



• C •

FDUC FACULDADE DE DIREITO
UNIVERSIDADE DE COIMBRA

Carla Patrícia de Jesus Soares

**A designação de administradores com contrato de trabalho:
solução a (re)pensar?**

Dissertação em Ciências Jurídico-Empresariais, Menção em Direito Empresarial,
apresentado à Faculdade de direito da Universidade de Coimbra para obtenção do grau de
Mestre

Orientador: Prof. Doutor Pedro Canastra Azevedo Maia

Coimbra, 2014

À memória do meu saudoso Patrono,

Dr. Daniel Andrade.

Agradecimentos

Porque somos sempre parte de um todo e o todo se reflete naquilo que fazemos, este trabalho é resultado das minhas vivências e, em certa medida, determinado por todos aqueles que comigo, em algum momento, se cruzaram, assim enriquecendo a minha vivência. A forma como hoje penso o direito é certamente reflexo de todas essas vivências. Por isso agradeço a todas essas pessoas.

Agradeço ainda aos colegas e amigos de trabalho. Sem eles não teria sido possível propor-me a este desafio e muito menos tê-lo concluído. Um obrigado igualmente especial ao Doutor Pedro Maia pela motivação. Por fim, um sentido Obrigado ao Bruno. Ele sabe o porquê.

Resumo

Com este trabalho propomo-nos recuperar a discussão de um tema que sempre levantou alguma controvérsia, tanto na doutrina, como na jurisprudência: pode um trabalhador de uma sociedade comercial acumular as suas funções de trabalhador subordinado com as funções do exercício de um cargo na administração? Sendo esta uma questão que não é nova, o desafio é, por um lado, fazer um levantamento crítico do que já foi escrito a este respeito e, por outro, perceber se as soluções encontradas se adequam às atuais exigências do direito societário.

"Quem não pode ou não sabe acumular,

nunca chega a ser sábio nem rico."

Marquês de Maricá ¹

Pseudónimo de Mariano José Pereira da Fonseca (18 /05/1773 a 16/09/1848), escritor, filósofo e político brasileiro. A frase citada faz parte de uma das mais conhecidas obras "Máximas, Pensamentos e Reflexões" composta por quatro volumes, com um total de 3169 artigos, publicada entre os anos de 1837 a 1841.

Lista de siglas e abreviaturas

Ac.	acórdão
Al.	alínea
<i>Apud.</i>	citado por
Art.	Artigo
CC	Código Civil
C. Com.	Código Comercial
Cf.	confronte
Cit.	citado
Cód.	código
Coord.	coordenação
CRP	Constituição da República Portuguesa
CSC	Código das Sociedades Comerciais
CT	Código do Trabalho
DR	Diário República
<i>et. al.</i>	e outros
<i>e.g.</i>	por exemplo
<i>idem.</i>	na mesma obra
<i>in fine</i>	parte final

p./pp	página/páginas
n.º/n.ºs	número/números
OCDE	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
ss.	seguintes
STA	Supremo Tribunal Administrativo
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
Vol.	Volume

Indicações de Leitura

Optámos, neste trabalho, por utilizar as normas de citação de estilo *Chicago 15th Edition*. As citações são referenciadas ou no próprio corpo do texto através da indicação do nome do autor, ano da obra e página ou em notas de rodapé. Quando o mesmo autor tem mais do que uma obra no mesmo ano, referimos, ainda, o nome da obra. As referências surgem apresentadas entre parênteses. Quando a citação tem até três linhas (citação curta) aparece apenas entre aspas duplas. Quando a citação tem mais de três linhas (citação longa) surge destacada no texto, em letra de tamanho menor e com um recuo em relação ao demais texto. Sempre que façamos uma citação indireta começamos por identificar o autor citado e a obra original, seguido da expressão latina *apud* e do nome do autor de cuja obra retiramos a citação. Quando, em citação, omitimos parte do texto citado, fazemo-lo sem desvirtuar o pensamento do autor e indicamos essa supressão com recurso a reticências dentro de parênteses retos. No final, todas as citações são colocadas numa lista de referência bibliográfica organizada alfabeticamente por autor. Todos os autores são referenciados, primeiramente, pelo primeiro apelido, seguido do nome completo, ou parte dele.

Por princípio, a sequência de indicação dos autores é feita por ordem cronológica, salvo quando por razões expositivas impuserem uma ordem diferente. Nas citações de textos estrangeiros optámos por manter a versão original, dada a importância da precisão das palavras na ciência do Direito. As transcrições de textos portugueses são feitas tendo em consideração o novo acordo ortográfico, não obstante o texto original poder contemplar a antiga ortografia. A jurisprudência é citada com referência ao tribunal, à data, ao número de processo e Relator (em caso disso). No final, temos uma listagem completa, organizada por ordem cronológica.

A numeração das páginas, bem como a numeração das notas de rodapé é contínua.

Uma vez que centrámos todo o nosso trabalho nas sociedades anónimas, sempre que, ao longo do nosso trabalho, façamos referência à administração ou aos administradores estaremos a referir-nos ao órgão executivo das sociedades anónimas –

conselho de administração – e aos seus membros. Quando assim não o seja, especificaremos em concreto. Para além disso, sempre que se justifique fazer referência a outro tipo de sociedade disso mesmo daremos conta.

Breve nota metodológica

O objeto do nosso trabalho tem por base uma questão à qual pretendemos dar resposta²: será a solução de suspensão do contrato de trabalho prevista no n.º 2 do artigo 398.º do CSC uma solução adequada e bastante face às exigências do direito societário?

A escolha do tema surgiu pelo facto de, por diversas vezes, no exercício da advocacia, termos sido confrontados com situações práticas que nos levaram a questionar a adequação da solução legal encontrada no nosso ordenamento jurídico. Mais do que isso. Percebemos, pelo contato profissional que temos vindo a ter com as sociedades comerciais, que os administradores (enquanto titulares de órgãos sociais dos vários tipos de sociedades), e os sócios em particular, estão ainda muito pouco sensibilizados para as exigências de autonomia e independência que resultam, para nós inequivocamente, do exercício de funções de administração. Esta constatação – que é transversal a todos os tipos de sociedades e que, ao contrário do que seria de esperar, não é diferente em função da dimensão empresarial – tem-nos causado grande inquietação.

Razão pela qual e ainda que muito já se tenha escrito e discutido sobre o cúmulo (ou não) das funções de administrador e de trabalhador, somos de parecer que não é displicente voltar a este tema, fazendo-o, não apenas de uma perspetiva societária. Consideramos que esta questão, nos vários trabalhos em que foi tratada, não foi abordada de uma perspetiva sistémica. Ou seja, ou temos visões do problema de um ponto de vista societário, esquecendo a questão laboral, ou, pelo contrário, temos visões laborais que não levam em conta o direito societário. O que pretendemos fazer é analisar o problema em si. Isto é, sem descurar que estamos, pelo menos em nosso entender, perante um problema de natureza societária, não podemos deixar de o enquadrar, atendendo às suas repercussões, no âmbito do direito do trabalho.

Por opção, e principalmente devido a limitações temporais e à dimensão máxima da tese, não fizemos um estudo comparado da temática que iremos abordar e,

² Como refere Van Hoecke: “Every type of scientific research starts from a problem, from some question or series of questions” (Hoecke 2011, 12) .

temporalmente, delimitamos como momento central da nossa análise, o pós reforma do Código das Sociedades Comerciais de 2006 (ainda que, quando tal se justificar, possamos recuar no tempo). Assim, o caminho racionalizante por nós percorrido limitou-se ao nosso ordenamento jurídico. Aqui recorreremos aos diversos extratos do sistema jurídico: princípios normativos; normas aplicáveis; jurisprudência; doutrina; e, ainda, à própria realidade jurídica. Estando todos estes extratos em contato uns com os outros, tivemos o cuidado de, sempre que possível, não os considerar isoladamente.

Uma outra nota que queremos deixar é a seguinte: não nos iremos bastar com a indagação do conteúdo das normas jurídicas. O que ambicionamos é, se concluirmos que a solução legal que temos não é bastante para os interesses em causa, encontrar o caminho para uma solução normativa adequada ao nosso problema. Para percorrermos este caminho temos como orientação os ensinamentos de CASTANHEIRA NEVES e, portanto, o objeto da nossa interpretação não será o texto da lei como texto, mas a norma que esse texto pretende manifestar (Neves 2004). Quanto ao processo hermenêutico a utilizar temos como premissa, para conseguir uma leitura sistémica do problema, ter em conta, sempre que se justifique, os vários elementos presentes no artigo 9.º do CC.

Sumário

1.	Introdução.....	12
2.	Relação de administração: qual a sua natureza?	15
2.1.	A relação de administração tendo como fonte um ato unilateral.....	16
2.2.	A relação de administração tendo como fonte uma união de negócios	20
2.3.	A relação de administração tendo como fonte um contrato	23
3.	Que tipo de contrato se estabelece entre o administrador e a sociedade?.....	32
3.1.	Contrato de mandato.....	32
3.2.	Contrato de prestação de serviços	35
3.3.	Contrato de trabalho	36
3.3.1.	As especificidades da figura da comissão de serviços	39
3.4.	Posição adotada: contrato de administração como contrato <i>sui generis</i>	43
4.	O estatuto de administrador: breves notas caracterizadoras	48
4.1.	Conteúdo funcional.....	48
4.2.	Deveres que <i>balizam</i> a atuação do administrador.....	51
4.2.1.	Algumas especificidades do dever de cuidado	54
4.2.2.	Algumas especificidades do dever de lealdade	58
4.3.	O particular regime de responsabilidade dos administradores	61
4.4.	A não obrigatoriedade de remuneração	66
4.5.	A cessação de funções: a destituição com e sem <i>justa causa</i>	67
4.6.	O estatuto de trabalhador por contraposição ao estatuto de administrador	71
5.	Cúmulo de funções: as respostas do Código das Sociedades Comerciais	76
5.1.	A resposta do legislador para os administradores membros do conselho de administração das sociedades anónimas	79
5.2.	O artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais.....	84
5.3.	O movimento de <i>corporate governance</i>	90
5.4.	A <i>(in)adequação</i> da solução legislativa prevista no n.º 2 do artigo 398.º do CSC.....	100
6.	A suspensão do contrato de trabalho: em que medida fica o contrato de trabalho <i>adormecido</i> ? 105	
6.1.	O regime da suspensão do contrato de trabalho previsto no n.º 2 do artigo 398.º do Código das Sociedades Comerciais	105

6.2.	O poder disciplinar: mantém-se no contrato de trabalho <i>suspensio</i> ?.....	110
7.	Âmbito de aplicação do n.º 2 do artigo 398.º do Código das Sociedades Comerciais	113
7.1.	O problema no âmbito das sociedades anónimas	114
7.1.1.	Administrador único	114
7.1.2.	Administradores membros da comissão de auditoria.....	114
7.1.3.	Conselho de administração executivo.....	116
7.2.	O silêncio da lei relativamente às sociedades por quotas: como interpretá-lo?.....	116
7.3.	As sociedades em relação de domínio ou de grupo: exigência de uma ponderação mais aprofundada?	121
8.	Breves reflexões conclusivas	125
	Bibliografia.....	128
	Jurisprudência.....	136

1. Introdução

A nossa investigação centra-se no estudo da parte final do n.º 2 do artigo 398.º do CSC e, em particular, no que respeita aos contratos de trabalho subordinado, ficando assim fora do âmbito da nossa proposta trabalho os contratos de trabalho autónomos, os contratos de trabalho subordinados ou autónomos com duração até um ano e os demais números do artigo 398.º do CSC, bem como todas as questões que lhes são inerentes.

Ainda assim não podemos deixar de fazer um breve enquadramento da norma no seu todo. O normativo em causa encontra-se inserido no Título IV do Código das Sociedades Comerciais, dedicado às sociedades anónimas, fazendo parte do Capítulo VI dedicado à “Administração, fiscalização e secretário da sociedade”. A epígrafe do artigo 398.º do CSC é: “Exercício de outras atividades”. Este normativo trata, a nosso ver, do princípio geral tradicional da incompatibilidade entre o exercício das funções de administração societária e a execução de um contrato de trabalho ou de um contrato de prestação de serviços, seja na mesma sociedade, seja em sociedades que com esta estejam em relação de domínio ou de grupo. Assim, no n.º 1 começa por se proibir os administradores de celebrarem contratos de trabalho ou de prestação de serviços³, quer durante o período para o qual foram designados para o exercício de tais funções, quer para o futuro, não o podendo fazer relativamente à sociedade onde exerce as suas funções de administrador, nem tão-pouco “em sociedades que com esta estejam em relação de domínio ou de grupo”. O que aqui está em causa é, pelo menos num primeiro plano,

³ A letra da lei não se refere a contratos de trabalho e a contratos de prestação de serviços. O legislador optou pela formulação “ao abrigo de contrato de trabalho, subordinado ou autónomo”. O mesmo vale para o n.º 2 do artigo 398.º do CSC que, também nesta parte como em outras, remete para o n.º 1. Como refere SOVERAL MARTINS, a opção do legislador por esta formulação é “estranha” porque uma das notas características dos contratos de trabalho, como melhor veremos mais adiante, é a subordinação. E, com esta formulação, numa leitura menos atenta, poderíamos ser tentados a concluir que o legislador comercial admite contratos de trabalho “autónomos”. Parece-nos, como refere aquele autor, que o legislador se queria referir aos contratos de prestação de serviços ainda que, para tanto, não tenha sido feliz na escolha das palavras utilizadas (Martins 2013, 339).

impedir que o administrador possa, no exercício das suas funções, aproveitar-se da sua posição em benefício próprio⁴.

Por sua vez, no n.º 2 determina-se que, uma vez designado como administrador uma pessoa que, à data, já exerça “funções temporárias ou permanente ao abrigo de contrato de trabalho, subordinado ou autónomo” nessa mesma sociedade ou “em sociedades que com esta estejam em relação de domínio ou de grupo”, os referidos contratos “extinguem-se, se tiverem sido celebrados há menos de um ano antes da designação, ou suspendem-se, caso tenham durado mais do que esse ano” (cf. n.º 2 do artigo 398.º CSC)⁵. Nos números seguintes do artigo 398.º do CSC, as questões tratadas centram-se na questão da concorrência, proibindo os administradores, salvo prévia autorização, de, por conta própria ou alheia, exercerem atividades concorrentes com a da sociedade onde exercem as suas funções, e, ainda, de exercer funções em sociedades concorrente ou ser designado por conta ou em representação dessas mesmas sociedades concorrentes.

Trata-se de uma norma imperativa que, enquanto tal, não pode ser derogada por vontade, ainda que unânime, dos sócios ou mesmo dos próprios administradores. Porquanto, qualquer negócio celebrado em violação do disposto no n.º 1 e do n.º 2 do artigo 398.º do CSC é nulo nos termos do disposto no artigo 294.º do CC⁶. A imperatividade desta norma resulta do facto de, na sua base, termos razões de ordem

⁴ No mesmo sentido, entre outros, SOVERAL MARTINS: “Está em causa, sobretudo, evitar aproveitamentos indevidos da posição de administrador para assegurar uma certa situação após a cessação daquelas funções” (Martins 2013, 336).

⁵ Já demos conta, em nota anterior, de que consideramos que as escolhas do legislador não foram felizes no que respeita às palavras usadas. Mas, a mais disso, neste ponto parece-nos que, além da má escolha das palavras, estamos perante uma técnica legislativa que não é, igualmente, a mais feliz. Desde logo porque, como refere SOVERAL MARTINS, parece que o legislador se esqueceu de dizer o que acontece aos contratos que, à data da designação do administrador, tenham um ano de duração (Martins 2013, 340). Para além disso, parece-nos que dizer, sem mais, que os contratos se suspendem leva a que sejam muitas as dúvidas que se possam levantar a este respeito e às quais voltaremos mais à frente.

⁶ Neste sentido SOVERAL MARTINS (2013, 339), COUTINHO DE ABREU, (Abreu, Governação das Sociedades Comerciais 2010, 70-71) e RAÚL VENTURA (Ventura 1994, 192). Ver igualmente o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 28-05-2003 (processo 0079344), em que foi Relatora a Desembargadora Paula Sá Fernandes e, mais recentemente, o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 14/09/2011, (processo n.º 1781/09.1TTLSB.L1-4) em que foi Relatora a Desembargador Paula Sá Fernandes e o acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 6-02-2013, (processo n.º 2848/10.9TTLSB.L1-4), em que foi Relatora a Desembargadora Isabel Tapadinhas.

pública⁷: a independência e idoneidade do administrador. O que está em causa é a defesa de valores e deveres que são determinantes para o exercício das funções de administrador, pois, só assim, podem ser devidamente salvaguardados os interesses da sociedade.

Assim e por imposição legal, o trabalhador que for nomeado administrador do conselho de administração deverá ver o seu contrato de trabalho suspenso⁸. Mas qual é o fundamento de tal imposição? Justifica-se? Em que situações? Quais as consequências de tal suspensão? E, mais difícil ainda, será a solução de suspensão do contrato de trabalho suficiente face às exigências do direito societário, mormente às impostas pela reforma de 2006? Será sobretudo a esta última questão que, depois de respondermos às demais, tentaremos responder. A resposta a todas estas perguntas implica que, antes de nos debruçarmos sobre elas, nos questionemos sobre a natureza da relação da administração e sobre as suas notas caracterizadoras. É o que faremos de seguida.

⁷ No Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 09-04-2008, (processo n.º 07S1695) em que foi relator o Conselheiro Sousa Grandão, pode ler-se, ao referir-se à norma em análise e numa conclusão que acompanhamos, que “o perigo de subversão da hierarquia e da organização empresarial, que situações de confusão ou de ambiguidade de papéis potenciam” são razões que, por si, lhe conferem um cariz de “ordem pública” e que a afastam da disponibilidade das partes.

⁸ Como mais abaixo daremos conta consideramos que, atendendo ao Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 1018/96 (processo 17305) que julgou formalmente inconstitucional a parte da norma que determina a extinção do contrato de trabalho com duração até um ano, todos os contratos de trabalho, independentemente da sua duração, deverão ser suspensos.

2. Relação de administração: qual a sua natureza?

As sociedades comerciais atuam através dos seus diferentes órgãos, com competências distintas: órgão deliberativo (assembleia geral); órgão executivo (administração); e órgão de controlo (fiscalização). E os administradores, enquanto titulares de um órgão executivo, encontram-se ligados à sociedade, não se confundindo com os órgãos de que são titulares. Portanto, como bem salienta FERRER CORREIA, entre os administradores e a sociedade existe uma relação jurídica (A. F. Correia 1968, 329). E, como refere COUTINHO DE ABREU uma “relação jurídica complexa”, composta por direitos e deveres recíprocos (Abreu, Curso de Direito Comercial - Das Sociedades 2011, 581).

Os administradores do conselho de administração adquirem essa qualidade quando são designados para o desempenho do cargo de administração através de uma das modalidades previstas na lei para o efeito. É verdade que, por regra, os administradores são eleitos por deliberação dos sócios. Todavia, nos termos da lei, os administradores podem ser designados para o exercício das funções por diferentes vias: designação no contrato de sociedade ou eleição pela assembleia geral ou constitutiva (cf. n.º 1 do artigo 391.º do CSC)⁹; cooptação ou designação pelo conselho fiscal ou pela comissão de auditoria, com posterior ratificação na primeira assembleia geral seguinte (cf. artigo 393.º do CSC)¹⁰; nomeação judicial (cf. artigo 394.º do CSC)¹¹.

Posto isto, propomo-nos a trazer para a nossa discussão as diferentes respostas que foram dadas pela nossa doutrina à seguinte questão: qual a natureza da relação de administração? Ou, dito por outras palavras, qual a natureza jurídica da relação que se estabelece entre o administrador designado para o exercício das funções de administração e

⁹ Estas são, nas palavras de RICARDO COSTA, as formas ditas “originárias (e endógenas) de designação” (Costa 2013, 222). A lei prevê regras especiais de eleição no artigo 392.º do CSC. Não estando esta matéria no objeto do nosso estudo remetemos para a anotação do artigo feita por COUTINHO DE ABREU (Abreu, Artigo 373.º; 392.º; 399.º; 403.º 2013, 247-255)

¹⁰ Este normativo trata da substituição de administradores no decurso do prazo do exercício das suas funções. Para mais desenvolvimentos sobre esta temática ver a anotação ao artigo feita por RICARDO COSTA (Costa 2013, 256-287).

¹¹ Uma sociedade comercial apenas pode ser representada pelo órgão de administração (cf. n.º 2 do artigo 405.º do CSC). Razão pela qual o legislador, para obstar à paralisação da sociedade, previu esta solução. Para mais desenvolvimentos ver a anotação ao artigo por REMÉDIO MARQUES (Marques 2013, 288-294)

a sociedade administrada? As respostas que encontramos são várias e sustentadas em diferentes argumentos, sendo possível, dentro dessas várias respostas, identificar três correntes distintas¹²: uma primeira corrente que defende que a relação de administração tem como fonte um ato unilateral; uma segunda que argumenta que a relação de administração nasce de uma união de negócios; e, por fim, uma terceira que sustenta que na base da relação de administração está um contrato¹³.

2.1. A relação de administração tendo como fonte um ato unilateral

Os autores defensores desta posição vêm a estrutura da relação de administração assente num ato unilateral. A fonte da relação de administração seria, assim, a nomeação do administrador pela sociedade. A nomeação, consubstanciada numa deliberação da assembleia, e, portanto, num ato interno¹⁴, faria nascer a relação de administração. Dentro dos autores que defendem esta teoria encontramos alguns que consideram que o ato de nomeação, por si, é bastante para a constituição da relação de administração, não sendo sequer necessária a aceitação da nomeação¹⁵. Outros autores, por sua vez, sustentam a tese de que são necessários dois atos unilaterais para a constituição da relação de administração: o ato de nomeação e o ato de aceitação. Estes autores afastam-se dos primeiros que desconsideram, por completo, o ato de aceitação da nomeação porque, na visão destes últimos, a aceitação é condição de eficácia para o primeiro ato, ou seja, para a nomeação. A necessidade de aceitação é, assim, vista como o segundo ato unilateral capaz de dar eficácia plena ao primeiro ato unilateral de nomeação.

¹² Não obstante falarmos e identificarmos três correntes distintas, como mais à frente melhor veremos, existe uma outra resposta à questão que colocamos que nos é dada por autores que defendem que a natureza da relação de administração depende do modo de designação dos administradores.

¹³ As respostas que encontramos na doutrina e na jurisprudência, por regra, partem da eleição do administrador pela assembleia geral. Ou seja, assume-se como sendo este o ato constitutivo da relação de administração. Todavia, como já referimos, esta é apenas uma das modalidades do ato constitutivo de tal relação, havendo outras. Ainda assim e não obstante as suas especificidades, para a análise a que nos propomos interessa reter que em todas as modalidades que pode assumir ao ato constitutivo da relação de administração – ou seja, a designação – segue-se sempre um segundo ato – a aceitação.

¹⁴ Há defensores desta posição, como é o caso de COUTINHO DE ABREU, que, como mais à frente iremos referir, não sustentam a sua posição no facto de em causa estar um ato interno.

¹⁵ Ainda que não se pronunciando diretamente sobre esta matéria, podemos deduzir que NOGUEIRA SERENS atribui relevância ao ato de aceitação ao afirmar, numa das suas obras, que “o administrador eleito (ou designado) deve aceitar, expressa ou tacitamente, as funções de que é incumbido” (Serens 1997, 69).

Defendendo a teoria unilateralista encontramos, entre nós e com especial relevância das obras por eles escritas sobre a matéria, RAÚL VENTURA, DURVAL FERREIRA, PINTO FURTADO e, mais recentemente, COUTINHO DE ABREU¹⁶. Recuando a um estudo de 1958¹⁷, RAÚL VENTURA, primeiro autor português a defender esta posição, ao pronunciar-se relativamente à temática dos liquidatários de sociedades comerciais, escreve o seguinte:

[...] a deliberação da assembleia geral não é, porém, uma oferta ou proposta de contrato que se conclua pela aceitação da parte contrária. A deliberação da assembleia é um ato jurídico unilateral, a aceitação é outro ato jurídico unilateral, e assim se mantêm, sem nunca se unificarem num contrato. A aceitação condiciona, porém, os efeitos da deliberação, quer dizer, determina a sua eficácia, como uma condição suspensiva que se verifique – *apud* BRITO CORREIA (1993, 393)¹⁸.

Na década seguinte, num trabalho de DURVAL FERREIRA¹⁹, esta posição é novamente defendida. Para este autor, “o gerente não celebra um contrato com a sociedade, sendo antes unilateralmente nomeado pela sociedade” (...) sendo a aceitação um simples ato de adesão – *apud* BRITO CORREIA (1993, 394). PINTO FURTADO, por sua vez, afirma que lhe “parece mais correta a conceção que a aproxima [a aceitação] da visão publicística, que a configura, a exemplo do que ocorre no direito administrativo, com uma simples condição de eficácia da designação”. Concluindo, assim, que constituindo a eleição um ato interno esta é “inconcebível como proposta contratual a que se siga uma aceitação também contratual” (Furtado 1979, 373-374)²⁰.

¹⁶ Outros autores que também assumiram a defesa desta posição são MENEZES CORDEIRO, CARNEIRO DA FRADA e OLIVEIRA ASCENSÃO – *apud* CAETANO NUNES (Nunes, Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas 2012). Nos nossos tribunais, esta tese foi defendida num acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 27-11-1984. Tomando posição sobre esta questão, este tribunal opta, assim, pela tese unilateralista, vendo na eleição o ato que “faz detonar todo o conjunto de poderes-deveres”, salientando que a aceitação, quanto muito, será condição de plena eficácia – *apud* BRITO CORREIA (Correia, 1993 p. 396) e DUARTE RODRIGUES (Rodrigues, 1990 p. 266).

¹⁷ O estudo em causa intitulava-se “O liquidatário de sociedades comerciais”, in RFDUL, Vol. XII, 1958 – *apud* BRITO CORREIA (1993, 392).

¹⁸ Como veremos infra este autor acaba por alterar a sua posição relativamente a esta temática.

¹⁹ Cf. Do Mandato Civil e Comercial. O Gerente de Sociedades. O contrato de Mediação, 1967 – *apud* BRITO CORREIA (1993, 393).

²⁰ Uma década mais tarde e numa outra obra, o mesmo autor, como mais à frente daremos nota, pronunciando-se novamente sobre a relação que se estabelece entre a sociedade e o titular do órgão de

Mais recentemente, COUTINHO DE ABREU, começando por dar nota que, como acima já referimos, são variadas as fontes da relação de administração, aceita como sendo contratual a relação de administração fundada no contrato de sociedade, ou seja, quando o administrador seja sócio, salientando, todavia, que quando a relação de administração tiver na sua origem uma deliberação dos sócios, modo de designação que considera ser o paradigmático, parece “preferível ver na deliberação de eleição um negócio unilateral da sociedade, relativamente à qual a aceitação constitui condição de eficácia”, salientando, todavia e como acima já o referimos, que não o faz com fundamento no argumento de que a deliberação é um ato interno da sociedade. O argumento principal usado pelo autor é o de que “a deliberação designa, não propõe a designação, o designado aceita a nomeação, não a proposta de nomeação” e que, além disso, independentemente da aceitação a deliberação é registável (Abreu, *Governança das Sociedades Comerciais* 2010, 73-74)²¹.

Esta posição não é acolhida por toda a nossa doutrina, sendo alvo de fortes críticas. DUARTE RODRIGUES é um desses autores, argumentado que os defensores da teoria do ato unilateral “acabam por encarar apenas um aspeto da posição do administrador – a relação orgânica”. Prossegue o autor afirmando que não nega que a designação seja um ato unilateral e que a aceitação seja outro ato unilateral, mas, salienta, “daí não se pode concluir que a designação é a fonte da relação de serviço.” A designação, segundo o autor, é “a fonte da relação orgânica (...), pois é dela que emergem os poderes de gestão e representação da sociedade, é dela que procede o poder de agir como seu órgão – mais nada”. Para este autor há uma outra dimensão da relação de administração que não é tida em conta pelos defensores da tese unilateralista: “o dever de agir no interesse da sociedade, integrando este o conteúdo da relação de serviço” (Rodrigues 1990, 267). Ou seja, para este autor a designação apenas confere ao administrador os poderes do órgão mas não impõe ao administrador o dever de os exercer, tendo estes deveres uma fonte distinta.

Um outro autor crítico desta posição é BRITO CORREIA, o qual, seguindo a teoria contratualista, defende que:

administração que seja sócio dessa mesma sociedade, passa a defender uma solução diversa quando o titular do órgão não seja sócio da sociedade (Furtado 1979, 180).

²¹ No mesmo sentido já se havia pronunciado o autor uns anos antes (Abreu 2006, 11-13).

[...] o que se verifica no caso da eleição e da aceitação do administrador é que a deliberação social é apta a produzir, por si só, apenas a atribuição de poderes (em sentido estrito), mas não a imposição de deveres ou de poderes-deveres, nem, em rigor, a atribuição de direitos. Para esta imposição é essencial – é requisito de existência e de validade (e não só de eficácia, em sentido estrito) – uma declaração de vontade do devedor (administrador). Pode concluir-se, por isso, que a aceitação não é um elemento meramente extrínseco do negócio constitutivo da relação de administração, mas um elemento componente essencial deste negócio (L. B. Correia 1993, 469).

RAÚL VENTURA que, como acima referimos, foi o primeiro a assumir a defesa das teorias unilateralistas, anos mais tarde muda de posição e passa a assumir uma posição crítica relativamente às teorias unilateralistas. Num trabalho de 1999, referindo-se ao ato de designação como o “ato de escolha” afirma que este apenas tem finalidade interna – a finalidade de “encabeçar em certas pessoas a realização da função para a qual o órgão foi desenhado” (Ventura 1999, 31)²². E tal ato apenas poderia ser bastante, segundo o autor, em teoria – se existisse um dever do nomeado aceitar a nomeação e, ainda, de a aceitar nos exatos termos e condições unilateralmente ditados pela sociedade. Como tal não acontece no nosso ordenamento jurídico, mesmo para os nomeados que sejam sócios, terá sempre que se exigir, para a constituição da relação de administração, a manifestação de vontade do nomeado para aceitar a nomeação²³.

Também não acompanhamos os autores que defendem a teoria do ato unilateral. A designação, por si, não é fonte da relação que se estabelece entre o administrador e a sociedade. A mais disso, os autores que se bastam com a designação desconsideram um momento determinante para a constituição da relação de administração: a aceitação pelo administrador nomeado, fazendo letra morta, em nossa opinião, do disposto no n.º 5 do artigo 391.º do CSC. Não pode aceitar-se que a relação de administração possa nascer e produzir os seus efeitos sem que o administrador nomeado aceite a nomeação. Os segundos

²² Relativamente a esta mudança de posição, CAETANO NUNES escreve que a mesma parece ter sido determinada pelo facto de RAÚL VENTURA partilhar da ideia de que os deveres dos administradores não surgem na esfera do administrador por força da lei, mas sim são configurados pela lei (Cunha, Direito das Sociedades Comerciais 2012).

²³ Nas palavras de RAÚL VENTURA “O CSC não consagra um dever genérico de os sócios exercerem cargos sociais para que sejam nomeados. Tal como para os estranhos nomeados, o dever de o sócio exercer o cargo só nasce quando este aceita a nomeação, e tem por fonte a sua própria vontade” (Ventura 1999, 32).

– que vêm na aceitação condição de eficácia – desconsideram, na sua construção, algo que nos parece evidente: o que está em causa com os dois atos – leia-se, nomeação e aceitação – e que faz nascer a relação de administração é o encontro de duas manifestações de vontade, traduzindo-se a primeira numa proposta contratual e a segunda na aceitação dessa mesma proposta contratual²⁴. A esta questão voltaremos mais à frente.

2.2. A relação de administração tendo como fonte uma união de negócios

Para os que defendem esta posição há que distinguir entre dois negócios jurídicos: (1) a nomeação pela sociedade, enquanto ato jurídico unilateral de natureza corporativa e que constitui a fonte da relação orgânica, atribuindo ao nomeado a qualidade de titular de um órgão social, com as competências e deveres que decorrem da lei (2) e o contrato que, por sua vez, é a fonte da relação de natureza obrigacional, através do qual as partes, sociedade e administrador nomeado, podem estabelecer os direitos e obrigações que não decorrem diretamente da lei. Note-se que, ainda que estejamos a falar de dois negócios que estão intimamente interligados, são, na opinião destes autores, negócios jurídicos distintos, com direitos e obrigações distintas, que geram relações jurídicas distintas. Entre nós são vários os autores defensores desta posição²⁵. Entre outros, pela exposição dos seus argumentos, destacamos FERRER CORREIA, DUARTE RODRIGUES e, mais recentemente, SOVERAL MARTINS.

FERRER CORREIA, numa obra de 1968, colocava a questão: como qualificar a relação que intercede entre os administradores e a sociedade? Começando por dar conta que durante o século XIX e o primeiro quartel do século XX a corrente predominante defendia os administradores como mandatários das sociedades comerciais, afasta-se desta posição que, segundo o autor, à data já havia sido completamente abandonada porque se

²⁴ Sem prejuízo dos ulteriores desenvolvimentos, sempre se diga que os deveres dos administradores previstos no atual artigo 64.º do CSC contemplam, numa das suas dimensões, o dever do administrador ter disponibilidade para o exercício das funções, sob pena de violando esta obrigação, poder ser responsabilizado. Vale dizer que, no nosso entender, nesta construção a aceitação sempre seria também um elemento determinante e imprescindível na constituição da relação de administração.

²⁵ Para uma referência mais exaustiva aos autores portugueses que tomaram posição em defesa desta teoria ver o trabalho de CAETANO NUNES (Cunha, Direito das Sociedades Comerciais 2012).

havia concluído que “entre a administração das sociedades e o mandato do direito civil há diferenças estruturais, que impedem o enquadramento destas figuras numa categoria única” (A. F. Correia 1968, 326)²⁶. Para o autor, defensor da teoria em análise, o que está em causa é, por um lado, um negócio jurídico – a nomeação do administrador que é vista como a fonte dos poderes de administração – e, por outro, um contrato. Este contrato, que apelida de contrato de emprego, é um contrato de direito comum, sem, contudo, especificar de que contrato se trata, bastando-se a afirmar que será esse contrato a fonte da obrigação de administrar e da obrigação de remunerar essa atividade (A. F. Correia 1968, 331)²⁷.

DUARTE RODRIGUES é outro dos autores que partilha desta posição, defendendo que a aquisição da qualidade de administrador resulta da designação e respetiva aceitação, enquanto que o contrato de administração gera a “relação de serviço”. A posição do autor parte do pressuposto de que a distinção entre a relação orgânica decorrente da designação e a relação de serviço decorrente da conformação dada pelas partes ao conteúdo da relação de administração implica que se considerem duas fontes distintas ou dois factos geradores da relação de administração (Rodrigues 1990, 270).

SOVERAL MARTINS, numa obra posterior, considera aceitável a tese de que “os administradores membros de um órgão da sociedade, estão ligados a ela por um contrato de direito comum e não de mandato, a que se acrescenta a nomeação como negócio jurídico unilateral” (Martins 1998, 59).

Mais uma vez estamos perante uma posição que recebeu crítica de diversos autores. RAÚL VENTURA e BRITO CORREIA, numa obra de 1970, são muito críticos desta posição (Ventura e Correia 1970). PINTO FURTADO, como acima já referimos, também se afasta desta tese²⁸. Mais recentemente COUTINHO DE ABREU, igualmente numa posição crítica, escreve que “não parece que a perfeição da relação administrativa

²⁶ Todavia, FERRER CORREIA admite a aplicação, por analogia, do regime do mandato aos administradores por considerar que são “inegáveis as afinidades existentes entre a relação de administração e o mandato” (A. F. Correia 1968, 331).

²⁷ Esta posição também é seguida por VAZ SERRA numa anotação a um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15-06-1978, in RLJ, ano 112.º, 1979-1980 – *apud* BRITO CORREIA (1993, 398)

²⁸ O autor, numa posição crítica, defende que “os poderes de atuação como órgão e o concomitante dever de remuneração não se estruturam por um acordo ulterior [o contrato de emprego] à designação, mas resultam diretamente desta, que, pela aceitação, desprende depois toda a plenitude da sua eficácia” (Furtado 1979, 374).

exija, além do ato de designação, um contrato” (Abreu, Governação das Sociedades Comerciais 2010, 74)²⁹. Também SARMENTO DE OLIVEIRA, seguindo RAÚL VENTURA, salienta que nada no Código das Sociedades Comerciais nos pode levar a concluir que a relação de administração possa ter por base uma dupla relação jurídica, com fontes diversas (A. S. Oliveira 2005, 186).

Analisemos mais em pormenor algumas das principais críticas apontadas pela nossa doutrina. Para RAÚL VENTURA e BRITO CORREIA o “efeito aquisitivo” resulta do encontro de vontades e não apenas da vontade manifestada pela sociedade no momento da nomeação (Ventura e Correia 1970, 53), razão pela qual se afastam desta posição que desconsidera esse elemento determinante – o encontro de vontades. BRITO CORREIA, uns anos mais tarde, voltando a reiterar a sua posição relativamente a este teoria e, em particular, rebatendo os argumentos usados por DUARTE RODRIGUES, começa por referir que não consegue ver no n.º 3 do artigo 430.º do CSC, qualquer fundamento em abono desta tese:

Tal preceito apenas remete para o contrato a determinação do modo de fixação da indemnização. Admite, pois, que haja um contrato; mas não dá nenhum indício de supor que este se distinga da nomeação, nem que este termine em momento ou por causa diferente daquele (L. B. Correia 1993, 405).

Um outro argumento que o autor desconstrói é o de que não basta afirmar que a designação, por regra, é feita por deliberação de um órgão colegial, com carácter interno, para afastar a qualificação da designação como proposta contratual. Neste sentido, afirma o autor que:

[...] se se conceber a proposta contratual como o início de um processo de negociação que conduz, se ela for aceite (nos seus precisos termos ou com alterações posteriores), a um contrato, não corresponde à realidade dizer que a eleição de um administrador é uma proposta contratual. A eleição, é normalmente, o culminar de um processo contratual. (...) Mas se se considerar a proposta contratual como uma das declarações negociais componentes de um

²⁹ O que não quer dizer, salienta o autor, que não possa haver um contrato onde se disciplinam aspetos da relação da administração que não resultam da lei, nem do contrato de sociedade. Neste mesmo sentido já se tinha pronunciado COUTINHO DE ABREU num trabalho (Abreu 2006, 13). No mesmo sentido se pronunciou OLIVEIRA ASCENSÃO, *in* Direito Comercial, Vol. IV – Sociedades Comerciais, Parte Geral, Lisboa, 2000 – *apud* COUTINHO DE ABREU (Abreu 2006, 12).

contrato, não se vê motivo para rejeitar a qualificação da eleição como proposta contratual (L. B. Correia 1993, 406).

Também RAÚL VENTURA volta a escrever sobre o assunto, mantendo a sua posição crítica relativamente a esta posição doutrinal. Para o autor não há no Código das Sociedades Comerciais nada que nos possa levar a concluir que a gerência nas sociedades por quotas ou a administração nas sociedades anónimas tenham sido estruturadas com base numa “dupla relação jurídica”, acrescentando do n.º 7 do artigo 257.º do CSC resulta que, em caso de destituição, extingue-se uma única relação jurídica. E que, havendo um só ato criador da relação de administração, a sua natureza contratual é evidente “pois não se concebe outra forma, em direito privado, de as duas vontades se combinarem para produzirem a relação” (Ventura 1999, 33).

Acompanhamos as críticas tecidas por estes autores. De facto, não existe no direito português uma base legal que permita sustentar a distinção entre o momento da nomeação e o momento da celebração do “contrato de emprego”. A isto acresce que esta teoria, como a anterior, não tem em necessária conta a aceitação da nomeação. A aceitação, como já referimos, é um elemento essencial do ato aquisitivo e não apenas elemento accidental ou secundário.

2.3. A relação de administração tendo como fonte um contrato

Os autores que defendem esta posição vêm no contrato a fonte da relação de administração, sendo esse contrato o resultado de duas declarações de vontade: a designação pela sociedade e a aceitação pelo administrador. É, portanto, a aceitação da proposta contratual que faz nascer o contrato que está na base da relação de administração. Entre nós a doutrina defensora desta posição surge, maioritariamente, durante a vigência do Código das Sociedades Comerciais³⁰. BRITO CORREIA é um desses autores. Num trabalho aprofundado sobre a temática, datado de 1993, o autor escreve que sendo os poderes de administração poderes funcionais ou poderes/deveres, será sempre necessário o

³⁰ CAETANO NUNES dá-nos nota de forma exaustiva dos autores que entre nós defenderam a natureza contratual da relação de administração (Cunha, Direito das Sociedades Comerciais 2012).

consentimento do administrador para a constituição da relação de administração o que, segundo o autor, se faz através de um contrato (L. B. Correia 1993, 734)³¹. Como acima já referimos, RAÚL VENTURA é um dos autores que igualmente defende que a relação de administração nasce de um contrato, salientado que nada no Código das Sociedades Comerciais evidencia a construção da relação de administração com base numa dupla relação jurídica e, concluindo, “havendo um só ato, criador duma só relação, a sua natureza contratual é evidente” (Ventura 1999, 33).

Mais recentemente, CAETANO NUNES e OLAVO CUNHA, posicionando-se sobre esta temática, mostraram preferência por esta posição. Nesse sentido OLAVO CUNHA escreveu que “a relação resultante da designação configura uma manifestação de vontade bilateral, caracterizada por um estatuto específico, composto por diversos direitos e deveres, gerais e específicos, perfeitamente definidos, que ligam permanentemente o gestor à sociedade”, concluindo, assim, que a aceitação, ainda que tácita, constitui um contrato ente a sociedade e o administrador (Cunha 2012, 720). CAETANO NUNES, por sua vez, defende que “a relação jurídica de administração tem natureza contratual, sendo o contrato de administração formado pela declaração de designação e pela declaração de aceitação” (Nunes, Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas 2012)³².

