



Francisca Neves Mata de Carvalho

Destituição de Administradores de Sociedades Anónimas – a regra da livre destituição

Dissertação em Ciências Jurídico-Empresariais-Menção em Direito Empresarial

Julho/2016



UNIVERSIDADE DE COIMBRA

A Destituição de administradores de sociedades anónimas: a regra da livre destituição

Directors Removal

Francisca Neves Mata de Carvalho



Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Direito Empresarial/ Menção em Direito Empresarial

Sob a orientação do Professor Doutor Jorge Manuel Coutinho de Abreu

Coimbra, 3 Julho de 2016

Para a Ana Filipa

Agradecimentos

Ao Dr. Coutinho, pois só pode exigir quem sabe ensinar.

Ao meu pai, por acreditar sempre em mim, mesmo quando já nem eu acredito.

À minha mãe, que sempre me ajudou.

Ao resto da minha família, a quem devo tudo.

Às minhas amigas, que apesar de não terem nenhum interesse naquilo que estudo, sempre o fingiram com exemplar credibilidade.

Ao meu Tiago e à minha Marta.

Resumo

Em Portugal, os acionistas podem, a todo o tempo e independentemente de justa causa, deliberar a destituição dos administradores.

Este trabalho centra-se na regra da livre destituição e nas implicações práticas da aplicação deste princípio na vida societária.

Na primeira parte, o nosso objetivo é analisar o regime de destituição em Portugal, comparando-o com o de outros países, aqueles que mais fortemente influenciam o processo legislativo português. Começamos por enquadrar a destituição como uma das várias formas de por fim à relação de administração. No seguimento, procuramos esclarecer o conceito de justa causa de destituição que releva para efeitos de saber se a sociedade deve ou não indemnizar o administrador destituído.

Do estudo do regime da destituição em Portugal surgiram algumas dúvidas que nos fizeram questionar se o princípio da livre revogabilidade não deveria ser substituído por um modelo no qual os administradores apenas poderiam ser destituídos com justa causa. Nomeadamente (i) a propriedade societária concentrada, típica dos países da Europa continental (onde está incluído o ordenamento jurídico português) tem como consequência a forte influência dos acionistas majoritários na administração. Os administradores sabem que não tem obrigação de seguir direções ou comandos do coletivo acionista, mas também sabem que o “fantasma” da destituição sem justa causa assombra a sua prestação. Isto significa que, muitas vezes, os acionistas majoritários conseguem o seu objetivo, ou porque o administrador segue as orientações que foram dadas, ou porque foi removido do seu cargo e substituído por outro, disposto a cumprir as diretivas dos acionistas, ainda que essas sejam prejudiciais à sociedade, apenas úteis na prossecução dos interesses pessoais dos sócios. Prejudicados, acabam por ser os acionistas minoritários e o administrador, até porque consideramos não ser possível resolver esta situação pelo abuso de direito. (ii) O próprio legislador alemão reconheceu este problema e avançou com a substituição da regra da livre revogabilidade por um sistema de destituição que exige justo motivo. Esta alteração surge como garante da independência dos administradores do coletivo acionista, muito na voga nos dias que correm. É apontada como uma das grandes medidas de *corporate governance* sendo referenciada em muitos dos códigos de boa governação. Essencial no modelo-

germânico de governação, defendemos o alargamento da figura do administrador independente a outras estruturas. (iii) Pela importância das funções que exercem, todos os administradores devem ser independentes. No entanto, a conjuntura legal parece não estar preparada para dar eficácia ao papel do administrador independente.

Apontados aqueles que consideramos ser os dois principais argumentos contra o sistema de destituição sem justa causa podemos apontar outras razões, que embora não tenham tanta relevância, complementam a nossa argumentação.

Não podemos deixar de questionar se a indemnização do administrador destituído sem justa causa é suficiente para corrigir o desequilíbrio criado entre os interesses em jogo. A crescente profissionalização dos administradores aliada à impossibilidade de restituição integral (mesmo que considerássemos a destituição controlável por abuso de direito, o administrador nunca seria reintegrado na sociedade) podem revelar-se entraves sérios ao desejo de exercer a gestão de uma sociedade. (iiii) A instabilidade trazida pela possibilidade de destituição sem justo motivo impede o órgão de gestão de atuar com a coragem e visão futurística necessárias para enfrentar a dinâmica económica dos nossos tempos.

Abstract

In Portugal, the shareholders may, at any time and regardless of cause, decide on the removal of directors.

This work focuses on the free removal rule and the practical implications of the application of this principle in corporate life.

In the first part, our goal is to analyze the dismissal regime in Portugal, comparing it with other countries, those that most strongly influence the Portuguese legislative process.

We start by framing the dismissal as one of several ways to end the management relationship. Following, we try to clarify the concept of just cause for dismissal is relevant for purposes of determining whether or not the company should compensate the administrator removed.

The study of the removal regime in Portugal arose some doubts that made us question whether the free removal principle should not be replaced by a model in which managers could only be removed with cause. To begin with (i) the typical concentrated corporate ownership of continental European countries (which includes the Portuguese legal system) results in the strong influence of the majority shareholders on the board of directors. Directors know they have no obligation to follow directions from shareholder, but they also know that the "ghost" of unfair dismissal haunts their performance. This means that the majority shareholders often achieve their goal, either because the director follows the guidelines that have been given, or because he was removed from his post and replaced by another one, willing to comply with the directives of the shareholders, even if they harm the society. The underdogs end up being minority shareholders and the administrator, because we consider not be possible to resolve this situation by "*abuso de direito*". (ii) German law recognized their removal system and replaced the old one with a dismissal system that requires cause. This change comes as a keeper of the independent directors. It is considered one of the major corporate governance measures being referenced in many good governance codes. Essential in the German model of governance, we support the enlargement of the figure of the independent director to other structures. (iii) According to the importance of their duties, all directors must be independent. However, the legal situation does not seem to be prepared to give effectiveness to the role of the independent director.

Although those are the two main arguments against dismissal without cause, there are reasons that complete our argument.

We can not help wondering if the compensation directors receive when dismissed without cause is sufficient to correct the imbalance created between the interests at stake. The increasing professionalization of directors along with the impossibility of full refund, may prove to be serious obstacles to directors. (iii) The instability brought about by the possibility of dismissal without cause prevents the board to act with the courage and necessary futuristic vision to face the economic dynamics of our times.

Palavras-chave

Administrador

- Independente, 54, 63, 67
- “Dilema do administrador”, 10, 20, 72

Ata, 36 e ss.

Controlo Societário, 11, 51, 63 e ss.

Cumulative Voting, 56 e ss.

Danos morais, 46 e ss.

Direito Comparado

- Canadá, 55 e ss.
- Direito Alemão, 28
- Direito brasileiro, 70
- Direito Espanhol, 41, 42
- Direito Francês, 23, 39
- Direito Italiano, 33, 41
- EUA, 59 e ss.
- R.U., 15, 17

Gerente, 15, 16, 27, 32

Responsabilidade

- Civil, 30
- Penal, 30
- Por factos lícitos, 44
- Por parte do gerente ou administrador, 72

Staggered Board, 60 e ss.

