do Decreto-Lei n.º 185/2009, de 12 de Agosto. Este diploma aditou ao Código das Sociedades Comerciais, entre outros, o art. 66.º-A, que, no seu n.º 2, prevê que as sociedades que não elaboram as suas contas de acordo com as normas internacionais de contabilidade adotadas nos termos do regulamento comunitário, ou seja, as que não estão submetidas à IAS24, devem, em anexo às contas, divulgar informações sobre as operações realizadas com partes relacionadas, incluindo, nomeadamente, os montantes dessas operações, a natureza da relação com a parte relacionada e outras informações necessárias à avaliação da situação financeira da sociedade, se tais operações forem relevantes e não tiverem sido realizadas em condições normais de mercado.

Obrigação idêntica mostra-se prevista no art. 508.º-F, n.º 2, do Código das Sociedades Comerciais, aplicável às sociedades obrigadas à consolidação de contas.

A expressão partes relacionadas, para efeitos do disposto nos citados preceitos, tem o significado definido nas normas internacionais de contabilidade adotadas nos termos de regulamento comunitário (n.º 3, al. a), do art. 66.º-A, e n.º 3, al. a), do art. 508.º-F, do Código das Sociedades Comerciais)⁶³.

Deste modo, e de acordo com o Regulamento (CE) n.º 2238/2004, da Comissão, de 29 de Dezembro, uma parte está relacionada com uma entidade se:

- a) direta, ou indiretamente através de um ou mais intermediários, a parte:
 - i) controlar, for controlada por ou estiver sob o controlo comum da entidade (isto inclui empresas-mãe, subsidiárias e subsidiárias colegas);

⁶² Estas submetidas já ao regime da IAS 24 – Divulgações relativas a partes relacionadas (*International Accounting Standard 24 – Related Party Disclosures*) - Regulamento (CE) n.º 2238/2004, da Comissão, de 29 de Dezembro.

⁶³ IAS 24 – Divulgações de Partes Relacionadas – Regulamento (CE) n.º 2238/2004, da Comissão, de 29 de Dezembro.

- ii) tiver um interesse na entidade que lhe confira influência significativa sobre a entidade; ou
- iii) tiver um controlo conjunto sobre a entidade;
- b) a parte for uma associada (tal como definido na IAS 28 Investimentos em Associadas) da entidade;
- c) a parte for um empreendimento conjunto em que a entidade seja um empreendedor (ver IAS 31 Interesses em Empreendimentos Conjuntos);
- d) a parte for membro do pessoal chave da gerência da entidade ou da sua empresa-mãe;
- e) a parte for membro íntimo da família⁶⁴ de qualquer indivíduo referido nas alíneas (a) ou (d);
- f) a parte for uma entidade controlada, controlada conjuntamente ou significativamente influenciada por, ou em que o poder de voto significativo nessa entidade reside em, direta ou indiretamente, qualquer indivíduo referido nas alíneas (d) ou (e); ou
- g) a parte for um plano de benefícios pós-emprego para benefício dos empregados da entidade, ou de qualquer entidade que seja uma parte relacionada dessa entidade.

Ainda nos termos do citado do Regulamento comunitário, transação com partes relacionadas consiste numa transferência de recursos, serviços ou obrigações entre partes relacionadas, independentemente de haver ou não um débito de preço.

José Ferreira Gomes critica a circunstância de a lei nacional fazer recair na administração a interpretação de conceitos abstratos como a relevância da operação e as condições normais de mercado de modo a sujeitar a publicidade esse negócio e

⁶⁴ Membros íntimos da família de um indivíduo, na definição do Regulamento, são aqueles membros da família que se espera que influenciem, ou sejam influenciados por, esse indivíduo nos seus negócios com a entidade. Podem incluir: o parceiro doméstico e filhos do indivíduo; filhos do parceiro doméstico do indivíduo; e dependentes do indivíduo ou do parceiro doméstico do indivíduo.

o facto de impor o dever de informação previsto no art. 66.º-A, do Código das Sociedades Comerciais, indiferenciadamente a todas as sociedades, independentemente do seu tipo e da sua dimensão, pese embora os custos associados aos deveres de informação⁶⁵.