Seguimos os autores que defendem esta posição³³. A designação do administrador e a aceitação da designação têm, para nós, natureza contratual. E assim o consideramos porque, ao contrário dos autores que defendem que a designação é um ato unilateral, não atribuímos a este ato natureza de negócio jurídico unilateral, uma vez que o mesmo não é apto a, por si, produzir o efeito jurídico que subjaz à declaração de vontade que está na sua

³¹ Mais recentemente o autor, pronunciando-se sobre a natureza da relação que se estabelece entre o gerente de sociedades por quotas e a sociedade, volta a reiterar a sua posição: “os administradores de sociedades anónimas são partes numa relação jurídica com a sociedade que é, em regra constituída por um contrato de administração”, defendendo, para as sociedades por quotas, solução idêntica (L. B. Correia 2009, 12).

³² A jurisprudência portuguesa também se tem pronunciado sobre esta questão. Seguindo esta posição, o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14-02-1995, em que foi Relator o Conselheiro Machado Soares, decidiu tendo por base a seguinte premissa: a “qualidade dos gerentes advém dum contrato celebrado entre a sociedade e o gerente: o contrato de administração”.

³³ Como refere PEDRO MAIA esta parece ser também a posição para que tende a nossa doutrina mais recente (Maia 2010, 95)

origem³⁴. Nos negócios jurídicos unilaterais há uma só declaração de vontade, seja de uma única pessoa ou de várias pessoas, mas sempre para prossecução de um mesmo interesse, que, por si (ainda que eventualmente condicionada a algo) produz o efeito jurídico visado, sem necessidade de obtenção da concordância de uma outra parte³⁵.

Por contraposição, nos negócios jurídicos bilaterais ou plurilaterais há mais do que uma declaração de vontade, prosseguido, cada uma delas, um interesse próprio³⁶. Mas cada uma dessas declarações de vontade não é, em si mesma, um negócio jurídico unilateral³⁷ uma vez que se não houver aceitação da proposta, não se produz o efeito jurídico pretendido. E o contrato é isso mesmo: “acordo vinculativo, assente sobre duas ou mais declarações de vontade (oferta ou proposta, de um lado; aceitação, do outro), contrapostas mas perfeitamente harmonizáveis entre si, que visam estabelecer uma composição unitária de interesses” (Varela 2000, 212).

Ou seja, o contrato é um negócio jurídico assente num princípio voluntarista que, para existir, exige um encontro entre a proposta de uma das partes e a aceitação³⁸ da outra parte, não ficando concluído, como resulta da lei, “enquanto as partes não houverem

³⁴ Nas palavras de MOTA PINTO “nos negócios jurídicos unilaterais há uma só declaração de vontade ou várias declarações, mas paralelas, formando um só grupo. Se olharmos os autores das declarações, constataremos haver um só lado, uma só parte” (Pinto 1999, 387). Numa obra anterior, mas no mesmo sentido, MANUEL DE ANDRADE havia escrito, num ponto dedicado à distinção entre negócios jurídicos unilaterais e negócios jurídicos bilaterais ou contratos que nos primeiros há uma só declaração de vontade ou várias mas concorrentes, formando “um só grupo”. Não há aqui interesses contrapostos. Por sua vez, nos contratos há duas ou mais declarações de vontade, com conteúdos diversos e até opostos, que se harmonizam reciprocamente, com vista à produção de “um resultado jurídico unitário” (Andrade 1966, 37-38). Assim, num negócio jurídico unilateral não é necessária a aceitação da contraparte, produzindo-se os seus efeitos sem necessidade de concordância ou manifestação de vontade concordante. Nos negócios jurídicos unilaterais “a declaração ou declarações de vontade que os constituem dirigem[se] a produzir só por si, (...) mas sempre sem necessidade de concordância do adversário, o efeito prático-jurídico visado (Andrade 1966, 41).

³⁵ Sobre a problemática da eficácia dos negócios jurídicos unilaterais ver ANTUNES VARELA (Varela 2000, 436 e ss.).

³⁶ Para MOTA PINTO os negócios bilaterais ou contratos distinguem-se por haver “duas ou mais declarações de vontade, de conteúdo oposto, mas convergente, ajustando-se na sua comum pretensão de produzir resultado jurídico unitário, embora com um significado para cada parte” (Pinto 1999, 387).

³⁷ Neste sentido ver MOTA PINTO (Pinto 1999, 390). Este autor, ao escrever sobre os contratos, defende que estes não são constituídos por dois negócios unilaterais. O que temos num contrato é que cada uma das declarações negociais é emitida com vista a um acordo. No mesmo sentido já se havia pronunciado MANUEL DE ANDRADE (Andrade 1966, 42).

³⁸ Note-se que, como defendem alguns dos autores já referidos, a aceitação pode ser tácita. Isso mesmo resulta da lei (cf. artigo 234.º CC). Ou seja, a própria conduta daquele a quem foi apresentada a proposta pode ser vista como a aceitação dessa mesma proposta. Nestes casos e como refere ANTUNES VARELA dispensa-se a *declaração de aceitação*, mas não se prescinde da *vontade de aceitação* (Varela 2000, 222).

acordado em todas as cláusulas sobre as quais qualquer delas tenha julgado necessário o acordo” (cf. artigo 232.º CC). Temos, portanto, um negócio jurídico que gera obrigações para ambas as partes, obrigações essas que se encontram relacionadas entre si através de um nexos de causalidade³⁹.

Os sócios decidem através de deliberações⁴⁰. E qual a natureza das deliberações? Este não é um assunto pacífico, dividindo a nossa doutrina. Como escreveu PEDRO MAIA, a tendência maioritária era a de defender que a deliberação, por regra, seria negócio jurídico da sociedade, formada pela declaração de vontade dos sócios, expressa através dos seus votos (Maia 2001, 173). Contudo há autores, designadamente BRITO CORREIA que se afastam desta posição, defendendo que as deliberações sociais, conforme já referimos, podem ser negócios jurídicos ou meras declarações negociais⁴¹ que, por sua vez, são um componente de um negócio jurídico (L. B. Correia 1993, 454)⁴². No mesmo sentido e mais recentemente, CAETANO NUNES defende que as deliberações, quando providas de “eficácia negocial” não constituem uma modalidade de negócio jurídico, mas antes uma modalidade de declaração negocial, assim contribuindo para a formação de um contrato. Para este autor a deliberação de designação de um administrador é, portanto, uma proposta contratual (Nunes, Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas 2012).

Posto isto e considerando que uma deliberação social, designadamente a de eleição de administradores pela assembleia geral ou constitutiva, pode ter a natureza de declaração negocial, esta pode corresponder a uma das declarações negociais componentes de um contrato⁴³. Assim o consideramos. Temos, assim, uma proposta contratual⁴⁴. A esta

³⁹ Neste sentido ANTUNES VARELA (Varela 2000, 391).

⁴⁰ Como bem refere PEDRO MAIA o nosso legislador optou por um conceito amplo de “deliberação”, não se exigindo que as mesmas sejam tomadas em reuniões presenciais. O importante é que os sócios possam ter tido a oportunidade de contribuir com a sua declaração de vontade para a tomada da deliberação (Maia 2001, 171-172).

⁴¹ Por declaração negocial entenda-se, segundo ANTUNES VARELA, “todas as formas de comportamento do homem (palavra, escrito ou outro meio) que exteriorizem uma vontade” (Varela 2000, 224). Isso mesmo resulta da lei (cf. artigo 217 do CC). A declaração negocial é um elemento do negócio ou, como escreveu MOTA PINTO, “uma realidade componente ou constitutiva da estrutura do negócio” (Pinto 1999, 415). A essencialidade da declaração negocial como elemento constitutivo do negócio jurídico era já salientada por MANUEL DE ANDRADE (Andrade 1966, 122).

⁴² No mesmo sentido voltou o autor a pronunciar-se anos mais tarde (L. B. Correia 2003, 403-405).

⁴³ Neste sentido, BRITO CORREIA salienta que se é óbvio aceitar como declaração contratual a deliberação do conselho de administração, “não se vê razão para não admitir o mesmo em relação a deliberações da

terá que se seguir uma aceitação que, em nosso entender, resulta diretamente do n.º 5 do artigo 391.º do CSC⁴⁵, podendo a mesma ser expressa ou tácita, por regra posterior à proposta, mas nada impedindo que possa ser anterior⁴⁶. Caso não haja aceitação a relação de administração não se constitui⁴⁷.

Cumprido, então, perceber se a aceitação da designação é necessária na constituição da relação de administração. Consideramos que sim. Ao administrador, enquanto titular de um órgão de administração, são conferidos um conjunto de poderes⁴⁸, mas também de deveres. E, por regra, não podemos aceitar no âmbito do direito privado, que se imponham deveres a uma determinada pessoa sem o seu consentimento⁴⁹. Porquanto, também não podemos aceitar que ao administrador sejam atribuídos poderes e deveres sem que, para

coletividade dos acionistas – quando esta tome deliberações com eficácia externa ou mesmo com mera eficácia interna (afetando relações entre a sociedade e os sócios ou entre a sociedade e os titulares dos seus órgãos” (L. B. Correia 1993, 459). Num estudo mais recente BRITO CORREIA, reiterando a sua posição, escreveu que a deliberação de eleição “não passa de um processo de formação da vontade da sociedade”, não sendo, em si mesma, um contrato “mas apenas uma das manifestações de vontade do contrato de administração: a outra é a aceitação do administrador” (L. B. Correia 2009, 13). Perfilhando do mesmo entendimento, OLAVO CUNHA escreveu que “em termos técnicos (ontológicos), trata-se de um “negócio jurídico unilateral plural, de que resulta efetivamente uma única declaração de vontade com relevância jurídica”, salientando que ainda que haja vontades sobrepostas, no final, prevalece a vontade da maioria e a correspondente declaração de vontade (Cunha 2012, 546).

⁴⁴ Cumprido referir que, estando em causa uma deliberação social, esta pode, por diferentes razões, ser declarada nula ou ser anulada. Nestes casos, como refere BRITO CORREIA; “a mesma sorte terá, consequentemente, o ato constitutivo da relação de administração”. O mesmo acontecendo, naturalmente, se tal se verificar relativamente à aceitação (L. B. Correia 1993, 471).

⁴⁵ Este normativo, como refere RICARDO COSTA, “solicita a aceitação, por ato expresso ou tácito, da designação (originária ou superveniente)”, concluindo que a relação de administração não se completa sem a manifestação de vontade do designado em adquirir a qualidade e o respetivo estatuto de administrador” (Costa 2013, 234).

⁴⁶ Como refere CAETANO NUNES o que aqui releva é “a necessidade de consentimento contratual” pois que, na prática negocial, “a aceitação da designação poderá ser prévia à deliberação de designação” (Nunes, Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas 2012).

⁴⁷ RICARDO COSTA defende que a exigência de aceitação como resulta do n.º 5 do artigo 391.º do CSC “é aplicável analogicamente aos restantes tipos sociais” e que a mesma solução se encontra prevista para a designação dos membros do conselho geral e de supervisão por força da remissão operada pelo n.º 2 do artigo 435.º do CSC. Neste sentido acrescenta ainda o autor que os efeitos da designação ou da eleição se verificam com a aceitação, “sendo esta uma verdadeira condição de eficácia daquelas” (Costa 2013, 236).

⁴⁸ Ou, mais rigorosamente, *poderes-deveres* como bem salienta BRITO CORREIA (1993, 460).

⁴⁹ Aliás, como bem refere BRITO CORREIA, salvo nos casos previstos na lei, não se pode, por princípio, impor a atribuição de direitos sem o consentimento da pessoa a quem os mesmos são atribuídos (L. B. Correia 1993, 460). Neste sentido ANTUNES VARELA escreve relativamente aos contratos a favor de terceiro: “embora a atribuição do direito represente para o beneficiário uma vantagem, entende-se que esta não deva ser imposta contra sua vontade [a vontade do beneficiário]”, acrescentando que a mera rejeição, através de declaração de vontade feita pelo beneficiário à outra parte, é bastante para destruir retroactivamente todos os efeitos jurídicos produzidos (Varela 2000, 422).

tal, aquele tenha dado o seu consentimento e aceitação⁵⁰. Aliás, em nosso entender e como alguns autores defenderam, tal resulta diretamente da lei, mais concretamente do já referido n.º 5 do artigo 391.º do CSC onde pode ler-se que “a aceitação do cargo pela pessoa designada pode ser manifestada expressa ou tacitamente”. Assim e como refere BRITO CORREIA, considerando-se a aceitação como não necessária, tal preceito seria inútil (L. B. Correia 1993, 463)⁵¹.

O ato constitutivo da relação de administração compõe-se, como deixámos dito, por dois atos distintos: a designação e a aceitação. Importa, então, verificar como estes dois atos se relacionam entre si. Do que ficou dito resulta que essa articulação se traduz na celebração de um contrato entre as partes envolvidas – administrador e sociedade – que querem a produção do mesmo efeito jurídico. Temos duas declarações de vontade concordantes que, para produzirem plenamente os seus efeitos, têm que ser comunicadas à outra parte – tanto a designação como a aceitação são atos recipiendos⁵². Assim, a aceitação não pode ser vista como mera condição de eficácia. A condição é uma cláusula acessória através da qual se faz depender a eficácia no negócio jurídico, unilateral ou plurilateral, da verificação de uma determinado facto futuro e incerto⁵³. Esta condição pode resultar da vontade das partes ou de imposição legal, sendo que, em ambas as situações, o que está em causa, com a verificação de tal condição, é a eficácia do negócio jurídico e não a sua validade. A condição não é, portanto, um elemento constitutivo do negócio⁵⁴. Por contraposição, a aceitação é um elemento essencial para que se constitua a relação de administração. Como refere BRITO CORREIA,

⁵⁰ Não podemos deixar de referir que é verdade que um administrador pode ser eleito em assembleia geral e um dos sócios conseguir registar tal ato, sem ter obtido a aceitação da designação por parte do administrador designado – CRC 3.º, al. m), 29.º, 3. Assim, como salienta BRITO CORREIA, pode aceitar-se que, nestes casos que são raros, dada a proteção que é conferida pelo registo a terceiros, a designação produza alguns efeitos jurídicos ainda antes da aceitação, mas não a plenitude dos seus efeitos (L. B. Correia 1993, 462).

⁵¹ Sobre a aceitação CAETANO NUNES diz que esta constitui “um corolário do princípio da intangibilidade da esfera jurídica alheia”, acrescentando que seria “inadmissível a constituição de uma relação jurídica com inúmeros e pesados deveres sem o consenso da pessoa sujeita a tais deveres” (Nunes, Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas 2012).

⁵² Consideramos que, na constituição da relação de administração e, portanto, para a celebração de um contrato de administração, é necessário que as declarações negociais de cada uma das partes envolvidas seja forçosamente dirigida e levada a conhecimento da contraparte, não bastante a mera emissão da declaração de vontade. Como resulta da lei, a declaração negocial que tem um destinatário só se torna eficaz quando a mesma seja do seu conhecimento (cf. n.º do artigo 224.º do CC).

⁵³ Para mais desenvolvimentos sobre esta temática ver, entre outros, MANUEL DE ANDRADE (Andrade 1966, 355-391).

⁵⁴ Para mais desenvolvimentos sobre esta matéria ver MOTA PINTO (Pinto 1999, 555 e ss.).

O ato criador de direitos e deveres entre o administrador e a sociedade depende essencialmente da vontade da sociedade e do administrador: no âmbito do direito privado, não pode uma pessoa impor a outra obrigações sem o consentimento desta – consentimento que não é mera condição de eficácia do ato (unilateral) daquela, mas verdadeiramente integrador, em plano de igualdade, do ato (bilateral) constitutivo dessas obrigações. Seja ou não remunerado o administrador, ele assume as obrigações e direitos correspondentes à sua função, porque ele e a sociedade, em conjunto, o quiseram, de harmonia com a lei. Sem a designação pela sociedade não há administrador; mas sem a aceitação deste também aquela não pode produzir os seus efeitos próprios (L. B. Correia 1993, 469-470).

Concluindo, a produção dos efeitos jurídicos decorrentes da constituição de uma relação e administração, ou seja, a atribuição de poderes/deveres que são próprios do exercício da função de administração, nasce da celebração de um contrato. Contrato esse que resulta da conjugação de duas declarações negociais que se encontram – a designação e a aceitação.

Mas há posições críticas. DUARTE RODRIGUES é um dos autores que se afasta desta posição. Para este autor a designação não pode valer como proposta contratual porque, sendo ela efetuada por deliberação de um órgão colegial, é um ato com efeitos internos, carecendo de um ato executivo autónomo para produzir efeitos externos. E, prossegue o autor, quando a designação tiver por fonte não uma deliberação de um órgão colegial, mas couber a um sócio ou grupo de sócios, muito menos tal ato pode ser entendido como uma proposta contratual (Rodrigues 1990, 269-270). Assim, conclui o autor, como *supra* já demos nota, que a aquisição da qualidade de administrador resulta da designação e respetiva aceitação, enquanto que o contrato de administração gera a “relação de serviço”⁵⁵. De facto, contra esta teoria tem sido usado, por diversas vezes, o argumento utilizado por DUARTE RODRIGUES⁵⁶ – a deliberação da assembleia que nomeia um administrador ser um ato interno, que, portanto, necessitaria de um ato externo⁵⁷. A este

⁵⁵ A posição defendida por este autor tem por pressuposto a distinção que, segundo o mesmo, resulta do próprio Código das Sociedades Comerciais, mormente do n.º 3 do artigo 430.º: a instalação do órgão, por um lado, e a referida relação de serviço, por outro (Rodrigues 1990, 271).

⁵⁶ Um outro autor que faz referência a este argumento é PINTO FURTADO (Furtado 1979, 182).

⁵⁷ Cumpre referir que COUTINHO DE ABREU, não obstante e como já demos conta tender para a tese unilateralista, salienta que não o faz com fundamento de que a deliberação de nomeação do administrador

respeito RAÚL VENTURA refere que, não obstante podermos ter uma deliberação com efeito interno,

Essa escolha projeta-se, contudo, para o exterior, pois não basta a sociedade escolher, para o cargo estar preenchido; é necessário que o escolhido aceite e que, portanto, a deliberação só atinja o seu fim se, simultaneamente, com a escolha, fizer o necessário para que se efetive, ou seja, que proponha ao escolhido a aceitação da escolha (Ventura 1999, 33).

Em resposta a algumas das críticas que poderiam ser, na nossa perspetiva, mais pertinentes, cumpre-nos agora tentar rebater os argumentos que as sustentam. Uma dessas críticas prende-se com o facto de a designação poder ser efetuada sem a intervenção de um órgão colegial, como acontece nos casos previstos no n.º 2 do artigo 252.º do CSC para as sociedades por quotas ou nos termos do n.º 6 e 8 do artigo 392.º do CSC para as sociedades anónimas. Todavia, como refere SARMENTO DE OLIVEIRA, “não será de afastar o carácter de proposta contratual da designação” pois que “uma coisa é a escolha ou seleção da pessoa para titular do órgão, outra, bem diferente, é o provimento dessa pessoa nesse cargo”, sendo esse provimento que constitui um ato da sociedade (A. S. Oliveira 2005, 187).

Um outro argumento usado pelos críticos da tese em análise é o de que é a lei que determina de forma imperativa os poderes, os direitos e os deveres dos titulares dos órgãos sociais. No entanto, parece-nos, como resulta do que já deixámos dito, que daí não se pode concluir, sem mais, que a relação que se estabelece entre as partes – titular do órgão social e sociedade – não possa ter como fonte um contrato. O que não pode é este contrato violar as normas imperativas que regem esta matéria, podendo sim ir para além do que está previsto na lei e, ao abrigo do princípio da autonomia da vontade privada, estabelecer outros direitos e deveres para as partes. A relação que se estabelece entre o titular do órgão social e a sociedade é, assim, imperativamente conformada pelo que resulta da lei. Mas, com respeito por este limite, pode ainda ser conformada por outras fontes, designadamente,

seja um ato interno. Fá-lo porque defende que há deliberações que “produzem diretamente efeitos em relação a terceiros”, podendo a deliberação ser registada independentemente de aceitação (Abreu, Governação das Sociedades Comerciais 2010, 74).

pelo contrato de sociedade, pelas deliberações tomadas em assembleia e, ainda, pelo próprio contrato estabelecido entre as partes⁵⁸.

Cumpra ainda reconhecer que é verdade que a remuneração dos administradores pode ser fixada, não por acordo entre as partes – sociedade e administrador – mas sim por deliberação social ou mesmo por deliberação de um outro órgão estatutário ou facultativo (cf. artigo 399.º do CSC). Mas este não é, igualmente, um argumento bastante para rebater esta posição. Desde logo porque o exercício de funções de administração não tem que ser forçosamente remunerado, podendo mesmo ser gratuito. A remuneração não é um elemento determinante do contrato de administração⁵⁹. Se o administrador não concordar com a remuneração fixada ou mesmo com o facto de não haver remuneração, pode não aceitar a proposta contratual ou, sendo aquela decisão posterior a esta, renunciar ao cargo (cf. artigo 404.º do CSC). Esta possibilidade de renúncia é, como defende BRITO CORREIA, já em si mesma, uma possibilidade bastante para poder afirmar que o administrador, ainda que tacitamente, poderá participar na fixação da sua remuneração (L. B. Correia 1993, 495).

⁵⁸ Como referem RAÚL VENTURA E BRITO CORREIA, ao admitir a natureza contratual da nomeação e da aceitação é perfeitamente concebível que o contrato de administração não se limite apenas “à assunção pelo administrador de um estatuto predeterminado” (Ventura e Correia 1970, 93), podendo as partes, com respeito pelas normas imperativas que regem esta matéria, modificar o conteúdo contratual da relação que visam estabelecer, criando obrigações ou atribuindo direitos para cada uma das partes.

⁵⁹ Neste sentido COUTINHO DE ABREU ao afirmar que o n.º 1 do artigo 399.º do CSC não impõe a remuneração dos administradores, referindo, ainda, que “não parece haver razões suficientes para impedir a possibilidade de o estatuto social prever a gratuidade dos cargos (todos ou alguns) de administração” (Abreu, Artigo 373.º; 392.º; 399.º; 403.º 2013, 352-353).

3. Que tipo de contrato se estabelece entre o administrador e a sociedade?

Sendo, como concluímos, um contrato que suporta a relação estabelecida entre o titular do órgão de administração e a sociedade, coloca-se uma segunda questão: que tipo de contrato estará aqui em causa?⁶⁰ Diga-se que também esta é uma questão já fortemente debatida entre nós e que levou a diferentes tomadas de posição, mas, atendendo à sua centralidade no nosso estudo, não poderemos deixar de a aqui tratar, dando conta das várias posições assumidas e da nossa tomada de posição relativamente a cada uma delas.

3.1. Contrato de mandato

O mandato é, como sabemos, uma das modalidades do contrato de prestação de serviços (cf. artigo 1155.º do CC), encontrando-se regulado nos artigos 1157.º a 1184.º do CC. Como resulta da lei, o contrato de mandato é o contrato através do qual uma das partes se obriga a “praticar um ou mais atos jurídicos por conta da outra” (cf. artigo 1157.º do CC). E, tradicionalmente, era neste tipo de contrato que a nossa doutrina enquadrava o contrato que se estabelecia entre o administrador e a sociedade⁶¹. Esta é uma posição que

⁶⁰ Esta mesma questão coloca-se mesmo para aqueles que, não seguindo a tese contratualista, não afastam a possibilidade de relação de administração poder, ainda assim, ter uma base contratual.

⁶¹ Recuando ao Código Comercial de 1888 (cf. Diário do Governo, Ano 1888, N.º 203, publicado no dia 06 de setembro de 1888), na parte que atualmente se encontra revogada e onde se usava o termo mandato em diversas disposições relativas aos administradores, compreende-se que, à data, esta fosse a posição dominante. A título exemplificativo, o artigo 173.º da Secção dedicada à Administração e Fiscalização, dispunha, no seu n.º 2 da seguinte forma: “os diretores de qualquer sociedade anónima não podem fazer por conta da sociedade operações alheias ao seu objeto ou fim, sendo os factos contrários a este preceito considerados violação expressa do mandato”. Entre outros autores que partilhavam deste entendimento encontramos referências a CUNHA GONÇALVES que, numa obra de 1914 (cf. Comentário ao Código Comercial Português, 1914, Vol. I), afirmava, sem qualquer dúvida, que os diretores eram mandatários e a MÁRIO DE ALMEIDA, que, num trabalho de 1923 (cf. Elementos de Direito Comercial, 2.ª edição, Coimbra, 1923) escreveu que os administradores de sociedades anónimas eram mandatários - *apud* BRITO CORREIA (1993, 378). CUNHA GONÇALVES reitera a sua posição numa obra de 1933. Este autor ao tratar da questão da administração contratual da sociedade faz várias referências à existência do mandato (Gonçalves 1933, 271-281). Para mais referências a autores que entre nós desde o Código Comercial de 1833 defendiam esta posição ver CAETANO NUNES, destacando-se a referência a ANDRIANO ANTHERO pelo facto deste autor, ainda que defendendo esta posição, salientar que não se tratava de um mandato ordinário uma vez que os poderes dos administradores eram fixados na lei, não podendo os mesmos ser alterados pela assembleia geral (Nunes, Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas 2012). Muito mais recentemente, autores como MONTEIRO FERNANDES, *in* Direito do Trabalho, 6.ª Edição, Vol. I e

recebeu duras críticas, tendo sido abandonada em finais da década de 70 do século passado pela generalidade da doutrina⁶². Veremos, de seguida, os argumentos de alguns dos autores que têm manifestado uma posição crítica⁶³.

Segundo DUARTE RODRIGUES esta posição

Baseava-se no princípio da soberania da assembleia, isto é, no princípio da soberania dos sócios – os sócios reunidos em assembleia assumiam todos os poderes sociais, identificando-se com a própria sociedade. (...) Na impossibilidade prática de serem todos os sócios a administrar a empresa social, confiavam, colocavam nas mãos de alguns deles ou de terceiros a administração social (Rodrigues 1990, 273).

Ou seja, os administradores não eram mais do que meros mandatários instituídos de poderes para praticar determinados atos jurídicos, por conta da sociedade, e seguindo as instruções desta. E, de facto, uma primeira característica do contrato de mandato é que, neste tipo de contrato, o mandatário deve respeitar a vontade do mandante. A lei é clara ao estabelecer que o mandatário é obrigado a praticar os atos compreendidos no mandato “segundo as instruções do mandante” (cf. al. a) do n.º 1 do artigo 1161.º do CC). Porquanto, quem compartilhasse daquela visão, não teria dificuldades em ver nos administradores meros mandatários, cujos poderes e sua extensão, seriam determinados pela mandante. Todavia e por contraposição, o administrador, goza de autonomia no exercício das suas funções, não estando, como refere BRITO CORREIA

MENEZES CORDEIRO, *in* Manual de Direito do Trabalho, aceitam a qualificação dos administradores como mandatários como sendo uma “orientação pacífica” – *apud* BRITO CORREIA (1993, 379).

⁶² Mas já numa obra de 1844, FERREIRA BORGES, *in* Jurisprudência do Contrato Mercantil de Sociedade, segundo a Legislação e Arestos dos Códigos e Tribunais das Nações mais cultas da Europa, 1844, defendia que jamais se deveria confundir as qualidades de administrador e de mandatário – *apud* PINTO FURTADO (1979, 315). E, efetivamente, mesmo antes da entrada em vigor do Código das Sociedades Comerciais começaram a surgir alguns autores críticos desta posição. RAÚL VENTURA é um desses autores. Ainda que sem tomar posição relativamente à temática da natureza da relação que se estabelece entre o administrador e a sociedade, refere, numa obra de 1944, que não se pode tratar de um verdadeiro mandato porque se trata de um caso de representação necessária e não se um caso de representação voluntária, *in* Teoria da Relação Jurídica de Trabalho, Porto, 1944, Vol. I – *apud* BRITO CORREIA (1993, 381). Uns anos mais tarde o mesmo autor numa outra obra de 1960 (cf. Sociedades Comerciais: Dissolução e Liquidação, Vol. II, 1960) escreve que “o motivo fundamental que determina a exclusão do mandato é a criação por outra fonte – a lei – dos efeitos que resultariam do mandato” – *apud* BRITO CORREIA (1993, 392).

⁶³ Um desses autores é CAETANO NUNES. Num trabalho recente este autor concluiu que o contrato que liga a administração à sociedade constitui um tipo contratual legal autónomo, defendendo que se verificam “suficientes divergências para justificar a rejeição da aplicação direta das normas do regime do mandato à administração”, deixando, ainda, em aberto a possibilidade de aplicação analógica de algumas normas do regime do mandato (Nunes, Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas 2012).

Juridicamente obrigado a cumprir instruções da coletividade dos acionistas nem do órgão de fiscalização, visto que estes órgãos não têm, em regra, competência para deliberar sobre assuntos de gestão, tendo a administração poderes plenos e exclusivos de representação (L. B. Correia 1993, 735)⁶⁴.

A isto acresce, como refere FERRER CORREIA, que a figura do mandato “(...) pressupõe que a atribuição de poderes a um sujeito por parte de outro seja, não apenas voluntária, mas livre (no sentido de não indispensável)”. Em contraposição, “as sociedades utilizam administradores em virtude de uma necessidade insuperável” (A. F. Correia 1968, 326). No mesmo sentido DUARTE RODRIGUES, salienta que “não podendo prescindir-se da utilização dos administradores não existe uma atribuição de poderes livres, antes necessária e indispensável” (Rodrigues 1990, 277). De facto, enquanto que o mandante é livre de realizar ele próprio o ato para o qual mandata um terceiro, nas sociedades tal não pode acontecer. Estas têm forçosamente que exercer os atos de administração através dos competentes órgãos sociais.

Uma outra nota distintiva do mandato é que, como refere FERRER CORREIA, este só pode dirigir-se à prática de atos jurídicos e as funções de um administrador compreendem, além de atos jurídicos, “a prática de operações puramente materiais” (A. F. Correia 1968). A mesma argumentação é utilizada por PINTO FURTADO⁶⁵ e DUARTE RODRIGUES⁶⁶. Este é um argumento que resulta da letra da lei: os poderes do mandatário só o habilitam à prática de atos jurídicos (cf. artigo 1157.º do CC). Por contraposição, os administradores, além de atos jurídicos, praticam atos materiais.

⁶⁴ Este é um dos argumentos mais presentes nas posições críticas a esta teoria doutrinal. FERRER CORREIA defende que há diferenças estruturais entre o mandato e relação que os administradores estabelecem, nesta qualidade, com a sociedade. E uma dessas diferenças é exatamente esta: uma das características essenciais do regime do mandato é a subordinação do mandatário relativamente ao mandante. E, salienta o autor, esta relação de subordinação não se verifica na relação que se estabelece entre o administrador e a sociedade que, dentro dos poderes que lhes são conferidos por lei, exercem as suas funções com autonomia (A. F. Correia 1968, 326). DUARTE RODRIGUES, por sua vez, salienta a este respeito que os sócios não podem “invadir a esfera de competência exclusiva dos administradores”, não podendo em momento algum falar-se de “subordinação dos administradores em relação ao colégio dos sócios” (Rodrigues 1990, 277).

⁶⁵ Segundo este autor “enquanto que no mandato os poderes atribuídos ao mandatário só o habilitam à prática de um ou mais atos jurídicos (art. 1157.º do Cód. Civil), aos diretores incumbe a normal gestão técnico-económica da sociedade, que compreende por igual a própria prática dos simples atos materiais” (Furtado 1979, 316-317).

⁶⁶ Para este autor os administradores, no exercício dos seus poderes de administração, podem “executar operações materiais, que não são suscetíveis de enquadramento no mandato” (Rodrigues 1990, 278).

PINTO FURTADO, igualmente numa posição crítica, apresenta um outro argumento: a competência funcional do administrador resulta da própria lei, não podendo resultar da vontade da sociedade, leia-se, mandante. Este argumento também é corroborado por DUARTE RODRIGUES, que considera que o legislador, em razão dos interesses de terceiros e da economia em geral, delimitou os poderes dos órgãos sociais, definindo as respetivas competências (Rodrigues 1990, 276). E, de facto, os poderes que lhes são atribuídos resultam, em primeira linha, da lei. E, ainda que seja certo que da lei ainda resulta alguma margem para que tais poderes sejam alargados, não resulta qualquer margem para que esses mesmos poderes possam ser reduzidos⁶⁷.

3.2. Contrato de prestação de serviços

O contrato de prestação de serviços é aquele através do qual uma das partes se obriga “a proporcionar à outra parte certo resultado do seu trabalho intelectual ou manual, com ou sem retribuição” (cf. artigo 1154 do CC). Ou seja, mais uma vez e como no mandato, o que está em causa é uma obrigação de resultado⁶⁸ – o que também por si afasta este tipo de contrato do contrato que se estabelece entre o administrador e a sociedade⁶⁹.

Uma nota que afasta o contrato de prestação de serviços do contrato de mandato é que naquele primeiro tipo de contrato, ao contrário deste último, o prestador de serviços

⁶⁷ No mesmo sentido ASSIS TAVARES numa obra de 1972 diz-nos que a essência do mandato é que este possa ser conferido e não que se seja obrigatório. Além deste argumento, o autor utiliza um outro para afastar a relação de administração da figura do mandato: compartilhando da teoria unilateralista, defende que no mandato pressupõe-se a existência de dois contraentes e que tal não se verifica nas sociedades anónimas pois o órgão de administração “surge unilateralmente” (Tavares 1972, 201-202). O autor dá ainda nota de um outro autor que, uma década antes, já havia defendido este argumento. O autor em causa é DURVAL CASTRO, também defensor da teoria unilateralista, que afasta o mandato como fonte da relação de administração por defender que o administrador de uma sociedade anónima é unilateralmente nomeado para o exercício do cargo e que dessa nomeação decorre, para o administrador, a obrigação de respeito por um conjunto de normas próprias que se afastam do regime jurídico do mandato - cf. DURVAL CASTRO *in* Do Mandato Civil e Comercial – O Gerente de Sociedade – O contrato de Mediação, 1967- *apud* ASSIS TAVARES (Tavares 1972, 203).

⁶⁸ Neste sentido PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA (Lima e Varela 1968, 464).

⁶⁹ Os regimes jurídicos destes dois tipos de contratos são muito próximos porque, como deixámos dito, o mandato é uma das modalidades do contrato de prestação de serviços (cf. artigo 1155.º do CC), aplicando-se por indicação expressa da lei ao contrato de prestação de serviços as disposições sobre o mandato sempre que as matérias em concreto não se encontrem expressamente previstas (cf. artigo 1156.º do CC).

também se pode obrigar à prática de atos materiais e não apenas de atos jurídicos (cf. artigo 1154.º do CC). Por contraposição, esta nota aproxima o contrato de prestação de serviços do contrato que se estabelece entre ao administrador e a sociedade. Mas, em nosso entender, tal proximidade não é bastante para concluirmos que estamos perante um contrato de prestação de serviços. E, não o é, desde logo, pelo que já deixámos dito: está em causa uma obrigação de resultado e, subsidiariamente, aplicam-se-lhe as regras do mandato.

Todavia, há defensores como DUARTE RODRIGUES que vêem no contrato celebrado entre o administrador e a sociedade um contrato de prestação de serviços – ou como, a seguir iremos tratar, um contrato de trabalho⁷⁰. Assim o será sempre que o administrador “não seja remunerado ou, sendo-o, caiba ao próprio administrador organizar a execução do seu trabalho” (Rodrigues 1990, 295). Antes de DUARTE RODRIGUES outros autores já se haviam pronunciado neste sentido: GALVÃO TELES⁷¹, num trabalho de 1953 e, posteriormente, PIRES DE LIMA E ANTUNES VARELA (Lima e Varela 1968, 464-467).

3.3. Contrato de trabalho

Poder-se-á reconhecer natureza laboral à relação contratual estabelecida entre o administrador e a sociedade? DUARTE RODRIGUES que, como acima referimos defende que o contrato de administração pode configurar um contrato de prestação de serviços, aceita que, verificadas determinadas condições, possamos estar não perante um contrato de prestação de serviços, mas sim um contrato de trabalho:

O contrato de administração constituirá um contrato de trabalho sempre que, tendo o administrador direito a retribuição, tenha sido atribuído à sociedade o

⁷⁰ No mesmo sentido se decidiu nos nossos tribunais num acórdão já referido, onde pode ler-se que, relativamente ao contrato de administração este “constituirá um contrato de trabalho ou de prestação de serviço, conforme, concretamente, revista as características próprias de um ou de outro” (cf. Acórdão do STJ de 14-02-1995, em que foi Relator o Conselheiro Machado Soares).

⁷¹ Cf. GALVÃO TELLES in, *Contratos Civis - Exposição de Motivos*, in Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Vol. IX, 1953 – *apud* DUARTE RODRIGUES (1990, 287).

poder de organizar a execução do seu trabalho, particularmente pela fixação do tempo de trabalho a prestar e do modo de o executar (Rodrigues 1990, 295)⁷².

PINTO FURTADO, numa das suas obras e em contradição ao que havia defendido anteriormente⁷³, aceita agora que

A investidura numa concreta pessoa estranha como titular de determinado órgão faz-se, naturalmente, pela via contratual, utilizando um contrato de trabalho, pois constitui a admissão de um empregado ao serviço da sociedade na veste de entidade patronal (Furtado 1979, 180).

Para este autor os administradores não acionistas ligam-se à sociedade através de uma relação de natureza laboral^{74 75}. Não podemos acompanhar esta posição. Os autores que a defendem, em nosso entender, não têm em devida conta a dimensão de subordinação jurídica inerente ao contrato de trabalho. A mais disso, sempre se diga que o Código das Sociedades Comerciais em nada é incompatível com a possibilidade de, no contrato a celebrar entre o administrador e a sociedade, se estipular um horário para o exercício das funções de administrador. Quando à fixação “do modo de o executar”, sempre teremos de ter como limite o que resulta do Código das Sociedades Comerciais sobre esta matéria e que salvaguarda o princípio da autonomia. O administrador não se encontra numa relação

⁷² No mesmo sentido SARMENTO DE OLIVEIRA afirma que “se à sociedade foi atribuído o poder de organizar a execução do trabalho, máxime pela fixação do tempo de trabalho a prestar e o modo de o executar, o contrato de administração poderá constituir um próprio e verdadeiro contrato de trabalho” (A. S. Oliveira 2005, 198).

⁷³ Como acima referimos, este autor havia defendido, num trabalho anterior, a tese unilateralista, defendendo que a eleição sendo um ato interno não poderia ser vista como uma proposta contratual a que se seguia uma aceitação também contratual (Furtado 1979, 373).

⁷⁴ Para além destes autores também MIGUEL MONTEIRO (Monteiro 2004, 515) e MARQUES SEQUEIRA (Sequeira 2007, 58) aceitam que a relação de administração possa ter natureza laboral. Também encontramos alguma jurisprudência defensora desta posição. Recuando no tempo, encontramos referências a um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 04-02-1972 (cf. BMJ, n.º 214) onde se decidiu que é um contrato de trabalho um contrato através do qual uma das partes – o administrador – se obriga, sob a orientação, direção e fiscalização da outra parte, ao exercício de uma atividade predominantemente intelectual remunerada. Posteriormente, o mesmo tribunal, decidiu no mesmo sentido num acórdão de 20-01-1982. Aqui decidiu-se no sentido de que os administradores com direito a uma remuneração periódica pelo trabalho que desenvolvem para a sociedade têm, perante esta, uma situação semelhante à dos trabalhadores por conta de outrem perante a entidade empregadora, devendo, assim, aplicar-se-lhes, por analogia, o regime jurídico do contrato de trabalho – *apud* BRITO CORREIA (1993, 384)

⁷⁵ JÚLIO GOMES num trabalho de 2004 questiona a validade de um contrato de trabalho celebrado entre uma sociedade *holding* e um trabalhador, tendo como objeto o exercício de funções de administração noutra, ou noutras, sociedades do grupo. O que aqui está em causa, segundo o autor, é saber se um trabalhador subordinado de uma determinada sociedade pode assumir, por força desse mesmo contrato, o encargo de administrar uma outra sociedade, concluindo em sentido positivo (J. Gomes 2004).

de subordinação em relação à sociedade, ele goza de uma autonomia decisória que não se enquadra no âmbito de uma relação de natureza laboral.

Todas as demais referências doutrinárias que encontramos são num sentido crítico à possibilidade do administrador exercer as suas funções através de um contrato de trabalho. GALVÃO TELLES é um desses autores. Num comentário a um acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21-04-1972 defendeu que se deve excluir, por princípio, a existência de uma subordinação jurídica do administrador para com a sociedade, assim se afastando igualmente o contrato de trabalho⁷⁶. Outro desses autores é RAÚL VENTURA que, sem expor a sua motivação, afasta a possibilidade de poder tratar-se de um contrato de trabalho, defendendo que isso mesmo resulta da própria lei e, em particular, do n.º 1 do artigo 398.º do CSC (Ventura 1994, 191)⁷⁷. COUTINHO ABREU também se posiciona sobre esta questão, afirmando categoricamente que “quando haja contrato [contrato de administração], ele não é qualificável como contrato de trabalho” (Abreu, Governação das Sociedades Comerciais 2010, 75)⁷⁸. No mesmo sentido IRENE GOMES, escrevendo que “independentemente da sua discutível qualificação, a relação de administração não pode ser objeto, de acordo com o Direito positivo vigente, de um contrato de trabalho”, nem mesmo, como mais à frente veremos, em regime de comissão de serviço (I. Gomes 2012, 292).

Aliás, diga-se que esta é a tendência dos nossos tribunais e era, pelo menos até recentemente, a posição dominante entre a nossa doutrina, tendo sido abalada pelo facto de alguns autores passarem a aceitar que a função de administrador poderia ser exercida através da comissão de serviços, como de seguida daremos conta. Não obstante, a verdade é que a nossa jurisprudência parece continuar fiel àquele entendimento. Num acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09-04-2008, em que foi Relator o Conselheiro Sousa Grandão, defende-se categoricamente que “o exercício das funções de um Administrador societário não pode assentar, nunca, num contrato de trabalho”. Mais recentemente um

⁷⁶ Cf. Anotações ao AC. STJ de 21-04-1972, in Dir, ano 104.º, 1972 – *apud* BRITO CORREIA (1993, 385).