Teoria de Agência, 54, 65

Lista de siglas e abreviaturas:

Ac. – Acórdão
Acs. - Acórdãos
AG – assembleia geral
AktG - Aktiengesetz
Art.º – artigo
Arts.º - artigos
BMJ – Boletim do Ministério da Justiça
CCiv. – Código Civil
Cfr. - Confira
Cit. – Citada
CMVM – Comissão do Mercado de Valores Mobiliários
Cód. – Código
CP – Código Penal
CSC – Código das Sociedades Comerciais
Del. Code – Delaware Code
DJCL – Delaware Journal of Corporate Law
DL – Decreto-lei
Ed. – Edição
EUA – Estados Unidos da América
JFE - Journal of Financial Economics
Nº. – Número
Ob. – Obra
Pág. – Página
Págs. - Páginas
RC – Tribunal da Relação de Coimbra
RCEJ – Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas
RE – Tribunal da Relação de Évora
RL – Tribunal da Relação de Lisboa
ROA – Revista da Ordem dos Advogados
RP – Tribunal da Relação do Porto
RU – Reino Unido
SA – Sociedades Anónimas
SQ – Sociedades por Quotas
s. - Section
ss. – Seguintes
STJ – Supremo Tribunal de Justiça
EU – União Europeia
V. – veja
Vol. – Volume
Vs. - Versus

Índice

Agradecimentos	1
Resumo	3
Abstract.....	5
Palavras-chave	7
Lista de siglas e abreviaturas:	8
Introdução	10
1ª Parte - Destituição de administradores de Sociedades Anónimas - O regime vigente	13
A relação de administração.....	14
Destituição de administradores de sociedades anónimas – a regra da livre destituição	16
A destituição e a convocatória	25
Justa Causa de Destituição.....	28
— Violação grave dos deveres do administrador	30
— Inaptidão/ Incapacidade	33
Justa causa de destituição e a questão do ónus probandi (a Ata)	37
Indemnização	40
Danos indemnizáveis – a problemática do Danos Morais	47
2ª Parte - O lado negro do controlo societário	52
A grande dispersão do controlo acionista e a Teoria de Agência.....	54
Canadá – “Cumulative voting”	57
EUA – o sistema rudimentar de livre destituição.....	60
Modelo de controlo societário dos países da europa continental – a influência dos acionistas maioritários	64
Administradores (in)dependentes	68
Conclusão.....	73
Bibliografia	78

Introdução¹

O tema do *corporate governance*² (governo das sociedades) tem atraído enorme atenção por parte do público em geral devido à sua crescente importância num mercado cada vez mais competitivo e exigente.

Na UE, e consequentemente em Portugal, a temática do *corporate governance* é extremamente atual e relevante. São muitas e variadas as discussões acerca de experiências e modelos de governação, em particular na conjuntura do início deste século com os escândalos financeiros ocorridos nos EUA e na Europa e, mais recentemente, com a presente crise financeira.

E é fácil compreender a sua importância num mercado onde as diferentes opções nesta matéria vão determinar a eficiência e a eficácia da gestão das empresas nos desafios da competitividade, da internacionalização e globalização.

O presente estudo centra-se essencialmente na destituição de administradores de sociedades anónimas³. Dentro das minhas limitações, procuro com este trabalho analisar o princípio da livre destituição, enquanto princípio de *corporate governance*, sugerindo de alguma forma, comportamentos e alternativas que possibilitem uma atuação, por parte de todos os órgãos sociais, com base nas boas práticas sedimentadas nos princípios de bom governo societário. Ao longo deste percurso, iremos descobrir o regime da destituição de administradores de sociedades anónimas portugueses, compará-lo com outros...

É a função do órgão executivo que fundamenta a sua existência. Segundo o art.º 64º, um dos deveres básicos do administrador é “atuar com a diligência de um gestor criterioso e ordenado, no interesse da sociedade, tendo em conta os interesses dos sócios e dos trabalhadores”.

¹ Todas as normas indicadas sem referência reportam-se ao CSC.

² “Governação (ou governo) das sociedades” designa o complexo das regras (legais, estatutárias, jurisprudenciais, deontológicas), instrumentos e questões respeitantes à administração e ao controlo (ou fiscalização das sociedades” – COUTINHO DE ABREU, “Governação das Sociedades Comerciais, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, pág. 7.

³ O certo é que será efetuada referência, sempre que considerarmos necessário, ao regime previsto para as sociedades por quotas.

Com este pano de fundo sabemos que a lei confere prevalência ao interesse da sociedade quando em conflito com o interesse pessoal do gestor, ainda que este seja devidamente compensado quando o seu interesse lesado o mereça.

É sabido que o administrador desempenha as suas funções sob o escrutínio dos acionistas, é a estes que compete nomear os administradores considerados mais aptos para velar pelo interesse da sociedade, bem como destituir os que falharem nessa tarefa.

A título preliminar, salientamos que o debate em torno da destituição dos administradores de sociedades comerciais tem sido constante, mas muito pouco focado na crítica ao princípio da livre destituição. Talvez devido à sua longa história e tradição, não só no ordenamento jurídico português, como em quase todos os países da Europa continental, doutrina e jurisprudência aceitam este princípio sem se opor, circunscrevendo o seu labor sobre o tema a outras questões.

Esclarecida que está a pertinência do tema, importa agora delimitar o presente estudo.

Na primeira parte desta dissertação falaremos do regime da destituição em Portugal. Com carácter introdutório o capítulo intitulado “A relação de administração” refere e as várias causas extintivas da relação de administração.

O nosso percurso expositivo continua com “Destituição de Administradores de Sociedades Anónimas – a regra da livre destituição”. Neste capítulo responderemos à pergunta: “o que é a destituição?”.

Segue-se um breve resumo histórico da destituição sem justa causa em Portugal, enriquecido com uma perspetiva atual de direito comparado, de todo o interesse para o leitor, pois selecionamos os direitos dos países nos quais o legislador português se costuma inspirar. Salientamos todos os argumentos apresentados pela doutrina portuguesa a favor da destituição sem justa causa e terminamos este capítulo com o alerta para o “dilema do administrador” e para a ineficácia da solução do abuso de direito, sugerido pela maioria da doutrina para combater este problema.

Após tais considerações importa desvendar o conceito de justa causa de destituição, presente no art.º 403º/4. Partiremos do princípio que o legislador optou por não definir o conceito de justa causa de destituição, mas apenas delinear os contornos genéricos do seu significado. Assim, um capítulo será dedicado à “violação grave dos deveres do administrador” e ou à “inaptidão para o exercício normal de funções”.

Esta opção legislativa tem vantagens e desvantagens que serão discutidas neste labor e, por fim, terminamos com a concretização deste conceito que é feita pela doutrina e pelos tribunais superiores.

Para que o estudo do regime de destituição não fique incompleto, faremos uma incursão sobre o direito de indemnização de que o administrador destituído sem justa causa é titular, aos seus limites legais, aos danos indemnizáveis (dando algum destaque à problemática dos danos morais) e a quem cabe o ónus de os provar.

Concluída a primeira parte desta dissertação, e depois de expormos tudo aquilo que consideramos importante a respeito do regime de destituição de administradores de sociedades anónimas em Portugal, passamos agora para a revelação de algumas das preocupações que surgiram ao longo do nosso estudo.

Iniciamos a segunda parte deste labor relacionando a regra da livre revogabilidade com os dois modelos de controlo societário para sabermos até que ponto esta se enquadra em qualquer um dos dois modelos de governo societário. Para isso, procedemos ao estudo do regime de destituição de dois países do *common law* (EUA e Canadá).

A chamada de atenção que se segue recaí sobre a figura dos administradores independentes em Portugal. Procuramos provar que este conceito de conhecimento recente para as sociedades cotadas portuguesas pode não ser compatível com a regra da livre revogabilidade.

Terminamos a nossa exposição com as conclusões a que chegamos ao longo de todo o percurso percorrido na realização deste trabalho.