Face à sujeição de igual modo de todos os tipos societários aos deveres de informação, Paulo Câmara aponta a necessidade de ponderação dos interesses em confronto, quais sejam, por um lado, o aumento da transparência quanto à governação da sociedade, e, por outro lado, o interesse das sociedades à *privacy* empresarial, de forma a que a cominação do dever não seja desequilibrada⁶⁶.

As sociedades que sejam emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado (vulgo, sociedades cotadas) estão ainda obrigadas ao dever de informação no relatório anual de governo societário, imposto pelo art. 245.º-A, n.º 2, do Código dos Valores Mobiliários e pelo Código de Governo das Sociedades da Comissão dos Mercados de Valores Mobiliários de 2013, que, por sua vez, fica sujeito à fiscalização por parte do órgão de fiscalização interna da sociedade e do revisor oficial de contas (arts. 420.º, n.º 5, 423.º-F, n.º 2, 441.º, n.º 2 e 451.º, n.º 4, do Código das Sociedades Comerciais).

No que respeita às sociedades sujeitas à IAS24 (nas quais se incluem, obrigatoriamente, as sociedades cotadas), estão estas obrigadas à divulgação de informação nos termos dos §§ 12, 16 e 17 do Regulamento (CE) n.º 2238/2004 da Comissão, de 29 de Dezembro de 2004, designadamente sobre os relacionamentos entre empresas-mãe e subsidiárias, independentemente de ter havido ou não transações entre essas partes relacionadas, sobre a remuneração do pessoal chave da gerência, sobre transações entre partes relacionadas, especificando a natureza do

⁶⁵ GOMES (nota 52), p. 128/129. Acrescenta, ainda, o mencionado autor que a interpretação feita pela administração sobre a relevância da operação e as condições normais de mercado só poderá ser posta em causa por quem venha a saber do negócio em questão por outros meios e esteja disposto a suportar os custos de o impugnar.

⁶⁶ CÂMARA (nota 5), p. 29.

relacionamento com as partes relacionadas, assim como informação sobre as transações e saldos pendentes necessária para a compreensão do potencial efeito do relacionamento nas demonstrações financeiras, incluindo a quantia das transações, a quantia dos saldos pendentes, provisões para dívidas duvidosas relacionadas com a quantia dos saldos pendentes, e os gastos reconhecidos durante o período a respeito de dívidas incobráveis ou duvidosas devidas por partes relacionadas.

Para finalizar a temática das transações com partes relacionadas, uma palavra apenas para mencionar os *Principles of Corporate Governance* da OCDE que, no seu ponto V.A.6. estabelecem que «*to ensure that the company is being run with due regard to the interests of all its investors, it is essential to fully disclose all material related party transactions and the terms of such transactions to the market individually.*»⁶⁷

5. O caso especial das sociedades por quotas

Analisada a problemática dos negócios da sociedade com os administradores e dissecado o disposto no art. 397.º, do Código das Sociedades Comerciais, cumpre agora indagar qual a solução para idêntico problema no seio das sociedades por quotas. Urge ir em busca do regime legal aplicável, uma vez que o Código das Sociedades Comerciais, não contém, na parte dedicada às sociedades por quotas, norma que regulamente os negócios da sociedade com os gerentes.

Como vimos, surgem-nos três caminhos: a aplicação do disposto no art. 261.º, do Código Civil; a aplicação do disposto no art. 397.º do Código das Sociedades Comerciais; a tese da aplicação de um regime “ad hoc”, criado pelo intérprete do

⁶⁷ Disponível em <http://www.oecd.org/daf/ca/Corporate-Governance-Principles-ENG.pdf> - Para assegurar que a sociedade está a ser gerida tendo em consideração os interesses de todos os acionistas, é essencial que aquela divulgue ao mercado todas as informações sobre transações efetuadas com partes relacionadas e sobre os termos dessas transações (tradução nossa).

Direito, numa interpretação integrativa da lacuna, ao abrigo do disposto no art. 10.º, n.º 3, do Código Civil.

Para melhor compreensão dos contornos da questão em apreço, há que ter em conta: a história que antecede as normas; as semelhanças e diferenças das estruturas de governo das sociedades anónimas e das sociedades por quotas; as diferenças de regime – Código Civil / Código das Sociedades Comerciais.