⁷⁷ Este autor já num trabalho anterior se havia pronunciado sobre esta questão, in Teoria da Relação Jurídica de Trabalho, Vol. I., defendendo que “não há possibilidade de falar em relação de trabalho” que se estabeleça entre o administrador e sociedade – *apud* BRITO CORREIA (1993, 385).

⁷⁸ O autor já se havia pronunciado sobre esta temática e no mesmo sentido em obra anterior (Abreu 2006, 14).

acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23-10-2013, em que foi Relator o Conselheiro António Leões Dantas pode ler-se o seguinte: “o exercício das funções de um Administrador societário não pode assentar, nunca, num contrato de trabalho”⁷⁹.

3.3.1. As especificidades da figura da comissão de serviços

O artigo 161.º do CT dispõe da seguinte forma:

Pode ser exercido, em comissão de serviço, cargo de administração ou equivalente, de direção ou chefia diretamente dependente da administração ou de diretor-geral ou equivalente, funções de secretariado pessoal de titular de qualquer desses cargos, ou ainda, desde que instrumento de regulamentação coletiva de trabalho o preveja, funções cuja natureza também suponha especial relação de confiança em relação a titular daqueles cargos e funções de chefia.

Como refere IRENE GOMES, deste normativo resultam três grupos de destinatários: os trabalhadores dirigentes; os trabalhadores que assessoram diretamente os trabalhadores dirigentes e os trabalhadores que, por convenção coletiva de trabalho, sejam considerados como trabalhadores que realizem funções cuja natureza também suponham especial relação de confiança em relação titular daqueles cargos e funções de chefia (I. Gomes 2012, 286). Atendendo ao objeto do nosso trabalho centraremos a nossa atenção no primeiro grupo – os trabalhadores dirigentes.

A questão que se coloca é se, de acordo com esta norma, podem as funções de administrador ser exercidas em regime de comissão de serviços. Parece-nos que não porque, como mais adiante explicaremos e como já resulta do que ficou dito, não reconhecemos natureza laboral à relação contratual que se estabelece entre o administrador e a sociedade⁸⁰. Para além disso e como consequência direta, pelo menos em nosso

⁷⁹ Para justificar esta posição são trazidos à discussão diferentes argumentos, salientando-se os seguintes: a tutela da independência, autonomia e idoneidade do administrador e o risco acrescido de fraude na constituição de relações laborais.

⁸⁰ Em sentido contrário RAÚL VENTURA (Ventura 1994, 196) e MARQUES SEQUEIRA (Sequeira 2007, 56-58). MIGUEL MONTEIRO também acaba por se enquadrar neste entendimento quando, ao delimitar o âmbito subjetivo da comissão de serviço, conclui que “sempre que a relação de administração societária

entender, também não podemos aceitar a possibilidade de um administrador exercer as suas funções de administração em comissão de serviços, figura à qual reconhecemos natureza laboral. Pelo que, importa fazer aqui um esforço de interpretação do referido preceito legal. Como refere IRENE GOMES, o legislador, na formulação da norma, usa termos de formulação abstrata, sendo necessário concretizar o que entender por “dirigentes”. Assim, a autora, considerando que a jurisprudência tem um papel fundamental nesta concretização, analisa algumas das decisões dos nossos tribunais sobre a determinação dos destinatários da norma, concluindo-se, em todos eles, que não cabe no normativo em análise a figura do administrador de sociedade anónimas (I. Gomes 2012, 288)⁸¹. Neste seguimento, aquela autora acompanha esta posição jurisprudencial, que considera ser a “solução que decorre do nosso ordenamento jurídico” (I. Gomes 2012, 292)⁸².

Em nosso entender é, de facto, inquestionável reconhecer à comissão de serviços a natureza laboral⁸³, sendo como bem salienta COUTINHO DE ABREU “uma cláusula acessória de contrato de trabalho” (Abreu, Governação das Sociedades Comerciais 2010, 75)⁸⁴. Assim, enquanto figura de natureza laboral, a comissão de serviço está abrangida pelas incompatibilidades entre os vínculos laboral e de administração definidas pelo artigo

assuma características do trabalho subordinado (...) pode constituir-se a partir da celebração de um contrato de comissão de serviço” (Monteiro 2004, 510-519).

⁸¹ A autora elenca várias decisões dos nossos tribunais que sustentam que a noção de dirigente, para efeitos de comissão de serviço, não se identifica com o administrador societário. No acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 13-12-2006 conclui-se que a comissão de serviços consubstancia um verdadeiro contrato de trabalho e que, sendo a lei “frontalmente desfavorável ao cúmulo, num mesmo sujeito, das qualidades de administrador de uma sociedade anónima e de trabalhador”, então, o recurso à figura da comissão de serviço para o exercício do cargo de administrador configuraria “uma relação de trabalho com fim contrário à lei, à ordem pública e ofensivo aos bons costumes”. Assim considera-se pacífico que o legislador não utilizou nesta norma o conceito de administração em sentido orgânico estrito. Um outro acórdão referido pela autora é o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09-04-2008, onde pode ler-se que a comissão de serviços, enquanto figura de natureza laboral, “não pode ser utilizada como modo de preencher cargos da Administração societária em sociedades anónimas” (I. Gomes 2012, 290).

⁸² IRENE GOMES já se havia pronunciado anteriormente sobre esta temática, defendendo já à data da vigência do Decreto-Lei n.º 404/91, de 16 de outubro - que antes da entrada em vigor do Código do Trabalho regulamentava a figura da comissão de serviços – que as funções exercidas no âmbito desta figura jurídica, como acontecia num contrato de trabalho, eram caracterizadas por três elementos essenciais: atividade; retribuição e subordinação jurídica (I. Gomes 2004, 244).

⁸³ No mesmo sentido VAZ MARECOS ao afirmar que a comissão de serviços é uma modalidade do contrato de trabalho (Marecos 2010, 415).

⁸⁴ Sobre esta temática o autor já havia tomado posição em trabalho anterior (Abreu 2006, 14-15). Também IRENE GOMES se havia pronunciado no mesmo sentido (I. Gomes 2004, 254).

398.º, n.º 2 do CSC. Se assim o é, não pode ser utilizada como modo de preencher cargos da administração societária⁸⁵.

Neste sentido VAZ MARECOS afirmando não rejeitar a comissão de serviço como um vínculo de subordinação jurídica do trabalhador ao empregador, conclui que esta figura é inconciliável com a figura de administrador societário, salientado ainda que

Em abono de que em momento algum o legislador pretendeu abranger com a comissão de serviço os cargos de administração societária, o n.º 6 do artigo 162.º deste Código do trabalho estabelece que o cargo ou as funções de administração em comissão de serviços podem ser exercidas com carácter permanente, o que é desde logo inconciliável com o previsto no n.º 3 do artigo 391.º, e com o n.º 1 do artigo 403.º, ambos do Código das Sociedades Comerciais, em que se determina que, qualquer membro do Conselho de Administração pode ser destituído por deliberação da Assembleia geral, em qualquer momento.

Mas este autor vai ainda mais além quando, pensando no caso dos gerentes e “na ausência de norma equivalente”, defende que “são os princípios fundamentais do direito do trabalho que restringem a verificação de um vínculo laboral”, uma vez que “a subordinação jurídica que exige o contrato de trabalho revela-se contrária à natureza da atividade desempenhada pelos gerentes” (Marecos 2010, 416-417). Acompanhamos totalmente os argumentos deste autor.

A isto acresce que, como refere IRENE GOMES

O regime da relação de administração societária, cujo conteúdo é, em grande parte, modelado de forma imperativa pelo CSC, descaracteriza-o enquanto trabalho subordinado e, conseqüentemente afasta a possibilidade de aplicação do

⁸⁵ Num recente acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23-10-2013, em que foi Relator o Conselheiro António Leões Dantas, corroborando a posição uniforme da jurisprudência sobre esta matéria pode ler-se o seguinte: “Enquanto figura de natureza laboral, a comissão de serviço está abrangida pela incompatibilidade entre os vínculos laboral e de Administração definida pelo art. 398.º, n.º 1 do CSC”. Neste acórdão e em consonância com a posição exposta defende-se que a comissão de serviços é um “mecanismo de nomeação transitória para o exercício subordinado de certos cargos, mostra[ndo]-se inidónea para suportar a relação de administração que constitui um vínculo não laboral, informado por regras e critérios próprios, bem diversos dos que regem o contrato de trabalho – como a autonomia e independência do administrador, a sua subordinação ao interesse social e não à maioria que o elegeu ou ao sócio ou grupo de sócios que o nomeou. Aliás, como se salienta no acórdão recorrido, o próprio regime jurídico-societário de nomeação e destituição de administradores evidencia a inutilidade de recorrer à comissão de serviço para revestir a relação de administração numa sociedade anónima e, sobretudo, a dificuldade ou mesmo impossibilidade em compatibilizar ambos os mecanismos numa mesma situação”.

contrato em comissão de serviço que reveste uma inequívoca natureza laboral (I. Gomes 2012, 293).

Mas, se assim o consideramos, como ler o referido artigo 161.º do CT? Que interpretação fazer desta norma? Neste ponto seguimos COUTINHO DE ABREU. De facto, tendo em conta, por um lado, o que foi dito sobre a natureza laboral da comissão de serviços e a inerente subordinação jurídica que lhe está associada e, por outro, o imperativo legal de um administrador, no exercício das funções, não poder estar sujeito a ordens e instruções, gozando de um “espaço de irredutível autonomia decisória”, leva-nos a acompanhar a solução defendida pelo autor: o artigo 161.º do CT tem que interpretar-se restritivo-teologicamente, excluindo-se do seu campo de aplicação os titulares de órgãos de administração das sociedades comerciais (Abreu, *Governança das Sociedades Comerciais* 2010, 75). O legislador, nesta norma, não utiliza o conceito de administração em sentido orgânico estrito – “administração” enquanto órgão de um determinado tipo societário, a sociedade anónima – mas em sentido funcional – “administração” enquanto função a desempenhar pelo trabalhador subordinado em comissão de serviço⁸⁶. De facto, o legislador utiliza o conceito de “administração” não querendo referir-se não ao órgão societário mas sim enquanto função a desempenhar por um trabalhador⁸⁷.

Sob este enfoque, importa referir que a figura da comissão de serviços, antes da vigência do Código de Trabalho, encontrava-se prevista no Decreto-Lei n.º 404/91, de 16 de outubro. E, atendendo ao facto deste diploma legal ser posterior ao Código das Sociedades, alguns autores defendem que aquele diploma legal procedeu a uma derrogação do artigo 398.º do CSC⁸⁸. Assim e seguindo este raciocínio, as funções de administração

⁸⁶ Neste sentido ver acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09-04-2008, processo n.º 07S1695, em que foi Relator o Conselheiro Sousa Grandão.

⁸⁷ VAZ MARECOS afirma que o conceito de administração “não é utilizado em sentido orgânico estrito mas em sentido funcional” (Marecos 2010, 417). PALMA RAMALHO, em sentido idêntico (ainda que reportando-se ao artigo 241.º, na redação do CT de 2003, agora artigo 161.º) defende uma interpretação restritiva no sentido da norma “se reportar apenas a funções de administração que, por aplicação dos critérios gerais de determinação da subordinação jurídica, não sejam exercidas em regime de autonomia mas entes com subordinação” (Ramalho 2008, 527-528).

⁸⁸ RAÚL VENTURA é um desses autores, defendendo que, de acordo com este diploma, os cargos de administração podem ser exercidos em regime de comissão de serviços. Para este autor, este regime da comissão de serviços em nada é incompatível com o n.º 1 do artigo 398.º do CSC, apenas se colocando o problema relativamente ao n.º 2 do referido normativo. Assim, defende que relativamente aos “contratos que tenham durado mais de um ano antes da designação para administrador, ainda poderá dizer-se que eles se suspendem durante a comissão e serviços como administrador. Já quanto a contratos de trabalho celebrados

poderiam ser exercidas em regime de comissão de serviços. Todavia, não aderimos a este entendimento. Primeiro, pelas razões *ante* expostas, que, só por si, nunca poderiam conduzir ao resultado pretendido com esta interpretação. Segundo, porque o Decreto-Lei n.º 404/91, de 16 de outubro não revogou expressamente o artigo 398.º do CSC⁸⁹.

Ademais, sempre se diga que este argumento de que aquele diploma havia derogado, ainda que tacitamente, o artigo 398.º do CSC ficou ainda mais fragilizado depois da entrada em vigor do Código de Trabalho, através da Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro. Pois, convínhamos que se o artigo 398.º do CSC tivesse sido tacitamente revogado pelo Decreto-Lei n.º 404/91, de 16 de outubro, a Lei n.º 7/2009, de 12 de fevereiro, teria revogado expressamente tal artigo.

3.4. Posição adotada: contrato de administração como contrato *sui generis*

Depois de percorrermos, ainda que de forma muito breve, os argumentos que são usados para classificar (ou afastar) o contrato que se estabelece entre o administrador e a sociedade como um contrato de mandato ou mesmo como um contrato de prestação de serviços e, sobretudo, como um contrato de trabalho, é o momento de tomarmos posição sobre a presente querela. Não nos parece pelas razões expostas que o que se estabelece entre o administrador e a sociedade se reconduza ao contrato de mandato e, nem mesmo,

há menos de um ano antes da designação, o regime da comissão de serviços (...) é incompatível com a extinção do contrato e terá de entender-se que, para os casos em que for aplicável, o D.L. 404/91 derogou essa norma do CSC” (Ventura 1994, 194-196). Um outro autor que destacamos é MIGUEL MONTEIRO que, defendendo que “a solução comercial de cessação do contrato de trabalho do empregado com antiguidade inferior a um ano designado administrador” encontra-se “em oposição à subsistência do mesmo contrato durante o período da comissão de serviço, o qual, no mínimo, apenas cessará no termo da comissão se nisso acordarem os contraentes”, conclui que esta contradição deveria ser resolvida pela solução proposta por RAÚL VENTURA e à qual acabamos de fazer referência (Monteiro 2004, 516-517).

⁸⁹ No mesmo sentido se têm pronunciado os nossos tribunais. No já referido acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 13-12-2006 pode ler-se que “a comissão de serviço não exclui o vínculo de subordinação do trabalhador ao empregador e é inconciliável com a figura do administrador societário, tal como está caracterizado no CSC. Portanto, a entrada em vigor do DL n.º 404/91 não pode ter revogado tacitamente, nem sequer em parte, o art. 398.º, n.º 2, do CSC”. Também no já referido acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09-04-2008, em que foi Relator o Conselheiro Sousa Grandão, se defende que o Decreto-Lei n.º 404/91 “não revogou tacitamente, nem sequer em parte, o art. 398º do CSC, apesar do modo como enumera no seu art. 1.º os cargos que podem ser exercidos em regime de comissão de serviço, não utilizando o legislador nesta norma o conceito de administração em sentido orgânico estrito” (I. Gomes 2012, 290-291).

ao contrato de prestação de serviços. Aos argumentos apresentados acrescentamos mais alguns. No mandato, o mandatário assume uma obrigação de resultado. O administrador, por sua vez, não tem uma obrigação de resultado – tem sim a obrigação de prestar uma atividade⁹⁰. O que releva é a atividade em si mesma e não, como acontece no mandato, o resultado dessa atividade⁹¹. Assim o entendemos porque o administrador tem que “gerir as atividades da sociedade” (cf. n.º 1 do artigo 405.º do CSC), devendo praticar um conjunto de atos com determinado grau de cuidado e lealdade (cf. artigo 64.º do CSC), com vista à realização do interesse social. Mas isto não significa que esteja obrigado a realizar um resultado previamente determinado⁹². Um outro argumento é o de que o regime da responsabilidade civil dos mandatários é, também ele, distinto do regime da responsabilidade civil dos administradores⁹³. No primeiro caso aplicam-se as regras gerais da responsabilidade civil, no segundo aplicam-se regras próprias, previstas no Código das Sociedades Comerciais. Este último é um regime mais apertado e menos flexível, desde logo por estarem em causa normas imperativas e a consequente proibição de cláusulas de limitação de responsabilidade dos administradores. Por fim, pode haver mandato sem e com representação (cf. artigo 1178.º do CC). Quando o mandatário age com poderes de representação, tem o dever de agir por conta e em nome do mandante. Todavia, o mandante mantém os poderes de agir, podendo assim praticar os atos objeto do mandato, podendo as partes, inclusivamente, determinar o conteúdo dos poderes de representação (cf. artigo 1165.º do CC). Em contraposição, o administrador que representa a sociedade, atua por conta da sociedade, mas os seus atos são imputados à própria sociedade. SARMENTO DE OLIVEIRA, a este respeito, salienta que

⁹⁰ Para BRITO CORREIA “a obrigação de prestar uma atividade distingue-se da de prestar um resultado, fundamentalmente porque aquela se define por um certo tipo de atos ou de série de atos, com referência à estrutura ou objeto característico desses atos, enquanto esta se caracteriza pela natureza dos produtos ou serviços que se pretendam obter” (L. B. Correia 1993, 526).

⁹¹ Neste sentido SANTOS MONDIM, num trabalho recente, referindo a preferência, quer da doutrina, quer da jurisprudência, pela consideração de que a obrigação de administração é uma obrigação de meios, escreveu que “os atos de gestão, pela sua natureza arriscada, (...) apenas se poderão considerar obrigações de meios” (Mondim 2013, 72).

⁹² Não podemos confundir o estabelecimento de objetivos, como prática comum nas áreas de gestão e administração, com a obrigação de resultado. A fixação de objetivos está, por regra, relacionada com a obtenção de prémios.

⁹³ Também as obrigações são distintas. Os administradores têm de atuar segundo o padrão de *gestor criterioso e ordenado* (cf. artigo 64.º do CSC). Os mandatários, por sua vez, devem atuar de acordo com um *bom pai de família*. Neste sentido PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA (Lima e Varela 1968, 475).

A diferença fundamental entre a atuação do órgão – representação necessária – e a atuação do mandatário – representação voluntária – reside na circunstância de o ato do órgão ser imputado diretamente à pessoa coletiva enquanto o ato do mandatário é sempre um ato do mandatário, imputando-se ao mandante somente os seus efeitos e não o ato em si. (A. S. Oliveira 2005, 193)⁹⁴

Mas, em nosso entender o administrador não é, também e com toda a certeza, um trabalhador da sociedade e, como tal, a relação de administrador não tem por base a celebração de um contrato de trabalho. O contrato de trabalho, na definição dada pela lei, é um contrato através do qual “uma pessoa singular se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua atividade a outra ou outras pessoas, no âmbito de organização e sob a autoridade destas” (cf. artigo 11.º do CT). São três os elementos caracterizados que geralmente são identificados para identificação de um contrato de trabalho: retribuição⁹⁵; prestação de trabalho; *subordinação jurídica*⁹⁶.

É esta última nota caracterizadora e elemento essencial do contrato de trabalho que, em nosso entender, mais afasta o contrato de administração do contrato de trabalho. Esta subordinação traduz-se na sujeição do trabalhador ao poder de direção, ao poder disciplinar⁹⁷ e ao poder regulamentar da entidade empregadora. O empregador terá, desde logo e sempre, o poder de delimitar o modo como a prestação de trabalho é cumprida, dando ordens ou instruções⁹⁸. Este poder de direção inclui, ainda, como refere VAZ

⁹⁴ Por contraposição, os atos do mandatário são-lhe imputados a si mesmo, sendo apenas os efeitos desses atos que se podem repercutir na esfera do mandante.

⁹⁵ Esta primeira nota, a nosso ver, já distancia o contrato de administração do contrato de trabalho uma vez que, neste último, a prestação de trabalho tem obrigatoriamente que ser remunerada – o que, como se sabe, não acontece com os administradores (cf. n.º do artigo 391.º do CSC).

⁹⁶ Nas palavras de LEAL AMADO a subordinação jurídica consiste “no reverso do poder diretivo do empregador, ou seja, no poder de o credor da prestação conformar, através de comandos e instruções, a prestação a que o trabalhador se obrigou, definindo como, quando, onde e com que meios deve esta ser executada” (Amado 2009, 55)

⁹⁷ DUARTE RODRIGUES concebe a possibilidade do poder disciplinar não ser um elemento essencial da subordinação jurídica. A mais disto, o autor defende que o facto de o administrador não poder ser destituído sem *justa causa* sem que, para tal, tenha direito a uma indemnização, configura um verdadeiro poder disciplinar (Rodrigues 1990, 293). Não podemos concordar com esta posição. Como salienta BRITO CORREIA “é errado admitir a possibilidade de relações de trabalho subordinado sem poder disciplinar. Assim como é errado e contraditório afirmar que o poder de destituição por *justa causa* sem dever de indemnizar equivale a um poder disciplinar: é certo que pode ser uma sanção disciplinar (...), mas se se admite que o seja sempre, então há poder disciplinar em todos os contratos” (L. B. Correia 1993, 408). A este tema voltaremos mais adiante.

⁹⁸ O Código do Trabalho permite, em alguns casos, que o trabalhador preste o seu trabalho com autonomia técnica, sendo até impositiva em algumas situações (cf. artigo 116.º do CT). Todavia, a autonomia técnica

MARECOS, uma outra dimensão: “o poder de fiscalizar a prestação de trabalho” (Marecos 2010, 102).

O verdadeiro critério distintivo do contrato de trabalho e que o distancia de outros contratos, como do contrato de prestação de serviços, mas também e essencialmente para o que aqui nos interessa do contrato que se estabelece entre o administrador e a sociedade, é a subordinação jurídica. Nos contrato de trabalho é ao empregador que compete, nas palavras de JORGE LEITE “programar, organizar, dirigir e fiscalizar” a atividade do trabalhador (Leite 1999, 46)⁹⁹, cabendo ao trabalhador prestar o seu trabalho segundo essas ordens e instruções. E se é verdade que os administradores podem, dentro de determinados limites (cf. artigo 405.º do CSC), conformar a sua atividade atendendo às orientações e instruções que lhes são dadas pelos acionistas ou por órgãos de fiscalização, estamos, ainda assim perante situações distintas, não se verificando neste caso uma situação de subordinação jurídica¹⁰⁰. Desde logo porque o poder de direção não tem a mesma dimensão. Os administradores podem receber orientações gerais que devem presidir à sua atividade, mas não respeitam, como acontece no contrato de trabalho, à própria atividade, ao modo como a mesma deve ser exercida. O administrador continuará sempre a gozar de autonomia na programação e na organização da sua atividade que não se coaduna com a noção de subordinação jurídica inerente a um contrato de trabalho.

não afasta a subordinação jurídica – o poder de organizar a execução do trabalho cabe sempre à entidade empregadora. Neste sentido VAZ MARECOS dá conta que a atual redação do artigo 11.º tem um sentido mais abrangente de forma a incluir-se na noção de contrato de trabalho situações de atividades que, embora sejam prestadas “no âmbito de uma organização e sob autoridade” sejam desempenhadas com algum autonomia técnica, continuando a competir ao empregador, nos termos do artigo 97.º do CT, o exercício do poder de direção e assim “estabelecer os termos em que o trabalho deve ser prestado”, acrescentando que o trabalhador tem a obrigação de cumprir tais indicações ao abrigo da al. e) do n.º 1 do artigo 128 do CT (Marecos 2010, 102).

⁹⁹ Assim, não compete ao empregador apenas “a distribuição das tarefas a realizar, como também a definição do como, quando, onde e com que meios o trabalhador as deve executar”, sendo esta a dimensão de subordinação jurídica que está presente nos contratos de trabalho (Leite 1999, 46).

¹⁰⁰ Em sentido contrário MARQUES SEQUEIRA, afirma que os administradores estão juridicamente subordinados à assembleia geral. Para a autora, ainda que “a natureza e o grau de subordinação dos administradores à assembleia-geral seja claramente diversa e menor que a subordinação dos trabalhadores à respetiva entidade patronal, existe, porém, subordinação do trabalhador ao órgão representativo da sociedade anónima, ou seja, ao conselho de administração. E, assim sendo, é possível admitir que existe subordinação jurídica do trabalhador-administrador ao conselho de administração, caso este possa deliberar validamente sem o voto ou com o voto contra do trabalhador-administrador” (Sequeira 2007, 51-52). Como resulta da nossa exposição, não acompanhamos minimamente os argumentos sustentados por esta autora.

Razões pelas quais nos afastamos totalmente daqueles que reconduzem o contrato de administração ao contrato de trabalho e mesmo daqueles que apenas o admitem em algumas situações. E, reconhecendo, como deixámos dito, natureza laboral à comissão de serviço, também não podemos aceitar que o exercício das funções de administração possa ser assumida através daquela figura jurídica. Posto isto, não estando nós perante um contrato de mandato, nem de um contrato de prestação de serviços e muito menos perante um contrato de trabalho. Assim sendo impõe-se a resposta a mais uma pergunta: tendo nós defendido que a natureza da relação que se estabelece entre a administração e a sociedade é uma relação contratual, que contrato será este?

Pois bem. Antes de respondermos relembremos que ao administrador compete-lhe gerir as atividades da sociedade, devendo fazê-lo dentro dos poderes que lhe são atribuídos e dos deveres a que se encontra obrigado, quer por lei, quer pelo contrato de administração. Assim e seguindo BRITO CORREIA, consideramos que estamos perante uma “figura autónoma” e “*sui generis*”¹⁰¹. CAETANO NUNES, por sua vez, escreve que sendo contratual a relação que se estabelece entre o administrador e a sociedade podemos afirmar que o contrato em causa pode ser apelidado de “contrato de administração”, encontra-se o regime previsto no Código das Sociedades Comerciais, com especificidades muito próprias, nomeadamente no que respeita aos poderes e deveres do administrador. Pelo que, conclui estarmos perante “um tipo contratual autónomo” (Nunes, Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas 2012). É esta, portanto, a nossa posição: o contrato que se estabelece entre o administrador e a sociedade é um contrato *sui generis*, com um regime que lhe é próprio e que não se reconduz a nenhum outro tipo contratual: um contrato de administração¹⁰².

¹⁰¹ O autor define o contrato de administração da seguinte forma: “contrato de administração é aquele pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição ou sem ela, a prestar a sua atividade de gestão e representação orgânica da sociedade anónima, sob a orientação da coletividade dos acionistas e sob a fiscalização do conselho fiscal ou fiscal único” (L. B. Correia 1993, 740). BRITO CORREIA volta a pronunciar-se no mesmo sentido uns anos mais tarde (L. B. Correia 2009, 12).

¹⁰² Não obstante e sendo o mandato o tipo de contrato que se encontra mais próximo do contrato de administração aceitamos, como defende BRITO CORREIA, que se apliquem subsidiariamente e por analogia o regime do mandato (L. B. Correia 2009, 14). Já não aceitamos, todavia, a solução de poder aplicar-se igualmente por analogia o regime do contrato de trabalho por considerarmos que estão em causa realidades de natureza completamente distinta.

4. O estatuto de administrador: breves notas caracterizadoras

Já tomámos posição sobre as temáticas da natureza da relação de administração, que consideramos ser contratual, e sobre o tipo de contrato que se estabelece entre o administrador e a sociedade. De seguida entendemos ser fulcral para a obtenção de resposta às nossas questões prosseguirmos com uma breve incursão pelas notas caracterizadoras do estatuto de administrador. Esta análise será feita com o objetivo de perceber se e em que medida as especificidades inerentes ao seu estatuto o afastam da figura do trabalhador, por consideração das notas que, por sua vez, são intrínsecas ao estatuto de trabalhador. Começemos, então, por tentar delimitar qual o conteúdo funcional do estatuto de administrador.

4.1. Conteúdo funcional

Ao aceitarem a designação para titulares de órgãos de administração, os administradores passam, na sua relação com a sociedade, a ser titulares de um conjunto de direitos e deveres. As fontes destes direitos e deveres são várias. A lei é apenas uma dessas fontes. Aí se definem direitos e deveres, uns com caráter imperativo e outros com caráter facultativo. Mas, para além da lei, como fonte primária do conjunto de direitos e deveres que molda a relação de administração, também o contrato de sociedade, as deliberações sociais e o próprio contrato de administração podem moldar o conteúdo da relação de administração, tendo sempre como limite as normas de caráter imperativo.

Ao administrador compete-lhe, enquanto membro do conselho de administração, “gerir as atividades da sociedade”¹⁰³, devendo,

¹⁰³ Atendendo ao objeto do nosso trabalho vamos apenas concentrar-nos no dever de gestão que, nas sociedades anónimas, é mais amplo que nos demais tipos de sociedade – ainda que, em determinada medida, seja partilhado com outros órgãos sociais, especialmente com os sócios reunidos em assembleia geral. Sobre esta temática e em particular sobre o equilíbrio de poderes entre os vários órgãos sociais ver CAETANO NUNES (Nunes, Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas 2012).

todavia, subordinar-se às deliberações dos acionistas¹⁰⁴ ou às intervenções do conselho fiscal ou da comissão de auditoria nos casos, e apenas nestes casos, em que a lei ou o contrato de sociedade assim o determinar (cf. n.º 1 do artigo 405.º do CSC). Ou seja, há um conjunto alargado de matérias que são da exclusiva competência dos administradores, devendo estes exercer tais competências com total autonomia e independência, pautando a sua atuação apenas pelo respeito dos deveres gerais e específicos a que estão obrigados nos termos da lei, sem que quaisquer terceiros, mormente accionistas – com natural exceção para os casos previstos na lei e aos quais já fizemos referência – possam, por qualquer via, exercer influência ou interferir nesse âmbito de competência exclusiva.

Trata-se, em nosso ver, de uma competência exclusiva de gestão, não podendo nenhum dos demais órgãos sociais emitir instruções ou de alguma forma limitar a competência do conselho de administração¹⁰⁵. O n.º 1 do artigo 405.º do CSC é uma norma imperativa. Portanto, a competência para gerir, tal qual a descrevemos não pode ser retirada ou atribuída a outro órgão – a não ser, como já sobejamente referimos, nos casos em que a lei preveja essa possibilidade e estabeleça que, sobre determinada matéria, a competência de gestão recaia sobre um outro órgão social ou possibilite, por exemplo, a delegação de poderes de gestão (cf. n.º 3 do artigo 407.º do CSC), ou, ainda, que o contrato social possa, e apenas nos casos em que tal é possível nos termos da lei, prever de forma

¹⁰⁴ Neste ponto cumpre apenas dar nota de que o n.º 3 do artigo 373.º do CSC estabelece que os sócios de uma sociedade anónima podem, a pedido do órgão de administração, deliberar sobre matérias de gestão. A articulação destas duas normas tem levantado algumas dúvidas e diferentes posições. Ainda que sem querer e poder entrar na discussão desta temática não podemos deixar de referir, atendendo às posições que defenderemos sobre o objeto do nosso estudo, que, em nosso entender, o conselho de administração só solicita aos acionistas que estes deliberem sobre matérias de gestão se assim o entender, não estando obrigado a fazê-lo. Para mais desenvolvimentos sobre esta temática ver PEDRO MAIA (Maia 2002, 138 ss.) e COUTINHO DE ABREU (Abreu, Governação das Sociedades Comerciais 2010, 49 ss.) e (Abreu, Artigo 373.º; 392.º; 399.º; 403.º 2013, 15 ss).

¹⁰⁵ Neste sentido veja-se CAETANO NUNES que ao referir-se aos artigos 373.º, n.º 3, 405.º, n.º 1, 406.º e 431.º todos do CSC, defende que daí decorre que “o conjunto dos sócios, relativamente a todos os modelos de organização, e que o conselho geral e de supervisão, no que respeita ao modelo de organização de matriz germânica, não têm competência para emitir instruções dirigidas aos administradores e aos administradores executivos” (Nunes, Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas 2012).

diferente. Por sua vez, o artigo 406.º do CSC¹⁰⁶, reforça a ideia de que é ao conselho de administração que compete “deliberar sobre qualquer assunto de administração da sociedade”, concretizando-se, de forma exemplificativa, os poderes de gestão desse mesmo órgão, podendo concluir-se, pelas suas várias alíneas, que não estão em causa meros poderes de gestão corrente, mas sim a tomada de decisões que determinam o rumo da sociedade, como acima defendemos. Como refere BRITO CORREIA, estes dois normativos, leia-se o artigo 405.º e o artigo 406.º do CSC, “conferem ao conselho de administração poderes proeminentes sobre a gestão e representação da sociedade e mesmo, em grande parte, autónomos relativamente aos acionistas” (L. B. Correia 2003, 407).

Mas como interpretar o segmento “gerir as atividades da sociedade?” O que está aqui incluído? Nas palavras de SOVERAL MARTINS “a gestão que está em causa no n.º 1 [do artigo 405.º do CSC] é a que se traduz internamente na tomada de decisões e na prática de atos que incidem sobre o património social para a prossecução do objeto social” (Martins 2013, 400)¹⁰⁷. Ou seja, a competência de gestão atribuída por lei aos administradores incluiu, além da gestão corrente e a execução de deliberações de outros órgãos, competências deliberativas mais amplas, como, aliás, decorre do artigo 406.º do CSC. Podemos, assim, além dos atos de gestão corrente, considerar como atos de gestão dois outros tipos de atos distintos: os atos de gestão da empresa da sociedade e os atos de gestão da própria sociedade¹⁰⁸. Nos atos de gestão da empresa inserem-se as decisões estratégicas, designadamente, as decisões relativas à organização dos meios produtivos da empresa, à dimensão da empresa, à localização da empresa, mas também as decisões estratégicas do ponto de vista financeiro e as decisões que determinam a política da empresa aqui se incluindo, entre outros, a gestão dos recursos humanos. Nos atos de gestão da própria sociedade incluímos as decisões que afetam em particular a sociedade na sua

¹⁰⁶ NOGUEIRA SERENS, ao referir-se ao proémio do artigo 406.º do CSC (Poderes de Gestão), escreve que a gestão da sociedade é do conselho de administração, devendo subordinar-se às deliberações dos acionistas ou ao conselho fiscal apenas nos casos em que a lei ou o contrato assim o determinem (Serens 1997, 77).

¹⁰⁷ Para DUARTE RODRIGUES o dever de administrar traduz-se na obrigação de “dirigir, administrar, conduzir a gestão social, o que se deve concretizar, particularmente, no exercício da atividade para que a sociedade se constituiu”, acrescentando-se ainda que se trata de “uma obrigação de conteúdo indefinido, não especificado, o qual deve ser sucessivamente determinado, atentas as circunstâncias do caso” (Rodrigues 1990, 173).

¹⁰⁸ Cumpre referir que COUTINHO DE ABREU, numa das suas obras, faz uso de uma distinção muito próxima e na qual nos inspiramos (Abreu, Governação das Sociedades Comerciais 2010, 42).

organização e modo de funcionamento. São estas, portanto, as atribuições dos administradores e que compõem o conteúdo funcional do seu estatuto.

4.2. Deveres que *balizam* a atuação do administrador¹⁰⁹

Alguns autores defendem que o dever primeiro dos administradores é o dever de administração, resultante, segundo este entendimento, do artigo 405.º do CSC¹¹⁰. Para outros autores o artigo 64.º do CSC prevê um dever geral legal, que surge ao lado de outros deveres legais específicos¹¹¹, bem como de deveres “não legais”¹¹², onde se inserem os deveres contratuais, resultantes dos contratos de administração e dos estatuto da sociedade,

¹⁰⁹ SANTOS MONDIM defende que a consagração legal dos deveres de lealdade e de cuidado e diligência no artigo 64.º do CSC, enquanto “o núcleo duro dos deveres dos administradores”, justifica-se enquanto mecanismo de “combate a comportamento oportunistas e colmata a insuficiência dos sistemas de responsabilidade”, balizando a atuação dos administradores (Mondim 2013, 76-77).

¹¹⁰ São várias as referências que encontramos neste sentido. RICARDO COSTA, referindo-se a este dever “típico e principal” como sendo um dever genérico concluiu que este terá que ser necessariamente densificado através da “identificação de deveres gerais de conduta, indeterminados e fiduciários, que, ainda que sem conteúdo específico, concretizam o dever típico nas escolhas de gestão e asseguram a sua realização no modo de empreender a gestão” (Costa 2011, 161-162). No mesmo sentido BRUNO FERREIRA (Ferreira 2009, 26), SANTOS MONDIM (2013, 71) e MARISA LARGUINHO (2013, 189). Em sentido contrário COUTINHO DE ABREU que, recusando a designação e deveres fundamentais para os deveres previstos no artigo 64.º do CSC e manifestando preferência pela designação de deveres gerais, defende, ainda, não concordar com a opção de catalogar os deveres aí previstos como deveres “laterais” ou “secundários” relativamente a um dever principal de administrar. O autor assim o considera porque “administrar” não é, no seu entender, um dever apenas dos administradores, sendo também um poder ou direito. Trata-se, assim, de um poder-dever e, por consequência, “os deveres de cuidado e de lealdade não jogam bem, parece, num esquema radicar de dever principal-deveres acessórios, secundários, laterais, etc.” (Abreu, Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades 2010, 35-36).

¹¹¹ Esta distinção é proposta por COUTINHO DE ABREU (2010, 162) e seguida, entre outros, por RICARDO COSTA (2011, 162) e MARISA LARGUINHO (Larguinho 2013, 190). O que aqui está em causa é a distinção entre os deveres sem conteúdo especificado na lei e os deveres com conteúdo especificado da lei. RICARDO COSTA, a este relativamente a estes últimos escreve que este “é o espaço da administração em que não existe discricionariedade na ação administrativa, pois é imposta uma ação ou omissão concreta” (Costa 2011, 163). Em sentido idêntico já se haviam pronunciado, entre outros, MENEZES CORDEIRO (2007, 926) e COUTINHO DE ABREU (Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades 2010, 13). Um desses deveres especificados na lei é o dever de prestar caução, previsto no artigo 396.º do CSC. Para mais desenvolvimentos sobre esta temática ver o recente trabalho de NOGUEIRA SERENS (Administradores de Sociedades Anónimas - Da proibição de gerir só dinheiro dos outros à obrigação de prestar caução para o fazer 2012).

¹¹² Expressão usada por RICARDO COSTA (2011, 164).

sem esquecer o dever, legal ou estatutário, de cumprir determinadas deliberações sociais¹¹³ ou até mesmo regulamentos internos¹¹⁴.

Deixando esta questão da classificação ou catalogação dos deveres sobre a qual já muito se tem escrito¹¹⁵ e que, em nosso entender, não é determinante para o nosso estudo, passamos a analisar os deveres previstos no artigo 64.º do CSC. E, como veremos, são várias as leituras que a nossa doutrina faz daquele normativo¹¹⁶. Posto isto, a primeira nota que para nós revela especial importância ao analisarmos este normativo é a de que, como defende COUTINHO DE ABREU

Os deveres que os administradores hão de observar no exercício das suas funções não podem ser especificados em elenco geral fechado. São tantas e tão variadas as situações com que os administradores se deparam, são tantos e tão diversos os atos que têm de realizar, que um tal elenco é, manifestamente, impossível (Abreu, Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social 2007, 19)¹¹⁷.

De facto, estando os administradores investidos em poderes-deveres que lhes permitem exercer as funções de administração que lhes são confiadas, podendo estas ser tão distintas e heterógenas, dependendo sempre das múltiplas situações concretas com que se poderão deparar, nem o elenco, nem o conteúdo dos deveres dos administradores pode ser fechado. Só perante as circunstâncias concretas é que poderemos determinar a exata dimensão e conteúdo dos deveres dos administradores.

¹¹³ Todos estes deveres estão, como é natural, devidamente condicionados aos limites impostos por lei.

¹¹⁴ Para mais desenvolvimentos sobre esta temática dos regulamentos internos ver o trabalho ENGRÁCIA ANTUNES (2009, 81-95).

¹¹⁵ CARNEIRO DA FRADA, por exemplo, defende a existência de um “dever de legalidade dos administradores” que resulta destes estarem obrigados a adotar “uma conduta conforme com a lei”, tendo que “observar as normas prescritivas” e estando “sujeitos às regras proibitivas que sobre eles impedem, segundo a lei, de modo direto e imediato” Mas este dever de legalidade é ainda entendido, pelo autor, como um “dever de controlo da legalidade” que se traduz no dever dos administradores providenciarem pelo respeito dos direitos e obrigações que a ordem jurídica impõe à própria sociedade (M. C. Frada 2012, 65-74).

¹¹⁶ MENEZES CORDEIRO, por exemplo, questiona se o objetivo do legislador era estabelecer aqui regras de responsabilidade civil ou normas de conduta. No seu entender, estamos perante regras de conduta, desde logo, porque artigo 64.º do CSC está desligado dos preceitos onde se tratam as questões relativas à responsabilidade dos administradores (Cordeiro 2007, 838).

¹¹⁷ O autor retoma esta ideia num trabalho de 2010 (Abreu, Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades 2010, 14). MARISA LARGUINHO, referindo-se àquele autor, também defende esta ideia (Larguinho 2013, 190).

CALVÃO DA SILVA, por sua vez, avança com uma outra ideia: o que está em causa no artigo 64.º do CSC são “deveres fiduciários”¹¹⁸ de cuidado e lealdade”, acrescentado que se trata de deveres que são próprios

De gestor ou fiscal razoável posto nas mesmas funções e circunstâncias, tendo em conta conhecimentos especiais e competência técnica razoavelmente esperáveis de um profissional capaz, sensato, sagaz, avisado e zeloso em face do condicionalismo próprio do caso concreto (Silva 2007, 145).

Assim, conclui o autor, o que está em causa é o padrão objetivo do “*bonus pater familias*” da profissão em apreço, com a diligência a dever apreciar-se em relação à natureza da atividade, traduzido pelo padrão, de origem teutónica, do gestor consciencioso ou criterioso e ordenado” (Silva 2007, 145).

Por fim, deixámos mais duas ideias que resultam da leitura do artigo 64.º do CSC. Para RICARDO COSTA este normativo contempla os “deveres fundamentais”¹¹⁹ que, como já referimos, concretizam, na visão do autor, o dever “típico” e “genérico” de administrar. Estes deveres, dever de lealdade e o dever de cuidado, produto do direito anglo-saxónico, representam “padrões abstratos de comportamentos que conformam, caso a caso, como normação da conduta devida, a atuação dos administradores”. Assim e sem esquecer que o dever de administração implica sempre e necessariamente “a assunção de riscos”¹²⁰, o autor salienta que “essa assunção deve estar balizada desde logo pelo quadro de obrigações que devem nortear a atuação dos administradores”, ou seja, os deveres fundamentais que concretizam o dever primeiro de administrar (Costa 2011, 160-162). Por fim, não podemos deixar de dar nota que, para o autor os deveres do artigo 64.º do CSC

¹¹⁸ O recurso a este conceito é frequente entre nós. Além de CALVÃO DA SILVA, também RICARDO COSTA (2011, 161) e PAIS DE VASCONCELOS (2009, 65), entre outros, lhe fazem referência.