1ª Parte - Destituição de administradores de Sociedades Anónimas - O regime vigente

A relação de administração

“Entre uma pessoa designada como administrador – que aceita a designação – e a sociedade respetiva estabelece-se uma relação jurídica complexa (com direitos e deveres recíprocos, respeitantes, por exemplo, à gestão e representação, às remunerações, aos períodos de trabalho).”⁴

Existem dois modos de designação para o exercício da função de administração, por via de contrato de sociedade ou através de eleição em assembleia geral ou constitutiva⁵.

Muitos autores defendem a natureza contratual desta relação⁶, pelo que a designação consiste num verdadeiro negócio jurídico. Inserem a relação de administração na modalidade típica do contrato de prestação de serviços. Por via disso, fica sujeita ao princípio geral constante no art.º 400º/1 do CCiv. e “só pode modificar-se ou extinguir-se por mútuo consentimento dos contraentes ou nos casos admitidos na lei”.

Não estamos totalmente de acordo com esta conceção. A complexidade da relação de administração alimenta a celeuma que rodeia a sua caracterização⁷.

Sem grande desenvolvimento, uma vez que este ponto transborda um pouco além o tema em análise, sufragamos a opinião de COUTINHO DE ABREU *“Dir-se-á que é contratual quando fundada no contrato de sociedade e o administrador seja sócio – pate do mesmo contrato. Mas com a nota de que tal relação é conformada basicamente, não pela disciplina dos contratos, mas pela lei, que fixa os poderes e deveres dos administradores...”*⁸.

⁴ COUTINHO DE ABREU, Curso de Direito Comercial, vol.II, 4ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, pág. 581.

⁵ Art.º 391º nº1 do CSC.

⁶ RAÚL VENTURA, Sociedades por Quotas – Comentário ao Código das Sociedades Comerciais, Vol. III, Almedina, Coimbra, 1991, págs. 28 e ss.; JOÃO LABAREDA Direito Societário Português – Algumas Questões: A Cessação da Relação de Administração, 1ª ed., Lisboa, Quid Juris, 1998, pág. 68 e ss.; LUÍS BRITO CORREIA, Os administradores das Sociedades Anónimas, Almedina, Coimbra, 1993, págs. 375 e ss.; PAULO OLAVO CUNHA, Sociedades Comerciais, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, págs. 720 e 721. Este último autor ensina que apesar da desnecessidade de consentimento do administrador aponte para a caracterização da relação de administração como dois atos unilaterais distintos, a aceitação (ainda que tácita, por exemplo, através da prática de um ato de administração) constitui um contrato entre administrador e sociedade.

⁷ Para estudo mais pormenorizado ver ANTÓNIO JOSÉ SARMENTO DE OLIVEIRA, O contrato de administração, sua natureza e possibilidade de cumulação com um contrato de trabalho, RCEJ, N°5, 2005, págs. 184-188.

⁸ COUTINHO DE ABREU, Curso de Direito Comercial, vol. II, 4ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, pág. 581.

Pois bem, os administradores de sociedades anónimas tanto podem ser acionistas, como podem não ser titulares de qualquer ação representativa da sociedade onde exercem o cargo de gestão⁹. Esta distinção importa não só para definir a relação de administração, mas também a propósito da destituição. Naturalmente, devido ao evidente conflito de interesses existente, o administrador acionista está proibido de votar sobre a “destituição, por justa causa, do seu cargo de titular de órgão social”¹⁰

Sucedo que o desempenho destas funções pode cessar de diversas formas.

Normalmente os administradores das sociedades anónimas são designados para um período determinado. A relação de administração extingue-se passado o prazo para o qual o administrador foi designado - caducidade. Este período, que nunca pode ser superior a quatro anos, é fixado nos estatutos¹¹. Também é possível o acordo entre as partes quando seja convergente a vontade de ambas, acordo esse que extingue a relação de administração – acordo revogatório.

Acresce que tanto o administrador como a sociedade podem, unilateralmente, pôr fim à relação de administração. O administrador pode renunciar o cargo que ocupa – art.º 404º nº1 CSC – com ou sem justa causa.

Mais controversa e consequentemente mais interessante é a destituição. Será, por isso mesmo, este o objeto de estudo do seguinte trabalho.

⁹ Art.º 390º/3: “Os administradores podem não ser acionistas, mas devem ser pessoas singulares com capacidade jurídica plena”.

¹⁰ Art.º 384º/6 al. c).

¹¹ Art.º 391º nº 3 CSC e o art.º 425º nº 2 relativo ao conselho de administração executivo.

Destituição de administradores de sociedades anónimas – a regra da livre destituição

A destituição de um administrador traduz-se numa decisão unilateral dos acionistas, deliberada em AG. Esta deliberação pode ser tomada a todo o tempo e independentemente de justa causa. Confirma o que por nós foi dito o texto do art.º 403º/1¹² do CSC:

“Qualquer membro do conselho de administração pode ser destituído por deliberação da assembleia geral, em qualquer momento”.

Assim como para qualquer regra, existe uma exceção ao princípio da livre destituição. Os administradores das sociedades anónimas com estrutura monística que façam parte da comissão de auditoria só podem ser destituídos com justa causa¹³.

Relativamente às sociedades por quotas importa referir que o sócio titular de um direito especial à gerência, só pode ser destituído judicialmente e desde que haja justa causa para tal. A ação deve ser proposta pela sociedade com base em deliberação dos sócios – art.º 257º/3, 2ª parte¹⁴.

¹² Configura preceito idêntico para as SQ o art.º 257º do CSC “Os sócios podem deliberar a todo o tempo a destituição dos gerentes”.

¹³ Art.º 423º- E: 1.A assembleia geral só pode destituir os membros da comissão de auditoria desde que ocorra justa causa.

¹⁴ No RU (como veremos mais à frente, o sistema de destituição de administradores deste país, também permite a destituição livre, a todo o tempo e independentemente de justa causa) existe a possibilidade de contornar esta regra, que recebeu o aval dos tribunais ingleses. Ainda que, muito diferente de um direito especial à gerência, esta cláusula permite aos sócios-gerentes garantirem a sua posição na administração da sociedade. Tudo teve início no caso *Bushell v. Faith* que motivou recurso para a “*House of Lords*”. Apesar da formulação da *Sec. 168* ser clara - “qualquer diretor pode ser removido pela assembleia geral (por uma maioria simples de votos)” - é admissível uma cláusula que estabeleça o reforço de voto do administrador na deliberação da sua própria destituição. Imaginemos uma sociedade com três sócios com o mesmo número de ações e que são simultaneamente diretores. Dois deles conseguem facilmente a revogação do terceiro administrador. Esta cláusula vem, deste modo, proteger o “terceiro sócio” que vê o seu voto reforçado, e deste modo, impedindo a sua destituição. Conhecida como “*Bushell vs. Faith clause*”, esta cláusula pode igualmente ser utilizada para proteger sócios minoritários.

Está claro que este tipo de cláusula só será aceitável em pequenas sociedades familiares (como são a grande maioria das sociedades por quotas em Portugal) por forma a garantir a participação de todos (já que costumam ser poucos) os sócios na administração.

Cfr. DAVIES, PAUL / WORTHINGTON, SARAH “*Gower and Davies: Principles of Modern Company Law*”, 7th ed., London, Thomson/Sweet & Maxwell, 2005, págs. 310 e 311. Os autores reconhecem a ratio desta cláusula mas alertam-nos para a discussão que originou, elencando as muitas e duras críticas de que foi alvo.

Diferentes dos direitos gerais (que pertencem, de uma forma geral, a todos os sócios da mesma sociedade), os direitos especiais conferem aos sócios uma posição privilegiada, que em princípio, só poderá ser modificada com o seu consentimento.