5.1. Historicamente, o regime das sociedades anónimas era aplicável às sociedades por quotas, desde a sua criação pela Lei de 11 de Abril de 1901 (Lei das Sociedades por Quotas) - cujo art. 31.º impunha a aplicação aos gerentes, da regulamentação dos diretores das sociedades anónimas (a Lei de 22 de Junho de 1867 consagrava a proibição dos negócios entre os mandatários das sociedades anónimas e a sociedade, salvo existindo autorização expressa da assembleia geral), situação que se mantinha no momento da elaboração e aprovação do Código das Sociedades Comerciais.

Cumprе assim questionar se o abandono aparente de tal solução resultou de opção expressa do legislador, pretendendo reconduzir-nos, portanto, ao regime geral do negócio consigo mesmo.

Diogo Costa Gonçalves⁶⁸ dá resposta negativa a tal questão: «Cremos, portanto, que para o autor do Anteprojecto, a matéria referente à regulamentação dos negócios celebrados entre os gerentes e a sociedade seria matéria da Parte Geral do novo código ou, a não ser essa a opção do legislador, dever-se-ia manter a sistemática anterior: a existência de um preceito em sede de SA, aplicável ao regime das SPQ, por remissão normativa.» «A esperança que alimentou os anteprojectos de Raúl Ventura referentes às SPQ tinha sido assim defraudada. Tanto quanto é possível ajuizar, a matéria referente à celebração dos negócios entre os gerentes e a sociedade foi, simplesmente, esquecida... De *Pilatos para Herodes*, a matéria em

⁶⁸ GONÇALVES (nota 10), p. 107 e 108.

causa acabou sem uma previsão esboçada no regime do CSC. Situação que se mantém até hoje.»

Diz-nos ainda⁶⁹: «Dos trabalhos preparatórios bem como dos imediatos precedentes normativos e doutrinários resulta que o legislador do CSC desejava submeter a celebração dos negócios entre os gerentes e a SPQ ao mesmo regime da celebração dos negócios entre os administradores e a SA.»

Veja-se que o anteprojeto relativo às sociedades por quotas foi da responsabilidade de Raúl Ventura, enquanto que o anteprojeto referente às disposições gerais foi elaborado por Ferrer Correia com a colaboração de António A. Caeiro.⁷⁰

5.2. No que toca à estrutura de governo das sociedades, verificamos que os órgãos de administração e de fiscalização referidos no n.º 2 do art. 397.º do Código das Sociedades Comerciais não existem (por regra) nas sociedades por quotas.

Porém, vemos que nas sociedades anónimas pode haver administrador único⁷¹ e que, nas sociedades por quotas, pode haver gerência plural⁷².

Igualmente, nas sociedades por quotas pode haver conselho fiscal⁷³; não havendo órgão de fiscalização, ainda assim, fiscalização existe sempre, ainda que seja exercida apenas pelos próprios sócios - neste sentido, António Menezes Cordeiro⁷⁴: «Quando nada prevejam, a fiscalização será inorgânica; levada a cabo pelos sócios, ao abrigo do direito à informação (214.º) e, no limite, com recurso ao inquérito judicial».

⁶⁹ GONÇALVES (nota 10), p. 122.

⁷⁰ Para melhor identificação dos autores de cada uma das partes do CSC, ver CORDEIRO (nota 4), p. 146 e 147.

⁷¹ Cfr. art. 390.º, n.º 2, do CSC.

⁷² Cfr. art. 261.º, do CSC.

⁷³ Cfr. art. 262.º, n.º 1, do CSC.

⁷⁴ CORDEIRO, António Menezes, *Direito das Sociedades, Das Sociedades em Especial*, Coimbra: Almedina, 2.ª reimpressão da 2.ª edição de 2007, 2014, vol. II. p. 449

Acresce que, como nos diz Diogo da Costa Gonçalves⁷⁵: «No regime do CSC, o tipo SPQ está marcado pela superação do *monopólio orgânico* das sociedades pessoais... nas SPQ o modelo de governo supletivo passa pela distinção entre a propriedade e a administração quanto a todos ou, pelo menos, quanto a alguns dos sócios.»