¹¹⁹ Esta designação resulta da lei e, para além deste outro, outros recorrem a essa mesma designação, designadamente PAIS DE VASCONCELOS (2009, 65) e CARNEIRO DA FRADA (M. C. Frada 2011, 353). Em sentido contrário e como já referimos COUTINHO DE ABREU (Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades 2010, 35-36).

¹²⁰ COUTINHO DE ABREU salienta, num dos seus trabalhos, que nem sempre as alternativas de decisão são poucas ou de fácil escolha, tendo os administradores, dentro do que apelida de “discrecionabilidade empresarial” que tomar decisões, dentro das várias alternativas razoáveis (Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades 2010, 22).

não se aplicam apenas aos administradores de direito, mas também aos administradores de facto (Costa 2011, 164)¹²¹, solução que acompanhamos.

4.2.1. Algumas especificidades do dever de cuidado

O dever de cuidado tem uma inspiração clara no direito anglo-saxónico e, em particular, no *duty of care*. O legislador, ao concretizar este dever, fê-lo através da referência a três dimensões: disponibilidade; competência técnica; conhecimento da atividade adequado às suas funções. Mas o legislador vai mais além e diz ainda que o administrador deve empregar, no exercício das suas funções, “a diligência de um gestor criterioso e ordenado”. Importa, assim, percebermos qual é o conteúdo deste dever e como articular esse mesmo conteúdo com o padrão de um gestor criterioso e ordenado.

COUTINHO DE ABREU define este dever da seguinte forma:

Os administradores hão de aplicar nas atividades de organização, decisão e controlo societário o tempo, esforço e conhecimento requeridos pela natureza das funções, as competências específicas e as circunstâncias (Abreu, Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social 2007, 19).

Reportando-se à redação da alínea a) do n.º 1 do artigo 64.º do CSC e, em particular, ao elenco de “manifestações do dever de cuidado”, o autor considera tal elenco “algo imperfeito” porque, por um lado, no seu entender, existem outras manifestações do dever de cuidado que, não sendo menos importantes, não são referidas e, por outro, porque a formulação da norma acaba por remeter para “a diligência de um gestor criterioso e ordenado”, sendo esta, segundo o ator, a “formulação das mais genéricas do dever de cuidado”. Por estas razões, o autor refere preferir

Uma outra nomenclatura, que compreende: (a) o dever de controlo ou vigilância organizativo-funcional, (b) o dever de atuação de procedimentalmente correto

¹²¹ No mesmo sentido COUTINHO DE ABREU E ELIZABETE RAMOS (2004, 43) e FILIPE MAGALHÃES (2009, 384), COUTINHO DE ABREU (Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades 2010, 104). Para mais desenvolvimentos sobre esta temática ver um trabalho anterior do mesmo autor (Costa, Responsabilidade Civil Societária dos Administradores de facto 2006).

(para a tomada de decisões) e (c) dever de tomar decisões (substancialmente) razoáveis (Abreu, Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social 2007, 20)¹²².

De facto, são vários os autores que, por diferentes razões, consideram a redação do artigo 64.º do CSC um tanto ou quanto infeliz¹²³, sendo, uma dessas razões, o facto do legislador ter aparentemente optado por um elenco fechado de deveres. Como já referimos, na alínea a) do n.º 1 do artigo 64.º do CSC estão consagradas diversas manifestações do dever de cuidado. No entanto e como já se deduz do que deixámos dito, aderimos à posição defendida pela nossa melhor doutrina que considera que tal elenco é imperfeito e insuficiente, nomeadamente, COUTINHO DE ABREU, nos termos que já fizemos referência, e RICARDO COSTA. Para este autor, o dever de cuidado

Consiste na obrigação de os administradores cumprirem com diligência as obrigações derivadas do seu ofício-função, de acordo com o máximo interesse da sociedade e com o cuidado que se espera de uma pessoa medianamente prudente em circunstâncias e situações similares (Costa 2011, 165).

Por consequência, referindo-se às manifestações do dever de cuidado previstas na lei afirma que “essas não são as verdadeiras manifestações autonomizáveis do dever de cuidado ou, se assim se admitem, são imperfeitas e insuficientes”, defendendo que

Melhor será entendermos que a lei avança algumas das circunstâncias exigíveis – verdadeiramente qualidades – ao modo como as verdadeiras manifestações do dever de cuidado devem ser realizadas, contribuindo (também subjetivamente) para a avaliação das decisões dos administradores (Costa 2011, 165).

¹²² No mesmo sentido pronunciou-se o autor uns anos mais tarde num outro trabalho (Abreu, Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades 2010, 18 ss.)

¹²³ Para MENEZES CORDEIRO não é “fácil a ligação feita entre os deveres de cuidado (...) e a bitola do gestor criterioso e ordenado” porque, segundo o autor, “esses dois elementos dizem o mesmo: um em linguagem anglo-saxónica e outro em termos continentais”. A mais disto, também não percebe porque razão a bitola da diligência, que antes acompanhava todos os deveres, parece agora confinado aos deveres de cuidado, e, ainda, porque razão se inseriu nesta norma “um claro elemento de responsabilidade civil” (Cordeiro 2007, 835). Mas as críticas do autor não ficam por aqui. Num trabalho anterior, o autor, ao reportar-se ao conteúdo do dever de cuidado, escreveu que o cumprimento deste dever tem que ter em conta uma necessária disponibilidade e eficiência por parte dos administradores. Acontece que, para este autor estes elementos, ou seja, disponibilidade e eficiência, pertencem aos deveres de lealdade continentais (Cordeiro, A lealdade no Direito das Sociedades 2006, 1065). BRUNO FERREIRA, ao referir-se à al. a) do n.º 1 do artigo 64.º do CSC escreve, em sentido igualmente de crítica, que o legislador não conseguiu articular este conceito da melhor forma (Ferreira 2009, 9). FILIPE MAGALHÃES, por sua vez, critica o facto de o legislador, pela formulação adotada, parecer querer reconduzir o dever de cuidado às três dimensões previstas na al. a) do n.º 1 do artigo 64.º do CSC (Magalhães 2009, 387-388).

Em sentido próximo BRUNO FERREIRA que defende que

A identificação efetuada deve considerar-se meramente exemplificativa, deixando, portanto, margem de manobra para uma densificação doutrinal e jurisprudencial e para uma mais fácil adaptação à evolução sentida neste âmbito (Ferreira 2009, 29).

Na mesma lógica de concretização do dever de cuidado, este autor também faz uma arrumação das dimensões que, no seu entender, devem densificar tal dever. Assim, defende que os deveres de cuidado podem dividir-se em duas categorias: (1) deveres que dizem respeito à tomada de decisões, aqui incluindo o dever de preparar adequadamente as decisões de gestão, o dever de tomar decisões de gestão racionais e o dever de tomar decisões razoáveis; e (2) deveres desligados da tomada de decisões de gestão e relacionados com o acompanhamento da atividade da sociedade, aqui incluindo o dever de vigilância e investigação, e o dever de disponibilidade (Ferreira 2009, 29). FILIPE MAGALHÃES, por sua vez, recorrendo à origem anglo-saxónica do direito, subdividi-o em quatro deveres: (1) dever de vigilância e de controlo da atividade da sociedade; (2) dever de investigar e de aferir a fiabilidade das informações; (3) o dever de comportar-se razoavelmente no processo de tomada de decisões e de obter informações suficientes e razoáveis para que a tomada de decisão seja acertada; (4) o dever de tomar e executar decisões razoáveis, equitativas e ponderadas (Magalhães 2009, 390).

Para concretizarmos o dever de cuidado temos, assim e como defende maioritariamente a doutrina, que analisar o comportamento do administrador no caso concreto. Começando pelas dimensões previstas na lei, teremos que apurar se, no caso concreto, o administrador atuou com disponibilidade, competência técnica e conhecimento adequado da atividade da sociedade para o exercício das suas funções.

Mas também será necessário apurar se atuou segundo o padrão de “um gestor criterioso e ordenado”. Importa concretizar este conceito uma vez que será à luz do mesmo que se irá verificar se um administrador cumpriu com o seu dever de cuidado. RICARDO COSTA, referindo-se ao período antes da reforma de 2006, escreve que, na anterior redação deste artigo, este critério surgia “como uma bitola objetiva de esforço e diligência sobre como fazer na execução (ou omissão) de tarefas concretas de administração”,

fornecendo, ainda, o padrão geral para ajuizar da culpa, sendo este um padrão mais exigente do que o padrão *bonus pater familias*. O autor defende que, com a atual redação, deverá continuar a entender-se que aquele conceito funciona como uma bitola “para a medida de exigência no cumprimento de dever geral de cuidado” e, sendo o caso, para determinar o grau de ilicitude no incumprimento do dever, mas também como critério para ajuizar da culpa (Costa 2011, 168-173). Em sentido idêntico já havia escrito COUTINHO DE ABREU, concluindo que a al. a) do n.º 1 do artigo 64.º do CSC “relewa, por si só, em sede de (i)licitude e de culpa”, acrescentando que os factos que não respeitarem “os deveres de cuidado que se desdobrem na norma” são ilícitos e “são culposos se a diligência nela prevista não é observada” (Abreu, Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades 2010, 24).

Assim, um gestor criterioso e ordenado será aquele que, demonstra uma mediana disponibilidade e qualificação técnica, conhece a atividade da sociedade, atendendo, nesta ponderação, ao circunstancialismo concreto da sua atuação. Ou, nas palavras de RICARDO COSTA,

A avaliação objetiva e subjetiva do ato (ou omissão) do administrador é feita de acordo com a diligência exigível a um gestor criterioso e ordenado colocado nas circunstâncias concretas em que atuou e confrontado com as qualidade que revelou de acordo com o exigível (Costa 2011, 172).

Mas o administrador, como refere o autor, terá ainda que balizar a sua atuação pelo *interesse social* e pelos interesses dos outros sujeitos “relevantes para a sustentabilidade da sociedade”, defendendo, assim, que “a deslocação normativa da pauta para a órbita do dever geral de lealdade não obsta a esse compromisso essencial da atuação fiduciária do administrador no campo dos deveres de cuidado” (Costa 2011, 172)¹²⁴.

¹²⁴ BRUNO FERREIRA dá igualmente conta da necessidade de apurar os padrões para determinação do dever de cuidado, defendendo que “em paralelo com a bitola da diligência do gestor criterioso e ordenado”, foram agora introduzidos “critérios adicionais por forma a determinar o conteúdo do escalão relativamente ao qual será comparado o comportamento do administrador”, referindo-se, em primeiro lugar, “a necessidade de ter em conta a posição do gerente ou do administrador em concreto” e, de seguida, a critérios que se prendem com a dimensão da empresa, a importância da decisão em causa, a atividade da sociedade (Ferreira 2009, 44-45). FILIPE MAGALHÃES ao reporta-se ao conceito de “criterioso e ordenado” escreve que estão em causa “duas qualidade objetivas e gerais que convocam ideias como profissionalidade, responsabilidade, consciência e prudência na tomada de decisões”, acrescentando, ainda, que os administradores, cumprindo o

4.2.2. Algumas especificidades do dever de lealdade

Para alguns autores o dever de lealdade dos administradores encontra-se sedimentado no dever geral de boa-fé¹²⁵. Em contrapartida, outros defendem a não recondução do dever de lealdade ao dever geral de boa-fé. CAETANO NUNES é um dos autores que, defendendo que “a lealdade dos administradores constitui uma cláusula geral”, pugna pela não autonomização do dever de lealdade dos administradores da regra de conduta da boa-fé (Nunes, Jurisprudência sobre o dever de lealdade dos administradores 2012, 181-183)¹²⁶. Em sentido contrário, RICARDO COSTA escreve que a recondução do dever de lealdade ao princípio geral de boa fé “não será a via mais completa, vista a sua extensão e manifestações”. Para este autor o fundamento deste dever de lealdade é a relação fiduciária que se estabelece entre a sociedade e o administrador, gerando, para este último, o “imperativo de prosseguir (como regra e em primeira linha) o fim (lucrativo) que os sócios perseguem quando constituem a sociedade, enquanto instrumento que esta é para a consecução desse fim e a correspondente satisfação do interesse social” (Costa 2011, 179)¹²⁷. Aderimos a esta última posição.

dever de cuidado e aderindo a uma “perspetiva funcional de diligência”, deverão, no exercício das suas funções, “tender para a prossecução do fim do contrato de sociedade, através da qual o interesse social será cabalmente realizado” (Magalhães 2009, 392).

¹²⁵ O dever de lealdade, no nosso ordenamento jurídico, encontra expressão em três ramos do direito: no direito civil; no direito do trabalho; e no direito societário. No Direito civil podemos vê-lo como dever próprio no n.º 1 do artigo 227.º do CC ou como dever acessório de uma outra obrigação que tem suporte no n.º 2 do artigo 762.º do CC. No âmbito do direito do trabalho tem consagração autónoma (cf. al. f), do n.º1 do artigo 128.º do CT), como acima já fizemos referência, mas resulta igualmente de um dever geral essencial à relação de confiança que está na base de uma qualquer relação laboral. No direito societário, o dever de lealdade está presente em diferentes dimensões das relações societárias: os sócios, entre si, devem ser leais, mas também o devem ser na sua relação com a sociedade. Outra dimensão é a que se reporta aos administradores que também devem ser leais à sociedade.

¹²⁶ No mesmo sentido MENEZES CORDEIRO, defendendo que na base do dever de lealdade está a “exigência do sistema (boa fé) perante o facto de estarmos em face de uma gestão de bens alheios” (Cordeiro, Os deveres fundamentais dos Administradores 2006, 476). CALVÃO da SILVA, sobre esta questão escreveu que a lealdade dos administradores, é “decorrente do princípio da boa fé e tutela da confiança” (Silva 2007, 146).

¹²⁷ CARNEIRO DA FRADA fala de uma “lealdade qualificada” quando se refere à lealdade a que estão obrigados os administradores, derivando tal dever da função que exercem no que respeita a interesses alheios (M. C. Frada 2007, 168). FILIPE MAGALHÃES, aceitando que o administrador terá sempre que agir de boa fé, defende que o que está na base do dever de lealdade é o facto dos administradores serem designados para

Passando agora à análise da redação escolhida pelo legislador para prever este dever, temos que dar conta das muitas críticas tecidas à redação, mas também ao conteúdo da alínea b) do n.º 1 do artigo 64.º do CSC. Numa perspetiva crítica, MENEZES CORDEIRO, escreve que tal norma, “aparentemente imaginada *ex novo* pelo legislador de 2006, não parece corresponder a conexões coerentes perante qualquer Direito Societário”, acrescentado que “exigir lealdade no interesse da sociedade e, ainda, atentando aos interesses (a longo prazo) dos sócios, e ponderando os de outros sujeitos, entre os quais os trabalhadores, os clientes e os credores, é permitir deslealdades sucessivas” pois “quem é leal a todos, particularmente havendo sujeitos em conflito, acaba desleal perante toda a gente” (Cordeiro, Os deveres fundamentais dos Administradores 2006, 467). Para este autor, a base do dever de lealdade dos administradores está no facto destes estarem a gerir bens alheios¹²⁸ e, portanto, segundo a sua conceção, um ponto é evidente: “a lealdade é-o para com a sociedade: não para acionistas ou stakeholders” (Cordeiro, Os deveres fundamentais dos Administradores 2006, 476)¹²⁹.

COUTINHO DE ABREU, por sua vez, numa análise a este normativo, começa por definir “o dever (geral) de lealdade” como o

Dever de os administradores exclusivamente terem em vista os interesses da sociedade e procurarem satisfazê-los, abstendo-se de promover o seu próprio benefício ou interesse alheios (Abreu, Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social 2007, 22).

Temos, portanto, um dever de conteúdo positivo, mas também com uma dimensão negativa¹³⁰, que se consubstancia numa cláusula geral, cujo conteúdo deverá ser

administrar a sociedade, devendo pautar a sua atuação para a prossecução do fim do contrato social. Sendo, esta, no entender da autora, “a razão da imposição de um dever de lealdade” (Magalhães 2009, 398).

¹²⁸ Em sentido idêntico, CARNEIRO DA FRADA defende que o dever de lealdade é um verdadeiro dever, próprio do estatuto de administrador (M. C. Frada 2007, 207-208).

¹²⁹ Num outro trabalho sobre esta temática o autor numa análise ao artigo 64.º do CSC define os deveres de lealdade como os deveres equivalentes aos *fiduciary duties* britânicos e, portanto, mais restritos do que os deveres de lealdade propriamente ditos, continuando a afirmar que “reportá-los aos interesses (cumulativamente!) da sociedade, dos sócios a longo prazo, dos trabalhadores, dos clientes e dos credores retira-lhes qualquer papel prático” (Cordeiro, A lealdade no Direito das Sociedades 2006, 1065).

¹³⁰ Para RICARDO COSTA, seguindo a definição de teor positivo do dever de lealdade defendida por COUTINHO DE ABREU mas reconhecendo, ainda assim, que este dever comporta “pela negativa”, “uma proibição geral de atuação em conflito de interesses”, defende que está em causa um dever que impõe aos administradores, no exercício das suas funções, uma atuação “em exclusivo o interesse da sociedade, com a

determinado atendendo às circunstâncias concretas¹³¹. Neste sentido, COUTINHO DE ABREU, num esforço de concretização de uma norma genérica, defende que os administradores devem: (1) comportar-se com correção quando contratam com a sociedade; (2) não concorrer com ela; (3) não aproveitar em benefício próprio oportunidades de negócio da sociedade; (4) não aproveitar em benefício próprio bens ou informações da sociedade; (5) não abusar do seu estatuto de administrador (Abreu, Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades 2010, 25)¹³².

Por fim, temos que voltar, mais uma vez, ao padrão previsto na lei de *gestor criterioso e ordenado*. Depois do que foi dito relativamente ao dever de cuidado, cumpre perceber qual, se é que tem, o seu conteúdo no âmbito do dever de lealdade. A doutrina, como já referimos, tem vindo a defender que este critério deve servir como referência para a avaliação do cumprimento de todos os deveres dos administradores, aqui se incluindo, portanto, o dever de lealdade. RICARDO COSTA, a este respeito, escreve que, ainda que assim seja, “é de julgar que esse padrão tem menor espaço e relevo no cumprimento do dever [de lealdade]”. E assim o considera porque nas *manifestações legais* deste dever, considera não ser necessário o recurso àquele padrão para apurar da sua violação uma vez que estão em causa deveres vinculativos e não cláusulas gerais. Assim, o recurso àquele padrão poderá apenas ter lugar nas *manifestações não legais* do dever de lealdade em que o administrador pode ter que fazer escolhas, designadamente, a escolha, como refere o autor, de agir ou não agir num cenário de conflito de interesses. Admitindo, assim, que o padrão de *gestor criterioso e ordenado* pode ser convocado neste tipo de situações, acrescenta que não podemos esquecer em momento algum que o dever de lealdade “não admite ponderações”, não estando “disponível para fragmentações derivadas de escolhas do administrador, entre o interesse da sociedade e o interesse próprio e/ou de terceiros”,

correspetiva obrigação de omitirem comportamentos que visem a realização de outros interesses, próprios e/ou alheios” (Costa 2011, 178-180).

¹³¹ Neste sentido são vários os autores a pronunciarem-se: COUTINHO DE ABREU (Corporate Governance em Portugal 2010, 28) OLAVO CUNHA (2012, 770); CAETANO NUNES (Jurisprudência sobre o dever de lealdade dos administradores 2012, 181); MARISA LARGUINHO (2013, 195).

¹³² Também aqui não seria possível, como refere MARISA LARGUINHO, termos um “elenco fechado e estanque de concretizações”. Assim, a autora defende que o dever de lealdade não se reconduz a um dever de abstenção, mas também num dever de atuação, considerando “um dever comportamental que exige, conforme as circunstâncias, condutas positivas e negativas concretas” (Larguinho 2013, 197). No mesmo sentido, SANTOS MONDIM escreve que “o dever de lealdade também se desdobra numa miríade de obrigações, umas positivadas, outras não” (Mondim 2013, 86).

tratando-se, nesta medida, de um “dever absoluto”. Conquanto, para o autor, não se pode aqui falar de “autonomia e discricionariedade próprias do administrador” (Costa 2011, 182-183). Partilhamos deste entendimento.

4.3. O particular regime de responsabilidade dos administradores¹³³

Os administradores devem atuar, no exercício das suas funções, pautando-se por um conjunto de deveres, devendo a sua atuação ser conforme, desde logo e como já referimos, com a regra geral prevista no artigo 64.º do CSC. Aqui encontram-se previstos os deveres legais gerais dos administradores. Mas estes têm ainda que atuar em respeito pelo quadro normativo e estatutário. A violação destes deveres, além de poder constituir *justa causa* de destituição, pode fazer incorrer os administradores na obrigação de indemnizar pelos prejuízos causados, quer à sociedade, quer a terceiros.

Os administradores estão, assim, abrangidos por um regime de responsabilidade civil com características muito próprias que advém dos poderes de gestão que lhes são conferidos. Aliás, em nosso entender, este regime de responsabilização justifica-se exatamente pelo facto dos administradores terem competências próprias e exclusivas de gestão que exercem de forma autónoma e independente. Mais, os administradores, como já referimos anteriormente e bem salienta COUTINHO DE ABREU, têm “poderes-função”, “poderes-deveres”, “gerem no interesse da sociedade, têm os poderes necessários para promover esse interesse” (Abreu, Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades 2010, 25), podendo, assim, ser responsabilizados quando não atuam com respeito pelo “interesse da social”.

O regime da responsabilidade dos administradores encontra-se previsto nos artigos 72.º a 80.º do CSC¹³⁴. A responsabilização dos administradores perante a sociedade

¹³³ A este respeito note-se o trabalho de CARNEIRO DA FRADA que questiona se, para além da responsabilidade civil dos administradores, estes poderão ainda ser demandados a restituir à sociedade tudo aquilo que possam ter obtido à custa da infração dos deveres a que estão obrigados. Esta obrigação de restituição, não prevista no Código das Sociedades Comerciais, implicaria o recurso a institutos e princípios gerais de direito comum (M. C. Frada 2011, 353-358).

resulta do artigo 72.º do CSC¹³⁵. O n.º 1 deste normativo estabelece que os administradores “respondem para com a sociedade pelos danos a esta causados por atos ou omissões praticados com preterição dos deveres legais ou contratuais, salvo se provarem que procederam sem culpa”¹³⁶. Daqui resulta, portanto, uma presunção de culpa dos administradores relativamente à sociedade. Todavia, não se verificando um destes pressupostos, não existe responsabilidade civil dos administradores. Mas também não existe responsabilidade do administrador para com a sociedade noutras situações previstas na lei e que excluem a sua responsabilização. Assim, nos casos previstos no n.º 2 do artigo 72.º do CSC, a sua responsabilidade é excluída quando os administradores provem que atuaram “em termos informados, livre de qualquer interesse pessoal e segundo critérios de racionalidade empresarial”. Está aqui em causa um juízo de ponderação que assenta naquilo que se vem denominado por *business judgment rule*¹³⁷.

Outra exclusão da responsabilidade dos administradores perante a sociedade acontece quando se verifica a situação prevista no n.º 3 do artigo 72.º do CSC, ou seja, quando os danos resultarem de uma deliberação colegial e os administradores em causa

¹³⁴ Sobre as particularidades da responsabilidade civil dos administradores não executivos da comissão de auditoria e do conselho geral e de supervisão ver o trabalho de CALVÃO DA SILVA (Silva 2007, 103-143). Por sua vez, sobre a questão da responsabilidade civil dos administradores de facto ver a obra de RICARDO COSTA (Costa 2006, 27-43).

¹³⁵ Trata-se, segundo NOGUEIRA SERENS, de uma responsabilidade obrigacional uma vez que esta resulta dos administradores em concreto terem participado no ato causador do dano – os administradores que não tenham participado na deliberação ou que, participando, tenham votado contra, não são responsáveis pelos danos que possam ser causados à sociedade por tal deliberação (Serens 1997, 93).

¹³⁶ Para COUTINHO DE ABREU nesta norma estão contemplados os pressupostos gerais exigidos no âmbito da responsabilidade civil por atos ilícitos: a ilicitude, a culpa, dano e nexo de causalidade (Abreu, Governação das Sociedades Comerciais 2010, 7).

¹³⁷ Trata-se de uma regra de origem norte americana e que, em termos gerais, consagra o princípio de que não há violação dos deveres de administração quando os administradores, estando devidamente informados, pudessem aceitar com razoabilidade que a decisão empresarial por si tomada era favorável para a sociedade. CORDEIRO DA FRADA escreve a este respeito que “para a responsabilidade civil dos administradores é na verdade crucial saber em que medida as ações ou omissões por eles levadas a cabo estão sujeitas ao império do Direito e se se apresentam sindicáveis judicialmente quanto ao mérito, ou seja, do ponto de vista da idoneidade para uma administração proveitosa” (M. C. Frada 2007, 180). E, de facto, esta questão é relevante uma vez que, como resulta do que deixámos dito, o exercício das funções do administrador é perpassado por um princípio geral de autonomia e independência na sua atuação que, por consequência, desagua numa necessária atuação regida por critérios de discricionariedade. Sendo, portanto, neste campo de discricionariedade de atuação que deve operar a *business judgment rule*, instituindo “um espaço livre de responsabilidade” e podendo, assim, funcionar como causa de exclusão da responsabilidade civil dos administradores (M. C. Frada 2007, 182).

não participaram nessa deliberação¹³⁸ ou, tendo participado, tenham votado contra, “podendo neste caso fazer lavrar no prazo de cinco dias a sua declaração de voto, quer no respetivo livro de atas, quer em escrito dirigido ao órgão de fiscalização, se o houver, quer perante notário ou conservador” (cf. n.º 3 do artigo 72.º do CSC). A exclusão da responsabilização do administrador, nestas situações, pode ser afastada se, como resulta da lei, o administrador em causa “não tenha exercido o direito de oposição conferido por lei, quando estava em condições de o exercer, responde solidariamente pelos atos a que poderia ter-se oposto” (cf. n.º 4 do artigo 72.º do CSC). Por fim, a responsabilidade dos administradores para com a sociedade pode ainda ser excluída “quando o ato ou omissão assente em deliberação dos sócios, ainda que anulável”, mas não quando a mesma assente em parecer favorável ou o consentimento de um órgão de fiscalização (cf. n.º 4 e n.º 5 do artigo 72.º do CSC)¹³⁹.

Salientamos mais duas particularidades do regime de responsabilização dos administradores. A primeira encontra-se prevista no n.º 1 do artigo 73.º do CSC que estabelece um regime de responsabilidade solidária pelos danos causados à sociedade¹⁴⁰, aqui se incluindo, como referimos, a responsabilidade por todos os atos praticados pela administração e relativamente aos quais o administrador, podendo, não se tenha oposto aos mesmos (cf. n.º 4 do artigo 72.º do CSC).¹⁴¹ A segunda resulta do n.º 1 do artigo 74.º do CSC, onde se estipula que é

Nula a cláusula, inserta ou não em contrato de sociedade, que exclua ou limite a responsabilidade dos fundadores, gerentes ou administradores, ou que subordine o exercício da ação social de responsabilidade, quando intentada nos termos do artigo 77.º, a prévio parecer ou deliberação dos sócios, ou que torne o exercício

¹³⁸ Sobre a delimitação das situações em que deve considerar-se que o administrador não tenha participado na deliberação ver COUTINHO DE ABREU (Abreu, Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades 2010, 49) e ELISABETE RAMOS (Ramos 2003, 76-81).

¹³⁹ Para mais desenvolvimentos sobre esta temática ver COUTINHO DE ABREU (Abreu, Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades 2010, 49-53) e ELISABETE RAMOS (Ramos 2003, 76-81).

¹⁴⁰ O regime de responsabilidade solidária aqui previsto apenas contempla os administradores responsáveis, não sendo responsável, como salienta COUTINHO DE ABREU, “todo e qualquer administrador pelos simples facto de ser membro de um órgão administrativo plural. A responsabilidade dos administradores é por culpa e por facto próprio” (Abreu, Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades 2010, 54-56).

¹⁴¹ Não obstante a lei prevê, no n.º 2 do referido artigo 73.º do CSC, a possibilidade do administrador exercer o direito de regresso.

da ação social dependente de prévia decisão judicial sobre a existência de causa da responsabilidade ou de destituição do responsável ¹⁴².

Cumpra ainda aqui dar nota que a responsabilidade dos administradores não se esgota na responsabilidade destes perante a sociedade. Assim, os administradores que tenham praticado atos danosos no exercício das suas funções, podem ser demandados pela sociedade, através de uma ação judicial própria (cf. artigo 75.º e 76.º do CSC)¹⁴³, mas também pelos sócios detentores de uma determinada percentagem de capital social, sendo certo que, neste caso, o que continua a estar em causa é, ainda, a obtenção do ressarcimento dos prejuízos sofridos pela própria sociedade (cf. artigo 77.º do CSC)¹⁴⁴. Mais. Podem igualmente ser demandados por credores sociais (cf. artigo 78.º do CSC)¹⁴⁵,

¹⁴² Esta limitação da possibilidade de excluir a responsabilidade dos administradores tem uma exceção prevista no n.º 2 do referido artigo 74.º do CSC, permitindo-se que a sociedade possa “renunciar ao seu direito de indemnização ou transigir sobre ele mediante deliberação expressa dos sócios, sem voto contrário de uma minoria que represente pelo menos 10% do capital social”, não podendo votar nessa deliberação os possíveis responsáveis. Para mais desenvolvimentos COUTINHO DE ABREU (Abreu, Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades 2010, 57-59).

¹⁴³ Esta ação proposta pela sociedade exige uma prévia deliberação dos sócios, tomada por maioria simples, e deve ser proposta no prazo de seis meses a contar da deliberação. Para mais desenvolvimentos COUTINHO DE ABREU (Abreu, Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades 2010, 60-61) e ELISABETE RAMOS (Ramos 2003, 81-88).

¹⁴⁴ Os sócios que, individualmente ou em conjunto, possuam “pelo menos, 5% do capital social, ou 2% no caso de sociedade emitente de ações admitidas à negociação em mercado regulamentado, propor ação social de responsabilidade contra gerentes ou administradores”. Trata-se de uma ação de carácter subsidiário uma vez que está prevista para os casos em que a sociedade delibera não propor a ação ou, deliberando fazê-lo, não o faz. A questão que COUTINHO DE ABREU coloca é o que acontece quando não há deliberação, defendendo que, por princípio, devem os sócios em causa requerer a convocação de uma assembleia geral para o efeito. Todavia, a questão pode complicar-se pelo facto de nem todos os sócios terem esse poder de convocação, encontrando o autor uma solução de compromisso ao defender que, nestes casos, os sócios com 2% das ações devem ter poderes para convocar esta assembleia geral para este tipo de situação (Abreu, Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades 2010, 63-64).

¹⁴⁵ Nos termos da lei, os administradores “respondem para com os credores da sociedade quando, pela inobservância culposa das disposições legais ou contratuais destinadas à proteção destes, o património social se torne insuficiente para a satisfação dos respetivos créditos” podendo estes, através de uma ação subrogatória, demandar diretamente os administradores. Podem fazê-lo quando a sociedade e os sócios optarem por não exigir a responsabilização dos administradores pelos prejuízos por estes causados à sociedade. Há nestes casos e nas palavras de COUTINHO DE ABREU uma “responsabilidade direta dos administradores para com os credores sociais, que podem exigir, para si, em ação autónoma, indemnização (Abreu, Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades 2010, 71-72). A responsabilidade aqui em causa é uma responsabilidade assente em pressupostos diferentes. A ilicitude que aqui está prevista, como refere COUTINHO DE ABREU, compreende a violação dos deveres previstos em disposições legais ou contratuais de proteção dos credores sociais e não a violação de todo e qualquer dever dos administradores. Além disso, a inobservação de tais deveres tem que causar um dano para a sociedade, traduzindo-se este dano na insuficiência do património social para a satisfação dos créditos dos credores demandantes. Depois tem ainda que se verificar a culpa, que agora já não é presumida, e que como já referimos deve ser considerada tendo em conta o paradigma da “diligência de um credor criterioso e ordenado”. Para mais desenvolvimentos sobre esta temática COUTINHO DE ABREU (Abreu, Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades 2010, 66-68) e COUTINHO DE ABREU e ELISABETE RAMOS (Abreu e Ramos 2004, 12-22)

sócios e terceiros, pelos danos que lhes tenham sido diretamente causados (cf. artigo 79.º do CSC)¹⁴⁶. Acresce que os administradores, além da responsabilidade civil nos termos que acabamos de enunciar, podem igualmente ser responsabilizados em matéria contraordenacional e mesmo criminal (cf. artigo 509.º a 528.º do CSC).

Até agora analisámos as normas sobre a responsabilidade civil dos administradores que se encontram previstas no Código das Sociedades Comerciais. Mas também o Código do Trabalho prevê, no n.º 2 do artigo 335.º, a possibilidade dos administradores serem responsabilizados perante os trabalhadores¹⁴⁷. A norma em causa, intitulada “Responsabilidade de sócio, gerente, administrador ou diretor” e inserida na secção que trata da temática das “Garantias de créditos do trabalhador” estabelece que

O gerente, administrador ou diretor responde nos termos previstos no artigo anterior¹⁴⁸, desde que se verifiquem os pressupostos dos artigos 78.º e 79.º do Código das Sociedades Comerciais e pelo modo neles estabelecido.

Ou seja, um administrador pode ainda ser solidariamente responsabilizado (juntamente com a sociedade empregadora ou sociedade que com esta se encontre em relação de participações recíprocas, de domínio ou de grupo), pelo pagamento a um trabalhador dos créditos emergentes de contrato de trabalho, ou da sua violação ou cessação, vencidos há mais de três meses. Esta possibilidade de responsabilização fica, todavia, dependente da verificação dos pressupostos constantes dos artigos 78.º e 79.º do

¹⁴⁶ Segundo resulta da lei os administradores “respondem também, nos termos gerais, para com os sócios e terceiros pelos danos que diretamente lhes causarem no exercício das suas funções”. A expressão “diretamente causados” tem levantado algumas divergências interpretativas. Há quem defenda que daqui resulta que o dano terá que se refletir diretamente no património do sócio ou do terceiro, não relevando o dano reflexo que derivaria do dano sofrido diretamente pela sociedade e há quem defenda que daí resulta que os administradores respondem apenas por condutas dolosas ou particularmente reprováveis e que, portanto, o vocábulo “diretamente” se refere à culpa e não ao dano. Para mais desenvolvimentos ver COUTINHO DE ABREU (Abreu, Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades 2010, 86-95) e PINTO OLIVEIRA, nomeadamente sobre uma proposta de articulação do artigo 78.º com o artigo 79.º, ambos do CSC (Oliveira 2013, 75-89).

¹⁴⁷ Esta questão já foi abordada por COUTINHO DE ABREU E ELISABETE RAMOS, ainda antes da reforma de 2009 do Código do Trabalho, quando a matéria em causa está regulada no n.º 2 do artigo 379.º do CT. Não obstante a alteração da epígrafe do artigo que antes era “Responsabilidade dos Sócios” e que foi criticada pelos autores em causa, as questões que atualmente se levantam são muito semelhantes às tratadas por aqueles autores no referido trabalho para o qual se remete para mais desenvolvimentos (Abreu e Ramos 2004, 11-47).

¹⁴⁸ No artigo anterior dispõe-se o seguinte: “por crédito emergente de contrato de trabalho, ou da sua violação ou cessação, vencido há mais de três meses, respondem solidariamente o empregador e sociedade que com este se encontre em relação de participações recíprocas, de domínio ou de grupo, nos termos previstos nos artigos 481.º e seguintes do Código das Sociedades Comerciais” (cf. artigo 334.º do CT).

CSC, a que acima já fizemos referência. Trata-se, assim, de uma norma remissiva para o apuramento da responsabilidade dos administradores sendo que, verificando-se os pressupostos que permitam tal responsabilização, a mesma terá a abrangência também contemplada nos artigos para os quais é feita a remissão e que já analisámos.

4.4. A não obrigatoriedade de remuneração

A remuneração dos administradores, como acima já referimos, é fixada pela assembleia geral ou por uma comissão nomeada para o efeito pela assembleia geral, devendo, para tanto, ter-se em conta “as funções desempenhadas e a situação económica da sociedade” (cf. n.º 1 do artigo 399.º do CSC). Os acionistas podem, então, não fixar eles próprios a remuneração dos administradores mas constituir uma comissão para o efeito. Resulta ainda do normativo em análise que a remuneração pode ser certa ou consistir parcialmente numa percentagem dos lucros, estabelecendo a lei que “a percentagem máxima destinada aos administradores dever ser autorizada por cláusula do contrato de sociedade” e que a mesma “não incide sobre distribuições de reservas nem sobre qualquer parte do lucro do exercício que não pudesse, por lei, ser distribuída aos acionistas” (cf. n.º 2 e n.º 3 do artigo 399.º do CSC)¹⁴⁹.

Como acima também já referimos, nada na lei nos diz que as funções de administração tenham obrigatoriamente que ser remuneradas, podendo, assim, as partes convencionar no sentido da sua gratuidade ou a sociedade assim o deliberar e o administrador designado e que aceitou o exercício das funções não se opor a tal situação¹⁵⁰. As remunerações dos administradores podem ser revistas e alteradas a todo o tempo, pelo órgão que as fixou, desde que a situação económica da sociedade o justifique¹⁵¹.

¹⁴⁹ NOGUEIRA SERENS, a respeito desta opção do legislador, escreve que esta é uma forma de “acarinhar” a “vontade de lucros” por parte dos administradores. Como refere o autor “o montante dessa remuneração não fica dependente da distribuição dos lucros aos acionistas, o que coloca os administradores em vantagem perante aqueles (Serens 1997, 76).

¹⁵⁰ Neste sentido COUTINHO DE ABREU (Abreu, *Governança das Sociedades Comerciais* 2010, 85-86) e, mais tarde, numa obra de 2013 (Abreu, *Artigo 373.º; 392.º; 399.º; 403.º* 2013, 352-353).

¹⁵¹ OLAVO CUNHA defende a aplicação analógica do n.º 3 do artigo 440.º do CSC (Cunha 2012, 747), mas não exclui a solução proposta por COUTINHO DE ABREU. Este autor defende que a solução deve passar

4.5. A cessação de funções: a destituição com e sem *justa causa*

As funções de administrador podem cessar por diferentes motivos: verificação do termo do período de designação¹⁵²; falta definitiva do administrador, incapacidade ou incompatibilidade superveniente¹⁵³; renúncia¹⁵⁴; acordo¹⁵⁵; destituição por deliberação da assembleia geral, quer haja ou não justa causa de destituição¹⁵⁶.

Pela particularidade do regime da destituição, iremos centrar a nossa análise nesta forma de cessação da relação de administração. Os administradores estão sujeitos a permanente escrutínio dos sócios, podendo estes destitui-los nas assembleias gerais de aprovação de contas, mesmo que tal assunto não resulte da ordem de trabalhos (cf. al. c do n.º 1 do artigo 376.º do CSC) ou, ainda, numa assembleia geral convocada com essa

pelo recurso à aplicação, por analogia, da solução prevista no n.º 2 do artigo 255.º do CSC (Abreu, Governação das Sociedades Comerciais 2010, 95), reiterando a mesma posição em 2013 (Abreu 2013, 358-360). Em contraposição, FÁTIMA GOMES defende que o mais razoável será o órgão ou órgãos com competência para fixar as remunerações fazerem, eles próprios, uma revisão ponderada, sem recurso imediato ao tribunal - *in* Remuneração de administradores de sociedade anónima contadas, em geral, e no setor financeiro, em particular, I Congresso Direito das Sociedades em Revista, Almedina, 2011 *apud* OLAVO CUNHA (Cunha 2012, 747).

¹⁵² Os administradores são designados pelo período fixado no contrato de sociedade, não podendo tal período ter uma duração superior a quatro anos. Não se fixando o período de duração, a lei estabelece uma presunção de duração de quatro anos civis. A reeleição é permitida por lei (cf. n.º 3 do artigo 391.º e n.º 2 do artigo 425.º, ambos do CSC).

¹⁵³ Nos termos da lei, “caso ocorra, posteriormente à designação do administrador, alguma incapacidade ou incompatibilidade que constituísse impedimento a essa designação e o administrador não deixe de exercer o cargo ou não remova a incompatibilidade superveniente no prazo de 30 dias, deve o conselho fiscal ou a comissão de auditoria declarar o termo das funções” (cf. artigo 401.º do CSC). Para COUTINHO DE ABREU estamos, ainda, como no caso da verificação do decurso do período de designação, perante uma modalidade de caducidade da relação de administração (Abreu, Curso de Direito Comercial - Das Sociedades 2011, 618-620).

¹⁵⁴ Os administradores podem, por sua iniciativa, colocar termo à relação de administração “mediante carta dirigida ao presidente do conselho de administração ou, sendo este o renunciante, ao conselho fiscal ou à comissão de auditoria”, sendo que, tal decisão de renúncia “só produz efeito no final do mês seguinte àquele em que tiver sido comunicada, salvo se entretanto for designado ou eleito o substituto” (cf. n.º 1 e 2 do artigo 404.º do CSC).

¹⁵⁵ As partes, leia-se administrador e sociedade, também podem colocar termo à relação de administração por mútuo acordo, sendo, nestes casos, a vontade de sociedade, como refere COUTINHO DE ABREU, formada pelo órgão competente para a designação do administrador (Abreu, Curso de Direito Comercial - Das Sociedades 2011, 626)

¹⁵⁶ Isto não se aplica aos administradores eleitos ao abrigo do artigo 392.º do CSC, prevendo-se um regime próprio para este tipo de situações no n.º 2 do artigo 403.º do CSC. Como bem refere NOGUEIRA SERENS, se assim não fosse os administradores que representam as minorias estariam sempre dependentes da vontade da maioria (Serens 1997, 70).

finalidade¹⁵⁷. A destituição, como referimos, pode acontecer sem necessidade de qualquer motivo justificativo (cf. n.º 1 do artigo 403.º do CSC)¹⁵⁸. Trata-se, nas palavras de COUTINHO DE ABREU, de uma “livre destituição” que pode ocorrer “a todo o tempo e independentemente de *justa causa*” (Abreu, Curso de Direito Comercial - Das Sociedades 2011, 627).