Assim, uma cláusula estatutária que consagre um direito especial à gerência de determinado sócio, não pode ser suprimida ou alterada por deliberação social, sem o consentimento do sócio-gerente – arts.º 24º/5; 257º/3, 1ª parte do CSC.

Não sendo o princípio da livre revogabilidade uma concretização recente, a história da destituição *ad nutum* em Portugal remonta ao art.º 538º do Cód. Comercial de 1833. Este art.º dispõe: “Companhia é uma associação de acionistas sem firma social (...) administrada por mandatários temporários, revogáveis (...); por sua vez, o art.º 13º da lei de 22/6/1867, mais conhecida por lei das SA, diz que “as SA são administradas por mandatários temporários, revogáveis (...)”; o art.º 171º, § único, do Cód. Comercial de 1888, por seu turno, estabelece que “a primeira direção pode ser designada no instrumento de constituição da sociedade, não podendo contudo durar mais de três anos, e sem prejuízo do direito de revogação nos termos do artigo seguinte”. Segue-se o art.º 172º “a eleição dos diretores será feita (...) sem prejuízo da revogabilidade do mandato, sempre que qualquer assembleia o julgue conveniente¹⁵.”

Na doutrina, este tema de elevada importância prática, foi alvo de estudo por VEIGA BEIRÃO¹⁶: “*poderá uma assembleia geral exonerar os administradores sem convocação especial para esse fim? (...) sim, pois que o art.º 172º dá esse direito sem restrição à assembleia geral (...)*”; já VISCONDE DE CARNAXIDE¹⁷ referia “*o carácter da revogabilidade incessante ou nunca interrompida do mandado dos diretores (...) admite a destituição em qualquer tempo, como a assembleia pode fazer para os diretores*”.

De salientar, o impacto dos estudos de ANTÓNIO CAEIRO¹⁸ na evolução do texto legislativo que, apesar de centrados na sociedades por quotas, é inegável a importância do

¹⁵ Cfr. JOÃO LABAREDA, LABAREDA, “Direito Societário Português: algumas questões”, Quid Juris, Lisboa, 1998, pág. 66.

¹⁶ VEIGA BEIRÃO, Direito Comercial Portuguez – Esboço do Curso, Coimbra, 1912, pág. 70.

¹⁷ Sociedades anonyms, 1913, pág 79-149.

¹⁸ Por exemplo: *Destituição do Gerente Designado no Pacto Social* ou *Indemnização do Administrador Destituído sem Justa Causa*. Estes e outros textos podem ser consultados na íntegra na obra “Temas de Direito das Sociedades”, Coimbra, Almedina, 1984.

seu contributo nos trabalhos de preparação do Código das Sociedades Comerciais, nomeadamente no que diz respeito à destituição.

À semelhança do que acontece no nosso ordenamento jurídico, a regra da livre destituição tem já longa tradição nos países continental-europeus e encontra-se consagrada na grande maioria dos ordenamentos. Não obstante, persistem pequenas divergências, nomeadamente saber se da destituição *ad nutum* decorre o dever de indemnizar, sem dúvida a questão que origina maior celeuma. Sempre que julgarmos necessário, vamos recorrer ao direito comprado, através de uma análise juscomparatística, particularmente interessante não só por se debruçar nos países que costumam inspirar o legislador português, mas principalmente para tentarmos perceber o enquadramento das diferentes soluções dadas ao problema da destituição, bem como a perspectiva doutrinal de cada uma delas.

Diferentemente, a regra da livre destituição foi introduzida no Reino Unido apenas¹⁹ em 1948 na secção 184 da *Companies Act* do mesmo ano. Esta regra é imperativa, não podendo ser derogada pelos estatutos, nem por acordo entre a sociedade e o diretor²⁰. A despeito, a lei permite que se estabeleçam no contrato de sociedade motivos adicionais que levem à destituição, sendo o mais comum um pedido dos restantes administradores²¹.

Se até agora a nota comum foi o princípio da livre revogabilidade, chegamos agora a uma importante exceção. Ao contrário do resto dos sistemas jurídicos europeus, no ordenamento jurídico alemão os administradores só podem ser destituídos com justa causa.

O sistema dualístico (“quase único”) caracteriza-se pela distribuição, por dois órgãos distintos, das funções de administração e fiscalização. Assim a primeira fica a cargo do “conselho de administração” (ou, no alemão, *Vorstand*) e compete ao “conselho de vigilância” (*Aufsichtsrat*) controlar e supervisionar a atividade do primeiro²².

¹⁹ Digo “apenas” uma vez que ao contrário dos restantes países europeus, nos quais esta regra tem já longa tradição, no RU (e como veremos mais à frente, noutros países do *common law*) os administradores só poderiam ser destituídos com justa causa. Ver COUTINHO DE ABREU, *Governança...*, ob. cit. pág. 153.

²⁰ S.303(1) - “A director of a company can be removed at any time by an ordinary resolution of members despite anything contained in the company’s articles of association or any agreement between the director and the company” – STEPHEN KNIGHT, *The Removal of Public Company Directors in Australia: Time for a Change?*, *Company and Securities Law Journal*, nº 25, 2007, pág. 364.

²¹ “The articles may provide additional grounds for the removal of directors, the most common being a request from fellow directors” – DAVIES, PAUL L., “Principles of modern company law”, Edição 9th ed., London, Sweet and Maxwell, 2012.

²² Para um estudo mais aprofundado sobre os sistemas orgânicos de governação societária v. COUTINHO DE ABREU, “Governança...” ob. cit., págs. 35 e ss.

Aos membros do conselho de vigilância compete nomear os administradores que vão constituir o conselho de administração. No entanto, estes só podem ser destituídos antes do termo do período para que foram designados quando exista justa causa para tal²³.

O relatório que antecedeu a introdução deste novo regime de destituição no AktG revelava, de certo modo, a motivação que consubstanciou estas alterações. A ideia base era moderar o poder de tomada de decisão dos acionistas²⁴.

Tudo teve origem na doutrina do “*Unternehmensinteresse*”. Nesta conceção o interesse da sociedade transcende o interesse dos acionistas. Os interesses dos trabalhadores, credores e até mesmo o interesse público no geral têm de ser tidos em consideração pelos administradores no modo como gerem a sociedade. Estes eram os dizeres da maioria da doutrina alemã do início dos anos 20 que se refletiram nas alterações ao AktG no sentido de diminuir o poder e influência dos acionistas maioritários.

Em 1937 o AktG foi alvo de uma panóplia de alterações, entre elas o regime de destituição que passou da revogação a todo o tempo para se estabelecer o princípio da revogação apenas por justa causa.

Resultado desta doutrina foi precisamente o afastamento da regra da livre destituição por forma a garantir a independência dos administradores relativamente à influência dos sócios maioritários²⁵.

²³ Cfr. AktG §84 (3).

²⁴ Á luz da lei alemã, as grandes decisões relativas à vida da sociedade eram (e são), ainda que indiretamente, tomadas em assembleia geral (mesmo que indiretamente, já que, competia os acionistas que eleger os membros do conselho de vigilância, e estes elegiam o membros do conselho de administração) o que significa ser este o órgão societário com maior autoridade e poder. O crescente conflito de interesse que vem surgindo entre acionistas e administradores em nada ajuda ao desenvolvimento económico da sociedade, muito pelo contrário apenas contribuí para o seu atraso. MARTIN GELTER, *The Dark Side...* ob. cit. pág 159: “*Under current law, the shareholder meeting is the supreme decision making body of the corporations; the authority of the management board and supervisory board is derived from it (...) The development of corporations has shown that conflicts of interest and power struggles between the administration and the shareholder meeting trend to develop, which are by no means to the advantage of the company and business life.*”

Tradução de MARTIN GELTER do relatório que introduziu esta teoria no AktG (1937) escrito por FRIEDRICH KLAUSING.