5.3. Contrapondo os regimes, verificamos que o art. 261.º, do Código Civil regulamenta o negócio consigo mesmo, instituto no qual o representante surge num qualquer negócio, simultaneamente, por si ou em representação de terceiro, e como contraparte do (por si) representado.

Como pressupostos da validade do contrato, é necessário que o representado o tenha especificadamente consentido ou que o negócio exclua, por sua natureza, a possibilidade do conflito de interesses⁷⁶.

Como consequência da falta de consentimento do representado num negócio (não livre) com o representante, temos a anulabilidade do negócio.

Como hipóteses contempladas no art. 261.º, do Código Civil, encontramos, segundo Pires de Lima e Antunes Varela⁷⁷, o contrato consigo mesmo *stricto sensu* e a dupla representação. No sentido de incluir também o negócio com o representado, Pedro Caetano Nunes⁷⁸.

5.4. A tese tradicional – partindo das dificuldades de aplicação imediatamente sentidas perante a inexistência de conselhos de administração e fiscal – vai no sentido da aplicação do disposto no art. 261.º do Código Civil, onde está consagrado o princípio geral da representação.

⁷⁵ GONÇALVES (nota 10), p. 104.

⁷⁶ SERRA, Vaz, *apud* LIMA, Pires de e VARELA, Antunes, *Código Civil Anotado*, 4.ª edição, Coimbra: Coimbra Editora, 1987, vol. I, p. 243 e 244: «não existe quando o conteúdo do contrato estiver pré-determinado de tal modo que o representado não possa ser prejudicado pelo facto de o representante concluir o contrato consigo mesmo, quer em nome próprio, quer como representante de terceiro».

⁷⁷ LIMA e VARELA (nota 76), p. 243.

⁷⁸ NUNES (nota 2), p. 199 e 200.

Neste sentido, Raúl Ventura⁷⁹: «O art. 397.º, n.º 2, CSC... Não pode ser transposto directamente para as sociedades por quotas, nas quais não há normalmente esses conselhos. Segundo o art. 261.º, n.º 1, CC, é anulável o negócio celebrado pelo representante consigo mesmo, seja em nome próprio seja em representação de terceiro, a não ser que o representante tenha especificadamente consentido na celebração, ou que o negócio exclua por sua natureza a possibilidade de um conflito de interesses... A única adaptação necessária consiste em o consentimento ser dado por deliberação dos sócios, na qual o interessado, se for sócio, não poderá votar, por impedimento consignado no art. 251.º, n.º 1, al. g) do CSC.»⁸⁰

Por vezes, é também invocada a excecionalidade da norma (art. 397.º, n.º 2, CSC) como motivo justificativo da impossibilidade da sua aplicação analógica. Veja-se Paulo Olavo Cunha⁸¹: «O regime de autorização constante do artigo 397.º é um regime excecional relativamente aos negócios da sociedade em geral e aos contratos celebrados com administradores, no âmbito da atividade social (cfr. n.º 5). Por isso, a sua aplicação por analogia não é isenta de escolhos (cfr. art. 11.º do CC).»

De acordo com esta tese: não há negócios proibidos; na negociação limitada, a autorização é dada por deliberação dos sócios⁸²; nada se diz quanto ao papel do órgão de fiscalização; o negócio limitado não autorizado é anulável; nada se diz quanto ao administrador único nas sociedades anónimas; há negócios livres.

⁷⁹ VENTURA, Raúl, *Sociedades por quotas*, Almedina: Coimbra, 1991, vol. III, p. 176 e 177.

⁸⁰ Com algumas semelhanças, encontramos CUNHA (nota 10), p. 832: «Em conclusão: nas sociedades por quotas não há limites específicos à contratação entre a sociedade e os seus gerentes, para além daqueles que decorram do normal exercício das funções e designadamente do cumprimento dos deveres legais gerais, de cuidado e lealdade (cfr. art. 64.º), que nesta matéria se traduzem no dever de boa administração e da não concretização de negócios ruinosos para a sociedade.»

⁸¹ CUNHA (nota 10), p. 832.

⁸² Os sócios podem tomar deliberações unânimes por escrito, em assembleia universal, por voto escrito e em assembleia geral, cfr. art.s 54.º e 247.º, do CSC.