Esta é uma solução questionável: se por um lado colhe o argumento de que a livre destituição se justifica pela necessária relação de confiança dos acionistas nos administradores¹⁵⁹, por outro, também deve colher o argumento de que esta regra pode, de alguma forma, limitar, como bem salienta COUTINHO DE ABREU, a “firmada autonomia dos administradores”. Está em causa, de facto, uma matéria controversa, que, não obstante ter resposta na nossa lei, nos deixa algumas reservas relativamente à opção do legislador. E, na ponderação daqueles dois argumentos e dos interesses em questão em causa, parece-nos que seria mais acertada uma solução legal que apenas contemplasse a possibilidade de destituição com fundamento em *justa causa*, sendo esta, em nosso entender, uma forma de garantia do exercício das funções de administrador com a autonomia e independência que devem nortear a atuação daqueles que exercem funções de administração no âmbito de uma sociedade comercial. Verdade é que, como resulta da lei, os sócios não podem dar instruções ou de alguma forma limitar a atuação dos administradores dentro daquilo que são os seus poderes de administração. Todavia, a prática mostra-nos muitas vezes que as coisas nem sempre se passam, no seio de uma sociedade comercial, como deveriam passar-se e os sócios, sobretudo os maioritários, comportam-se como verdadeiras entidades empregadoras, colocando em causa a independência com que os administradores estariam obrigados a exercer as suas funções de administração.

Isto posto e voltando à solução legal que encontramos no Código das Sociedades Comerciais, a existência de *justa causa* releva apenas para efeitos de determinação de uma

¹⁵⁷ Sobre deliberações abusivas nesta matéria COUTINHO DE ABREU (Abreu, Artigo 373.º; 392.º; 399.º; 403.º, 2013, 386-388).

¹⁵⁸ Como refere OLAVO CUNHA “destituição, correspondendo a uma prerrogativa dos acionistas (...) pode ocorrer assim *ad nutum*, isto é, sem que tenha de ser invocado um motivo (uma causa) para o efeito” (Cunha 2012, 752).

¹⁵⁹ Ainda assim este argumento sempre poderá ser questionado: havendo quebra de relação de confiança não será esse, só por si, um motivo para a destituição com *justa causa*?

eventual indemnização a que o administrador destituído possa ter direito¹⁶⁰. Ou seja, se a destituição se verificar sem a verificação de *justa causa*, cuja prova fica a cargo da sociedade¹⁶¹, o administrador pode ter direito a ser indemnizado pela sociedade¹⁶². A indemnização em causa, conforme resulta da lei, pode ser fixada por acordo das partes (cf. n.º 5 do artigo 403 do CSC). Contudo, como também parece resultar do mesmo normativo, o valor dessa indemnização, contratualizada ou não contratualizada, está limitado ao “montante das remunerações que presumivelmente receberia até ao final do período para que foi eleito”.

Não sendo o valor da indemnização acordado entre as partes, coloca-se a questão: como determinar o valor da indemnização devida ao administrador? Como vimos a lei apenas estabelece um limite máximo, nada dizendo, dentro desse limite, quanto ao *quantum* e à forma de o determinar. A resposta parece resultar da aplicação das regras gerais de direito previstas no artigo 562.º e ss. do CC¹⁶³. Consideramos, assim, que o valor da indemnização a fixar-se em concreto deve reportar-se aos prejuízos causados que, por sua vez, têm que ser provados pelo administrador. Outra questão que se coloca é a de saber que danos podem aqui estar em causa. COUTINHO DE ABREU defende que além dos lucros cessantes também podem estar em causa danos emergentes¹⁶⁴, tendo sempre como limite, como já referimos, o valor que o administrador teria direito a receber pelo

¹⁶⁰ Neste sentido podemos ver o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 15-02-2000 onde pode ler-se: “À falta de prova de justa causa, a sociedade fica constituída na obrigação de indemnizar o administrador destituído pelos prejuízos que a este resultarem da resolução unilateral da relação contratual de administração” (cf. Boletim do Ministério da Justiça, 2000, 358-366).

¹⁶¹ Neste sentido podemos ver o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 10-02-2000 (cf. Boletim do Ministério da Justiça, 2000, 353-358).

¹⁶² Seguimos aqueles que, como COUTINHO DE ABREU, defendem que o ónus de alegar e provar a *justa causa* é da sociedade (Abreu, Curso de Direito Comercial - Das Sociedades 2011, 642).

¹⁶³ Neste sentido, entre outros, COUTINHO DE ABREU (Abreu, Curso de Direito Comercial - Das Sociedades 2011, 640).

¹⁶⁴ Para além do valor das remunerações que o administrador irá deixar de auferir, parece-nos igualmente que os administradores destituídos sem *justa causa* também poderão ser indemnizados pelos danos decorrentes do prejuízo que aqueles sofrerem na sua reputação, em virtude de tal destituição. Neste sentido escreveu PAULO CUNHA, acrescentando que pode não haver danos patrimoniais diretos pelo facto de o administrador, por exemplo, não auferir qualquer remuneração, mas mesmo assim haver danos patrimoniais a ressarcir. Todavia, “se a destituição decorre[r] da vontade da maioria acionista (...) não tem sequer de se justificar, podendo a sua decisão resultar de uma perda de confiança nesse administrador ou na escolha de diferente pessoa para desempenhar o cargo”, sendo que, nestes casos, “para além do prejuízo emergente da falta de remunerações, não vemos que o administrador destituído sofra outro tipo de danos; a sua competência pode nem ter sido posta em causa” (Cunha 2012, 753-754).

desempenho das suas funções até ao fim do seu mandato¹⁶⁵. E quanto aos eventuais danos não patrimoniais? COUTINHO DE ABREU considera que estes “não são compensáveis os danos não patrimoniais (...) causados pelo facto ilícito-destituição sem justa causa”. Admitindo, contudo, que “a sociedade possa ter de compensar danos não patrimoniais”, não pela destituição propriamente dita, mas “pelo modo como o fez”, considerando haver, nestes casos, um “fundamento autónomo de responsabilidade” e, portanto, não sujeita, por não estar aí fundamentada, ao limite previsto no n.º 5 do artigo 403.º do CSC (Abreu, Curso de Direito Comercial - Das Sociedades 2011, 641-642)¹⁶⁶.

Neste ponto impõe-se responder a mais uma questão: o que entender por *justa causa de destituição*? Nos termos a lei “a violação grave dos deveres do administrador e a sua inaptidão para o exercício normal das respetivas funções” (cf. n.º 4 do artigo 403.º do CSC). Temos, portanto, dois tipos distintos de fundamentos possíveis que podem constituir justa causa de destituição: *violação grave dos deveres do administrador e ineptidão para o exercício normal das funções de administrador*. No primeiro caso está em causa, em nosso entender, a violação de todo e qualquer dever, independentemente da sua fonte ser legal (tanto os deveres gerais como os deveres específicos)¹⁶⁷ ou contratual, estando em causa, apenas que tal violação seja grave – ou seja, que comprometa a manutenção da relação de administração e que deixe de ser exigível à sociedade a sua manutenção. No segundo caso enquadram-se as situações em que os administradores demostrem falta de capacidades para o exercício das suas funções. Seguimos o entendimento de COUTINHO DE ABREU que aqui também se devem incluir não só a falta de capacidades do ponto de vista técnico, mas também a falta de capacidades físicas que se mostrem “impeditivas do exercício normal das respetivas funções” (Abreu, Curso de Direito Comercial - Das Sociedades 2011, 633).

¹⁶⁵ COUTINHO DE ABREU defende que a sociedade poderá conseguir uma redução do valor da indemnização caso consiga provar que o administrador destituído só não conseguiu um novo cargo por falta de diligência na sua atuação (Abreu, Curso de Direito Comercial - Das Sociedades 2011, 23-24).

¹⁶⁶ Esta solução não resulta da lei e não é uma solução pacífica. OLAVO CUNHA é outro dos autores que se pronunciou no sentido favorável à possibilidade de indemnização por danos não patrimoniais (Cunha 2012, 754).

¹⁶⁷ Para mais desenvolvimentos COUTINHO DE ABREU, na anotação que faz ao artigo 403.º do CSC (Abreu, Artigo 373.º; 392.º; 399.º; 403.º, 2013, 384-385).

4.6. O estatuto de trabalhador por contraposição ao estatuto de administrador

O Direito do Trabalho regula, não todo o tipo de trabalho, mas o “trabalho assalariado, dependente, de execução heteroconformada” (Amado 2009, 21). Trata-se, portanto, de um ramo do direito que regula relações que nascem da vontade das partes mas que, pelas suas características próprias, mormente a subordinação jurídica, se configuram como “relações assimétricas” que conduzem a uma configuração protecionista do trabalhador, enquanto parte mais *fraca* da relação laboral constituída¹⁶⁸. Exemplo disso é o princípio do tratamento mais favorável ao trabalhador que decorre dos n.ºs 3 e 4 do artigo 3.º do CT. Nas palavras de VAZ MARECOS trata-se de um princípio que tem por fim “equilibrar a desigualdade substancial que se verifica, em regra, entre as partes num contrato de trabalho, encontrando-se em posição mais débil o contraente trabalhador” (Marecos 2010, 86).

O contrato de trabalho é, no nosso ordenamento jurídico, o instrumento utilizado para conformar a relação de trabalho assalariado, subordinado e prestado a terceiros. E, como já referimos, são três os elementos essenciais e constitutivos do contrato de trabalho: a prestação de trabalho, a retribuição e a subordinação jurídica. A principal obrigação do trabalhador é, assim, a obrigação de trabalho ou a “obrigação de fazer, uma obrigação de adotar um determinado comportamento positivo que se traduz na realização de uma atividade laboral” (Leite 1999, 43). Em contrapartida dessa obrigação principal o trabalhador, ao contrário do administrador, tem direito a receber uma retribuição, constituindo esta, aliás, a obrigação principal da entidade empregadora. Dada a essencialidade da retribuição na relação laboral, o Direito do Trabalho, nas suas várias fontes, contém um conjunto alargado de normas imperativas que regem esta matéria, tendo as mesmas como fim último assegurar a efetivação deste direito na sua total amplitude, impondo limites mínimos, determinando atualizações obrigatórias, não permitindo, por

¹⁶⁸ O direito ao trabalho é um direito constitucionalmente consagrado (cf. n.º 1 do artigo 58.º do CRP), bem como o são os direitos fundamentais dos trabalhadores em matéria de empregabilidade (cf. n.º 2 do artigo 58.º da CRP).

regras e mesmo com o acordo do trabalhador, que a mesma seja reduzida, sendo esta uma garantia do trabalhador prevista na al. d) do n.º 1 do artigo 129.º do CT¹⁶⁹.

A última mas não menos importante nota constitutiva da relação laboral é a subordinação jurídica, à qual acima já fizemos referência. O trabalhador, ao contrário do administrador que exerce as suas funções com autonomia e independência, presta a sua atividade num regime de subordinação à entidade empregadora. Esta subordinação resulta dos poderes atribuídos por lei à entidade empregadora: poder de direção, poder disciplinar e poder regulamentar. É à entidade empregadora que compete, ainda que sempre dentro dos limites do contrato e da lei, no âmbito do seu poder de direção¹⁷⁰, “estabelecer os termos em que o trabalho deve ser prestado” (cf. artigo 97.º do CT), definindo, em cada momento, o objeto da prestação, dando ordens e instruções ao trabalhador, estando este obrigado, por regra, a cumprir tais ordens e instruções (cf. al. e) do n.º 1 do artigo 128.º do CT). Outro dos poderes da entidade empregadora é, como dissemos, o poder disciplinar que consiste, em termos genéricos, no poder de aplicar ao trabalhador um conjunto de sanções disciplinares previstas na lei, mediante o respeito por um determinado procedimento igualmente previsto, quando o trabalhador viole os deveres a que está obrigado (cf. artigo 98.º do CT). Por fim, o poder regulamentar consiste na faculdade atribuída por lei à entidade empregadora de elaborar regulamentos internos sobre a organização e disciplina no trabalho (cf. artigo 99.º do CT), sendo, portanto, também esta uma via da concretização da subordinação jurídica típica da relação laboral.

Passamos, agora, a uma breve análise dos deveres do trabalhador. No âmbito da relação laboral, para além da obrigação principal de prestação de trabalho, encontra-se obrigado ao cumprimento de um conjunto de deveres, ditos secundários ou conexos, previstos na lei (cf. artigo 128.º CT). Destacaremos de seguida alguns desses deveres.

O primeiro deles é o dever de obediência (cf. al. e) do n.º 1 do artigo 128.º do CT), sendo este o dever, que, em nosso entender, mais afasta o trabalhador do administrador, quando confrontamos o conteúdo de cada um dos estatutos. Este dever é o

¹⁶⁹ Trata-se do princípio da irredutibilidade da retribuição.

¹⁷⁰ Nas palavras de LEAL AMADO está em causa “uma espécie de poder geral de comando”, aqui incluindo o poder de terminar, em concreto, as funções a exercer pelo trabalhador, o poder de conformar a prestação laboral, o poder de vigilância e o poder de controlo (Amado 2009, 210).

que, como refere JORGE LEITE, “melhor caracteriza o particular modo de cumprimento do contrato de trabalho”, concluído que, assim o considera, porque este dever é “o lado passivo do poder do empregador de afeiçoar a força de trabalho aos objetivos por si prosseguidos” (Leite 1999, 133-134). Este dever de obediência não se resume, contudo, ao dever de respeitar as ordens e instruções relativas à conformação da prestação de trabalho, no que respeita à sua execução e disciplina. É mais abrangente, abarcando ainda as ordens e instruções dadas em matéria de saúde e segurança no trabalho.

Outro dos deveres do trabalhador é o dever de diligência (cf. al. c) do n.º 1 do artigo 128.º do CT). Para JORGE LEITE daqui resulta o dever do trabalhador executar a prestação de trabalho “com a atenção, cuidado, o esforço e as cautelas razoavelmente exigíveis”, acrescentando que o dever de diligência “não é mais do que uma manifestação do princípio da boa fé que deve presidir ao cumprimento das obrigações em geral”, devendo o critério de diligência medir-se pelo critério do *trabalhador normal* colocado na situação concreta em causa (Leite 1999, 135-136)¹⁷¹. O que está aqui em causa é, para nós, um dever geral de cuidado do trabalhador que deve realizar a sua prestação de trabalho na salvaguarda do interesse da entidade empregadora.

Por fim, dentro dos deveres que consideramos essenciais e que são mais relevantes do ponto de vista do nosso trabalho, temos o dever de lealdade, estabelecendo-se na lei que deve o trabalhador “guardar lealdade ao empregador, nomeadamente não negociando por conta própria ou alheia em concorrência com ele, nem divulgando informações referentes à sua organização, métodos de produção ou negócios” (cf. al. f) do n.º 1 do artigo 128.º do CT). Estamos, assim, perante um dever com diferentes dimensões. Ao trabalhador é exigido que não pratique atos suscetíveis de colocar em causa a necessária relação de confiança que se estabelece com a entidade empregadora, devendo a sua conduta enquanto trabalhador não romper com as barreiras estabelecidas pelo princípio geral da boa fé. O trabalhador fica ainda obrigado a não concorrer com a entidade empregadora e não violar o dever de confidencialidade.

¹⁷¹ Mas JORGE LEITE não deixa de salientar que, no seu entender, este *critério objetivo de normalidade* deve ser temperado por elementos subjetivos como, por exemplo, fatores como a idade, experiência ou fadiga (Leite 1999, 136).

Tanto o dever de diligência, como o dever de lealdade, são deveres que, ainda que com conteúdos distintos (muito distintos, dizemos nós, conforme resultará da análise *infra* dos deveres dos administradores), também integram os deveres gerais dos administradores previstos no artigo 64.º do CSC. Além de conteúdos diferenciados, a sua violação tem consequências completamente distintas: como vimos, a violação dos deveres gerais dos administradores tem como consequência, além da possibilidade de destituição com justa causa, a sua responsabilização civil. Em contrapartida, a violação dos deveres dos trabalhadores pode ter como consequência o exercício do poder disciplinar por parte da entidade empregadora, que, em última instância, pode conduzir à aplicação da sanção de despedimento com fundamento em *justa causa*, sem direito a qualquer indemnização. Mas os trabalhadores não poderão, por regra, ser responsabilizados civilmente pela entidade empregadora e muito menos por credores sociais ou quaisquer outros terceiros, pelo menos não na medida que tal responsabilidade pode ser assacada aos administradores. O que bem se compreende porque os trabalhadores prestam a sua atividade num regime de subordinação jurídica e os administradores prestam a sua atividade de forma autónoma e independente.

Por fim, importa dar conta de que relação laboral pode terminar com base em diferentes fundamentos previstos na lei (cf. artigo 340.º do CT)¹⁷², sendo que nenhum deles, pelos traços caracterizadores desta relação e aos quais já fizemos referência, se aproxima da figura da destituição sem justa causa prevista para os administradores. Não existe, portanto, a possibilidade de a entidade empregadora colocar termo à relação laboral, por sua livre iniciativa, nem mesmo que, para tal, a entidade empregadora indemnizasse o trabalhador. Tal só é possível, tirando as situações de cessação do contrato durante o período experimental, quando se verifique uma das situações tipificadas na lei.

Uma das modalidades de cessação do contrato de trabalho é o despedimento do trabalhador pela entidade empregadora com fundamento em *justa causa*. Podemos dizer que, em contraposição com a *justa causa* prevista no Código das Sociedades Comerciais para as situações de destituição dos administradores, aqui exige-se a verificação de um

¹⁷² A lei proíbe expressamente o despedimento sem *justa causa* (cf. artigo 338.º do CT), podendo esta ser subjetiva ou objetiva. Assim, a relação de trabalho só pode cessar com base num dos fundamentos previstos na lei, afastando-se ainda expressamente que as partes possam, por comum acordo, afastar o regime previsto na lei sobre esta matéria (cf. artigo 339.º do CT).

pressuposto adicional: um comportamento culposo do trabalhador (cf. artigo 351.º do CT). O despedimento com fundamento em *justa causa* é a sanção máxima aplicar ao trabalhador no âmbito de um processo disciplinar que contra ele seja instaurado¹⁷³. Assim, para que a relação de trabalho termine com este fundamento, o trabalhador terá que adotar um comportamento culposo que, pela sua gravidade e consequências, “torne imediata e praticamente impossível a subsistência da relação de trabalho” (cf. n.º 1 do artigo 351.º do CT)¹⁷⁴. Trata-se de um critério geral que exige a verificação cumulativa de dois pressupostos: (1) um comportamento culposo e ilícito do trabalhador que se traduza na violação de deveres que sejam graves em si mesmos e nas suas consequências; e, ainda, (2) que tal comportamento torne impossível a manutenção da relação laboral que deverá ter por base, como já referimos, uma necessária relação de confiança.

¹⁷³ Aqui a lei exige, além, dos requisitos substanciais, o respeito pelos requisitos formais ou procedimentos que estão previstos para o processo disciplinar. O objetivo último do processo disciplinar é o de que a nenhum trabalhador seja aplicada uma sanção disciplinar, mormente a sanção de despedimento, sem que seja concedido ao trabalhador o direito de defesa (cf. artigo 352.º e ss. do CT).

¹⁷⁴ No n.º 2 deste normativo estabelecem-se um conjunto de situações que podem, em concreto e verificados os pressupostos do n.º 1, consubstanciar uma situação de *justa causa* de despedimento.

5. **Cúmulo de funções: as respostas do Código das Sociedades Comerciais**

Depois desta breve incursão pelas notas características da relação de administração e da relação laboral que nos permitiu identificar os pontos que distanciam o estatuto de administrador do estatuto de trabalhador, cumpre-nos passar ao tema central do nosso trabalho. Pelo que deixámos dito até este ponto é para nós claro que a relação que se estabelece entre a sociedade e a pessoa nas vestes de administrador e entre a sociedade e a pessoa nas vestes de trabalhador é bem distinta. Razão pela qual se impõe a pergunta: o que acontece quando uma mesma pessoa reúne os dois estatutos? Como compatibilizar estes dois estatutos, com notas tão diferenciadoras, mesmo quando o contrato de trabalho se encontra suspenso?

Até à entrada em vigor do Código das Sociedades Comerciais o nosso direito positivo não nos dava qualquer resposta à questão que, ainda hoje, nos deixa, pelo menos a nós, muitas dúvidas: pode um trabalhador de uma sociedade anónima cumular essas funções com as de administrador? Contudo, como sabemos, a vida, na sua dimensão dinâmica, é sempre mais rica e encontra-se quase sempre um passo à frente do legislador. E, também neste caso como em muitos outros, os nossos tribunais, face à ausência de resposta legal ao problema colocado, foram chamados a pronunciarem-se sobre esta questão. As respostas por nós encontradas não foram todas no mesmo sentido, dividindo-se a jurisprudência, e também a doutrina que, entretanto, foi tomando posição sobre esta matéria.

As primeiras referências que encontramos na jurisprudência remontam a 1950. Num acórdão do STA de 18-07-1950 decidiu-se no sentido de que não podia existir um contrato de trabalho entre uma sociedade por quotas e o seu sócio-gerente, argumentando-se que a qualidade de patrão do sócio-gerente impedia a verificação do vínculo de subordinação jurídica própria da relação laboral¹⁷⁵. Esta posição jurisprudencial sustentada na incompatibilidade das funções de gerente com as funções de trabalhador em virtude da

¹⁷⁵ No mesmo sentido: acórdão de 10-03-1953 (com a diferença que aqui estava em causa um administrador de uma sociedade anónima), acórdão de 18-10-1960, ambos do Supremo Tribunal Administrativo (Acórdãos publicados respetivamente *in* Col. XII, p. 199; Col. XV, p.134; Col. XXII, p. 956 *apud* DUARTE RODRIGUES (1990, 302).

relação de subordinação jurídica que a relação laboral impõe foi-se firmando até à década de 80 do século passado¹⁷⁶. Contudo, refira-se que a divergência começou a surgir já na década de 70. Como refere DUARTE RODRIGUES, num acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 11-01-1972 admitiu-se a cumulação, na mesma pessoa e na mesma sociedade, do exercício das funções de gerente, não sócio, e do estatuto de trabalhador (Rodrigues 1990, 303). Sendo este um acórdão de uma posição isolada à data (década de setenta), começaram a surgir, na década de oitenta, acórdãos que acompanharam esta nova linha de pensamento e que passaram a admitir a possibilidade de reunir numa mesma pessoa a qualidade de administrador e de trabalhador¹⁷⁷.

A progressiva mudança de posição da nossa jurisprudência foi acompanhada pela doutrina. RAÚL VENTURA que começou por sustentar a impossibilidade de uma mesma pessoa poder, simultaneamente, ser administrador e trabalhador mudou a sua posição, passando a admitir a acumulação das duas espécies de funções na mesma pessoa. Neste sentido e pronunciando-se sobre os gerentes das sociedades por quotas, o autor passou a admitir, em certos casos, a possibilidade de cúmulo (Ventura 1999, 33-38). Por sua vez, ABÍLIO NETO, numa obra do final da década de 70, defendia, já à data que, não constando qualquer proibição do nosso direito positivo, nada obstaria, por princípio, à reunião na mesma pessoa das duas qualidades, em especial quando “(...) ao desempenho, de uma e outra função esteja ligada a perceção de retribuições distintas e haja uma qualquer subordinação ao órgão de gestão” (Neto 1979, 167).

E, até à entrada em vigor do Código das Sociedades Comerciais, com o Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de setembro, esta passou a ser a posição tendencialmente dominante no Supremo Tribunal de Justiça: nada na lei impedia o desempenho cumulativo de funções de administrador e de trabalhador numa mesma sociedade, considerando-se que a melhor forma de o fazer seria suspendendo-se o contrato de trabalho durante o período de tempo

¹⁷⁶ Exemplos disso são os acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça de 15-10-1980 e de 16-12-1983, in, respetivamente BMJ, 300, p. 227 e BMJ, 332, p. 418, *apud* DUARTE RODRIGUES (1990, 303).

¹⁷⁷ Neste sentido e a título exemplificativo temos o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 07-02-1986, in BMJ, 354, p.380 *apud* DUARTE RODRIGUES (1990, 303).

em que o trabalhador exercesse as funções de administrador¹⁷⁸. A solução adotada pelo Código das Sociedades Comerciais, na sua versão original dada pelo Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de setembro, não é, portanto, inovadora¹⁷⁹. Do n.º 2 do artigo 398.º do CSS retira-se, pela sua leitura, a regra da extinção do contrato de trabalho quando o trabalhador assume funções de administrador, se o contrato de trabalho tiver sido celebrado há menos de um ano antes da designação, ou da sua suspensão, caso tenha durado mais do que esse ano. Mas esta norma, numa primeira leitura, apenas se aplica aos administradores membros do conselho de administração, deixando em aberto (ou não) a sua aplicação analógica a outros membros de órgãos sociais. Além disso, a sua redação, trouxe outras questões de natureza interpretativa que passaram a colocar-se. Ou seja, mesmo depois da previsão legal da solução no n.º 2 do artigo 398.º do CSC as discussões em torno desta matéria mantêm-se, levando a que doutrina e jurisprudência defendam diferentes soluções para as distintas questões que a prática societária tem vindo a colocar.

Sob este enfoque cumpre ainda referir, ainda que de forma muito sucinta uma vez que o nosso trabalho não nos permite desenvolver esta questão de forma aprofundada, que o n.º 2 do artigo 398.º do CSC foi julgado inconstitucional pelo acórdão do Tribunal Constitucional n.º 1018/96 (processo 17305), em que foi relator o Conselheiro Bravo Serra, na parte que determina a extinção do contrato de trabalho, por ofensa dos preceitos da Constituição da República Portuguesa (artigos 55.º, alínea d) e 57.º, n.º 2, alínea a)), que garantem aos organismos representativos dos trabalhadores o direito de participar na elaboração da legislação do trabalho¹⁸⁰. Mas, assim sendo, ficamos com uma questão por resolver. O que acontece aos contratos de trabalho dos administradores que tenham duração inferior a um ano? Para RAÚL VENTURA, ainda que percebendo as razões subjacentes à distinção, a questão em causa deveria resolver-se com recurso à teoria geral, não sendo necessária qualquer menção expressa na lei comercial relativamente a este

¹⁷⁸ Cf. Acórdãos do STJ de 16-12-1983, *in* Boletim do Ministério da Justiça, n.º 332, 418 e ss., de 07-02-1986, *idem*. n.º 354, 380 e ss., *apud* Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 1018/96 (processo 17305), em que foi relator o Conselheiro Bravo Serra.

¹⁷⁹ A redação do n.º 2 do artigo 398.º do CSC é, ainda, a sua versão inicial, dado pelo Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de setembro.

¹⁸⁰ Uns anos mais tarde o Tribunal Constitucional foi chamado a pronunciar-se sobre a segunda parte do n.º 2 do artigo 398.º do CSC, tendo este tribunal concluído no sentido da não inconstitucionalidade da norma na parte em que determina a suspensão dos contratos de trabalho com duração superior a um ano (cf. acórdão do TC n.º 259/2001 de 30-05-2001, processo n.º 328/00, em que foi relator o Conselheiro Vítor Nunes de Almeida).

assunto, concluído que “se o contrato de trabalho for mero disfarce formal, e apesar disso invocado para o efeito, haverá fraude e o requisito da desejada suspensão não estará preenchido, devendo o contrato de trabalho ser considerado extinto” (Ventura 1994, 193). COUTINHO DE ABREU, por sua vez, questiona a determinação legal que impõe sortes diferentes ao contrato de trabalho consoante o mesmo tenha uma duração inferior ou superior a um ano, fazendo numa obra de 2006 (Abreu 2006, 16) e, posteriormente, numa obra de 2010 (Abreu, Governação das Sociedades Comerciais 2010, 66).

De facto, também não conseguimos ver qual o fundamento para tal distinção, não nos parecendo razoável a distinção dos regimes apenas porque se tenha considerado que os contratos com duração não superior a um ano sejam, por princípio fraudulentos. Tendo sido, todavia, esta a opção do legislador, não podemos deixar de dizer que, ainda que não sendo esta uma posição inovadora, seguimos a posição daqueles que defendem que também estes contratos de trabalho com duração inferior a um ano, bem como os que tem a duração certa de um ano, devem ser suspensos¹⁸¹.

5.1. A resposta do legislador para os administradores membros do conselho de administração das sociedades anónimas

Depois desta breve incursão pela nossa história recente, centremos a nossa atenção na questão enunciada: pode um trabalhador de uma sociedade anónima cumular as suas funções de trabalhador, independentemente da duração do seu contrato de trabalho, com as funções de administrador do conselho de administração? A resposta, para os administradores que integram o conselho de administração das sociedades anónimas encontra-se prevista no n.º 2 do artigo 398.º do CSC: não pode. A lei exige que, quando um trabalhador passa a administrador, o seu contrato de trabalho se *suspenda*¹⁸². Ou seja, a

¹⁸¹ Neste sentido e entre outros, SOVERAL MARTINS, defendendo esta solução por analogia (2013, 341).

¹⁸² Em Portugal, o legislador optou, nestes casos, por, como refere RAÚL VENTURA, “sacrificar” o contrato de trabalho. Em França, a solução encontrada foi outra. Nos termos do artigo 93.º da *Lei n.º 66-537, du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales*, modificada pela *Loi n.º 69-12 du 6 janvier 1969*: « Un salarié de la société ne peut être nommé administrateur que si son contrat de travail est antérieur de deux années au moins à sa nomination [délai] et correspond à un emploi effectif ; il ne perd pas le bénéfice de ce contrat de travail [cumul du mandat d'administrateur et du contrat de travail]. Toute nomination intervenue en violation des dispositions du présent alinéa est nulle. Cette nullité n'entraîne pas celle des délibérations auxquelles a

acumulação de funções, pelo menos neste caso, é expressamente afastada pela lei. Mas, antes de analisarmos a resposta dada por este normativo, importa refletir sobre a *ratio* da solução legislativa encontrada.

Não podemos descurar que tanto o administrador como a sociedade podem, por diferentes razões, ter interesses no cúmulo de funções. Assim, à partida, poderíamos ser levados a concluir que, sendo tais interesses legítimos, a aceitação do cúmulo seria a solução mais consentânea com os interesses de ambas as partes. Mas não é bem assim. Como salienta DUARTE RODRIGUES:

[..] tanto a possibilidade como a proibição do cúmulo, podem conduzir a verdadeiras fraudes à lei. Assim, por um lado, o administrador pode pretender a celebração de um contrato de trabalho a fim de restringir os efeitos do princípio de livre destituição a todo o tempo do administrador. O Contrato de trabalho, realidade fictícia, teria apenas a finalidade de garantir ao administrador a estabilidade de um posto de trabalho. No lado oposto, isto é, no âmbito de uma proibição absoluta do cúmulo, poderiam verificar-se fraudes em prejuízo dos trabalhadores. Ao trabalhador o acesso à administração aparece como uma promoção. Aliciado pela ideia, poderia o trabalhador aceitar a designação, perdendo o vínculo laboral que o ligava à empresa, para depois ser destituído sem justa causa (Rodrigues 1990, 301).

Há, portanto, uma ponderação de interesses que deve ser tida em conta. E, dessa ponderação de interesses, parece-nos, e bem, que se tenha concluído pela incompatibilidade entre os estatutos de administrador e de trabalhador. Isto mesmo resulta,

pris part l'administrateur irrégulièrement nommé.» Ou seja, a solução em França não sacrifica o contrato de trabalho. A nomeação do administrador em violação do imperativo legal aqui referido acarreta a nulidade da própria deliberação. Naquela primeira versão exigia-se, para o cúmulo de funções, que o contrato de trabalho tivesse, à data da nomeação, dois anos de duração. Esta redação manteve-se em vigor até ao dia 06 de janeiro de 1988. Nesta data, através da *Loi n° 88-17 du 5 janvier 1988 relative aux fusions et aux scissions de sociétés commerciales et modifiant la loi n° 66-537 du 24 juillet 1966 sur les sociétés commerciales*, procedeu-se a uma alteração e o artigo passou a seguinte redação: « Un salarié de la société ne peut être nommé administrateur que si son contrat de travail est antérieur de deux années au moins à sa nomination [délai] et correspond à un emploi effectif ; il ne perd pas le bénéfice de ce contrat de travail [cumul du mandat d'administrateur et du contrat de travail]. Toute nomination intervenue en violation des dispositions du présent alinéa est nulle. Cette nullité n'entraîne pas celle des délibérations auxquelles a pris part l'administrateur irrégulièrement nommé. La condition d'ancienneté du contrat de travail n'est pas requise lorsque, au jour de la nomination, la société est constituée depuis moins de deux ans [durée]. ». A novidade resulta da parte final do artigo onde se diz que a condição de antiguidade do contrato de trabalho não tem que se verificar quando, à data da nomeação, a sociedade ainda não perfez dois anos após a data da sua constituição.

em nosso entender, da lei. Mas vejamos quais as posições da doutrina e da jurisprudência relativamente a esta questão¹⁸³. Para DUARTE RODRIGUES na base da argumentação da doutrina que sustenta a tese da incompatibilidade do cúmulo assenta na visão de um “modelo social de administrador que o identifica com a própria pessoa coletiva, a sociedade”. Assim, defende o autor que se, por um lado, na sua conceção, o administrador não é sociedade e entre esta e aquele existe uma relação intersubjetiva e se, por outro, a titularidade de poderes, como acima já referimos que defende, não é incompatível com a subordinação jurídica, não se pode concluir pela “incompatibilidade sempre e necessariamente entre as posições de administrador e de trabalhador subordinado da sociedade”, vindo na suspensão do contrato de trabalho a solução para “ultrapassar as dificuldades inerentes ao cúmulo, servindo-lhe de remédio”.

Mas, salienta o autor, “uma coisa é admitir o cúmulo. Outra será determinar em que condições pode ele verificar-se, porque, além do mais, haverá que prevenir as hipóteses de fraude que a situação pode acobertar”, concluindo que, em certos casos, “o cúmulo pode e deve ser proibido”. Assim e como decorre da lei, o cúmulo, segundo o autor, é proibido sempre nos termos previstos no n.º 1 do CSC e na primeira parte do n.º 2 do artigo 398.º do CSC. Para o autor esta proibição “visa evitar que as garantias de estabilidade concedidas pelo direito do trabalho restrinjam o funcionamento efetivo do

¹⁸³ Em França, como já referimos, a lei permitia o cúmulo, ainda que mediante a verificação de alguns requisitos, designadamente, a duração do contrato de trabalho, à data da designação, ser superior a dois anos. Este requisito caiu por terra com a *Loi n.º 94-126 du 11 février 1994*, passando o acima referido artigo 93.º a ter a seguinte redação: « Un salarié de la société ne peut être nommé administrateur que si son contrat de travail correspond à un emploi effectif ; il ne perd pas le bénéfice de ce contrat de travail. Toute nomination intervenue en violation des dispositions du présent alinéa est nulle. Cette nullité n'entraîne pas celle des délibérations auxquelles a pris part l'administrateur irrégulièrement nommé ». Esta norma acabou por ser revogada no ano de 2000, pela *Ordonnance n.º 2000-912 du 18 septembre 2000 relative à la partie législative du code de commerce*. E, desde essa data, a matéria passou a estar regulada no artigo L.225-22 du *Code de Commerce*, rezando este normativo da seguinte forma: « Un salarié de la société ne peut être nommé administrateur que si son contrat de travail est antérieur de deux années au moins à sa nomination et correspond à un emploi effectif. Il ne perd pas le bénéfice de ce contrat de travail. Toute nomination intervenue en violation des dispositions du présent alinéa est nulle. Cette nullité n'entraîne pas celle des délibérations auxquelles a pris part l'administrateur irrégulièrement nommé ». Ou seja, voltou a fazer-se menção expressa ao requisito de dois anos de duração do contrato de trabalho, tendo esta exigência durado até ao ano de 2001, data em que a redação do artigo voltou a ser alterada, através *Loi n.º 2001-1168 du 11 décembre 2001 portant mesures urgentes de réformes à caractère économique et financier*, voltando-se a deixar cair, como se pode ver pela redação dada, o requisito dos dois anos: « Un salarié de la société ne peut être nommé administrateur que si son contrat de travail correspond à un emploi effectif. Il ne perd pas le bénéfice de ce contrat de travail. Toute nomination intervenue en violation des dispositions du présent alinéa est nulle. Cette nullité n'entraîne pas celle des délibérations auxquelles a pris part l'administrateur irrégulièrement nommé ». Esta é a versão que se mantém até à data.

princípio da livre destituição do administrador, evitando-se abusos e fraudes” (Rodrigues 1990, 304-308).

RAÚL VENTURA, reportando-se ao n.º 2 do artigo 398.º do CSC, escreve que a acumulação de funções é proibida e que tal solução implica o sacrifício do contrato de trabalho, não lhe suscitando este preceito dúvidas quando esteja em causa um administrador do conselho de administração de uma sociedade anónima, não tomando posição sobre a opção do legislador neste caso concreto.

COUTINHO DE ABREU já tratou deste tema em diferentes trabalhos, tendo mantido sempre a sua posição. Da leitura que faz do n.º 2 do artigo 398.º do CSC resulta que o administrador de uma sociedade anónima pode ser designado administrador dessa mesma sociedade ainda que, para que tal aconteça, o legislador imponha, sempre que o contrato de trabalho tenha uma duração superior a um ano, a suspensão desse mesmo contrato de trabalho. Assim, nas palavras do autor, neste caso “verifica-se a *cumulação* das qualidades de trabalhador e de administrador, pese embora a suspensão do contrato de trabalho” (Abreu, *Governança das Sociedades Comerciais* 2010, 66).

Ainda assim, este normativo, da perspetiva do autor levanta várias questões. Uma delas e que nos parece relevante aqui analisar é a seguinte: porquê a suspensão do contrato de trabalho em todos os demais casos? Para o autor e contrariando os defensores da tese da incompatibilidade do estatuto dos administradores com o estatuto de trabalhador, “há hipóteses de convivência pacífica na mesma pessoa entre o estatuto de titular da administração e o estatuto de subordinação jurídico-laboral”, dando como exemplo o caso de um membro do conselho de administração, que não seja administrador único e sem funções executivas, que, no seu entender deve poder continuar a desempenhar as funções que desempenhava como trabalhador e a fazê-lo sob autoridade e direção da sociedade, leia-se através do conselho de administração de que faz parte (Abreu, *Governança das Sociedades Comerciais* 2010, 68)¹⁸⁴. Este autor defende, portanto, que em alguns casos se

¹⁸⁴ O autor salienta ainda, no exemplo que dá, que o administrador em causa será um administrador minoritário e que sempre que se esteja perante uma situação de conflito de interesses entre este e a sociedade, o administrador não poderá votar – cf. n.º 6 do artigo 410.º do CSC.

poderiam cumular as funções de administrador e de trabalhador, mesmo sem necessidade de suspensão do contrato de trabalho.

Não podemos acompanhar esta posição. Defendemos a tese da incompatibilidade. O argumento de que a autonomia e as funções de empregador do administrador são inconciliáveis com a subordinação jurídica própria da lei laboral é, para nós, um argumento de peso e incontornável. Da leitura do artigo 405.º e do artigo 406.º do CSC a que já fizemos referência, resulta, em nossa opinião, a incompatibilidade do exercício de funções de administração e, em simultâneo, o desempenho das funções de trabalhador. Esta incompatibilidade resulta para nós ainda mais evidente se, para além dos poderes gerais de gestão que são atribuídos ao membros do conselho de administração, nós atendermos em particular aos poderes constantes das alíneas g), h), e i). É ao conselho de administração e, portanto aos membros desse mesmo órgão, que compete deliberar sobre matérias sensíveis como a abertura ou encerramento de estabelecimento; sobre eventuais extensões ou reduções da atividade social; sobre a organização da empresa, designadamente em matéria de recursos humanos. Como bem se compreende um administrador que simultaneamente seja trabalhador, ainda que o contrato de trabalho suspenso, poderá, numa tomada de posição relativamente a estas matérias, ter interesses pessoais conflituantes com os interesses da sociedade. Não podemos não ter em conta que estão em causa poderes cujo exercício se repercute, de forma imediata, na esfera dos trabalhadores e, por consequência, na sua própria esfera.

Como forma de testarmos esta nossa posição de rejeição da possibilidade de cúmulo e mesmo de pouca simpatia pela solução legal encontrada pelo nosso legislador – que, em nosso ver, também ele muito pouco aberto à possibilidade de cúmulo, se refugiou numa solução para nós questionável (a de *suspensão* do contrato de trabalho) – iremos de seguida olhar para a atual redação do artigo 64.º do CSC com o objetivo de, tentando compreender as atuais exigências do direito societário em matéria gestonária, nomeadamente por influências dos movimento de *corporate governance*, averiguar se nos devemos bastar com a solução legal que nos é dada pelo direito positivo.

5.2. O artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais

Desde normativo resultam princípios e premissas que, em nosso entender, são determinantes para a resposta à questão a que nos propomos responder. A centralidade deste normativo é, de facto, incontestável para percebermos, desde logo e como já referimos, quais os deveres dos administradores no exercício das suas funções de administrar uma sociedade comercial e que, em nosso entender, se refletem nas exigências de independência e autonomia que marcam terminantemente o exercício das funções de um administrador. Mas, para além disso, é este normativo que nos permite delimitar o conceito de *interesse social*, sendo este igualmente determinante para avançarmos e darmos mais um passo, significativo em nosso entender, no caminho que nos propusemos a percorrer.