²⁵ “*This gives management a certain degree of security and independence in office for a number of years, which is what the legislator intended and which seems to meet with widespread approval*” – HOPT, K. J / KANDA, H. / ROE, M. J. / WYMEERSCH; PRIGGE, S. “*Comparative Corporate Governance – The State of the Art and Emerging Research*”, Oxford University Press, 1998, pág. 4. Ver também, BRITO CORREIA e bibliografia aí citada, *Os Administradores...*, ob. cit., pág. 691.

Atualmente, este amplo poder concedido pelo legislador às sociedades encontra aceitação quase indiscutível não só na doutrina como na jurisprudência. Os argumentos que o sustentam baseiam-se no princípio de que a relação entre acionistas e administradores deve ser uma relação de confiança, e que deverá poder extinguir-se unilateralmente e a todo o tempo, nomeadamente quando exista uma quebra de confiança por parte dos sócios. Esta regra permite aos sócios designar os administradores que lhes pareçam mais “convenientes”. Citando o ac. de 11-07-2006 do STJ *“a razão do amplo poder que os mencionados arts.º 257º, 403º e 430º conferem às sociedades de destituir os seus órgãos de gestão reside em que a lei, na ponderação dos interesses em jogo, pretende deixar à sociedade, em cada momento, a faculdade de definir quem quer que conduza os seus destinos e vele pelos seus interesses.”*²⁶.

BRITO CORREIA divide os argumentos a favor da livre destituição em *“motivos (subjetivos) ligados ao comportamento do administrador”* e *“motivos (objetivos) de conveniência da sociedade (incluindo a inadequação do administrador à estratégia ou ao programa da maioria dos acionistas atuais)”*²⁷.

A livre destituição como uma poderosa arma contra as rápidas mudanças do mercado, que justifiquem alterações ao nível da estratégia empresarial empregue até então, permitindo a exclusão dos administradores que não se mostraram capazes de fazer face às novas exigências.

O perigo iminente de destituição, mesmo que não exista justa causa para tal, funcionará como estímulo ao desempenho do administrador que, perante tal situação tentará provar constantemente o seu valor e conseqüentemente que merece o cargo que ocupa. COUTINHO DE ABREU parece concordar com esta vantagem *“É verdade que o risco de destituição a todo o tempo pode estimular a atuação em prol dos sócios...”*²⁸, no entanto, como ressalva RICARDO RIBEIRO *“o risco de destituição a todo o tempo, impendendo sobre a cabeça dos administradores (...) tem também um lado perverso, que é o facto de poder implicar que o administrador alcance determinados objetivos a curto-médio prazo, descurando uma estratégia empresarial a longo prazo, sempre preferível”*²⁹.

²⁶ Ac. do STJ de 11-07-2006 disponível em www.dgsi.pt.

²⁷ BRITO CORREIA, Os administradores..., ob. cit., pág. 701.

²⁸ COUTINHO DE ABREU, Governação das Sociedades Comerciais, Almedina, Coimbra, 2010, pág. 155.

²⁹ RICARDO RIBEIRO, “Do direito a indemnização dos administradores das sociedades anónimas destituídos sem justa causa”, in Boletim da Faculdade de Direito, Vol. LXXXIII, Coimbra, 2007, pág. 807.

Assim, apesar de funcionar como elemento estimulante da performance do administrador, o risco de destituição a todo o tempo poderá exercer pressão para o alcance de bons resultados, forçando uma administração de curto-médio prazo e colocando em risco o bom desempenho a longo prazo.

Sobre os mesmos argumentos que sustentam a regra da livre destituição, BRITO CORREIA: *“Não chegam, todavia, para sustentar a revogabilidade por capricho ou até com a mera intenção de prejudicar o administrador (por vingança, etc.), que não merece proteção da lei. (...) Em qualquer caso, para satisfazer o interesse da sociedade basta, em regra, que a revogação seja eficaz, independentemente da licitude dos motivos.”*³⁰

Parece-nos óbvia, ainda que não absoluta³¹, a sobreposição dos interesses da sociedade aos do administrador que, poderá ser destituído por ato unilateral, a qualquer momento.

O interesse da sociedade³² será aqui o interesse dos sócios enquanto tais, de todos os sócios e não só daqueles que possuem uma posição de controlo. No entanto, estes últimos, podem em conluio, sobrepondo os seus interesses pessoais ao interesse da sociedade, colocar o administrador numa situação delicada. COUTINHO DE ABREU chama-lhe o *dilema do administrador*: *“Os sócios, ainda que dominantes, não tem o direito de dar instruções aos administradores (...) nem, evidentemente, os administradores devem obediência a essas instruções (...). Mas, todos sabemos, as instruções vão sendo emitidas. E eis que surge o dilema do administrador ou obedece (embora saiba que não tem de obedecer e que o acatamento é contrário ao seu dever de diligência) e mantém-se no lugar, ou não acata as instruções e arrisca-se a ser destituído (apesar de sem justa causa).”*³³.

A doutrina portuguesa parece ter encontrado uma solução para o problema. Alguns autores consideram abusiva a deliberação de destituição baseada em motivos (ainda que ocultos) pessoais ou de vingança, com intenção de prejudicar a pessoa do administrador.

³⁰ BRITO CORREIA, Os Administradores..., ob. cit., pág. 701. Negrito nosso.

³¹ Dizemos não absoluta já que em caso de destituição sem que seja apresentada justa causa o administrador terá direito a uma indemnização, assunto que será tratado num capítulo próximo.

³² No que toca à definição daquilo que poderá ser o “interesse social” confrontam-se duas teorias: institucionalistas e contratualistas. Enquanto na primeira o interesse social reúne uma série de interesses para além do dos sócios, nomeadamente dos sujeitos que de alguma forma se relacionam com a sociedade (trabalhadores, credores, etc.) na teoria contratualista só será tido em conta o interesse dos sócios enquanto tais. Para maior desenvolvimento vide COUTINHO DE ABREU, “Curso...”, ob. cit., págs. 291 e ss..

³³ COUTINHO DE ABREU, “Curso...”, ob. cit., pág. 630.

Em termos gerais, as deliberações sociais podem ser inválidas – arts.º 56º e ss. do CSC. O art.º 58º/1 al. b) denomina de abusivas as deliberações sociais que “sejam apropriadas para satisfazer o propósito de um dos sócios de conseguir através do exercício do direito de voto, vantagens especiais para si ou para terceiros, em prejuízo da sociedade ou de outros sócios ou simplesmente de prejudicar aquela ou estes”. Ou seja, uma deliberação que resulte numa vantagem especial para um sócio, ou grupo de sócios, ou mesmo de um terceiro em prejuízo da sociedade será anulável nos termos da al. b) do nº 1 do art.º 58º. Serão igualmente anuláveis as deliberações que visem unicamente prejudicar a sociedade ou sócios

Em matéria de deliberações de destituição abusivas releva a leitura do Ac. STJ de 09-10-2003. “A”, sócia-gerente, intentou ação para que seja declarada anulada a deliberação que a destitui da gerência de uma sociedade. Na fundamentação, o STJ começa por dizer: *“os sócios que deliberam a destituição do gerente sem para tanto invocarem justa causa não abusam, só por isso, do seu direito, já que o exercem nos precisos termos em que tal direito lhes é conferido pelo normativo citado. Tal não significa, porém, que a referida deliberação não possa estar inquinada por abuso de direito.”*