Maioritariamente, a jurisprudência segue esta primeira via de interpretação.⁸³

5.5. Uma segunda tese pugna pela aplicação analógica do disposto no art. 397.º do Código das Sociedades Comerciais às situações de negócio dos gerentes com as sociedades por quotas.

Neste sentido, Jorge Coutinho de Abreu⁸⁴: «A *segunda tese* sustenta a aplicação do art. 397.º (em geral) *analogicamente* às sociedades por quotas (cfr. art. 2.º do CSC e o art. 10.º, 1 e 2, do CCiv). São *idênticos os conflitos de interesses e os riscos de prejuízo* para a sociedade e (derivadamente) os sócios e credores sociais na contratação entre administradores e sociedade tanto nas sociedades anónimas como nas sociedades por quotas; as *razões que justificam a proibição* (sob pena de nulidade) dos negócios previstos no n.º 1 do art. 397.º e a nulidade dos negócios sem observância dos requisitos procedimentais prevista no n.º 2 desse artigo *são razões que igualmente justificam soluções semelhantes para as sociedades por quotas*. O regime da *nulidade* dos negócios jurídicos é, como se sabe, bem diferente do regime da *anulabilidade* (cfr. os art.s 286.º, 287.º e 288.º do CCiv. E, além de ser esta a sanção estabelecida no art. 261.º, 1, do CCiv., é certo que os negócios entre gerente e sociedade *não têm de ser «negócios consigo mesmo»* - *v.g.*, quando a gerência seja plural, o gerente contraente não tem de aparecer (ou aparecer sozinho) a representar a sociedade. Entretanto, relativamente aos requisitos previstos no n.º 2 do art. 397.º e à proibição absoluta do n.º 1, devem os negócios [entre gerente e sociedade] ser autorizados por deliberação dos sócios e merecer parecer favorável do órgão de fiscalização (se existir) – sob pena de nulidade».

De acordo com esta tese: há negócios proibidos; na negociação limitada, a autorização é dada por deliberação dos sócios ou pela gerência plural; existindo

⁸³ Neste sentido, a título exemplificativo, acórdãos dos Tribunais da Relação: do Porto de 5 de Fevereiro de 2009 (processo 0835545); de Lisboa de 10 de Outubro de 2006 (processo 4916/2006-7); do Porto de 13 de Dezembro de 2005 (processo 0521121) – todos disponíveis em www.dgsi.pt.

⁸⁴ ABREU (nota 8), p. 20 e 21.

órgão de fiscalização, depende do parecer favorável do mesmo; o negócio limitado não autorizado é nulo; a mesma solução deve ser aplicada aquando da existência de administrador único nas sociedades anónimas; há negócios livres.

Também no sentido da aplicação do disposto no art.º 397.º, do Código das Sociedades Comerciais, Alexandre de Soveral Martins⁸⁵, lançando mão, desde logo, do disposto no art.º 2.º do Código das Sociedades Comerciais, que impõe a aplicação, aos casos omissos, da regulamentação dos casos análogos previstos nesse mesmo Código.

5.6. Deparando-se com os entraves à aplicação de qualquer das teses anteriores, Diogo Costa Gonçalves apresenta uma terceira tese em confronto com as anteriores: a criação de um regime *ad hoc*, ao abrigo do disposto no art. 10.º, n.º 3, do Código Civil, ou seja, perante a inexistência de regulamentação dos negócios da sociedade com os gerentes, a criação de norma pelo próprio intérprete.

Entende o referido autor que a analogia com o art.º 397.º do Código das Sociedades Comerciais não é possível porque «Impede-o a mera *eventualidade* da existência de colegialidade na gerência da sociedade (mesmo quando plural) e igual *eventualidade* da existência de um órgão de fiscalização nas SPQ em oposição à necessária apreciação dos negócios por um órgão colegial e à intervenção obrigatória de um órgão com poderes de fiscalização...»⁸⁶

Consequentemente⁸⁷: «A nossa proposta consiste na formulação de uma solução normativa *ad hoc*, nos termos do art. 10.º/3 do CC, de acordo com o qual serão nulos, salvo autorização prévia da assembleia geral, os negócios celebrados, directa ou indirectamente, entre os gerentes e a sociedade ou entre estes e as sociedades que com aquela se encontrem em relação de domínio ou de grupo, salvo se

⁸⁵ MARTINS (nota 30), p. 562 e 563.