A atual redação do artigo 64.º do CSC¹⁸⁵ foi dada pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de março¹⁸⁶. A anterior redação desta norma suscitava diferentes tomadas de

¹⁸⁵ A primeira redação deste artigo, dada pelo Decreto-Lei n.º 262/86, de 02 de setembro, dispunha da seguinte forma: “Os gerentes, administradores ou diretores de uma sociedade devem atuar com a *diligência de um gestor criterioso e ordenado, no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos acionistas e dos trabalhadores*” (itálico nosso). Posteriormente, com o Decreto-Lei n.º 280/87, de 08 de julho, o artigo passou a ter a seguinte redação: “Os gerentes, administradores ou diretores de uma sociedade devem atuar com a *diligência de um gestor criterioso e ordenado, no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores*”. A alteração limitou-se à parte final da norma, substituindo-se o seguimento “*tendo em conta os interesses dos acionistas*” pelo segmento “*tendo em conta os interesses dos sócios*”. Mas se recuarmos ao Decreto-Lei n.º 49381, de 15 de novembro de 1969 e analisarmos o artigo 17.º encontramos um afloramento dos princípios que subjazem a esta norma. O referido artigo dispunha da seguinte forma: “Os administradores da sociedade são obrigados a empregar a diligência de um gestor criterioso e ordenado”. Uma leitura atenta do trabalho de RAÚL VENTURA e BRITO CORREIA de 1970 sobre o referido diploma legal mostra-nos que, para estes autores, daquele normativo resultava um dever de diligência e que o grau de diligência devida pelo administrador teria que ser sempre analisado no caso concreto, variando “em função das circunstâncias em que se insere a atuação do administrador (da natureza e valor do ato a praticar, das qualidades do agente, etc.) e do fim que ele deve atingir (o fim próprio do ato e o objetivo geral de evitar a lesão de direitos alheios)” (Ventura e Correia 1970, 94-101). O que a reforma de fez 1986 foi, desde logo, retirar este preceito do capítulo que passou a dedicar à responsabilidade dos administradores, dando-lhe autonomia própria.

¹⁸⁶ Este diploma introduziu no ordenamento jurídico português a maior reforma operada, até à data, no Código das Sociedades Comerciais. Segundo resulta do preâmbulo do diploma em causa, “a necessidade urgente de adaptar a legislação portuguesa às diretivas da CEE, a que Portugal aceitou ficar vinculado, tornou inadiável a publicação do Código”. São muitas e substanciais as alterações introduzidas. OLAVO CUNHA organiza-as, de acordo com o que resulta da análise do preâmbulo do diploma em análise, em cinco vetores distintos: (1) atualização e flexibilização dos modelos de governação; (2) desformalização e simplificação dos atos sociais; (3) aprovação de um novo regime de dissolução e liquidação; (3) reformulação do artigo 64.º; (5) criação de novos conceitos no domínio das sociedades anónimas. Todavia, em sentido crítico, salienta que não se deu a devida importância e autonomização das alterações operadas no âmbito da “reformulação do conceito de interesse social” (Cunha 2012, 29). Ao analisarmos o preâmbulo do referido diploma legal e atendendo ao objeto do nosso trabalho, destacamos as seguintes ideias: o legislador assume

posições relativamente à sua interpretação e alcance, dividindo a nossa doutrina relativamente a diferentes aspetos. Não obstante as diferentes leituras de que continua a ser objeto, parece agora ser pacífico aceitar que desta norma decorrem deveres gerais dos administradores¹⁸⁷, e que, acolhendo a terminologia do legislador, se passou a aceitar que daqui resultam os dois deveres por nós já referidos: o dever de cuidado¹⁸⁸ e a dever de lealdade¹⁸⁹, ainda que, segundo diferentes interpretações, nem sempre se reconheça a tais deveres a mesma dimensão e conteúdo. Neste ponto não podemos deixar de referir e concordar com COUTINHO DE ABREU que, relativamente a este preceito, defende que normas deste tipo, como uma formulação tão genérica, exigem especiais esforços de concretização do seu conteúdo, por parte da jurisprudência, mas também da doutrina, assim se contribuindo para uma aplicação mais segura aos casos da vida real (Abreu, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades* 2010, 15).

Mantém-se, portanto, várias dúvidas quanto à interpretação do preceito, sendo igualmente várias as críticas quanto à sua redação. MENEZES CORDEIRO, por exemplo, que considera a norma demasiadamente complexa pelo facto da mesma agregar demasiados componentes – elementos tradicionais como a bitola da diligência; elementos de origem germânica como o dever de lealdade; elementos de influência europeia, como a referência a vários interesses; elementos de inspiração anglo-saxónica, como a referência ao dever de cuidado; elementos de conexão com o movimento de *corporate governance* (Cordeiro 2009, 243) – questiona se o n.º 1 do artigo 64.º do CSC compreende regras de responsabilidade civil ou normas de conduta, tomando posição no sentido de que estamos

como uma das “linhas de fundo da reforma” o alinhamento das sociedades comerciais portuguesas com os modelos organizativos mais avançados, aqui reconhecendo uma forma de promover a competitividade das empresas, podendo aí ler-se que: “Esse é o primeiro objetivo de fundo que este decreto-lei visa prosseguir, em prol de uma maior transparência e eficiência das sociedades anónimas portuguesas” (cf. Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de março).

¹⁸⁷ MENEZES CORDEIRO era um dos autores que, antes da reforma de 2006, não via na redação do artigo 64.º do CSC um dever geral dos administradores. Depois da reforma parece-nos que passou a aceitar a consagração, neste normativo, de deveres gerais de administração (Cordeiro 2009, 243-244).

¹⁸⁸ COUTINHO DE ABREU fala dever de diligência em sentido estrito ao referir-se ao dever de cuidado (Abreu, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades* 2010, 16). CAETANO NUNES considera preferível não utilizar a expressão “dever de cuidado” dada a possibilidade de confusão conceitual que pode surgir do facto do termo “cuidado” ser amplamente utilizado em matéria de responsabilidade civil (Nunes, *Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas* 2012).

¹⁸⁹ COUTINHO DE ABREU, numa análise comparativa da redação do artigo 64.º antes e depois da reforma de 2006, escreve que, em sua opinião, mesmo na redação anterior, se podia desdobrar o dever de diligência em sentido amplo, em dois deveres: o dever de cuidado ou de diligência em sentido estrito e o dever de lealdade (Abreu, *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades* 2010, 16).

perante normas de conduta, afirmando, em defesa da sua posição, que esta norma se encontra sistematicamente desligada do regime de responsabilidade dos administradores (Cordeiro 2006, 484). Este autor salienta, ainda, que não obstante a bitola da diligência constar da al. a) do n.º 1 do artigo 64.º do CSC, os administradores devem “ser diligentes na execução de todos os seus deveres e não, apenas, nos de cuidado” (Cordeiro, Os deveres fundamentais dos Administradores 2006, 486).

Mas as divergências e sobretudo as dúvidas não se ficam por aqui. Como referimos, esta norma também faz uma referência expressa ao *interesse social*. E sendo este um conceito tão relevante para tão vastas matérias do direito comercial importa concretizar ou pelo menos delimitar o seu conteúdo. A delimitação do conceito de *interesse social* é uma temática sobre a qual muito se tem escrito, tanto antes, como depois da reforma do Código das Sociedades Comerciais de 2006. Na década de 80 do século passado, a doutrina portuguesa vinham tomando posição e defendendo que “o interesse social não é um interesse superior ao dos sócios, antes se identifica com o interesse comum dos sócios (...) mas deverá ser o interesse dos sócios atuais, com exclusão dos sócios futuros ou eventuais”¹⁹⁰.

RAÚL VENTURA e BRITO CORREIA, num trabalho de 1970, questionando-se sobre esta questão, davam conta das duas posições a que reconduziam as várias teorias existentes sobre a temática: a teoria contratualista que definia o *interesse social* como sendo o interesse comum dos sócios e a teoria institucionalista que defendia que são titulares do *interesse social*, quer os próprios sócios, quer terceiros. Sem expor e criticar cada uma das suas posições, os autores assumem preferir, face ao direito português vigente à data, a teoria contratualista que definia o conceito de *interesse social* como aquele que se define em cada momento em função dos interesses comuns aos sócios, seja a todos os sócios, ou à maioria dos sócios (Ventura e Correia 1970, 102). E era esta, de facto, a teoria dominante entre nós: a recondução do *interesse social* ao interesse dos sócios.

¹⁹⁰ LOBO XAVIER e ANTÓNIO CAEIRO eram outros dos autores que faziam parte da doutrina portuguesa que defendia esta conceção individualista ou contratualista – *apud* DUARTE RODRIGUES (Rodrigues 1990, 182).

Todavia, houve quem, alguns anos mais tarde, se questionasse. DUARTE RODRIGUES, por exemplo, uns anos mais tarde interrogou-se sobre se seria este o conceito de *interesse social* depois da entrada em vigor do Código das Sociedades Comerciais, através do Decreto-Lei n.º 262/86, de 02 de setembro, introduzindo-se, no artigo 64.º, a expressão “no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos acionistas e dos trabalhadores”. Para o autor, com esta alteração legal, passou a ser bem claro que “o interesse da sociedade se é ainda o interesse comum dos sócios a ele não se circunscreve”, tendo o legislador imposto aos administradores que também passassem a tomar conta dos interesses dos trabalhadores – ainda que se possa defender que os interesses destes últimos possam não ter o mesmo peso que os interesses dos sócios (Rodrigues 1990, 185).

COUTINHO DE ABREU, uns anos mais tarde e já depois da reforma de 2006, vem defender que esta a recondução do *interesse social* ao interesse dos sócios é uma conceção que se mantém válida “no respeitante ao relacionamento dos sócios com a sociedade”. Não obstante, o autor considera que, ao contrário do que defendido por outros autores, as teorias contratualistas e institucionalistas ainda não estão superadas uma vez que, no seu entender, “várias ideias caracterizadoras daquelas teorias continuam a revelar-se úteis para compreender, sistematizar e distinguir as diversas conceções globais (postas e propostas) sobre o interesse social” (Abreu, Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social 2007, 31)¹⁹¹. Mas, no que respeita aos administradores, refere o autor, “algo mudou com o aparecimento do CSC (1986)”, argumentando que não se podia continuar a defender a conceção contratualista por não ser mais possível “descartar, sem mais, os interesses dos trabalhadores”. E, com a nova redação dada pela reforma de 2006, no entender do autor, aquela conclusão sai reforçada, continuando-se assim, perante um necessário institucionalismo “se não mais intenso, pelo menos mais extenso” (Abreu, Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social 2007, 33-35)¹⁹².

¹⁹¹ A mesma ideia é novamente defendida pelo autor num trabalho posterior (Abreu, Curso de Direito Comercial - Das Sociedades 2011, 291).

¹⁹² Em sentido idêntico CALVÃO DA SILVA defende que, com a atual redação, “o legislador põe o acento tónico no interesse da sociedade – o interesse comum ou interesse coletivo dos sócios, na predominante conceção contratualista – mas não um acento exclusivo, porque e na medida em que manda também atender

Questionando a referência aos muitos e distintos interesses referidos na alínea a) do n.º 1 do artigo 64.º do CSC, o autor faz a seguinte crítica: “formulações como aquela alínea contém são em grande medida, quanto aos interesses dos não sócios, expressão de retórica normativa balofa e potencialmente desresponsabilizadora dos administradores”. E assim o considera porque, caso tais interesses não sejam salvaguardados, por um lado, parece não há forma de responsabilizar os administradores e, por outro,

Quanto maior o elenco dos interesses a considerar e quanto mais difusos ele forem, maior será a discricionariedade dos administradores e menor a controlabilidade da sua atuação – torna-se mais fácil justificar (apelando a um outro interesse) qualquer decisão (Abreu, Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social 2007, 39-40).

Assim, conclui, os deveres de lealdade e de cuidado previstos no n.º 1 do artigo 64.º do CSC “são para com a sociedade, não (imediatamente) para com os sócios, trabalhadores, credores, clientes, etc.” e, para além disso, “a prevalência dos interesses dos sócios parece transparecer da própria lei” uma vez que estes surgem em primeiro plano e precedido de “atendendo” e os demais interesses seguem-se de “ponderando”. A questão que se impõe é esta: então qual a relevância da referência aos demais interesses? Na opinião do autor, essa referência pode possibilitar, em alguns casos, a limitação ou mesmo a exclusão da responsabilização dos administradores perante a sociedade (Abreu, Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social 2007, 45).

Mais recentemente OLAVO CUNHA, pronunciando-se sobre esta temática, escreve que do dever de lealdade constante do artigo 64.º do CSC resulta que os administradores devem ter em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores, mas também os interesses de terceiros “interessados na sustentabilidade da sociedade”, dando como exemplo, os clientes e fornecedores (Cunha 2012, 36)¹⁹³. Assim, para este autor, o *interesse social*

aos interesses individuais de longo prazo dos sócios e ainda ponderar os interesses dos demais stakeholders da sociedade, trabalhadores, clientes, credores e fornecedores”, defendendo, em consequência “uma hierarquização da importância descendente” dos interesses a atender (Silva, Responsabilidade Civil dos Administradores não executivos, da Comissão de Auditoria e do Conselho Geral de Supervisão 2007, 154).

¹⁹³Para este autor, o alargamento do conceito “contribuiu para autonomizar o interesse da sociedade relativamente ao interesse dos seus sócios” (Cunha 2012, 36).

[...] não é um princípio estruturante da sociedade comercial; antes representa um fim da própria sociedade que, constituindo uma organização de fatores de produção, prossegue o objetivo de proporcionar àqueles que a criam ou venham a integrar um ganho com o resultado da atividade dessa organização. E nesses incluiu o Direito atual não apenas os sócios, mas os próprios trabalhadores (...) os clientes e os credores (Cunha 2012, 122).

Ou seja, os administradores, segundo este autor, passam agora a ter que atuar com vista à salvaguarda de todos estes interesses, atendendo quer aos “interesses de longo prazo dos sócios”, como aos interesses de “todos aqueles cujo contributo é indispensável para o desempenho bem sucedido da atividade societária”, concluindo, assim, que “a vertente institucional da sociedade comercial afirma-se de forma perentória e definitiva, sobrepondo os interesses de todos os que gravitam na sua órbita aos interesses de quem a constituiu e gere” (Cunha 2012, 122)¹⁹⁴. Assim, para o autor, o artigo 64.º do CSC, sem avançar com um conceito fechado, delimita o que se designa por *interesse social*, através de um critério geral¹⁹⁵.

Continuamos, portanto, sem ter uma posição unânime da doutrina relativamente a esta temática. A opção entre uma visão mais ou menos institucionalista ou uma visão mais ou menos contratualista (ou, dizemos nós, uma visão quase que mitigada) continua a marcar a tomada de posições. Quanto a nós, consideramos que, face à atual redação do artigo 64.º do CSC, o *interesse social* continua a ser marcadamente pela conceção contratualista e, portanto, o *interesse social, prima face*, é o interesse comum dos sócios. Todavia, não mais é possível descuidar os interesses individuais de longo prazo dos sócios e ainda ponderar os interesses daqueles que se relacionam com a sociedade, designadamente, trabalhadores, clientes, credores e fornecedores.

¹⁹⁴ Em sentido contrário SANTOS MONDIM, num trabalho recente, continua a manifestar preferência pela teoria contratualista “na vertente interesse social como interesse comum dos sócios enquanto sócios”, concluindo assim que os administradores devem “prosseguir com exclusividade o interesse da sociedade, abstenendo-se de exercer as suas tarefas em seu proveito ou em benefício de terceiros” (Mondim 2013, 84). No mesmo sentido se pronunciou FILIPE MAGALHÃES, defendendo que se face à anterior redação se podia “conceder num institucionalismo moderado”, essa questão encontra-se completamente ultrapassada pois a lei dá essa resposta, devendo entender-se por interesse da sociedade o interesse comum dos sócios, quer sejam a curto, médio ou longo prazo (Magalhães 2009, 411-412).

¹⁹⁵ Note-se que para o autor os interesses societários encontram-se num primeiro plano e os interesses pessoais dos sócios encontram-se num segundo plano (Cunha 2012, 499).

Se atendermos à letra da lei, os administradores devem agir no *interesse da sociedade*, atendendo, para tanto, aos *interesses de longo prazo dos sócios* e ponderando, ainda, aos *interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade*, designadamente e por esta ordem, *trabalhadores, clientes e credores*. São, portanto, extensos os interesses a considerar. Alguma doutrina, como já referimos, tem pugnado pela hierarquização destes interesses. Concordamos com esta posição, salvaguardando, ainda assim, que numa primeira linha estão os interesses dos sócios. Assim, quando o administrador, confrontado pelos mesmos e tendo que avaliar o *interesse da sociedade*, este terá num plano principal os interesses dos sócios, que não se esgotam nos interesses a curto prazo. Depois, num plano secundário, terá os interesses dos demais sujeitos¹⁹⁶.

5.3. O movimento de *corporate governance*¹⁹⁷

Chegamos, agora, ao último ponto crucial, no nosso entender, para dar resposta à questão metodológica que determinou este trabalho. Pode, numa primeira impressão, parecer descabida esta análise. Todavia, cremos que assim não o seja. Mais, estamos convictos que está é a dimensão do problema que faltava analisar quando se faz a abordagem do problema do cúmulo de funções.

Este movimento, cuja primeira dificuldade que coloca é a definição do seu conteúdo, conduzindo a diferentes tomadas de posição¹⁹⁸. Isto deve-se, desde logo e como

¹⁹⁶ RICARDO COSTA, referindo-se aos interesses dos demais sujeitos, defende que o legislador consagrou uma “sobrevvalorização indevida e prejudicial” dos mesmos e, ainda, que tal opção, pode permitir a exclusão ou limitação da responsabilidade dos administradores perante a sociedade (Costa 2011, 182).

¹⁹⁷ Nem todos os autores optam por esta terminologia. Há autores que preferem o termo *Governo das Sociedades*, designadamente, MENEZES CORDEIRO (2007, 841); outros, como COUTINHO DE ABREU (Governação das Sociedades Comerciais 2010, 7-8), OLAVO CUNHA (2012, 504-505) manifestam preferência por *Governação de Sociedades* e, outros ainda, preferem *Governança de Sociedades*. Quanto a nós e por considerarmos desnecessária e até algo controversa a tradução, usaremos o termo na sua língua de origem, seguindo assim autores como PEDRO MAIA (2012, 43-44). Sobre esta questão em particular, mas também como obra de referência entre nós, ver um outro trabalho deste autor (Maia, Voto e Corporate Governance. Um novo paradigma para a sociedade anónima. 2010).

¹⁹⁸ Entre nós, MENEZES CORDEIRO, numa tentativa de definir o conceito, escreveu que *corporate governance* é um conceito que “não é definível em termos jurídicos: abrange um conjunto de máximas válidas para uma gestão de empresas responsável e criadora de riqueza a longo prazo, para um controlo de empresas e para a transparência” (Cordeiro, Os deveres fundamentais dos Administradores 2006, 481). Para COUTINHO DE ABREU *corporate governance* é o “complexo das regras (legais, estatutárias,

salienta PEDRO MAIA, ao facto de o movimento de *corporate governance* “não assenta[r] numa construção dogmática que lhe empresta um sentido preciso”, tratando-se, antes, de um “conjunto de temas ou de assuntos, mormente de direito das sociedades, mas nem sequer exclusivamente de direito das sociedades”. Num sentido amplo, podemos considerar que este movimento, além das relações internas da sociedade, abrange todas as partes que se relacionam com a sociedade – os *stakeholders* ou indivíduos que, de algum modo, têm interesse no sucesso da empresa. Num sentido mais restrito do conceito, podemos dizer que o movimento de *corporate governance* se centra nas “relações internas da sociedade” e que, por consequência, remonta pelo menos às origens da sociedade anónima pois “desde sempre foi necessário responder às questões de saber quem exerce que poderes, com que direitos e submetidos a que poderes”. Mas, numa visão ainda mais restrita, podemos cingir o movimento de *corporate governance* às relações entre acionistas e administração (Maia 2012, 44-47). Do ponto de vista do nosso trabalho, é esta conceção mais restrita que nos interessa e sobre a qual nos iremos debruçar¹⁹⁹.

Nesta conceção mais restrita do movimento de *corporate governance* apenas relevam os acionistas e os administradores. Na base desta visão está a *teoria da agência* que, por sua vez, conduziu à *teoria da primazia dos acionistas*: o movimento de *corporate governance* teria assim como objetivo primeiro a tutela dos interesses dos acionistas e a resolução dos *problemas de agência*, de forma a conseguir reduzir os respetivos custos.

jurisprudenciais, deontológicas), instrumentos e questões respeitantes à administração e ao controlo (ou fiscalização) das sociedades”, compreendendo os vários problemas: “relativos à repartição de competências entre órgão deliberativo-interno e órgãos de administração; à organização, composição e funcionamento do órgão administrativo-representativo, modos de designação e de destituição dos administradores, deveres e responsabilidades deles; aos meios de controlo interno e externo das sociedades” (Abreu, Governação das Sociedades Comerciais 2010, 7-9). OLAVO CUNHA entende por governação societária “o complexo articulado de regras e princípios que disciplinam o modo como uma empresa pode, e deve, ser administrada e como é efetuado o controlo regular e permanente dessa gestão, de forma que o exercício da atividade social se processe com transparência para todos os seus *stakeholders* e respeito pelas normas reguladoras do mercado em que a empresa se integra” (Cunha 2010, 161). PAULO CÂMARA, num trabalho sobre a vocação universal do *corporate governance*, escreve que por “governo (ou governação) das organizações se entende aqui, de modo amplo, o sistema de normas jurídicas, de práticas e de comportamentos relacionados com a estrutura de poderes decisórios – incluindo a administração, a direção e demais órgãos diretivos – e a fiscalização das organizações, compreendendo nomeadamente a determinação do perfil funcional dos atores organizativos e titulares de órgãos e corpos organizativos e as relações entre estes, os titulares de capital, os associados ou os fundadores e os outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da organização” (Câmara 2011, 14).

¹⁹⁹ Neste ponto seguiremos de muito perto o trabalho de PEDRO MAIA (2012), bem como os doutos ensinamentos que tivemos oportunidade de colher presencialmente durante a frequência das aulas de mestrado no ano letivo de 2012/2013, na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Esta conceção foi evoluindo e surgiu a *directors primacy approach*, passando a recusar-se que a *teoria da primazia dos acionistas* e a defender-se que aos acionistas deve pertencer o controlo da sociedade e aos administradores deve pertencer *o poder de administrar* - ainda que sempre subordinado ao dever de lealdade perante os acionistas, beneficiários primeiros da sua atuação.

Durante a década de 80, devido à conjuntura internacional vivida nos anos antecedentes, um dos temas centrais do movimento de *corporate governance* foi a discussão sobre a necessidade de, na estrutura de organização societária, termos um *administrador independente*. O objetivo era ter alguém que garantidamente cumprisse uma função de fiscalização dos interesses dos acionistas e, nos anos 90, assistimos a um aumento considerável do número de *administradores independentes* que, para além de deverem zelar pelo cumprimento da lei e dos estatutos, deveriam estar na estrutura societária para avaliar o desempenho dos administradores que, como referimos, deveriam atuar orientados pela prossecução dos interesses dos acionistas – *teoria da agência*. Como conseguir ou potenciar esta motivação dos administradores? Através do alinhamento de interesses das partes envolvidas: reconhecendo-se que sempre que as partes tenham interesses diferentes uma das partes, no caso os administradores, podem ser tentados a prosseguir os seus próprios interesses, a remuneração dos administradores foi vista como a solução para o problema, passando a recorrer-se a um sistema de remunerações variáveis em função da distribuição de dividendos ou, ainda, com recurso à figura das *stock options*. Assim, os administradores conseguiriam promover os seus interesse (máxima remuneração) e, em simultâneo, os interesses dos acionistas.

Não podemos, todavia, deixar de dar nota que esta solução, como cedo se verificou, tem elevados riscos. Um desses riscos, que se prende com o recurso às *stock options*, é que, como se sabe, não há uma relação direta e necessária entre a cotação das ações e a saúde financeira da empresa. E, ganhando os administradores com a elevada cotação das ações, podem sentir-se tentados, como muitos se sentiram, a recorrer a manobras de engenharia financeira e contabilística que conduziam a que a cotação das ações subisse sem que, todavia, a tal subida correspondesse uma efetiva valorização da empresa, acabando por se mascarar a real situação da empresa. A isto acresce que os

administradores, tentados pela possibilidade de vir a fazer dinheiro com a subida da cotação das ações, podiam, como também aconteceu, passar a ter uma administração de elevado risco. Como já referimos, os administradores, na tomada de decisões, estão quase sempre envolvidos numa ponderação do risco, tendo, muitas vezes, que o correr. E, como sabemos, esse risco não corre pelos administradores. Assim, estes podem ser levados a correr riscos, por terceiros, que são desmesurados – ainda que, eventualmente, possam vir a ser responsabilizados como acima já referimos²⁰⁰.

Feita esta breve incursão pela génese do movimento de *corporate governance* cumpre dar nota da globalização deste movimento que nasce nos Estados Unidos da América, mas rapidamente se torna num fenómeno global. Assim, em 1999 a Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico (OCDE) aprovou os *Princípios de Corporate Governance* que incidiram, essencialmente, sobre as seguintes temáticas: direitos dos acionistas; princípio da igualdade de tratamento dos acionistas; papel dos *stakeholders*; divulgação de informação; responsabilidade dos membros da administração²⁰¹. No seio da Comunidade Europeia, não obstante algumas iniciativas anteriores²⁰², destacamos a constituição, em 2001, do *Grupo de Alto Nível de peritos no*

²⁰⁰ Sendo certo que o inverso também se pode verificar. Ou seja, caso o rendimento dos administradores esteja garantido independentemente da cotação das ações, estes podem ser tentados a não correr qualquer risco. É que, não raras vezes, os administradores também são, do ponto de vista do *interesse social*, demasiadamente avessos ao risco. E são-no porque, por exemplo, preferem ter uma remuneração, ainda que potencialmente mais baixa, que seja certa e segura e terem garantias da manutenção do seu cargo. Estas situações são um dos exemplos dos conflitos de interesses invisíveis à que voltaremos mais à frente.

²⁰¹ A atividade da OCDE não se ficou por aqui. Em 2002 deu-se início a um processo de avaliação dos *Princípios de Corporate Governance*, dando origem, em 2004, a um novo documento da OCDE em que se procedeu à revisão dos princípios de 1999, tendo em conta os resultados obtidos durante a fase de avaliação e evolução e experiência acumulada. A nota característica mais distintiva relativamente ao documento de 1999 é, a nosso ver, o enfoque que é dado ao objetivo da transparência que deve perpassar todas as dimensões e princípios de *corporate governance*. Atualmente está em curso uma nova fase de revisão que deverá ser concluída no prazo de um ano. Para mais desenvolvimentos sobre esta temática, consultar a página web da OCDE <http://www.oecd.org/daf/ca/oecdprinciplesofcorporategovernance.htm> (setembro 2014). Cumpre ainda dar nota que a OCDE, juntamente com o Banco Mundial, criaram, em 1999, o *Global Corporate Governance Forum*, cujo objetivo era o de ajudar os países a melhorarem os seus padrões de *corporate governance*. Este fórum ainda se encontra em funcionamento e com várias ações, podendo a sua ação ser consultada na seguinte página web: http://www.ifc.org/wps/wcm/connect/Topics_Ext_Content/IFC_External_Corporate_Site/Global+Corporate+Governance+Forum (setembro de 2014).

²⁰² De entre dessas iniciativas damos especial destaque à Comunicação da Comissão, de 11 de maio de 1999, sobre a “Aplicação de um enquadramento para os serviços financeiros: Plano de ação” [COM(1999) 323 final-Não publicada no Jornal Oficial]. Este Plano de Ação para um mercado financeiro único veio traçar três objetivos estratégicos: instaurar um mercado único dos serviços financeiros de grandes operações; garantir a

domínio do direito das sociedades que, em novembro de 2002, apresentou um Relatório Final que esteve na base do Plano de Ação de 2003. Este documento identificava três principais linhas de ação: (1) aumentar a transparência, devendo as empresas, para tanto, facultar aos seus investidores e à sociedade em geral uma melhor informação sobre a forma como são governadas. Numa outra dimensão de transparência, diz que as empresas devem poder saber quem são os seus acionistas e os investidores institucionais têm de ser mais transparentes nas suas políticas de voto, de molde a facilitar um diálogo mais útil sobre questões relativas ao governo das sociedades; (2) fomentar a participação dos acionistas, provendo um maior envolvimento no governo das sociedades.

Nesta linha de orientação diz-se, ainda, que é necessário estabelecer melhores condições para o controlo da política de remuneração e das transações com partes relacionadas; (3) apoiar o crescimento e a competitividade das empresas, sendo imprescindível, para tanto, simplificar as operações transfronteiriças das empresas europeias, designadamente no caso das pequenas e médias empresas²⁰³. Este Plano de Ação sobre Direito das Sociedades, aprovado pela Comissão Europeia em 21 de maio de 2003, veio, posteriormente, a concretizar-se em Diretivas²⁰⁴ e Recomendações²⁰⁵. A isto acresce o facto de outros instrumentos comunitários que entretanto foram surgindo refletirem a inspiração deste movimento²⁰⁶. Em 2012 a Comissão Europeia publica um outro documento: Plano de Ação 2012²⁰⁷. Este documento da Comissão reflete a intenção e preocupação de ação em três planos distintos: (1) aumentar os níveis de transparência; (2)

acessibilidade e a segurança dos mercados de pequenas operações e reforçar as regras de supervisão prudencial.

²⁰³ Cf. Comunicação da Comissão ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões – “Plano de ação: Direito das sociedades europeu e governo das sociedades - um quadro jurídico moderno com vista a uma maior participação dos acionistas e a sustentabilidade das empresas”, COM/2012/0740 final, acessível em <http://old.eu-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2012:0740:FIN:PT:HTML> (setembro de 2014)

²⁰⁴ Na sequência desta iniciativa, alguns textos comunitários foram alterados, designadamente a 4.^a, 7.^a e 8.^a Diretivas de Direito das Sociedades.

²⁰⁵ Entre outras, destacamos a Recomendação da Comissão Europeia 2005/162/CE, de 15 de fevereiro, sobre o papel dos administradores não executivos, e a Recomendação da Comissão Europeia 2004/913/CE, de 14 de dezembro, sobre a remuneração dos administradores.

²⁰⁶ Estamos a referir-nos, entre outros, a Diretiva 2004/25/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 21 de abril, sobre ofertas públicas de aquisição; o Regulamento (CE) 2157/2001, do Conselho, de 8 de outubro; a Diretiva 2001/86/CE, do Conselho, de 8 de outubro.

²⁰⁷ Cf. Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions - Action Plan: European company law and corporate governance - a modern legal framework for more engaged shareholders and sustainable companies - COM(2012) 740/2.

incentivar o envolvimento dos acionistas a longo prazo; (3) apoiar as empresas europeias de forma a promover o seu crescimento e competitividade.

Em Portugal as primeiras referências a este movimento começaram a surgir na passagem de milénio²⁰⁸, sendo certo que só depois da reforma Código das Sociedades Comerciais, em 2006, é que esta temática passou a ser abordada de forma mais aprofundada e frequente. E, de facto, a marca deixada pelo legislador nacional sobre esta matéria surge com a Reforma de 2006²⁰⁹. O Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de março, foi determinantemente influenciado por este movimento e isso mesmo resulta do próprio preâmbulo do diploma:

O presente decreto-lei visa também atualizar a legislação societária nacional, em vigor desde 1986, que carecia de uma revisão aprofundada atendendo, em particular, aos desenvolvimentos ocorridos na temática do governo das sociedades nos últimos anos, de forma a adaptar os modelos societários previstos no atual Código das Sociedades Comerciais²¹⁰.

A Comissão do Mercado dos Valores Mobiliários (CMVM) também teve um papel determinante nesta matéria. Em 1999 emitiu várias Recomendações²¹¹ e preparou o anteprojeto do diploma que esteve na base da Reforma de 2006, tendo ainda trabalhado na elaboração de diplomas com vista à transposição para o nosso ordenamento jurídico

²⁰⁸ Cumpre referir que, segundo OLAVO CUNHA, o nosso direito positivo já previa, desde a reforma de 1986, algumas soluções que eram influenciadas por este movimento, dando como exemplo a regra da eleição de administradores por um colégio de acionistas que havia votado contra a principal lista ((Cunha 2012, 505-506).

²⁰⁹ Outra importante marca legislativa é a Resolução do Conselho de Ministros n.º 49/2007, de 1 de fevereiro, que veio prever a aplicação dos princípios orientadores do movimento às empresas públicas.

²¹⁰ O legislador considerou que “a experiência recolhida nesta área poderia ser alargada ao restante universo societário nacional, sem deixar de atender às suas especificidades e condicionantes”, reforçando a ideia, a que acima já fizemos referência, de que “a ampliação da autonomia societária, designadamente através da abertura do leque de opções quanto a soluções de governação, é uma das linhas de fundo desta reforma” (cf. Preâmbulo do Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de março).

²¹¹ Por ordem cronológica, a CMVM emitiu as seguintes Recomendações sobre *Corporate Governance*: Recomendação de 1999; Recomendação de dezembro de 2001; Recomendação de novembro de 2003; Recomendação de novembro de 2005; Recomendação de setembro de 2007; Recomendação de janeiro de 2010; Recomendação de julho de 2013, acessíveis em <http://www.cmvm.pt/cmvm/recomendacao/recomendacoes/Pages/default.aspx> e em http://www.cmvm.pt/CMVM/Recomendacao/Recomendacoes/Soccot/Soccot_Set2007/Pages/indicea.aspx (setembro de 2014).

diferentes de diretivas sobre esta temática²¹². Mais recentemente, em 2010, a CMVM, através do Regulamento da CMVM n.º 1/2010, aprovou o mais recente Código de Governo das Sociedades²¹³. Aquele regulamento foi entretanto revogado pelo Regulamento da CMVM n.º 4/2013, que entrou em vigor no dia 01-01-2014. Este diploma, em nosso entender, marca por duas inovações: (1) sistematização das exigências informativas cuja prestação é obrigatória; (2) consagração da possibilidade de adoção a um Código de Governo das sociedades distinto daquele que foi divulgado pela CMVM e cuja reformulação também foi encetada. Neste seguimento, o Instituto Português de *Corporate Governance* aprovou o seu próprio Código de Governo das Sociedades, que define como objetivo “constituir, antes de mais, um instrumento de promoção de boas práticas de governo societário, correspondendo ao apelo de empresas nacionais e de uma vasta comunidade de interessados nas matérias de corporate governance”²¹⁴.

No que em particular respeita aos administradores cumpre deixar algumas notas que consideramos importantes para o nosso trabalho. A relação dos acionistas com os administradores, sendo, como já deixámos dito, uma das temáticas abordadas pelo movimento de *corporate governance*, é condicionada, como refere PEDRO MAIA, por dois pontos essenciais da nossa legislação: (1) distribuição de competências entre acionistas e administradores; (2) subordinação da administração às deliberações dos acionistas em matéria de administração (Maia 2012, 68). Da nossa lei, mormente dos já referidos artigos 405.º e 406.º do CSC, resulta, conforme também já referimos e tomámos posição, uma quase total exclusão dos acionistas das matérias de administração. Esta posição legal, conjugada com a limitação em matéria de designação dos administradores (cf. n.º 2 do artigo 391.º do CSC), levam-nos a concordar com PEDRO MAIA ao concluir que “o regime legal da sociedade vinca um relevante distanciamento dos acionistas em face da gestão da sociedade”. Todavia e não obstante esta conclusão legal, a verdade é que, como o próprio autor reconhece, a prática, ainda que sem suporte legal, evidencia

²¹² Estes trabalhos estão acessíveis em http://www.cmvm.pt/CMVM/Recomendacao/Recomendacoes/Soccot/Soccot_Set2007/Pages/indice.aspx (setembro 2014).

²¹³ O anterior datada de setembro de 2007 e encontra-se acessível em http://www.cmvm.pt/CMVM/Recomendacao/Recomendacoes/Soccot/Soccot_Set2007/Pages/indice.aspx (setembro 2014).

²¹⁴ Este documento encontra-se acessível no seguinte endereço web: http://www.cgov.pt/index.php?option=com_content&task=view&id=773&Itemid=1 (setembro 2014)

incontestavelmente que os acionistas ou pelo menos os acionistas majoritários acabam por “conduzir a administração” (Maia 2012, 69).

Ora, sendo esta – a não imiscuição dos acionistas na esfera gestonária reservada por lei aos administradores – uma preocupação cada vez mais presente no direito societário, bem se compreende que o cúmulo de funções de trabalhador com as funções de administrador não seja uma solução aceite pelo legislador que, como já referimos, demonstra claramente aversão a este tipo de situação. O que aqui está em causa é garantir ao máximo condições que permitam a um administrador de uma sociedade comercial exercer as suas funções de forma independente, sem sujeição a qualquer tipo de pressão ou influência. Assim se justifica que, neste caminho que nos propusemos a percorrer para responder às questões que deram o mote à nossa investigação, tivéssemos obrigatoriamente que fazer uma paragem pelos princípios orientadores deste movimento.

E esta preocupação em garantir a independência dos administradores na tomada de decisões reflete-se, ainda, em muitos outros aspetos e mesmo em diferentes instrumentos que incorporam o movimento de *corporate governance*²¹⁵, nomeadamente através do incentivo cada vez mais forte dos administradores não executivos e, em particular, de administradores independentes nos conselhos de administração²¹⁶. Exemplo disso, nos termos da nossa lei, na comissão de auditoria de sociedade com determinadas características, impõe-se mesmo a presença de administradores independentes (cf. n.º 4 e 5 do artigo 423.º-B). Poderíamos questionar-nos, como fez COUTINHO DE ABREU, sobre qual a razão de ser dos administradores independentes “quando é certo que todos os administradores estão sujeitos aos mesmos deveres legais e estatutários e todos eles devem atuar – imparcialmente – no interesse da sociedade?” (Abreu, *Corporate Governance em Portugal* 2010, 23). A resposta é evidente, sobretudo se prestarmos alguma atenção à

²¹⁵ Esta preocupação também se verifica no âmbito das sociedades participadas por *hedge funds*. Como refere ENGRÁCIA ANTUNES, os gestores dos *hedge funds*, no que respeita aos órgãos de administração das sociedades participadas, assumem “um largo espectro de iniciativas que vão desde a mera monitorização informal da administração até à sua destituição pura e simples”, concluindo “como alguém pitorescamente os designou, os *hedge funds* são os novos xerifes das salas de reunião da administração” (Antunes 2009, 52).

²¹⁶ Neste sentido PAULO CÂMARA, defendendo que “a designação de administradores não-executivos visa propiciar um direto acompanhamento da gestão por administradores que não exerçam o *management* diário da sociedade com uma função avaliadora e densificadora” (Câmara e Dias 2011, 57).

prática quotidiana das nossas sociedades²¹⁷. A propensão de os administradores agirem em seu proveito, por um lado, e o risco dos sócios controladores influenciarem a administração a agir em conformidade com os seus interesses, por outro, são realidades incontornáveis, estando os administradores independentes, pelo menos à partida, “em melhor posição para fiscalizarem a atuação dos executivos, promovendo (maior) imparcialidade, prevenindo e neutralizando conflitos de interesse” (Abreu, Corporate Governance em Portugal 2010, 23).

Porquanto e havendo esta consciencialização do risco sério da subversão do sistema, atendendo aos vários interesses envolvidos, imperioso é criar e reforçar todas as condições que permitam que os administradores exerçam as suas funções com total e efetiva independência. O que, em nosso ver, não é compatível com uma situação em que esse mesmo administrador mantém um vínculo laboral, ainda que adormecido pela suspensão do contrato de trabalho. Este é, em nosso ver, um fator potenciador de colocar em causa, *per si*, o exercício das funções de administrador com a independência que é exigida. Não olvidemos que este administrador continua a ser um trabalhador que, como mais abaixo veremos, mantém a obrigação de cumprimento de alguns deveres de trabalhador e, como tal, continua numa situação de subordinação jurídica, ainda que fortemente atenuada, mas sem que tal exclua a possibilidade de exercício do poder disciplinar por parte da entidade empregadora. Só isto, consideramos nós, é bastante para que o administrador se sinta condicionado na sua atuação o que, como referimos, é contrário a toda a construção do direito societário.

A outra dimensão a ter em conta é a já referida dissociação do risco de capital suportado pelos sócios e a direção efetiva das sociedades que é entregue aos administradores. Como já deixámos dito e bem refere COUTINHO DE ABREU, “embora

²¹⁷ A este respeito COUTINHO DE ABREU refere que a presença deste tipo de administradores tem sido reclamada para “contrabalançar os poderes que têm dominado o conselho de administração. Nas sociedades de propriedade acionária dispersa, eles são vistos como contrapeso e instrumento de controlo dos administradores executivos; nas sociedades com acionistas de controlo, intenta-se que eles contrapesem a influência destes acionistas na administração e tenham também (ou mais) em conta, portanto, os interesses dos sócios minoritários” (Abreu, Governação das Sociedades Comerciais 2010, 81). Para OLAVO CUNHA o objetivo do legislador é o de assegurar que estes administradores “não estejam sujeitos à influência de acionistas de referência ou de outros membros desses órgãos, guiando-se, exclusivamente, pelo interesse social e atuando de forma autónoma, imparcial, isenta e objetiva” (Cunha 2012, 512).

a administração e a representação-vinculação da sociedade não compitam em exclusivo ao conselho [de administração], basicamente é a ela que competem”, aqui se incluindo quer

As decisões estratégicas sobre os objetivos empresariais a longo prazo, as correspondentes organização, dimensão e localização da(s) mesma(s), as várias políticas empresariais (de produção, de distribuição, do pessoal, dos financiamentos), o provimento dos postos laborais de direção, o sistema informacional interorgânico e intraempresarial [e] os atos de execução ou desenvolvimento dessa alta direção” (Abreu, Corporate Governance em Portugal 2010, 16-17).

Ou seja, é aos administradores que compete, na ponderação de assunção de um maior ou menor risco que corre por conta dos sócios, tomar as decisões de administração que ditam o sucesso ou insucesso da empresa.

Aqui, já não estando em causa a questão da independência, está presente uma outra dimensão não menos importante: criar condições para que o administrador, no exercício das suas funções, atue no *interesse da sociedade*. Daí a necessidade de estabelecer regras e princípios que os órgãos de administração devem respeitar de forma a “tornar transparente a administração da sociedade, definir a responsabilidade dos respetivos membros e assegurar que na composição da administração se refletem, tanto quanto possível, as diversas tendências acionistas” (Cunha 2010, 171).