Defende, então, este tribunal a possibilidade de controlo do direito de livre destituição da sociedade por abuso de direito. Depois, prossegue *“Está o abuso de direito, em matéria de deliberações sociais, especificamente previsto no art.º 58º/1.b) do CSC, que fere com a sanção da anulabilidade as deliberações sociais que sejam apropriadas para satisfazer o propósito de um dos sócios de conseguir, através do exercício do direito de voto, vantagens especiais para si ou para terceiros, em prejuízo da sociedade ou de outros sócios ou simplesmente de prejudicar aquela ou estes, a menos que se prove que as deliberações teriam sido tomadas mesmo sem os votos abusivos. Em causa estão deliberações que se apresentam formalmente como regulares - que não contrariam formalmente a lei nem o contrato de sociedade - mas que lesam ou ameaçam interesses da sociedade ou dos sócios em termos tão chocantes que se impõe e justifica a possibilidade da sua impugnação. E, na verdade, aquele preceito tem subjacente a ideia de que as deliberações sociais e o exercício do direito de voto devem ser direcionados para a realização do interesse da sociedade (ou do interesse comum dos sócios) e não apenas para satisfazer interesses de alguns sócios ou de terceiros, em prejuízo da sociedade ou de alguns (outros) sócios. Nem sempre, porém, assim sucede. Bem se entende, por isso, que numa qualquer sociedade comercial possam*

verificar-se, mesmo contra a vontade de um sócio ou de uma minoria de sócios, alterações fundamentais na sua organização e funcionamento, no objeto social, nas relações de participação dos sócios na vida da sociedade, etc. E, como é também claro, não está excluída a possibilidade de tais alterações esconderem objetivos perversos: elas encerram a possibilidade - o risco - de abuso da maioria ou de desconsideração ou insuficiente consideração dos interesses de minorias, sem corresponderem a qualquer interesse real dos aspetos organizativos e funcionais da sociedade, ou das políticas de gestão societária. Daí que se tenha sentido a necessidade de implementação de instrumentos jurídicos de defesa das minorias, sendo um de tais instrumentos a ação de anulação de deliberações sociais viciadas. Esta ação é hoje vista, não tanto como instrumento de defesa da legalidade societária, mas sobretudo como instrumento de defesa da participação social e dos interesses do respetivo titular, e como meio de garantir a proteção da situação das minorias, da posição jurídica e dos interesses dos membros da corporação, perante a maioria e os seus instrumentos de poder.”

Neste ponto, discordamos da doutrina e jurisprudência. Desde logo pela desigualdade de critérios que a aplicação deste meio de resolução acarreta. É que ao abrigo do art.º 59º/1 do CSC, têm legitimidade para arguir a anulabilidade o “órgão de fiscalização” ou “qualquer sócio que não tenha votado no sentido que fez vencimento, nem posteriormente tenha aprovado a deliberação, expressa ou tacitamente”. Ora se se admitir a aplicação do art.º 58º/1 b) às deliberações de destituição de administradores, apenas os administradores-sócios teriam legitimidade para arguir a anulabilidade.

Acresce que considerando soberana a regra da livre destituição, não fará qualquer sentido analisar o porquê da decisão dos sócios de destituir um administrador. Se a lei permite a livre destituição, sem que seja necessário apresentar qualquer motivo, não parece muito lógico que alguns deles sejam considerados “abusivos”. Neste aspeto, concordamos com RICARDO RIBEIRO: “*Se é seguro que os acionistas podem ajuizar discricionariamente das vantagens ou desvantagens da manutenção da relação de administração e podem, em consequência, destituir os administradores, por qualquer razão que seja, então não vemos como, a final, possam alguns dos motivos da destituição ser sindicados, através do abuso de direito. Seria uma contradição nos próprios termos.*”³⁴.

³⁴ RICARDO RIBEIRO, “Do direito a indemnização...”, ob. cit., pág.817.

Assim, defendemos não ser possível controlar o direito de livre destituição através do abuso de direito. O administrador destituído sem justa causa, terá apenas direito a ser indemnizado pelos prejuízos que a destituição lhe terá causado. Uma vez que a indemnização é paga pela sociedade, deverá esta ser ressarcida pelos sócios que deliberaram e abusivamente votaram a destituição. Esta é uma hipótese que existe no direito francês. Apesar de não estar prevista qualquer indemnização aquando da destituição sem justa causa, este direito é reconhecido aos administradores quando a deliberação de destituição apresente carácter abusivo. Em Portugal, defende esta solução COUTINHO DE ABREU³⁵, que faz referência ao regime francês.

³⁵ Ver Governação das Sociedades Comerciais, Almedina, Coimbra, 2010, pág. 168.

A destituição e a convocatória

A regra da livre destituição dita a possibilidade de, a todo o tempo, e independentemente de justa causa, a sociedade destituir um administrador. Sendo a sociedade uma pessoa coletiva, são os sócios, em AG, que expressam a vontade da mesma. Assim, e pelo disposto no art.º 377º n.ºs 5/ e) e 8 (primeira parte)³⁶ sempre que se vá deliberar a destituição de um administrador, esse assunto deverá constar na ordem do dia contida na convocatória. Esta é uma regra de extrema importância, no sentido de garantir uma ponderada reflexão dos sócios que melhor informados, votarão mais conscientemente.

Não menos importante, é o facto de permitir ao administrador defender-se das possíveis acusações de que será alvo (em caso de existir justa causa de destituição).

BRITO CORREIA, apesar de defender o direito do administrador destituído de se fazer ouvir - “*É óbvio que o administrador não merece proteção, quando ele próprio tem um comportamento ilícito, culposo e danoso para a sociedade. É justo admitir que, mesmo nesse caso, ele seja ouvido: porque os factos que lhe são atribuídos podem não ser verdadeiros, ou não lhe ser imputáveis, ou não o ter a gravidade alegada, etc.*”³⁷ - discorda que a destituição deva constar da ordem do dia contida na convocatória³⁸. Diferentemente COUTINHO DE ABREU³⁹ ensina que “*Destituir um administrador não é de somenos importância. Os sócios convocados devem ser avisados do propósito da destituição. Bem como os administradores, que, mesmo quando não sejam sócios, devem estar presentes nas assembleias gerais.*”⁴⁰.

Esta linha de pensamento não será novidade e já encontra consagração no CSC. Foi acolhida no art.º 419º (relativo aos membros do órgão de fiscalização):

“1 – A assembleia geral pode destituir, desde que ocorra justa causa, os membros do conselho fiscal, o revisor oficial de contas ou o fiscal único que não tenham sido nomeados judicialmente. 2 – Antes de ser tomada a deliberação, as pessoas visadas devem ser ouvidas

³⁶ Art.º 377º, n.º5: “A convocatória, quer publicada, quer enviada por carta, ou por correio eletrónico, deve conter, pelo menos: e) ordem do dia.

Art.º 377º/8: O aviso de convocatória deve mencionar claramente o assunto sobre o qual a deliberação será tomada (...).

³⁷ BRITO CORREIA, Os Administradores..., ob. cit., pág. 703.

³⁸ BRITO CORREIA, Os Administradores...; ob. cit., pág. 707.

³⁹ No mesmo sentido, ver também RAÚL VENTURA, Sociedade por Quotas, vol. III, pág. 105.