⁸⁶ GONÇALVES (nota 10), p. 123.

⁸⁷ GONÇALVES (nota 10), p. 123.

o negócio em causa, pela sua natureza ou circunstâncias, exclua a possibilidade de conflito de interesses.»

De acordo com esta tese: não há negócios proibidos; na negociação limitada, a autorização é dada pela assembleia geral; nada se diz quanto ao órgão de fiscalização; o negócio limitado não autorizado é nulo; a mesma solução deve ser aplicada aquando da existência de administrador único nas sociedades anónimas; definem-se as partes relacionadas como sendo os gerentes e a sociedade ou entre estes e as sociedades que com aquela se encontrem em relação de domínio ou de grupo; há negócios livres.

5.7.1. No caminho de escolha de um de entre os caminhos abertos pela doutrina, em primeiro lugar, há que ter em conta a identidade dos problemas que um e outro dos regimes – art. 397.º do Código das Sociedades Comerciais e art. 261.º do Código Civil - pretendem resolver: a existência de um negócio onde é idêntica a pessoa de ambos os lados do sinalagma (de um dos lados em representação de outrem), de onde decorre o perigo de conflito de interesses, com eventual prejuízo para a parte representada.

Porém, cumpre ter em mente que o gerente representa, efetivamente, a sociedade; porém, os seus poderes vão muito para além da representação: gere a sociedade, praticando os atos necessários ou convenientes à realização do seu objeto social, cabendo-lhe a prática de todos os atos que não estejam reservados aos sócios⁸⁸. Um gerente não é um mero representante, é um órgão da sociedade, forma a sua vontade.

Como nos diz Diogo da Costa Gonçalves⁸⁹: «Neste sentido, *representação orgânica* exige um outro enquadramento dogmático, distinto da figura geral da representação... Ora, a aplicação do princípio geral da representação à relação entre

⁸⁸ Cfr. art.s 246.º, 259.º e 260.º do CSC.

⁸⁹ GONÇALVES (nota 10), p. 114.

a sociedade e os titulares dos seus órgãos conduz a solução de casos concretos a um fraco e incorrecto enquadramento dogmático».

Por outro lado, as consequências resultantes da violação da necessidade de autorização dos negócios, previstas num e no outro dos regimes, são tremendamente diferentes: nulidade ou anulabilidade.

Vejamos⁹⁰: a nulidade é invocável a todo o tempo, enquanto a anulabilidade apenas o é no ano subsequente à cessação do vício; a nulidade é de conhecimento oficioso, enquanto que a anulabilidade só pode ser arguida por aqueles em cujo interesse foi estabelecida; a confirmação de atos nulos é excepcional (não estando prevista para o art. 397.º do Código das Sociedades Comerciais), enquanto que a anulabilidade é sanável mediante confirmação.

Cumpramos que nos interroguemos se a diferente natureza das sociedades anónimas e das sociedades por quotas justifica tal diferença de consequências jurídicas.

Entendemos que não, que nada o justifica; pelo contrário, são idênticas as necessidades de proteção da sociedade perante a atuação do seu gestor; qualquer que seja a sua forma, que por vezes se aproxima; é idêntica a necessidade de proteção perante conflitos de interesses. Consequentemente, devem ser idênticos os regimes aplicáveis num e no outro caso.

Acresce que, historicamente sempre assim foi – o regime das sociedades anónimas era aplicado, por remissão, às sociedades por quotas -, não havendo qualquer indicação de que o legislador do Código das Sociedades Comerciais pretendesse alterar o estado das coisas.

Pelo contrário, tudo indica no sentido de que a lacuna tenha surgido por falta de articulação dos trabalhos dos autores encarregues da elaboração das diversas partes do Código, acabando por, inadvertidamente, a solução não ficar consagrada,

⁹⁰ Cfr. art.s 285.º e seg.s, do Código Civil.

nem na parte geral, nem em remissão do regime das sociedades anónimas para o regime das sociedades por quotas.