Ora, um administrador que simultaneamente seja trabalhador, ainda, repita-se com o contrato de trabalho suspenso, pode ser tentado, na sua tomada de decisões, a sopesar os seus próprios interesses, na qualidade de trabalhador que continua a ser e que voltará a ser na sua plenitude depois de cessarem as suas funções de administrador, em detrimento do interesse da sociedade, tal qual o defendemos *supra*. É sabido que os administradores que violarem os deveres legais, gerais ou específicos, bem como os deveres contratuais, podem ser responsabilizados nos termos previstos nos artigos 72.º e ss. do CSC. Todavia, não podemos esquecer a regra agora presente no nosso ordenamento jurídico, à qual já fizemos referência – *the business judgment rule*. Ou seja, quando o administrador atue no campo (que é vasto) da discricionariedade “ainda que não consiga (contra)provar que respeitou o dever de tomar decisões razoáveis, fica isento de responsabilidade civil se (contra)provar

(prova bastante mais fácil) que atuou de modo irracional” (Abreu, Governação das Sociedades Comerciais 2010, 32).

5.4. A (in)adequação da solução legislativa prevista no n.º 2 do artigo 398.º do CSC

Face ao que deixámos dito não poderíamos deixar de concluir que a solução prevista no n.º 2 do artigo 398.º do CSC não é uma resposta adequada, quer à realidade das nossas sociedades, quer às exigências do direito societário, plasmado nas alterações introduzidas na reforma de 2006, em particular no que respeita à redação do artigo 64.º e do artigo 72.º n.º 2 do, ambos do CSC, impostas (ou pelo menos inspiradas) pelo movimento de *corporate governance*. Como refere SOVERAL MARTINS, o n.º 2 do artigo 398.º do CSC não proíbe que um trabalhador seja designado administrador, apenas estabelece determinadas consequências para quando se verifique uma situação desse tipo. As consequências são, apenas, a suspensão do contrato de trabalho. E a suspensão do contrato de trabalho “não significa que nada persista” (Martins 2013, 341). Partindo desta conclusão que nos parece sintetizar o que efetivamente resulta do normativo em análise, somos forçados a concluir que esse algo que *persiste* é bastante para colocar em causa a solução do legislador por esta colocar em causa, de forma grave, a sustentabilidade do edifício que se construiu e que se tenta cada vez mais reforçar: a independência do administrador no exercício das funções que lhe são cometidas por lei.

E, ideias (ou ideais) de independência e de transparência não se coadunam, em nosso ver, com a possibilidade de um trabalhador de uma determinada sociedade ser designado administrador e, simultaneamente, ver o seu contrato de trabalho suspenso, mantendo-se, assim, o seu vínculo laboral – ainda que adormecido ou relaxado. Isto implicará sempre que, como já referimos e melhor veremos no ponto seguinte, se mantenham alguns deveres e direitos do trabalhador. O regime de suspensão do contrato de trabalho, ao não estar previsto no Código das Sociedades Comerciais, será aquele que resulta do Código de Trabalho, mormente do n.º 1 do artigo 295.º do CT que dispõe da seguinte forma: “Durante a redução ou suspensão, mantêm-se os direitos, deveres e

garantias das partes que não pressupunham a efetiva prestação de trabalho”. E, mantendo-se deveres, mantém-se igualmente, pelo menos em nosso entender, o poder disciplinar por parte da entidade empregadora. Ou seja, o trabalhador estará, ainda que exercendo funções de administração, numa situação de subordinação jurídica que, como acima já defendemos, é completamente incompatível com o exercício de das funções de administrador.

Esta, de facto, parece-nos uma solução com alguma falta de coerência (sobretudo para quem, como nós, defende a impossibilidade subordinação jurídica na relação eu se estabelece entre o administrador e a sociedade comercial) e, acima de tudo, contraditória com os princípios que inspiram o direito societário no que respeita à forma como devem funcionar os seus órgãos de administração. Isto acrescido à constatação incontornável de que, não obstante as normas imperativas que quase que excluem os acionistas da administração das sociedades, os administradores, na prática e no seu dia a dia, se encontram *obrigados* a seguir as instruções dadas pelos acionistas e, em particular dos acionistas maioritários, é, de facto, bastante para nos fazer questionar, do ponto de vista do direito societário, a possibilidade de cúmulo de funções de administrador e trabalhador, mesmo com a imposição de suspensão do contrato de trabalho prevista no nosso ordenamento jurídico. É também portanto esta dimensão de *subordinação* que, não sendo legal, é verdadeira, nos faz afirmar que é necessário repensar a solução do legislador. Sendo que, como já deixámos dito tal *subordinação* é tanto maior, passando mesmo de subordinação factual a subordinação legal, quando o administrador se encontra ligado à sociedade por um contrato de trabalho, ainda que suspenso.

A quase impossibilidade prática dos administradores, sobretudo os que se encontrem ligados à sociedade através de um contrato de trabalho, exercerem as funções de administração com total autonomia e independência torna-se ainda mais gravosa quando atendemos ao apertado regime de responsabilidade civil a que os administradores estão sujeitos. O regime previsto nos artigos 72.º a 79.º do CSC só faz sentido se tivermos administradores que exercem as suas funções de forma autónoma e independente, sem qualquer tipo de *subordinação*, e totalmente isentos da possibilidade de contra eles serem exercidas quaisquer espécies de pressões.

Mas não é só por estas razões que defendemos que a solução legal prevista no nosso ordenamento jurídico não é a mais adequada. Há mais. Como acima referimos, somos de parecer que os administradores têm que dar cumprimento a um conceito de *interesse social* marcadamente contratualista, devendo atender, numa primeira linha aos interesses comuns dos sócios. Mas, também não é menos verdade que os administradores também têm, em alguma medida e como resulta da al. b) do n.º 1 do artigo 64.º do CSC, de ponderar outros interesses, designadamente os interesses dos trabalhadores. Vale dizer ainda que, na sua tomada de decisões, os administradores deverão ponderar os interesses dos trabalhadores. Isto pode fazer com que os administradores, dentro das várias opções possíveis e ainda que todas dentro da razoabilidade, decidam tendencialmente em sentido favorável aos interesses dos trabalhadores. E será sempre pelo menos tentado a fazê-lo pois, ele próprio, é trabalhador da empresa. A sindicabilidade destas decisões, conforme também já referimos, será muito difícil. E, portanto, o administrador terá sempre margem para, dentro dos limites dos poderes que lhe são conferidos e ainda que respeitando os deveres que lhe são impostos, tomar decisões que, não sendo as que mais realizariam o *interesse social*, sejam as que mais salvaguardam os seus interesses, na qualidade de trabalhador, ainda que com um contrato de trabalho adormecido.

Poder-se-á sempre dizer que, caso tal se verifique, ainda que o administrador não possa, por falta de fundamentos, ser civilmente responsabilizado, sempre poderá ser destituído. Mas sendo destituído sem justa causa – pois parece-nos que há uma margem considerável na atuação do administrador dentro da qual pode salvaguardar os seus interesses enquanto trabalhador e ainda assim não haver justa causa de destituição – sempre o administrador destituído terá que ser indemnizado, nos termos acima referidos, reintegrando, uma vez finda a relação de administração, o seu posto de trabalho.

A isto acresce que, como igualmente já referimos, compete exclusivamente aos administradores, no âmbito das atribuições previstas no artigo 406.º do CSC, decidir sobre matérias fortemente relacionadas com os trabalhadores, designadamente sobre matérias sensíveis como a abertura ou encerramento de estabelecimentos ou partes destes; extensões ou reduções importantes da atividade da sociedade; modificações na organização da empresa. Estas são matérias cuja tomada de decisão muito dificilmente poderá ser

totalmente isenta da tomada em consideração dos interesses dos trabalhadores e, portanto, dos seus próprios interesses. Só o risco potencial de não termos administradores isentos deve ser tido em conta.

E a verdade é que os administradores, no exercício das suas funções, podem deparar-se com inúmeras situações em que há conflito de interesses. E estes conflitos nem sempre são visíveis. De facto, a lei dá-nos soluções para as situações que identifica como sendo aquelas em que há conflitos de interesses. Mas muitas outras situações de potencial conflito de interesses ficam fora das previsões legais, sendo estas, aquelas que são menos visíveis ou mesmo invisíveis, as mais preocupantes. Um exemplo de um conflito de interesses desse tipo foi aquele a que já fizemos referência e que se prende com a medida do risco que assumem na sua tomada de decisões: optar por uma decisão de risco elevado para daí retirar uma máxima retribuição, quando esta é variável ou por uma decisão de risco nulo para garantir uma retribuição certa e a manutenção do cargo. Mas, para além disso, não nos podemos esquecer que os administradores não ganham apenas na medida das suas retribuições. Muitos outros interesses podem estar em jogo: o poder, o prestígio, a influência e, tendo o seu contrato de trabalho suspenso, o seu regresso à qualidade de trabalhador.

Mais. Consideramos que as atuais exigências do direito societário já não impõem apenas transparência na gestão e responsabilização. Exige-se mais. Exige-se, desde logo, que os administradores atuem de acordo com elevados padrões éticos. Tudo ponderado, não nos resta senão concluir que, a nossa visão sobre as exigências, legais e não legais, que devem nortear a atuação dos administradores, não é compatível com a solução legal prevista no n.º 2 do artigo 398.º do CSC.

Ainda que sem ter naturalmente qualquer acolhimento legal, questionamos se a solução mais adequada, atendendo ao que deixámos dito, não poderia passar por consagrar-se como incompatibilidade para o exercício das funções de administração a existência de uma relação laboral. Assim, o que se exigiria, quando um trabalhador pudesse vir a ser designado administrador era que este, querendo aceitar a designação, colocasse termo ao contrato de trabalho, podendo fazê-lo através de um acordo de revogação, recebendo, em contrapartida, todos os créditos salariais e, ainda, as compensações que lhe seriam devidas

por antiguidade. Sabemos e já o referimos que a Constituição da República Portuguesa prevê o direito ao trabalho como um direito constitucional. Mas o trabalhador pode, querendo, colocar sempre termo ao seu contrato. E só faz querendo, seja qual a for o motivo que está na base da sua decisão. Devendo, naturalmente, exigir o pagamento de todos os créditos salariais e compensações que lhe sejam devidas. Sem termos a pretensão desta ser *a solução* e conscientes das críticas que lhe podem ser dirigidas, sempre poderia ser uma orientação para um novo caminho a percorrer. Não sendo este o caminho, outro será necessário percorrer pois os riscos decorrentes da atual solução normativa são, em nosso ver, ponderosos para a questionar e construir um solução alternativa.

6. A suspensão do contrato de trabalho: em que medida fica o contrato de trabalho *adormecido*?

Não sendo a solução legislativa aquela que, em nosso entender e de acordo com o que deixámos dito, melhor salvaguarda os vários interesses em jogo, é a solução que, pelo menos por ora, terá que nos servir. Assim, importa, de seguida, analisar algumas das suas dimensões que mais nos levantam dúvidas. Uma dessas dimensões é o regime de suspensão do contrato de trabalho.

6.1. O regime da suspensão do contrato de trabalho previsto no n.º 2 do artigo 398.º do Código das Sociedades Comerciais

O n.º 2 do artigo 398.º do CSC diz-nos que o contrato de trabalho do trabalhador que for designado administrador se suspende. Nada mais acrescenta. Esta solução é, para nós, além de questionável pelas razões que deixámos expostas, pouco clara. Temos como assente que o contrato de trabalho não se extingue ou, dito por outras palavras, a sua suspensão não determina a cessação da relação laboral²¹⁸. Esta persiste. Mas em que termos? Com que conteúdo? Na falta de respostas no Código das Sociedades Comerciais vimo-nos forçados a recorrer ao regime da suspensão do contrato de trabalho previsto no Código de Trabalho²¹⁹. Assim, e nos termos do n.º 1 do artigo 295.º do CT, uma vez suspenso o contrato de trabalho, “mantêm-se os direitos, deveres e garantias das partes que não pressupunham a efetiva prestação de trabalho”. Importa concretizar o conteúdo desta disposição legal. São várias as dúvidas que se nos colocam e às quais tentaremos dar resposta: Em que consiste a suspensão? Que direitos e deveres se mantêm? Pode o contrato de trabalho, durante o tempo em que se encontra suspenso, ser objeto de alterações?

²¹⁸ DUARTE RODRIGUES diz que a suspensão do contrato de trabalho prevista no Código das Sociedades Comerciais faz com que este fique numa situação de “hibernação em tudo quanto pressuponha a efetiva prestação do trabalho” (Rodrigues 1990, 310). Por sua vez, nas palavras de SOVERAL MARTINS “a suspensão de trabalho não significa que nada persista,” apelidando este vínculo que se mantém como sendo um “vínculo relaxado” (Martins 2013, 341).

²¹⁹ ARMANDO TRIUNFANTE escreve que a este respeito que a suspensão prevista na parte final do n.º 2 do artigo 298.º do CSC “parece decorrer de facto respeitante ao trabalhador aplicando-se consequentemente o regime que resulta dos arts. 333.º e segs. Cód. Trabalho” (Triunfante 2007, 464).

Nas palavras de JORGE LEITE a suspensão do contrato de trabalho consiste “na coexistência temporária da subsistência do vínculo contratual com a paralisação de algum ou alguns dos principais direitos e deveres dele emergentes” (Leite 1999, 256). O vínculo contratual mantém-se, ainda que com algumas especificidades, podendo o trabalhador recuperar o seu lugar no momento em que terminar a causa que determinou a sua suspensão, no caso a designação para o exercício de funções de administração.

O trabalhador com o contrato de trabalho suspenso continua a ter todos os direitos e garantias que *não pressupõem a efetiva prestação de trabalho*. Assim, ainda que perdendo, por regra, o direito à retribuição e às férias²²⁰, o trabalhador mantém, entre outros, a garantia de que a entidade empregadora não pode opor-se ao exercício dos seus direitos; não pode diminuir-lhe a retribuição; não pode mudá-lo para categoria profissional inferior; não pode aplicar-lhe sanção disciplinar sem respeito pelo processo disciplinar; não pode aplicar-lhe sanção disciplinar abusiva. Além disso, como resulta do n.º 2 do artigo 295.º do CT, o tempo de suspensão do contrato de trabalho conta para efeitos de antiguidade, ou seja, da contagem do tempo da relação laboral que releva, desde logo, para efeitos de apuramento das compensações devidas ao trabalhador em caso de cessação do contrato de trabalho. Por consequência, o trabalhador terá igualmente direito a todas as promoções que decorram diretamente de instrumento de regulamentação coletiva, bem como às diuturnidades que entretanto se vencerem. A efetivação de tais direitos apenas se dará, contudo, quando terminar a suspensão do contrato de trabalho (cf. n.º 4 do artigo 295.º do CT)²²¹. Podem, portanto, ocorrer alterações ao contrato de trabalho, mesmo durante o período em que o mesmo se encontra suspenso. Todavia, não se podem aceitar

²²⁰ Neste sentido VAZ MARECOS (2010, 729) e MONTEIRO FERNANDES (2009, 518).

²²¹ Esta é a solução defendida, entre outros, por VAZ MARECOS (Marecos 2010, 729). DUARTE RODRIGUES já havia escrito no mesmo sentido. Defendendo que a relação laboral é uma relação dinâmica, e, portanto, em modificação contínua, resultante de factos modificativos ou de factos evolutivos, defende que a suspensão não impede todos os efeitos evolutivos e mesmo os modificativos, ainda que a sua verificação possa apenas ocorrer quando o contrato de trabalho voltar a vigorar na sua plenitude. Assim, o trabalhador terá direito às diuturnidades ou eventuais promoções automáticas, aqui se incluindo a ascensão a uma nova categoria profissional. Mas, estes direitos só se efetivarão no momento da cessação da suspensão. (Rodrigues 1990, 310-311). O Supremo Tribunal de Justiça, num acórdão de 23-10-2013, em que foi relator o Conselheiro António Leões Dantas pronunciou-se sobre esta questão: “a suspensão do contrato de trabalho (...) cessa no termo do desempenho das funções de administrador, readquirindo o trabalhador, a partir daí, o direito à situação que tinha antes da suspensão, sem prejuízo do cômputo do tempo da suspensão para efeitos de antiguidade”.

alterações que se prendam com a própria natureza do contrato de trabalho, pois que, ao aceitá-lo, estar-se-ia a contrariar a razão de ser desta proibição.

O Supremo Tribunal de Justiça, num acórdão de 23-10-2013 já por nós referido, em que foi relator o Conselheiro António Leones Dantas, pronunciou-se sobre um caso concreto em que estava em causa a suspensão ou não de um determinado contrato de trabalho em virtude de um determinado trabalhador de uma sociedade anónima ter sido nomeado administrador de uma outra sociedade dominada por aquela mesma sociedade e, ainda, sobre as consequências dessa eventual suspensão do contrato de trabalho. A matéria de facto fixada pelas instâncias e para o que aqui relava foi a seguinte: o Autor foi admitido ao serviço da Ré com efeitos a partir de 01-01-1987; em 08-02-2001 o Autor foi nomeado administrador de uma sociedade comercial dominada pela Autora, tendo aí exercido tais funções até 31-09-2009; à data da nomeação da sua nomeação como administrador o Autor auferia uma retribuição de 750.000\$00; em 01-03-2001 o Autor passou a receber a quantia de 775.000\$00; a Ré sempre processou e pagou o vencimento do Autor enquanto trabalhador; o autor nunca recebeu formalmente qualquer valor pelo exercício do cargo de administrador; em 26-01-2007 o Autor e a Ré assinaram um acordo de redução do valor auferido pelo Autor que passaria, desde essa data, a receber a quantia de 2600,00 euros, acrescida de 155,00 euros a título de subsídio de alimentação; depois do Autor deixar de exercer funções de administração, em 31-09-2009, continuou a receber a quantia de 2600,00 euros, acrescida de 155,00 euros a título de subsídio de alimentação; o contrato de trabalho cessou, por denúncia do Autor, a 22-01-2010.

A questão que se colocava era, como referimos, a de saber se o contrato de trabalho se havia suspenso e, tendo-se suspenso, quais as consequências de tal suspensão, peticionado o Autor pela declaração da ilicitude da diminuição da sua retribuição e pela condenação da Ré a pagar-lhe a diferença entre os valores que recebeu e os valores que teria recebido se a sua retribuição não tivesse sido diminuída. A 1.^a instância, partindo do entendimento de que “a simples circunstância de uma pessoa ser cooptada para que, com os seus especiais conhecimentos, vá integrar o grupo de administradores, não implica necessariamente que essa pessoa perca a subordinação jurídica que antes tinha” e concluindo que, no caso concreto, se manteve intocada a

subordinação jurídica, pronunciou-se no sentido que o contrato de trabalho não se suspendeu com a nomeação do Autor para o exercício das funções de administrador. Assim, prosseguiu pronunciando-se no sentido de que os valores que a Ré pagou ao Autor durante o período em que o Autor exerceu funções de administrador deveriam ser considerados como retribuição pelo trabalho subordinado e que, como tal, a redução da retribuição acordada entre as partes em 26-01-2007 era ilícita porque colidia com o princípio da irredutibilidade da retribuição, reconhecendo, por consequência, ao Autor o direito a receber as quantias peticionadas. Não podemos, pelo que deixámos exposto, acompanhar o entendimento da 1.^a instância que, em nosso entender, parte, no seu raciocínio, de um pressuposto errado: a suspensão do contrato de trabalho resulta diretamente do n.º 2 do artigo 398.º do CSC. Trata-se de uma norma imperativa, à qual subjazem razões de ordem pública, cuja aplicação apenas depende da verificação dos pressupostos aí constantes para a sua aplicação.

Não se tendo a Ré conformado com a decisão da 1.^a instância, levou o processo até à Relação. Aqui decidiu-se em sentido distinto. Partindo-se, e bem em nosso entender, do pressuposto de que o contrato de trabalho “por imperativo legal e independentemente da vontade das partes” se suspendeu, passou-se para o passo seguinte: quais as consequências de tal suspensão? Também aqui andou bem a Relação que começou por dar nota que, com a suspensão do contrato de trabalho, o trabalhador deixa de estar obrigado a prestar o seu trabalho e a entidade empregadora deixa de estar obrigada a pagar a retribuição, dando assim provimento ao recurso apresentado pela Ré. Ou seja, foi dado como assente que o contrato de trabalho se suspendeu, deixando, assim, de ser devidas as retribuições e a disponibilidade da força de trabalho. Mas, sendo assim, qual a natureza, neste caso concreto, dos valores auferidos pelo Autor durante o período de suspensão do contrato de trabalho? Para este Tribunal tais valores nunca poderiam ser considerados como retribuição de trabalho subordinado. Esta posição é, de facto, inquestionável para nós. Assim, tais valores apenas poderiam ser considerados como remuneração da atividade efetivamente prestada pelo Autor à Ré.

Uma vez chegado o processo ao Supremo Tribunal de Justiça foi novamente dado como assente que o contrato de trabalho se suspendeu: “o desempenho pelo Autor das

funções de Administrador implicou a suspensão do respetivo contrato de trabalho, sendo a relação inerente ao desempenho daquelas funções a única que se manteve nesse período de tempo”. Assim, conclui-se, não têm aplicação à situação concreta os normativos que tutelam a retribuição e a impossibilidade de redução da mesma, sendo o contrato de trabalho válido e não ferido de nulidade. O que, em nosso entender, faz todo o sentido uma vez que durante o período de suspensão do contrato de trabalho a retribuição auferida pelo Autor rege-se pelas regras previstas no Código das Sociedades Comerciais e não as regras do trabalho subordinado previstas no Código do Trabalho. Por conseguinte, “relativamente ao período de tempo em que o Autor desempenhou as funções de administrador, não lhe são devidas, com fundamento da alegada proibição da redução da retribuição, as diferenças de retribuição reclamadas”. Não obstante e como já defendemos, no momento em que cessa o exercício das funções de administrador, cessa igualmente a suspensão do contrato de trabalho, retomando-se, assim, a plenitude dos direitos e obrigações que daí derivam. Porquanto, andou igualmente bem este Tribunal ao decidir que, nesta data, o Autor retoma a posição em que se encontrava à data da suspensão do contrato de trabalho, impondo-se avaliar as consequências da redução da retribuição do Autor, concluindo-se que este tem direito às diferenças que reclama após a cessação da suspensão do contrato de trabalho.

Feita esta breve incursão por este caso concreto, prosseguimos na busca pelas respostas às questões que colocamos e é a lei que, diretamente em nosso entender, nos responde a outra das nossas questões: a suspensão do contrato de trabalho não tem efeitos no decurso de prazo de caducidade²²² e, além disso, não obsta a que qualquer uma das partes o faça cessar nos termos gerais (cf. n.º 3 do artigo 295.º do CT). Assim, o contrato de trabalho pode terminar, durante o período de suspensão, com fundamento em qualquer uma das modalidades prevista no artigo 340.º do CT.

²²² Ou seja, se durante o período de suspensão do contrato de trabalho se verificar uma das causas que conduz à caducidade do contrato de trabalho, previstas no artigo 343.º do CT, este caduca. A cessação do contrato de trabalho em nada interfere com a relação de administração que se mantém nos seus normais termos. Neste ponto concordamos com DUARTE RODRIGUES que defende que os contratos de administração e de trabalho, porque autónomos, “podem ter sortes diferentes”, mesmo durante o período de suspensão do contrato de trabalho. Assim e como reverso da medalha do que deixámos dito para as situações em que cesse o contrato de trabalho, a destituição das funções de administrador não terá como consequência, pelo menos imediata, a cessação do contrato de trabalho – mas apenas a cessação da sua suspensão. Contudo, salienta o autor, é possível, como melhor veremos no ponto seguinte, que os mesmos factos possam, em concreto, determinar a destituição e o despedimento – mas, mesmo neste caso, os factos extintivos de cada uma das relações são autónomos e sujeitos a formalidades e processamentos distintos (Rodrigues 1990, 311).

No que respeita aos deveres que se mantêm para o trabalhador durante o período de suspensão do contrato de trabalho²²³, destaca-se, do ponto de vista do objeto do nosso trabalho, o dever de lealdade previsto na f) do n.º 1 do artigo 128.º do CT²²⁴. E este dever mantém-se nas suas diversas manifestações²²⁵: não concorrência e obrigação de não divulgar informações empresariais. Como defende MONTEIRO FERNANDES, o trabalhador não pode, durante o período de suspensão do contrato de trabalho, praticar “atos capazes de prejudicar a empresa – nomeadamente concorrer com ela, revelar os seus segredos de fabrico, contribuir para o descrédito dos seus produtos”. E assim é porque “este dever mantém-se de pé exatamente porque, tal como a antiguidade, não pressupõe em absoluto a normal execução do contrato, apenas lhe bastando como suporte a vinculação jurídica das partes e a consequente ligação do trabalhador à empresa” (Fernandes 2009, 517)²²⁶.

6.2. O poder disciplinar: mantém-se no contrato de trabalho *suspense*?

É para nós claro que não existe qualquer incompatibilidade entre o regime da suspensão do contrato de trabalho e a possibilidade do exercício do poder disciplinar por parte da entidade empregadora²²⁷. Ou seja, apesar do contrato *suspense* os poderes disciplinares da entidade empregadora relativamente ao trabalhador mantêm-se²²⁸. Assim,

²²³ MONTEIRO FERNANDES escreve a este respeito que permanecem os “deveres acessórios”, “independentes da efetiva prestação de trabalho – antes relacionados com a situação de *pertença à empresa*” (Fernandes 2009, 517).

²²⁴ Mantendo-se os deveres, a sua violação poderá constituir uma infração disciplinar. Porquanto, se assim o entendemos, há, durante a suspensão do contrato de trabalho, fundamento para o exercício do poder disciplinar, conforme previsto no artigo 98.º do CT, devendo, para tanto, dar-se cumprimento ao procedimento disciplinar previsto nos artigos 398.º e ss. do CT. E, no máximo, poderá mesmo levar à aplicação da sanção disciplinar de despedimento. A esta temática, por suscitar alguma controvérsia, voltaremos no ponto seguinte.

²²⁵ Assim o defende LEAL AMADO (Amado 2009, 336)

²²⁶ Num acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 09-09-2013, em que foi relator o Desembargador Machado da Silva, pode ler-se o seguinte: “Durante a suspensão, se desaparece transitoriamente o dever de trabalhar, mantém-se o dever de colaborar lealmente com o empregador”.

²²⁷ CORDEIRO MENEZES defende, de forma inequívoca, que, durante a suspensão do contrato de trabalho, não se mantêm o poder disciplinar da entidade empregadora, ressalvando apenas as situações em que o trabalhador de mantenha em funções em sociedades do grupo (Cordeiro, Artigo 64.º; 398.º 2009, 977).

²²⁸ No mesmo sentido LEAL AMADO: “se o poder de direção patronal fica *suspense*, já o poder disciplinar permanece, intocado, quanto ao empregador” (Amado 2009, 336); MONTEIRO FERNANDES (2009, 518); OLIVEIRA CARVALHO (2001, 204).

durante o período em que o seu contrato de trabalho se encontra suspenso, o trabalhador pode ser sujeito a processo disciplinar nos termos do 351.º do CT, nomeadamente se for violado de forma grave e prejudicial para a entidade empregadora, o dever de lealdade do trabalhador.

Naturalmente que, caso haja violação dos deveres do administrador, o meio adequado como forma de sanção daquele comportamento será a destituição prevista no artigo 403.º do CSC e/ou a ação de responsabilidade civil dos administradores prevista nos artigos 72.º e ss do CSC. Pelo que, em princípio e como regra, pelos atos praticados no exercício do cargo de administrador, não poderá haver despedimento com justa causa do contrato de trabalho. Todavia, entendemos que existem casos de violação dos deveres de administrador que, pela sua gravidade e prejuízos causados à sociedade, podem conduzir eles próprios a uma violação dos deveres inerentes ao contrato de trabalho e que se mantém, mormente do dever de lealdade, desencadeando dessa forma o correspondente processo disciplinar. Pense-se, por exemplo, o caso de um administrador com o seu contrato de trabalho suspenso, desviar fundos da sociedade para uma conta bancária da sua titularidade. Pese embora, ser um ato praticado no exercício da administração, entendemos que, para além da violação dos deveres de administrador, com as suas naturais consequências, também, houve a violação do dever de lealdade do trabalhador, podendo justificar-se, atendendo às circunstâncias concretas do caso, a aplicação da sanção disciplinar mais gravosa: o despedimento com justa causa prevista na alínea e) do n.º 2 do artigo 351.º do CT.

Em sentido contrário ao que acabamos de defender, encontramos o acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30-10-2001, em que foi relator o Conselheiro Mário Torres. Partindo do pressuposto que se mantém, durante o período da suspensão do contrato de trabalho, os deveres e os direitos do trabalhador que não impliquem a *efetiva prestação de trabalho*, conclui pela possibilidade do trabalhador poder ser sancionado disciplinarmente sempre que tenha um comportamento violador dos deveres que se mantém durante a suspensão do contrato de trabalho²²⁹. Todavia, faz-se a seguinte ressalva:

²²⁹ Aqui se remetendo para outras decisões no mesmo sentido: acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 20-06-1989, processo n.º 2197; acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12-11-1997, processo n.º 3352.

Quando o contrato se encontre suspenso por o trabalhador ter passado a exercer as funções de administrador da empresa em que laborava, não pode ele ser punido disciplinarmente por factos praticados como administrador (cf. Acórdão STJ de 30-10-2001, processo n.º 01S1063).

Não concordamos com esta solução. Se os factos, ainda que praticados na qualidade de administrador, forem, simultaneamente, factos suscetíveis de violar os deveres de trabalhador a que se mantém obrigado, designadamente o dever de lealdade, o administrador poderá, além de ser eventualmente destituído, ser alvo de um processo disciplinar que pode conduzir ao seu despedimento com justa causa. Para tanto será necessário, naturalmente, que se verifiquem os requisitos cumulativos previstos no n.º 1 do artigo 351.º do CT: (1) o comportamento em causa ser ilícito e culposo, e, em si mesmo grave, bem com nas suas consequências; (2) tal comportamento torne imediata e praticamente impossível a subsistência da relação laboral, por quebra absoluta de confiança por parte da entidade empregadora.

Exemplo de uma situação deste tipo resulta do acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 09-09-2013, por nós já referido, em que foi relator o Desembargador Machado da Silva: um trabalhador nomeado membro de um órgão de administração e que, por consequência, fica com o contrato de trabalho suspenso a partir da data da sua nomeação, que exigiu dinheiro a parceiros comerciais da sua entidade empregadora em troca do prosseguimento dos projetos que estavam sob a sua alçada como administrador pode ser alvo de um processo disciplinar com vista ao despedimento com justa causa e, provando-se tais factos, ser efetivamente despedido por violação do dever de lealdade e consequente impossibilidade de manutenção da relação laboral. Cessando o contrato de trabalho com este fundamento mantém-se, ainda assim, a relação de administração que terá que cessar com um outro fundamento: destituição que, em nosso entender, é com justa causa atendendo à violação dos deveres do administrador, enquanto tal.

7. Âmbito de aplicação do n.º 2 do artigo 398.º do Código das Sociedades Comerciais

Até à entrada em vigor do Código das Sociedades Comerciais, em 01 de novembro de 1986, não havia, como já referimos, resposta no direito positivado relativamente à possibilidade de cúmulo das funções de administrador e de trabalhador. Com o Código das Sociedades Comerciais e em particular com o n.º 2 do artigo 398.º do CSC, o legislador veio dar resposta a essa questão, fazendo-o, todavia, pelo menos numa primeira leitura, apenas para as sociedades anónimas e para os membros do conselho de administração. A verdade é que não existe no Código das Sociedades Comerciais qualquer preceito que trate deste problema, de forma específica, para os outros tipos de sociedades. Sendo este um facto incontornável, a questão que se coloca é a seguinte: dever-se-á aplicar analogicamente o n.º 2 do artigo 398.º do CSC aos outros tipos de sociedades e, dentro das sociedades anónimas, a sociedades que tenham outro órgão de administração²³⁰ que não o conselho de administração? Ou, questionámos nós, seria necessário fazê-lo?

A questão que se coloca é, portanto, a de saber se o n.º 2 do artigo 398.º do CSC é uma norma de natureza excecional, que apenas se aplica aos administradores de conselhos de administração, ou se se trata de uma norma geral que contempla um princípio aplicável a todos os órgãos sociais de administração. Parece-nos, atendendo ao que já deixámos dito, que se trata de uma norma que encerra em si mesma um princípio geral que visa restringir o cúmulo de funções em todos os órgãos de administração das sociedades comerciais²³¹. A hostilidade mostrada pelo legislador – e que se compreende – relativamente a este tipo de situações pode verificar-se em qualquer tipo de sociedade e em qualquer tipo de órgãos de administração. O que está em causa é, em qualquer tipo de sociedade, a incompatibilidade do exercício de cargos sociais de administração (necessariamente de forma autónoma e independente) com o exercício de funções laborais (necessariamente caracterizadas pelo

²³⁰ Como sabemos, no atual Código das Sociedades Comerciais, a administração e a fiscalização de uma sociedade comercial podem ser estruturadas de uma das seguintes formas: (1) conselho de administração e conselho fiscal; (2) conselho de administração, compreendendo uma comissão de auditoria, e revisor oficial de contas; (3) conselho de administração executivo, conselho geral e de supervisão e revisor oficial de contas (cf. artigo 278.º do CSC).

²³¹ Diga-se, aliás, que como bem se sabe esta é uma prática legislativa recorrente no Código das Sociedades Comerciais.

nota da subordinação jurídica). Assim, deverá concluir-se pela incompatibilidade dos vínculos laborais com o exercício de funções administração em qualquer tipo de sociedade.

7.1. O problema no âmbito das sociedades anónimas

7.1.1. Administrador único

A lei permite que, na estrutura composta por um conselho de administração e um conselho fiscal, o conselho de administração possa, em alguns casos, ser substituído por um administrador único. Isso acontece quando o capital social da sociedade em causa seja inferior a 200.000,00 euros, aplicando-se ao administrador único as disposições relativas ao conselho de administração que não pressuponham a pluralidade de administradores (cf. n.º 2 do artigo 278.º e n.º 2 do artigo 390.º, ambos do CSC). Assim, parece-nos inquestionável que também ao administrador único se aplica o disposto na parte final do n.º 2 do artigo 398.º do CSC²³².

7.1.2. Administradores membros da comissão de auditoria

Uma das possibilidades de estruturar a administração e a fiscalização de uma sociedade é o conselho de administração compreender uma comissão de auditoria e um revisor oficial de contas (cf. al. b) do n.º 1 do artigo 278.º do CSC). A comissão de auditoria será, assim, necessariamente composta por uma parte dos membros do conselho de administração (cf. n.º 1 do artigo 423.º-B do CSC), à qual é vedado o exercício de funções executivas na sociedade (cf. n.º 3 do artigo 423.º-B do CSC)²³³. Em certos casos e

²³² Ainda que com base numa fundamentação distinta, esta solução também defendida por COUTINHO DE ABREU (Governação das Sociedades Comerciais 2010, 68).

²³³ Desde normativo resulta ainda que a estes membros do conselho de administração que façam parte da comissão de auditoria é-lhes aplicado o disposto no artigo 414.º-A do CSC (que trata do regime de incompatibilidades relativamente aos membros do conselho fiscal, fiscal único ou revisor oficial de contas), com as devidas adaptações e com exceção da al. b) do n.º -- desse mesmo normativo.

como acima identificamos²³⁴, a comissão de auditoria deve conter obrigatoriamente administradores que, além de outros requisitos, sejam independentes (cf. n.º 4 e n.º 5 do artigo 423.º-B do CSC)²³⁵. As competências dos administradores que compõem a comissão de auditoria são, *grosso modo*, controlar a gestão da sociedade e o revisor oficial de contas (cf. artigo 423.º-F do CSC).

Como bem refere SOVERAL MARTINS o artigo 423.º-H do CSC, que faz um conjunto de remissões para normas que tratam de matérias respeitantes aos membros do conselho de administração, não remete para o artigo 398.º do CSC. Assim, poderia “entender-se que naqueles casos a lei apenas deixa valer o regime contido no art. 414.º-A, aplicável por força do disposto no artigo 423.º-B, 3”. E na verdade a al. e) do artigo 414.º-A,1, leva a concluir que não podem ser membros da comissão de auditoria os que “de modo direto ou indireto, prestem serviços [...] com a sociedade fiscalizada ou sociedade que com esta se encontre em relação de domínio ou de grupo”. Porquanto, e porque como conclui o autor, não podemos afastar a aplicação daquele normativo quando estejam em causa contratos de trabalho só pelo mero facto de a lei apenas se referir a contratos de prestação de serviços (Martins 2013, 337). Assim o entendemos também porque se a lei afasta a possibilidade de eleição com fundamento na existência de um contrato de prestação de serviços, por maioria de razão e atendendo às especiais exigências de independência e autonomia, também será de concluir de igual forma quando exista um contrato de trabalho. Isto posto, se uma determinada pessoa estiver vinculada com a sociedade através de um contrato de trabalho esta não pode ser designada como membro da comissão de auditoria, sob pena de tal designação ser nula (cf. n.º 3 do artigo 414.º-A do CSC).

²³⁴ Leia-se, nas sociedades emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado e nas sociedades que cumpram os critérios referidos na alínea a) do n.º 2 do artigo 413.º do CSC (sociedades que, durante dois anos consecutivos, ultrapassem dois dos seguintes limites: total do balanço - (euro) 100000000; Total das vendas líquidas e outros proveitos - (euro) 150000000; número de trabalhadores empregados em média durante o exercício – 150).

²³⁵ Esta é, como já deixámos dito, uma influência do movimento de *corporate governance*. A norma que impõe a presença de administradores independentes remete para o n.º 5 do artigo 414.º do CSC: “Considera-se independente a pessoa que não esteja associada a qualquer grupo de interesses específicos na sociedade nem se encontre em alguma circunstância suscetível de afetar a sua isenção de análise ou de decisão, nomeadamente em virtude de: (a) Ser titular ou atuar em nome ou por conta de titulares de participação qualificada igual ou superior a 2% do capital social da sociedade; (b) Ter sido reeleita por mais de dois mandatos, de forma contínua ou intercalada”.

7.1.3. Conselho de administração executivo

O artigo 428.º do CSC, na redação dada pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de março, sobre a epígrafe “Exercício de outras atividades e negócios com a sociedade” remete expressamente para o artigo 398.º do CSC. Assim, com a reforma de 2006 e a nova redação dada ao referido artigo, deixámos de ter, nesta matéria, regimes distintos para os administradores pertencentes ao conselho de administração e para os administradores pertencentes ao conselho de administração executivo²³⁶. Atendendo a esta nova redação e à remissão do artigo em causa, parece-nos forçoso concluir que aos administradores do conselho de administração executivo aplica-se o regime previsto na parte final do n.º 2 do artigo 398 do CSC²³⁷.

7.2. O silêncio da lei relativamente às sociedades por quotas: como interpretá-lo?

Os gerentes das sociedades por quotas têm competência para praticar os atos necessários ou convenientes à realização do objeto social, com respeito pelas deliberações dos sócios (cf. artigo 259.º do CSC), podendo ainda praticar os atos previstos no n.º 2 do artigo 246.º CSC, desde que devidamente autorizados pelo contrato de sociedade. Analisado o regime jurídico das sociedades por quotas previsto no Código das Sociedades Comerciais não encontramos norma que trate da questão do cúmulo de funções de trabalhador e gerente. Esta ausência de normativo fez com que esta questão tenha sido discutida pela nossa jurisprudência. As respostas encontradas nem sempre são convergentes.

²³⁶ Na anterior redação a remissão era efetuada apenas para o artigo 397.º do CSC, tratando-se no próprio artigo a questão do exercício de outras atividades. Sob este enfoque, refira-se que n.º 3 do artigo 398.º do CSC previa-se para os administradores do conselho de administração, no que respeita à obrigação de não concorrência, um regime distinto daquele que constava do artigo 428.º do CSC para os administradores do conselho de administração executivo. Esta distinção, geradora de controvérsia, era tratada na Doutrina por NOGUEIRA SERENS e PEDRO MAIA (1996), parece-nos ser uma questão ultrapassada com a nova redação do artigo 428.º do CSC.

²³⁷ Neste sentido COUTINHO DE ABREU (Abreu, Governação das Sociedades Comerciais 2010, 69) E MANUEL TRIUNFANTE (2007, 464).

O Supremo Tribunal de Justiça pronunciou-se sobre esta questão num acórdão de 29-09-1999 (processo n.º 98S364), em que foi relator o Conselheiro José Mesquita. A questão a decidir era a de “saber se a qualidade de sócio gerente de uma sociedade por quotas é compatível com a de trabalhador subordinado dessa mesma sociedade”. O sentido decisório aqui encontrado foi no sentido de

[...] dever concluir-se pela não aplicação analógica do disposto no artigo 398 do C.S.C. às sociedades por quotas, onde as realidades práticas podem reclamar a admissibilidade da acumulação das funções de gerente, melhor, de sócio gerente e de trabalhador subordinado (cf. Acórdão STJ de 29-09-1999, processo n.º 98S364).

Um outro argumento aqui aduzido, além do que acabamos de referir e que se prende com a realidade prática²³⁸ é o de que,

[...] seria no mínimo muito estranho que o legislador do Código das Sociedades Comerciais, tendo pensado no problema, querido a solução, vazando-a expressamente no artigo 398 para as sociedades anónimas, não tenha adotado expressamente o mesmo regime para as sociedades por quotas se desejasse que lhes fosse aplicável. O silêncio é aqui bem o sinal de não ter querido consagrar a proibição, deixando a solução em aberto para a peculiaridade de cada caso concreto [...]. (cf. Acórdão STJ de 29-09-1999, processo n.º 98S364)²³⁹.