⁴⁰ COUTINHO DE ABREU, Curso..., ob. cit., pág. 645.

na assembleia sobre os factos que lhes são imputados”⁴¹. Mas não só, o DL 71/2007, de 27 de março de 2007, que se refere ao estatuto do gestor público, prevê no seu art.º 25º/2 a “audiência prévia” dos mesmos quando demitidos com justa causa.

Não se excluí, no entanto, a possibilidade de destituição imediata uma vez que, o próprio código prevê que isso possa acontecer na assembleia geral anual (arts.º 376º/1/c), 455º/2/3 e 75º/2). Percebe-se a ratio desta exceção, no momento de apreciação das contas do exercício, e de certa forma da administração no geral, podem ser descobertas anomalias que revelem problemas de desempenho impondo a destituição imediata do administrador em causa.

Será anulável a deliberação de destituição se esta não constar da ordem do dia? Ao subscrevermos a posição de autores como COUTINHO DE ABREU, RAÚL VENTURA E JOÃO CALVÃO DA SILVA, diremos que sim. Concluímos pela obrigatoriedade de inclusão da destituição na ordem do dia e conseqüentemente a falta de menção na ordem de trabalhos torna a deliberação de destituição anulável (arts.º 58º/1, c),4 a); 59º/1/2 c)). Isto porque o art.º 377º/8 é claro “*O aviso convocatório deve mencionar claramente o assunto sobre o qual a deliberação será tomada...* ”.

A mesma orientação parece seguir a jurisprudência. Assim o ac. de 13-10-2010 da RP⁴²: “ *O Código das Sociedades Comerciais, cujo nº 8 do art.º 377º, aqui aplicável por força do nº 1 do art.º 248º, prescreve, como já notado, que o aviso convocatório deve mencionar claramente o assunto sobre o qual a deliberação irá ser tomada. A convocatória tem de ser clara, de forma a elucidar suficientemente, sem margem para dúvidas, os interessados sobre os assuntos que vão ser debatidos. E serve um fim último: permitir que os convocados se preparem para a discussão e deliberação dos temas da ordem do dia, de tal modo que não venham a ser colhidos de surpresa quanto às ditas matérias na defesa dos seus interesses ou do interesse societário.*”⁴³

Questão pertinente que se pode colocar: é ou não necessário indicar na convocatória o nome do administrador a destituir?

⁴¹ Ver também art.º 423º-E, nº2 do CSC.

⁴² Ver também Ac. do RL de 15-02-2011.

⁴³ Negrito nosso. Ac disponível em www.dgsi.pt.

RAÚL VENTURA, CALVÃO DA SILVA e COUTINHO DE ABREU se por um lado consideram ponto assente que o tema da destituição deve constar da ordem do dia, defendem não ser necessário mencionar o nome do administrador a destituir⁴⁴.

Na jurisprudência, e voltando ao mencionado ac.: *“Numa posição de absoluto rigor, a convocatória para a assembleia geral que teve lugar no dia 16 de Fevereiro de 2009, no que respeita aos respetivos pontos I e II seria mais precisa se identificasse o gerente a destituir e a pessoa a nomear para o respetivo lugar vago. Não o fez, mas foi clara no sentido de que se iria votar a destituição de um gerente e a nomeação de outra pessoa para o cargo. Não deixou dúvida alguma sobre aqueles assuntos a discutir e a votar; só que foi incompleta na sua aparência por preterição da identidade dos visados, como, aliás, o fora a convocatória efetuada para a assembleia geral de 16.12.2008.”*

Este tribunal, ainda que não considere essencial a presença da identificação do administrador a destituir não deixa de realçar que a convocatória seria mais “precisa” se assim o fizesse. DIOGO LEMOS E CUNHA⁴⁵ vai mais longe e considera mesmo ser essencial a “identificação na ordem do dia do administrador a destituir”. Este autor justifica a sua posição recorrendo aos mesmos argumentos que justificam a inclusão da destituição na ordem de trabalhos. Considera ser essencial que acionistas e administrador visado saibam exatamente qual o administrador a destituir de modo a que possam recolher informação pertinente e preparar a deliberação.

⁴⁴ RAÚL VENTURA, *Sociedades por Quotas*, ob. cit., pág. 105; CALVÃO DA SILVA, *Estudos de direito Comercial*, Almedina, Coimbra, 1999, págs. 267 e ss. e COUTINHO DE ABREU, *“Governança...”*, ob. cit., pág. 166.

⁴⁵ DIOGO LEMOS E CUNHA, *A Destituição de Administradores de Sociedades Anónimas: Em Particular o Alcance e o Sentido da Justa Causa de Destituição*, in *ROA*, Ano 74 vol. III/IV, Lisboa, 2014, pág. 606. Disponível em: <https://www.oa.pt/upl/%7B7e8ffb11-e18d-4752-a8c2-7ae831cc7d0d%7D.pdf>

Justa Causa de Destituição

“A justa causa releva unicamente para efeitos de saber se a sociedade deve ou não indemnizar o administrador destituído”⁴⁶

Na atual redação do CSC não encontramos uma definição de justa causa. No entanto, o art.º 403º, n.º⁴⁷, revela um elenco, não taxativo, de situações que, em caso de destituição, a podem constituir. Não taxativo, pois o legislador optou por deixar a cargo da doutrina e da jurisprudência a concretização do conceito⁴⁸.

Esta opção do legislador apresenta algumas vantagens. Desde logo permite alguma liberdade decisória ao julgador que, deste modo, adquire capacidade de adaptar o conceito às particularidades do caso concreto em análise. No entanto, também permite que a própria doutrina distinga duas orientações distintas, a propósito do conceito de justa causa de destituição: uma orientação mais “laboral” e uma outra, “civilística”⁴⁹.

No direito alemão, são justa causa de destituição a violação grave dos deveres a que o administrador está adstrito, mas também a incapacidade para cumprir as funções para que foi designado. O AktG enumera ainda um terceiro motivo de revogação dos diretores: a retirada de confiança pela assembleia geral. Não obstante, não bastará a mera alegação de

⁴⁶ DIOGO LEMOS CUNHA, *A Destituição...*, ob. cit., pág. 584.

⁴⁷ No período que antecedeu a reforma de 2006, em matéria de justa causa de destituição, importavam os arts.º 257º/6 (relativo aos gerentes das sociedades por quotas) e o art.º 430º/2 (relativo ao administradores das sociedades anónimas), ambos do CSC. Enquanto o primeiro permaneceu intocado depois da reforma, o art.º 430º/2 remete, agora, para o art.º 403º/4/5. Desta forma, foi eliminada a referência à “retirada de confiança pela assembleia geral” como justa causa de destituição. Ver RICARDO RIBEIRO, *Do Direito a Indemnização...*, ob. cit., págs. 811 e ss.

⁴⁸ É o advérbio “designadamente” que atribui caráter exemplificativo ao art.º 403º/4. Cfr. JOÃO LABAREDA, ob. cit., pág. 65; na jurisprudência v. por exemplo ac. STJ de 23/6/1996.

⁴⁹ Debatem-se essencialmente duas orientações:

- i. Uma orientação “mais laboral”, nos termos da qual só haverá justa causa de destituição cumprido o pressuposto da culpa do administrador. Ou seja, a justa causa consubstanciaria um comportamento culposo do administrador que pela sua gravidade justificava a destituição – MENEZES CORDEIRO, “Da Responsabilidade Civil dos Administradores das Sociedades Comerciais, Lex, Lisboa, 1997, pág.380; JORGE PINTO FURTADO, “Código Comercial Anotado, II/1, pág. 91.
- ii. Do outro lado, uma orientação “civilista”, segundo a qual não é exigível um comportamento culposo do administrador para haver justa causa de destituição. Basta ser apresentado um justo motivo que será apreciado livremente pelo tribunal. – PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, “Código Civil Anotado”, ob. cit., pág. 731; COUTINHO DE ABREU, “Governança...”, ob. cit. pág 161; ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, “A Administração das Sociedades...”, ob. cit. pág. 245; JOÃO LABAREDA, “Questões...”, ob. cit., pág. 79.

falta de confiança, esta deverá ser fundamentada, devem ser apresentados motivos objetivos que a justifiquem⁵⁰.