Deste modo, por criar desigualdades incompreensíveis, para mais afastando-se da tradição existente até então, sem que se verifique ter sido essa a intenção do legislador, é de rejeitar a aplicação do disposto no art. 261.º, do Código Civil, aos negócios dos celebrados entre a sociedade os gerentes.

5.7.2. Já a tese defendida por Diogo da Costa Gonçalves surge partindo do princípio de que não existe no nosso ordenamento jurídico qualquer situação semelhante à que se pretende regular – não sendo, portanto, possível a analogia – única situação em que é possível aplicar a “norma que o intérprete criaria”, como previsto no n.º 3 do art. 10.º, do Código Civil.

Ora, entendemos que não é esse o caso em apreço, na medida em que existem casos análogos: justamente, o art. 261.º, do Código Civil, e o art. 397.º, do Código das Sociedades Comerciais – havendo que optar por um destes dois regimes.

A este propósito, dizem-nos Pires de Lima e Antunes Varela⁹¹: «A analogia das situações mede-se em função das *razões justificativas* das soluções fixadas na lei, e não por mera obediência à mera semelhança formal das situações». Ora, a semelhança de razões justificativas – evitar os conflitos de interesses entre representante e representado – parece-nos evidente.

Acresce que tão pouco a forma de deliberação (plural ou colegial) do órgão a quem compete autorizar o negócio, impede a analogia – segundo Alexandre de Soveral Martins⁹²: «O que é regra supletiva, isso sim, é a possibilidade de atuação conjunta e de deliberação. E, portanto, a aplicação, por analogia do art. 397.º, 2, não fica excluída. Em bom rigor, nem se pode dizer que o art.º 397.º, 2, exige a colegialidade.»

⁹¹ LIMA e VARELA (nota 76), p. 59.

⁹² MARTINS (nota 30), p. 565.

Por outro lado, não se compreende o afastamento da previsão dos negócios proibidos; nem a necessidade de privilegiar a deliberação em assembleia geral, em detrimento das demais formas de deliberação dos sócios (qualquer uma delas apta para afastar o perigo que se pretende evitar, permitindo o controlo do potencial conflito de interesses).

Por fim, verificamos que, tal como acontece na tese tradicional, não se prevê a intervenção do órgão de fiscalização, sendo certo que, existindo este, é de toda a conveniência que intervenha.

Deste modo, abandonamos igualmente esta tese.

5.7.3. Consequentemente, entendemos que a aplicação analógica, às situações de negócios dos gerentes com a sociedade, do disposto no art. 397.º, do Código das Sociedades Comerciais, é a que melhor garante a coerência do sistema, respeitando a história das normas, a intenção do legislador e a analogia das situações - idênticos conflitos de interesses e idênticos riscos de prejuízo⁹³; não havendo qualquer óbice ao recurso à analogia, uma vez que a proibição dos negócios das sociedades com os administradores é uma decorrência do princípio geral orientador do Código das Sociedades Comerciais, o princípio da lealdade.

Não nos parece que as diferentes formas de governo das sociedades sejam impedimento a tal aplicação – como já dissemos acima, há que ter em conta que os órgãos de administração e de fiscalização referidos no n.º 2 do art. 397.º do Código das Sociedades Comerciais não existem (por regra) nas sociedades por quotas. Porém, nas sociedades anónimas pode haver um administrador único e nas sociedades por quotas pode haver gerência plural; nas sociedades por quotas pode haver um conselho fiscal, sendo que fiscalização existe sempre, ainda que seja exercida apenas pelos próprios sócios.

⁹³ ABREU (nota 8), p. 20.

Aliás, mostra-se até de toda a conveniência – pela evidente analogia de situações – que o negócios da sociedade com os gerentes tenha a mesma solução que o negócio da sociedade com o administrador único, aqui se entrecruzando as duas formas de governo das sociedades.

Cumpra adaptar o disposto no referido preceito ao caso concreto, de onde não surge qualquer entrave à aplicação da norma – tal adaptação é, nem mais nem menos, do que o próprio recurso à analogia, a aplicação de uma norma *mutatis mutandis*. O art. 397.º, n.º 2 «Será aplicável na medida em que o possa ser.»⁹⁴

Anabela Marques

Patrícia Alves

(Juízas de Direito)

⁹⁴ Expressão utilizada por MARTINS (nota 30), p. 565.