²³⁸ Segundo resulta deste acórdão, são aspetos a considerar para apurar, casuisticamente, da possibilidade de cúmulo, os que a seguir se enunciam:

- a) anterioridade ou não do contrato de trabalho face à aquisição da qualidade de sócio gerente;
- b) retribuição auferida, procurando surpreender alterações significativas ou dualidade de retribuições;
- c) natureza das funções concretamente exercidas, antes e depois da ascensão à gerência, designadamente em vista a apurar se existe exercício de funções tipicamente de gerência e se há nítida separação de atividade;
- d) composição da gerência, designadamente ao número de sócios gerente e às respetivas quotas;
- e) existência de sócios maioritários com autoridade e domínio sobre os restantes;
- f) dependência, hierárquica e funcional, dos sócios-gerentes que desempenhem tarefas não tipicamente de gerência, relativamente a outras atividade (cf. Ac. STJ de 29-09-1999, processo n.º 98S364).

²³⁹ Esta mesma posição foi defendida no Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 15-12-2005 (processo n.º 9561/2005-4), em que foi relator o Desembargador Ramalho Pinto. Aliás, cumpre referir que, ainda que esta não seja a posição que acompanhamos, os nossos tribunais têm vindo a pronunciar-se maioritariamente no sentido da “admissibilidade legal da coexistência da mesma pessoa das qualidades de trabalhador por força de contrato e de gerente de uma sociedade por quotas, de que não é sócio” (cf. acórdão TRL, de 15-12-2005, processo n.º 9561/2005-4). No mesmo sentido: Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 30-11-2009 (processo n.º 995/07.3TTMTS.P1), em que foi relator o Desembargador Ferreira da Costa e Acórdão do TRL, de 08-05-2013 (processo 437/08.7TTLSB.L1-4), em que foi relatora a Desembargadora Maria João Romba.

Também a nossa doutrina se tem pronunciado em sentido idêntico²⁴⁰. Para DUARTE RODRIGUES, como já deixámos dito, “a existência de eventual subordinação jurídica tem de se apurar e medir no terreno concreto da vida”. Assim, para este autor, uma vez que não há norma legal equiparada ao n.º 2 do artigo 398.º do CSC para o órgão de administração das sociedades por quotas, a regra é a da admissibilidade de cúmulo, sem suspensão do contrato de trabalho. Salientando, todavia, que será sempre necessário que se verifiquem determinados pressupostos: “o contrato de trabalho deve corresponder a um posto de trabalho efetivo, a uma função de trabalho real, precisa e distinta do mandato social, exercida em posição de subordinação”. Mas dúvidas podem levantar-se, segundo o autor, relativamente às sociedades por quotas em que temos um único gerente. Todavia e não obstante as posições contrárias sobre este ponto, o autor defende que “mesmo quando a gerência for singular poderá admitir-se o cúmulo, na medida em que o gerente se encontre subordinado ao colégio dos sócios ou à respetiva maioria”, afastando a possibilidade de cúmulo apenas quando o gerente único representar só por si a maioria do colégio dos sócios “por não se ver como poderia organizar-se e funcionar a subordinação do gerente único e sócio maioritário” (Rodrigues 1990, 304,312-313).

Outros dos autores que também se pronunciou em sentido idêntico foi RAÚL VENTURA. Este autor, começando por referir que “na prática portuguesa existem numerosas pequenas sociedades por quotas em que o sócio gerente exerce funções que não competem a gerentes” conclui que a existência de um preceito legal que proibisse tal prática seria “ridiculamente ineficaz”. Contrariando o argumento de que o exercício das funções de gerente é inconciliável com uma situação de subordinação jurídica, o autor defende que “no caso de pluralidade de gerentes haverá quem, representando organicamente a sociedade, exprima as ordens, instruções, fiscalização características do lado ativo da subordinação de um gerente-trabalhador” e que, além disto, “também se poderiam diferenciar situações em função da influência que efetivamente o gerente exerce na sociedade, recusando a cumulação quando essa influência fosse grande”. Reportando-se

²⁴⁰ Defendendo a possibilidade de cúmulo encontramos ainda, além daquelas que a seguir daremos conta, a posição de SARMENTO DE OLIVEIRA. A posição deste autor resulta da posição que este defende relativamente à possibilidade do gerente poder estar vinculado à sociedade por um contrato de trabalho. Assim, não há, no seu entender obstáculo ao cúmulo por, no seu entender, ser possível verificar-se a subordinação jurídica. (A. S. Oliveira 2005, 203). Não podemos, pelas razões já expostas, acompanhar a posição deste autor, muito menos atendendo aos seus argumentos.

à situação de um gerente único e dizendo que não vai ao ponto de o desdobrar “em duas personalidades para uma dar ordens ou instruções recebidas pela outra”, reconhece que a cumulação de várias qualidades “pode causar graves complicações práticas e jurídicas”: ainda assim, “no campo dos princípios” o obstáculo da subordinação não lhe parece intransponível (Ventura 1999, 35-37)²⁴¹.

BRITO CORREIA, por sua vez e no mesmo alinhamento, defende que, na falta de disposição diretamente aplicável às sociedades por quotas, “a questão terá que ser resolvida caso a caso”, defendendo, todavia, que, por regra, “não é de presumir a cumulação, mas admito que possa haver circunstâncias (...) em que tal cumulação seja de reconhecer”, dando como exemplo o caso de um trabalhador que seja designado gerente e que este continue a exercer, além das funções de gerente, as funções que exercia como trabalhador e, relativamente a estas funções, continue “subordinado ao poder de direção do sócio (gerente ou não) dominante” (L. B. Correia 2009, 14-15).

Consideramos que a posição de que é casuisticamente que se deve apurar, nas sociedades por quotas, se se mostra compatível o cúmulo do exercício das funções de administração com um contrato de trabalho não pode colher. E assim o consideramos porque, se assim fosse, então, também nas sociedades anónimas a solução poderia ser a mesma pois que, também aí como nas sociedades anónimas, as circunstâncias concretas do caso é que determinariam a suspensão ou não do contrato de trabalho. Parece-nos a nós que assim não é porque o que importa atender é aos interesses em jogo, sendo eles os mesmos independentemente do tipo de sociedade que estiver em causa, seja uma sociedade anónima, seja uma sociedade por quotas.

No que respeita ao argumento do alegado silêncio do legislador relativamente às sociedades por quotas dever ser entendido como uma manifestação da sua vontade em que a regra prevista no n.º 2 do artigo 398.º do CSC não se aplica às sociedades por quotas, também não deve colher, em nossa opinião. Conforme já defendemos este normativo contempla um princípio geral que, como tal, deve ser aplicado a todos os tipos de

²⁴¹ COUTINHO DE ABREU, dando conta do consenso doutrinal sobre esta temática, e defendendo igualmente a possibilidade de cúmulo, considera que RAÚL VENTURA vai longe de mais quando aceita o cúmulo para as situações em que há um gerente único (Abreu 2010, 70).

sociedades comerciais. Por fim, o argumento de que, atendendo a esta ser uma prática frequente entre nós, proibi-la seria ineficaz também não pode ser atendido, a nosso ver. Esse não deve ser o princípio. Pelo contrário, se temos uma situação de violação recorrente da lei talvez seja porque ainda não é devidamente claro que tal situação constitui uma efetiva violação da lei. A consciencialização dos princípios que estão subjacentes ao n.º 2 do artigo 398.º do CSC e que cada vez são mais valorados no nosso direito societário, deve-nos levar a ter um posicionamento crítico da sua violação.

Em sentido contrário ao defendido pelos autores acima referidos, num Acórdão do TRP, de 24-01-2005 (processo n.º 0414989), e que foi relator o Desembargador Machado Silva, defende-se que,

O exercício de funções de “sócio-gerente” de uma sociedade comercial por quotas é incompatível com o exercício de funções subordinadas nessa mesma sociedade, próprias do contrato de trabalho. (cf. Acórdão TRP, de 24-01-2005, processo n.º 0414989).

A argumentação aqui trazida é a de que os gerentes, como os administradores, “estão obrigados a exercer o seu múnus com a diligência de um gestor criterioso e ordenado, no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores – cfr. artigo 64.º”, trazendo-se, ainda, em reforço desta posição o disposto no artigo 259.º do CSC onde se estabelece que os gerentes devem praticar “os atos necessários ou convenientes para a realização do objeto social”. E, efetivamente, também consideramos que esta disposição é, de alguma forma, uma norma em muito semelhante à norma equivalente para as sociedades anónimas, o já referido artigo 406.º do CSC. Pelo que, conclui-se que,

Esta indiscutível afinidade de situações entre os administradores e os gerentes não pode deixar de reclamar que, em relação aos gerentes societários, sócios da sociedade, anteriormente vinculados à sociedade por contrato de trabalho, sendo bem forte o risco de conflitos entre os interesses da sociedade, na prossecução dos seus objetivos, e os dos trabalhadores, tal problema seja resolvido, por analogia, através da incompatibilidade prevista no citado art. 398.º.

Face ao exposto, aplaudimos a extensão do artigo 398.º do CSC, por aplicação analógica, às sociedades por quotas, pelas razões aqui expostas e, ainda, porque os

interesses em causa e que justificam a solução prevista no n.º 2 do artigo 398.º do CSC, como referimos, são os mesmos tanto nas sociedades anónimas, como nas sociedades por quotas. E, porquanto, a afinidade que aqui evidenciamos reclama, em nossa opinião e acompanhando os que assim o defendem²⁴², um tratamento igual de uma situação que consideramos igual, não podendo deixar de se reclamar aos gerentes aquilo que se reclama, nesta matéria, para os administradores.

7.3. As sociedades em relação de domínio ou de grupo: exigência de uma ponderação mais aprofundada?

O n.º 2 do artigo 398.º do CSC não se limite a ditar a solução legal para as situações em que o trabalhador de uma sociedade é designado administrador dessa mesma sociedade. Da letra da lei resulta que a mesma solução – leia-se a suspensão do contrato de trabalho – também se aplica caso o trabalhador seja designado administrador nas sociedades referidas no n.º 1 do mesmo normativo, ou seja, em sociedade que estejam em relação de domínio²⁴³ ou de grupo²⁴⁴. Não obstante a clareza, em nosso entender, de tal

²⁴² VAZ MARECOS é um dos autores que defende que, “quando o gerente, antes da designação, desempenhava o seu trabalho ao abrigo de um contrato de trabalho, esse contrato deve entender-se que se suspende” (Marecos 2010, 105). PALMA RAMALHO também defende a aplicação analógica do n.º 2 do artigo 398.º do CSC aos gerentes. Mas não o defende em todas as situações. Apenas quando os gerentes “não exerçam as suas funções com subordinação e sim com autonomia”. Ou seja, ainda que por princípio aceite a aplicação analógica, considera que teremos que avaliar, caso a caso, se o gerente exerce as suas funções com autonomia. Reconhecendo ser esta a regra conclui que, em tais situações, “a possibilidade de acumulação de tais funções [de gerente] com um contrato de trabalho em execução é necessariamente prejudicada, por força da natureza do próprio contrato de trabalho e independentemente de qualquer estatuição normativa do foro societário”, defendendo que a questão tem que ser analisada, como ela o faz, sob um prisma laboral. (Ramalho 2008, 516-521).

²⁴³ Nos termos do n.º 1 do artigo 486.º do CSC “considera-se que duas sociedades estão em relação de domínio quando uma delas, dita dominante, pode exercer, diretamente ou por sociedades ou pessoas que preencham os requisitos indicados no artigo 483.º, n.º 2, sobre a outra, dita dependente, uma influência dominante”, sendo que segundo disposto no n.º 2 do mesmo normativo “presume-se que uma sociedade é dependente de uma outra se esta, direta ou indiretamente: a) Detém uma participação maioritária no capital; b) Dispõe de mais de metade dos votos; c) Tem a possibilidade de designar mais de metade dos membros do órgão de administração ou do órgão de fiscalização”.

²⁴⁴ A nossa lei distingue entre os grupos constituídos por domínio total, inicial (cf. artigo 488.º do CSC) ou superveniente (cf. artigo 489.º do CSC); grupos constituídos por contrato paritário (cf. artigo 492.º do CSC); e grupos constituídos por contrato de subordinação (cf. artigo 493.º do CSC). Para mais desenvolvimentos sobre esta temática remetemos para um trabalho DE COUTINHO DE ABREU (1990, 5-12).

entendimento, a verdade é que esta é uma questão que tem sido discutida pela nossa doutrina.

RAÚL VENTURA é um dos autores que toma posição, defendendo que não duvidando que o n.º 2 do artigo 398.º do CSC deve ser aplicado quando um trabalhador da sociedade dominada é designado administrador da sociedade dominante, questiona o tratamento a dar à situação inversa, ou seja, “designação de um trabalhador de sociedade dominante para administrador de sociedade dominada”. Depois de aceitar que as duas situações podem caber na letra da lei, o autor afasta, ainda assim e por não considerar esse argumento como bastante, a aplicação do n.º 2 do artigo 398.º do CSC às situações em que o administrador designado é trabalhador da sociedade dominante e exerce funções na sociedade dominada. E fá-lo com o argumento de que, nestes casos, o administrador da sociedade dominada não pode exercer influência sobre a sociedade dominante, com quem mantém uma relação laboral (Ventura 1994, 194).

Outro dos autores que tem tomado posição relativamente à interpretação no referido normativo é COUTINHO DE ABREU, tendo-o feito em diversos trabalhos. O autor defende uma *interpretação restritiva* do n.º 2 do artigo 398.º do CSC, “no que respeita às sociedades em relação de domínio ou de grupo”. Assim, também segundo o seu entendimento, um trabalhador de sociedade dominante pode ser designado administrador de sociedade dominada, “sem prejuízo da plena vigência do contrato de trabalho (se, claro, o trabalhador continuar a laborar na dominante)”, porque, nestes casos, o administrador da dominada não tem “poder para influir na situação laboral relativa à dominante” (Abreu 2006, 18)²⁴⁵.

Cumprido, ainda, fazer uma referência ao trabalho de PALMA RAMALHO. Para esta autora “a diversidade de situação de grupo obriga a testar o fundamento da extensão da regra” prevista no n.º 2 do artigo 398.º do CSC. O que está em causa, para a autora, é “a possibilidade de influência recíproca dos entes societários”. Aceitando a aplicação da regra da incompatibilidade quando um trabalhador da sociedade dominada seja nomeado administrador da sociedade dominante, questiona igualmente como os autores que

²⁴⁵ No mesmo sentido voltou o autor a pronunciar-se num trabalho de 2010 (Abreu, Governação das Sociedades Comerciais 2010, 68-69).

acabamos de referir, a mesma solução para a situação inversa porque, nestes casos, defende, o administrador “não tem poder para influenciar a gestão da sociedade dominante e, assim, indiretamente, para beneficiar a sua própria posição como trabalhador subordinado dessa sociedade” (Ramalho 2008, 525-526)²⁴⁶.

SOVERAL MARTINS, por sua vez, salienta que uma interpretação restritiva do n.º 2 na mesma medida, afastando a sua aplicação às sociedades dominadas, pode conduzir a uma situação de risco uma vez que, também nesses casos, os administradores das dominadas podem influenciar, em alguma medida, as dominantes. A isto acresce, segundo o autor, que a vontade do legislador parece ter sido a de evitar também este risco, ainda que potencial, dando como exemplo a situação, plausível e mesmo frequente, em que a dominante tenha interesse em que o administrador em concreto se mantenha em funções na dominada. Como refere o autor, o legislador pode ter tido a intenção de ir mais além e querer abranger não apenas as situações em que “os administradores podem prevalecer-se do cargo relativamente à dominada, mas também aqueles em que há pelo menos o risco de poderem influenciar a atuação da dominante” (Martins 2013, 338-339).

Concordamos plenamente com a posição deste autor. E, além deste argumento, parece-nos que os defensores da referida interpretação não tiveram em conta o disposto no artigo 334.º do CT que estabelece que, pelos créditos emergentes de contrato de trabalho ou pelos créditos decorrentes da sua violação ou cessação, “respondem solidariamente o empregador e sociedade que com este se encontre em relação de participações recíprocas, de domínio ou de grupo”²⁴⁷. Ou seja, um trabalhador que detenha um crédito laboral vencido há mais de três meses sobre a sua sociedade empregadora pode exigir esse crédito, indistintamente, a qualquer das sociedades que se encontre em relações recíprocas, de domínio ou de grupo, com essa mesma sociedade empregadora. Ora, a ser assim e

²⁴⁶ OLIVEIRA CARVALHO, questionando o que acontece a um contrato de trabalho quando “um trabalhador subordinado juridicamente à sociedade-mãe ser designado para exercer funções de administrador ou gerente numa sociedade-filha ou vice-versa”, responde que, estando em causa uma sociedade anónima, a resposta é-nos dada pelo artigo 398.º do CSC, excluindo-se, assim, “a admissibilidade de exercício concomitante de atividade laboral em sociedade do mesmo grupo ou em relação de domínio”. Todavia, a autora questiona “a bondade desta solução”, sendo “pouco clara”, no seu entender, “a razão justificativa desta dualidade”. Ainda assim, conclui a autora, “a norma aparentemente não deixa grande margem para dúvidas” (Carvalho 2001, 208).

²⁴⁷ Sobre esta temática ver GARCIA PEREIRA (2004); JOANA VASCONCELOS (2004); ROMANO MARTINEZ (2005).

seguindo-se a solução de uma interpretação restritiva do n.º 2 do artigo 398.º do CSC, pode suceder o caso de um administrador da sociedade dominada, que já não vê o seu salário pago há mais de três meses pela sociedade dominante, pagar-se a si próprio com fundos da sociedade por si gerida, convocando, para tanto, o artigo 334.º do CT.

Para além disso, a questão não pode ser vista apenas do prisma do administrador poder usar a sua posição em seu favor. Mas também, como já defendemos, a possibilidade da autonomia e independência do administrador serem, de alguma forma, condicionadas. Sendo para nós incontestável que tal pode acontecer quando um trabalhador da sociedade dominante é designado administrador da sociedade dominada.

8. Breves reflexões conclusivas

Após percorrermos as várias posições sobre a natureza da relação de administração, concluímos pela sua natureza contratual. Assim o concluímos porque, desde logo, consideramos que a eleição de um administrador em assembleia geral é uma deliberação social, à qual deve ser reconhecida natureza de declaração negocial. Esta declaração negocial só produz os efeitos a que se destina se for aceite pelo administrador. Estão, assim, em causa duas declarações de vontade que, em conjunto, formam um contrato. Chegados aqui impunha-se dar resposta à seguinte pergunta: que tipo de contrato se estabelece entre o administrador e a sociedade comercial? A nosso ver, o contrato em causa afasta-se do contrato de mandato e do contrato de prestação de serviços, mas, sobretudo, do contrato de trabalho. Desta feita, seguimos aqueles que defendem que tal contrato é um contrato *sui generis*, com um regime que lhe é próprio e que não se reconduz a nenhum outro tipo contratual – o contrato de administração.

No momento seguinte do nosso trabalho tentamos, ainda que de forma concisa, perceber quais as notas caracterizadoras do estatuto de administrador, mas também do estatuto de trabalhador. Foi importante este passo porque permitiu-nos avançar para o objeto central do nosso trabalho com ferramentas de apreciação crítica mais apuradas. Perceber o real conteúdo das funções de administrador e das funções de trabalhador, deu-nos uma visão mais sistémica da problemática que nos propusemos tratar. E, aos poucos, fomos avançando e dando respostas, que não sendo obviamente isentas de críticas, são aquelas que, como tentamos demonstrar, resultam da nossa perceção do nosso direito societário e do nosso direito do trabalho, mas também do conhecimento da realidade factual que marca grande parte das nossas sociedades comerciais.

Para nós é inquestionável que o n.º 2 do artigo 398.º encerra um princípio geral de incompatibilidade entre o exercício de funções de administração e o exercício de funções laborais. Seguimos aqueles que Vêm nesta norma uma manifestação de hostilidade do legislador relativamente às situações em que o exercício da administração se relaciona, de alguma forma, com as funções de trabalhador. A autonomia da atividade de gestão de um administrador determina, em nosso entender, uma total incompatibilidade entre a

relação de administração e a relação laboral. Está em causa a tutela da independência, da autonomia e idoneidade do administrador.

O passo mais difícil de dar no caminho que percorremos foi o de responder à questão que justificou a escolha pelo tema deste trabalho: será que a resposta que a lei nos dá é bastante para as atuais exigências do direito societário? A opção pela suspensão do contrato de trabalho visa, conforme deixámos dito, impedir que os interesses da sociedade não sejam, de algum modo, preteridos pelos interesses individuais do administrador que não deixa de estar vinculado à sociedade através de um contrato de trabalho. Mas será isto bastante?

Não podemos ignorar que a pessoa em causa é a mesma e, numa situação de conflito de interesses, muito dificilmente o administrador vai conseguir não ter em conta a sua qualidade de trabalhador, ainda que com um contrato de trabalho suspenso, desligando-se desta sua qualidade no momento da tomada de decisões. Desta feita, o normal é que as decisões tomadas como administrador, sempre que contendam com questões que afetem de alguma forma a sua condição de trabalhador, sejam um reflexo desta concentração, na mesma pessoa, de interesses antagónicos. A possibilidade de, mesmo com o contrato de trabalho suspenso, o administrador se ver colocado em situações de manifesto conflito de interesses, visíveis ou menos visíveis, é enorme. Para além disso, e não obstante as normas imperativas que atribuem em exclusivo, ou quase em exclusivo, aos administradores as funções de administração da sociedade, a prática mostra-nos, de forma incontestável, que os administradores são pressionados (ou mesmo obrigados) a seguir as instruções dadas pelos acionistas e, em particular, dos acionistas maioritários.

Tudo ponderado, somos levados a concluir que os ideais de transparência na gestão e responsabilização dos administradores, bem patentes no nosso direito positivado, mas também nas orientações do movimento de *corporate governance*, não são compatíveis com a solução legal prevista no n.º 2 do artigo 398.º do CSC. O que se exigiria, no nosso entendimento, era que quando um trabalhador pudesse vir a ser designado administrador este tivesse que, querendo aceitar tal designação, colocar termo ao seu contrato de trabalho, podendo fazê-lo através da celebração, com a entidade empregadora, de um acordo de revogação, recebendo, em contrapartida, todos os créditos salariais e, ainda, as

compensações que lhe seriam devidas por antiguidade. Este pode, segundo o nosso entendimento dos interesses em jogo, ser o caminho a percorrer.

Não sendo esta a solução que nos é dada pelo nosso direito positivo e não tendo, atualmente, qualquer acolhimento legal, terminamos o nosso trabalho com a análise da solução que nos é dada pela nossa lei. Assim, traçamos as principais linhas que caracterizam o regime de suspensão do contrato de trabalho e que, de forma simplista, resultam na manutenção dos deveres, direitos e garantias do trabalhador que não exijam a prestação efetiva da obrigação de trabalho. Neste quadro que resulta do direito do trabalho, concluímos pela manutenção do poder disciplinar sobre o trabalhador que tenha o seu contrato de trabalho suspenso, daí podendo resultar, em consequência e nos termos que deixámos expostos, a aplicação de sanções disciplinares ao trabalhador e, em última instância, a sanção disciplinar de despedimento com justa causa.

Por último, delimitamos aquele que é, em nosso entender, o âmbito de aplicação do n.º 2 do artigo 398.º do CSC: a incompatibilidade dos vínculos laborais com o exercício de funções administração verifica-se em qualquer tipo de sociedade. Pois, outra solução não poderia ser por nós defendida, atendendo à visão que temos desta norma como contemplando um princípio geral de incompatibilidade de funções de administrador e trabalhador.

Terminamos com a citação que deu mote ao nosso trabalho, deixando a cada um a indagação das razões pelas quais aqui encontramos a nossa inspiração: "Quem não pode ou não sabe acumular, nunca chega a ser sábio nem rico" (Marquês de Maricá).

Bibliografia

Abreu, Jorge Coutinho. *Administradores e trabalhadores de sociedades (cúmulos e não)*. Vol. Colóquios N.º 2, em *Temas Societários*, montagem por IDET, 9-21. Coimbra: Almedina, 2006.

Abreu, Jorge Coutinho. *Artigo 373.º; 392.º; 399.º;403.º*. Vol. VI, em *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, de Jorge Coutinho Abreu, montagem por IDET. Coimbra: Almedina, 2013.

Abreu, Jorge Coutinho. “Corporate Governance em Portugal.” In *Miscelâneas*, montagem por IDET, 9-47. Coimbra: Almedina, 2010.

—. *Curso de Direito Comercial - Das Sociedades*. Vol. II. Coimbra: Almedina, 2011.

Abreu, Jorge Coutinho. “Destituição de administradores de sociedades.” *Boletim da Faculdade de Direito - Separata LXXXIII* (2007): 75-98.

Abreu, Jorge Coutinho. “Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social.” In *Reformas do Código das Sociedades*, montagem por IDET, 17-47. Coimbra: Almedina, 2007.

Abreu, Jorge Coutinho. “Diálogos com a jurisprudência. III - Destituição de Administradores.” *Direito das Sociedades em Revista* (Almedina), Março 2011: 11-25.

—. *Governança das Sociedades Comerciais*. Coimbra: Almedina, 2010.

—. *Grupos de Sociedades e Direito do Trabalho*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 1990.

Abreu, Jorge Coutinho. “Negócios entre a sociedade e partes relacionadas (administradores, sócios) - sumário às vezes desenvolvido.” *Direito das Sociedades em Revista* (Almedina), Março 2013: 13-25.

—. *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades*. 2.^a. Montagem por Cadernos N.º 2 IDET. Coimbra: Almedina, 2010.

Abreu, Jorge Coutinho, e Elisabete Ramos. “Responsabilidade Civil dos Administradores e de Sócios Controladores.” Montagem por *Miscelâneas*, N.º 3 IDET, 11-47. Coimbra: Almedina, 2004.

Amado, João Leal. *Contrato de Trabalho*. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

Andrade, Manuel Domingues de . *Teoria Geral da Relação Jurídica*. Vol. I e II. Coimbra: Almedina, 1966.

Antunes, José Engrácia. “O regimento do órgão de administração.” *Direito das Sociedades em Revista*, Outubro 2009: 81-95.

Antunes, José Engrácia. *Os hedge funds e o governo das sociedades*. Vol. IX, em *Direito dos Valores Mobiliários*, 9-70. Coimbra: Coimbra Editora, 2009.

Barbosa, Mafalda Miranda. “Recensões .” *Boletim da Faculdade de Direito* LXXVIII (2002).

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*, de Paulo Câmara, 13-42. Almedina, 2011.

Câmara, Paulo, e Gabriela Figueiredo Dias. “O governo das sociedades anónimas.” In *O Governo das Organizações. A vocação universal do corporate governance*, de Paulo Câmara, 43-94. Almedina, 2011.

Carvalho, Catarina de Oliveira. *Da Mobilidade dos Trabalhadores no âmbito dos Grupos de Empresas Nacionais*. Porto: Universidade Católica, 2001.

Carvalho, Catarina Oliveira de. “Algumas notas sobre os novos artigos 378.º e 379.º do Código do Trabalho.” *Prontuário do Direito do Trabalho* (Centro de Estudos Judiciários), Setembro-Dezembro 2005: 85-101.

Cordeiro, António Menezes. “A lealdade no Direito das Sociedades.” *Revista da Ordem dos Advogados*, Dezembro 2006: 1032-1065.

—. *Manual de Direito das Sociedades*. Vol. I e II. Almedina, 2007.

Cordeiro, António Menezes. “Artigo 64.º; 398.º.” In *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, de António Menezes Cordeiro. Coimbra: Almedina, 2009.

Cordeiro, António Menezes. “Do Governo das Sociedades: Flexibilização da dogmática continental.” In *Prof. Doutor Inocêncio Galvão Teles: 90 anos. Homenagem da Faculdade de Direito de Lisboa*, 91-0103. Coimbra: Almedina, 2007.

Cordeiro, António Menezes. “Os deveres fundamentais dos Administradores.” *Revista da Ordem dos Advogados*, Setembro 2006: 443-488.

Correia, A. Ferrer. *Lições de Direito Comercial - Sociedades Comerciais, Doutrina Geral*. Vol. II. Coimbra: Universidade de Coimbra, 1968.

Correia, A. Ferrer, Vasco Lobo Xavier, Maria Ângela Coelho, e António A. Caiero. “Sociedades por quotas de responsabilidade limitada - Anteprojecto de Lei - 2.^a Redacção 197.” *Revista de Direito e Economia - Separata*, 1979.

Correia, Luís Brito. “Deliberações do Conselho de Administração de Sociedades Anónimas.” In *Problemas do Direito das Sociedades*, montagem por IDET, 399-419. Coimbra : Almedina, 2003.

Correia, Luís Brito. “Admissibilidade de remuneração variável de um gerente de sociedade por quotas.” *Direito das Sociedades em Revista* (Almedina), Outubro 2009: 9-40.

—. *Os administradores de sociedades anónimas*. Coimbra: Almedina, 1993.

Costa, Ricardo. “Artigo 391.º; 393.º.” In *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, de Jorge Coutinho Abreu, montagem por IDET. Almedina, 2013.

Costa, Ricardo. “Deveres gerais dos administradores e “gestor criterioso e ordenado”.” *Direito das Sociedades em Revista - I Congresso* (Almedina), Maio 2011: 157-187.

Costa, Ricardo. “Responsabilidade Civil Societária dos Administradores de facto.” In *Temas Societários*, montagem por Colóquios, N.º 2 IDET, 23-44. Coimbra: Almedina, 2006.

Cunha, Paulo Olavo. “Corporate & Public Governance nas Sociedades Anónimas: primeira reflexão.” *Direito das Sociedades em Revista* (Almedina) 4 (Setembro 2010): 159-179.

—. *Direito das Sociedades Comerciais*. 5.^a. Coimbra: Almedina, 2012.

Fernandes, António de Lemos Monteiro. *Direito do Trabalho*. Coimbra: Almedina, 2009.

Ferreira, Bruno. “Os Deveres de Cuidado dos Admisnitadores e Gerentes.” *Revista do Direito das Sociedades* (Almedina), 2009: 8-49.

Frada, Manuel Carneiro da . “O dever de legalidade: um novo (e não escrito?) dever fundamental dos administradores?” *Direito das Sociedades em Revista* (Almedina), Outubro 2012: 65-74.

Frada, Manuel Carneiro da. “A Business Judgment Rule. No quadro dos deveres gerais dos administradores.” *Revista da Ordem dos Advogados* , Janeiro 2007: 159-205.

Frada, Manuel Carneiro. “Sobre a obrigação de restituir dos administradores.” *Direito das Sociedades em Revista - I Congresso* (Almedina), Março 2011: 353-358.

Furtado, J. Pinto. *Código Comercial Anotado*. Vol. II (Tomo I e II). Coimbra: Almedina, 1979.

—. *Curso de Direito das Sociedades*. Coimbra: Almedina, 1983.

Gomes, Fátima. *Dividendo de Lealdade?* Vol. VI, em *Estudos de Homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda*, 811-827. Coimbra: Coimbra Editora, 2012.

Gomes, Irene. “Jusrisprudência e requisitos materiais do contrato de trabalho em comissão de serviço - diferentes registos tonais.” *Revista do Ministério Público* , Out-Dez 2012: 285-301.

Gomes, Irene. “Principais Aspectos do Regime Jurídico do Trabalho Exercido em Comissão de Serviço.” In *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor Manuel Alonso Olea*, de António Monteiro Fernandes, 241-265. Coimbra: Almedina, 2004.

Gomes, Júlio. “Da validade do contrato de trabalho com uma sociedade de um grupo para o exercício de funções de administração social noutra sociedade do mesmo grupo.” In *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor Manuel Alonso Olea*, de António Monteiro Fernandes, 433-456. Almedina, 2004.

Gonçalves , Luiz da Cunha. *Tratado de Direito Civil em comentário ao Código Civil Português*. Vol. VII. Coimbra: Coimbra Editora, 1933.

Gonçalves, Digo Costa. “O governo de sociedades 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*, de Paulo Câmara, 95-124. Coimbra: Almedina, 2011.

Hoecke, Mark Van. “Legal Doctrine: Which Method(s).” In *Methodologies of Legal Research - Wich Kind of Method for what Kind od Discipline?* Hart Publishing, 2011.

Larguinho, Marisa. “O dever de lealdade: Concretizações e situações de conflito resultantes da cumulação de funções de administração.” *Direito das Sociedades em Revista* (Almedina), Março 2013: 187-213.

Leal, Eduardo Sáragga. “O poder de gestão dos accionistas nas sociedades anónimas .” *Direito das Sociedades em Revista* (Almedina), Março 2013: 247-291.

Leite, Jorge. *Direito do Trabalho*. Vol. II. Coimbra: Serviços de Acção Social da Universidade de Coimbra, 1999.

Lima, Fernando Andrade Pires de, e João de Matos Antunes Varela. *Código Civil Anotado*. Vol. II. Coimbra: Coimbra Editora, 1968.

Magalhães, Vânia Patricia Filpe. “A conduta dos administradores das sociedades anónimas: deveres gerais e interesse social.” *Revista de Direito das Sociedades* (Almedina), 2009: 379-414.

Maia, Pedro. “Corporate Governance em Portugal.” In *Questões de Direito Societário em Portugal e no Brasil*, de Maria de Fátima Ribeiro e Fábio Ulhoa Coelho, 43-86. Almedina, 2012.

Maia, Pedro. “Deliberações Sociais.” In *Estudos de Direito das Sociedades*. Coimbra: Almedina, 2001.

—. “Função e funcionamento do Conselho de Administração da Sociedade Anónima.” *STVDIA IVRIDICA - Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, 2002.

—. *Voto e Corporate Governance. Um novo paradigma para a sociedade anónima*. Montagem por Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. II vols. Coimbra: Não editada, 2010.

Marecos, Diogo Vaz. *Código do Trabalho Anotado* . Coimbra: Coimbra Editora, 2010.

Marques, Remédio. “Artigo 394.º.” In *Código das Sociedaades Comerciais em Comentário*, de Jorge Coutinho Abreu, montagem por IDET. Almedinda, 2013.

Martinez, Pedro Romano. “Garantia dos créditos laborais. A responsabilidade solidária instituída pelo Código do Trabalho, nos artigos 378.º e 379.º.” *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 2005: 195-281.

Martins, Alexandre Soveral. *Artigo 398.º; 405.º; 406.º; 428.º*. Vol. VI, em *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, de Jorge Coutinho Abreu, montagem por IDET. Coimbra: Almedina, 2013.

—. *Os poderes de representação dos administradores de sociedades anónimas*. Coimbra: Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra- SVDIA IVRIDICA, 1998.

Mondim, Mafalda dos Santos. “O Dever de Lealdade dos Administradores e o Desvio de Oportunidades de Negócio Societárias.” In *Questões de Tutela de Credores e de Sócios das Sociedades Comerciais*, de Maria de Fátima Ribeiro, 69-105. Almedina, 2013.

Monteiro, Luís Miguel. “Regime Jurídico do Trabalho em Comissão de Serviços.” In *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor Manuel Alonso Olea*, de António Monteiro Fernandes, 507-528. Coimbra: Almedina, 2004.

Neto, Abílio. “Direito do Trabalho.” *Boletim do Ministério da Justiça*, 1979.

Neves, Castanheira. *Método Jurídico*. Vol. IV, em *Polis - Enciclopédia Verbo Da Sociedade e do Estado*. Lisboa: Verbo, 2004.

Nunes, Pedro Caetano. *Dever de Gestão dos Administradores de Sociedades Anónimas*. Coimbra: Almedina, 2012.

Nunes, Pedro Caetano. “Jurisprudência sobre o dever de lealdade dos administradores.” *Direito das Sociedades em Revista - II Congresso* (Almedina), Novembro 2012: 181-224.

Oliveira, António Sarmiento de. “O contrato de administração. Sua natureza e possibilidade de cumulação com um contrato de trabalho.” *Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas* (Instituto Politécnico do Porto. Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto), 2005.

Oliveira, Nuno Manuel Pinto. “Um proposta de coordenação entre os arts. 78.º e 79.º do Código das Sociedades Comerciais.” *Direito das Sociedades em Revista*, n.º Almedina (Março 2013): 75-89.

Pereira, Rita Garcia. “A Garantia dos Créditos Laborais no Código do Trabalho: breve nótula sobre o art. 378.º.” *Questões Laborais* (Coimbra Editora), 2004: 177-214.

Pinto, Carlos Alberto da Mota. *Teoria Geral do Direito Civil*. 3.^a. Coimbra: Coimbra Editora, 1999.

Ramalho, Maria do Rosário Palma. *Grupos empresariais e societários. Incidências Laborais*. Coimbra: Almedina, 2008.

Ramos, Elisabete. “A resposnabilidade de membros da administração.” In *Problemas do Direito das Sociedades*, montagem por IDET, 71-92. Coimbra: Almedina, 2003.

Rodrigues, Ilídio Duarte. *A administração das sociedades por quotas e anónimas - organização e estatuto dos administradores*. Lisboa: Petrony, 1990.

Sequeira, Alexandra Marques. “Do exercício da administração societária em regime de comissão de serviços: laboral - a profissionalização dos administradores.” *MaiaJurídica*, 2007: 39-58.

Serens, Manuel Nogueira. *Administradores de Sociedades Anónimas - Da proibição de gerir só dinheiro dos outros à obrigação de prestar caução para o fazer*. Almedina, 2012.

Serens, Manuel Nogueira. “Notas sobre a Sociedade Anónima.” *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra - STVDIA IVRIDICA 14* (Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra), 1997.

Serens, Manuel Nogueira, e Pedro Maia. “O art. 428.º, n.º 1 e 2 do Código das Sociedades Comerciais - Análise da sua natureza jurídica.” *Revista Branca*, Abril-Junho 1996: 27-73.

Silva, João Calvão da . “Responsabilidade Civil dos Administradores não executivos, da Comissão de Auditoria e do Conselho Geral de Supervisão.” *Revista da Ordem dos Advogados* , Janeiro 2007: 103-158.

Silva, João Calvão da. “"Corporate Governance" - Responsabilidade civil de administração não executivos, da comissão de auditoria e do conselho geral e de supervisão.” *Revista de Legislação e Jurisprudência* (Coimbra Editora), Setembro-Outubro 2006: 31-59.

Tavares, Assis. *As Sociedades Anónimas - Conceitos Fundamentais*. 2.^a. Vol. I. Lisboa: Livraria Clássica, 1972.

Triunfante, Armando Manuel . *Código das Sociedades Comerciais Anotado*. Coimbra: Coimbra Editora, 2007.

Varela, João Antunes. *Das Obrigações em Geral*. Vol. I. Coimbra: Almedina, 2000.

Vasconcelos , Pedro Pais de. “Business Judgment Rule, deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa e o artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais .” *Direito das Sociedades em Revista* (Almedina), Outubro 2009: 41-79.

Vasconcelos, Joana. “Sobre a garantia dos créditos laborais no Código do Trabalho.” In *Estudos de Direito do Trabalho em Homenagem ao Professor Manuel Alonso Olea*, de António Monteiro Fernandes, 321-341. Almedina, 2004.

Ventura, Raúl. “Nota sobre a interpretação do artigo 398.º do Código das Sociedades Comerciais.” *O Direito*, Janeiro-Março 1993: 261-265.

—. *Novos Estudos sobre sociedades anónimas e Sociedades em Nome Colectivo - Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*. Coimbra: Almedina, 1994.

—. *Sociedades por Quotas - Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*. 10.^a. Vol. III. Coimbra: Almedina, 1999.

Ventura, Raúl, e Luís Brito Correia. *Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades Anónimas e dos Gerentes de Sociedades por Quotas*. Lisboa: Livraria Petrony, 1970.

Jurisprudência

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 23-10-2013, processo n.º 70/11.6TTLSB.L1.S1, Relator: Conselheiro António Leones Dantas, <http://www.dgsi.pt/> [22 de julho de 2014].

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 12-09-2013, processo n.º 2848/10.9TTLSB.L1.S1, Relator: Conselheiro Fernandes da Silva, <http://www.dgsi.pt/> [22 de julho de 2014].

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 09-09-2013, processo n.º 319/10.2TTGDM.P1, Relator: Desembargador Machado da Silva, <http://www.dgsi.pt/> [22 de julho de 2014].

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa, de 08-05-2013, processo 437/08.7TTLSB.L1-4, Relatora: Desembargadora Maria João Romba, <http://www.dgsi.pt/> [22 de julho de 2014].

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 6-02-2013, processo n.º 2848/10.9TTLSB.L1-4, Relatora: Desembargadora Isabel Tapadinhas, <http://www.dgsi.pt/> [22 de julho de 2014].

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 14/09/2011, processo n.º 1781/09.1TTLSB.L1-4, Relator: Desembargador Paula Sá Fernandes, *in* <http://www.dgsi.pt/> [22 de julho de 2014].

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 30-11-2009, processo n.º 995/07.3TTMTS.P1, Relator: Desembargador Ferreira da Costa, *in* <http://www.dgsi.pt/> [22 de julho de 2014].

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 09-04-2008, processo n.º 07S1695, Relator: Conselheiro Sousa Grandão, *in* <http://www.dgsi.pt/> [22 de julho de 2014].

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 15-12-2005, processo n.º 9561/2005-4, Relator: Desembargador Ramalho Pinto, *in* <http://www.dgsi.pt/> [22 de julho de 2014].

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24-01-2005, processo n.º 0414989, Relator: Desembargador Machado Silva, *in* <http://www.dgsi.pt/> [22 de julho de 2014].

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 28-05-2003, processo 0079344, Relatora: Desembargadora Paula Sã Fernandes, *in* <http://www.dgsi.pt/> [22 de julho de 2014].

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 30-10-2001, processo n.º 01S1063, Relator: Conselheiro Mário Torres, *in* <http://www.dgsi.pt/> [22 de julho de 2014].

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 259/2001 de 30-05-2001 processo n.º 328/00, Relator: Conselheiro Vitor Nunes de Almeida, *in* <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos> [22 de julho de 2014].

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 29-09-1999, processo n.º 98S364, Relator: Conselheiro José Mesquita, *in* <http://www.dgsi.pt/> [21 de julho de 2014].

Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 1018/96 de 09/10/1996 processo n.º 714/95, Relator: Conselheiro Bravo Serra, *in* <http://www.tribunalconstitucional.pt/tc/acordaos> [22 de julho de 2014].

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 14/02/1995, processo n.º 086242, Relator: Conselheiro Machado Soares, *in* <http://www.dgsi.pt/> [22