UWE HÜFFER⁵¹, pronuncia-se sobre a definição de justa causa em comentário ao § 84 (3) do AktG salientando que a enumeração presente no artigo é não taxativa.

Caso se prove não existir justa causa, a revogação pode ser declarada ineficaz e o diretor pode retomar o seu lugar⁵².

Retomando “*constituem designadamente, justa causa de destituição a violação grave dos deveres do administrador e a sua inaptidão para o exercício normal das respetivas funções*”. Estão aqui enumeradas, ainda que muito genericamente, as duas circunstâncias que configuram justa causa de destituição de um administrador.

⁵⁰ “*Members of the managing board may be dismissed only for compelling reasons such as, in particular, gross breach of duty, inability to conduct the corporation’s business properly, or a vote of no-confidence carried at a shareholders general meeting, provided it is not based on clearly arbitrary grounds.*” – KLAUS J. HOPT, *Corporate governance in context corporations, states, and markets in Europe, Japan and the USA*, Oxford : Oxford University Press, 2005, pág. 4.

⁵¹ UWE HÜFFER, *Aktiengesetz, 6., neubearb. Aufl.*, München : C.H. Beck, 2004, págs. 427 e ss..

⁵² Cfr. BRITO CORREIA, *Os Administradores...*, ob. cit., pág. 693.

— Violação grave dos deveres do administrador

A referência do art.º 403º/4 aos deveres do administrador inclui deveres contratuais (ou, naquele que será o nosso entendimento estatutários) e deveres legais que se dividem em deveres legais específicos⁵³ (imediatamente previstos na lei) e deveres legais gerais - de diligência e de cuidado.

O art.º 72º/1 do CSC refere os deveres contratuais, nos quais, não restam dúvidas, estão incluídos os deveres estatutários⁵⁴.

Os deveres legais específicos resultam imediatamente da lei, que condiciona o comportamento do administrador. Estão presentes no CSC (arts.º 6º/4, art.º 35º, arts.º 412º/4 e 433º/1) mas igualmente em normas jurídico-penais (são exemplo disso os arts.º 203º, 204º, 205º e 212º do CP - os administradores que cometam os crimes de furto abuso de confiança ou dano, respetivamente, contra a propriedade societária sujeitam-se não só a responsabilidade penal, mas também responsabilidade civil para com a sociedade).

Mais complexos, os deveres legais gerais dividem-se, por inspiração anglo-saxónica em “deveres de cuidado” e “deveres de lealdade”.

- i. A alínea a) do art.º 64º/1 consagra os “*deveres de cuidado*”, o administrador deve atuar “*revelando a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da atividade da sociedade adequados às suas funções e empregando nesse âmbito a diligência de um gestor criterioso e ordenado*”. Concretizando, podemos dividir os deveres de cuidado em: dever de controlo ou vigilância

⁵³ Alguns exemplos em COUTINHO DE ABREU, “Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades”, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, pág. 12.

⁵⁴ COUTINHO DE ABREU, “Responsabilidade...”, ob. cit., pág. tece duras críticas à opção do legislador pela designação “deveres contratuais”.

Nem todos os estatutos são fundados em contrato de sociedade e, por sua vez, a relação de administração não é normalmente contratual (como já confirmamos anteriormente). E, mesmo que exista um contrato entre o administrador e a sociedade a formalizar um outro dever, esse é um dever com origem contratual e a sua força vinculativa está consagrada no art.º 406º/1 do CCiv.

É certo que, por força da lei, os administradores devem cumprir algumas deliberações dos sócios. No entanto, e segundo o autor “é incorreto falar a este propósito de deveres “contratuais”. Quer porque as deliberações sociais não são contratos, quer porque tal dever tem fundamento na lei ou nos estatutos (v., v.g. arts.º 259.º e 405.º,1) – é dever “legal” ou “estatutário”.

Aliás, o DL 49 381 de 15 de novembro de 1969, no seu art.º 17º/2 referia-se a “deveres legais ou estatutários”, somos da mesma opinião do autor, esta alteração nunca deveria ter acontecido.

organizativo-funcional, dever de vigilância e investigação - “*duty of monitor*” - que impõe que o administrador preste atenção à evolução da sociedade, nas suas várias vertentes, como a rentabilidade da empresa, os recursos humanos, o mercado de valores mobiliários, entre outras), o dever de atuação procedimentalmente correta que se concretiza na preparação adequada das decisões de gestão, observância de um *reasonable decisionmaking process* exige do administrador que prepare adequadamente as decisões, conceito cujo preenchimento apela às circunstâncias concretas e, por último, “o dever de tomar decisões (substancialmente) razoáveis”

- ii. O segundo dever geral consagrado no art.º 64º é o dever de lealdade. Dispõe a al. b) do nº1 deste normativo que os administradores da sociedade devem observar “deveres de lealdade, no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores”. A referência do art.º 64º é muito genérica, carece de alguma concretização. Deste modo, diz-se que os administradores devem comportar-se com correção quando contratam com a sociedade, não concorrer com ela, não aproveitar em benefício próprio oportunidades de negócio societárias, assim como bens e informações da sociedade, não abusar do estatuto ou posição do administrador⁵⁵.

A própria lei preconiza algumas situações de violação de deveres dos administradores como justa causa de destituição: arts.º 398º/5 e 254º/5 (exercício não autorizado de atividade concorrente com a sociedade) e art.º 447º/8 (falta culposa de cumprimento do dever de comunicar à sociedade “o número de ações e de obrigações da sociedade de que são titulares e bem assim todas as suas aquisições, onerações ou cessações

⁵⁵ Para maior desenvolvimento sobre os deveres do administrador v. COUTINHO DE ABREU, “Administradores...”, ob. cit. pág. 9 e ss.. Em específico a concretização do dever de lealdade v. págs. 25 e ss.

de titularidade, por qualquer causa, de ações e obrigações da mesma sociedade e de sociedades com as quais aquela esteja em relação de domínio ou de grupo”).

— Inaptidão/ Incapacidade

Relativamente à “inaptidão para o exercício normal das respetivas funções” a controvérsia é maior. Diferentemente do disposto no art.º 403º/nº4 relativo aos administradores das sociedades anónimas, no nº6 do art.º 257º, relativo aos gerentes, o conceito utilizado é “incapacidade”. Afinal o que significa ser inapto ou incapaz?

Alguns autores consideram que esta distinção não foi propositada, que o legislador não tinha por objetivo distinguir justa causa para gerentes e administradores, e efetivamente, entendemos não existir nenhuma razão plausível para esta distinção conceptual.

Subscrevemos a opinião de COUTINHO DE ABREU⁵⁶ *“Fala-se aqui em incapacidade para significar, no essencial, quer a (revelada) falta de conhecimentos necessários para uma gestão ordenada, quer a impossibilidade física decorrente, por exemplo, de doença prolongada (incurável, nomeadamente) impeditiva do exercício normal das respetivas funções.”*

Contrariamente, RICARDO RIBEIRO⁵⁷ opõe-se a esta corrente. Nas palavras deste autor *“a inaptidão para o exercício normal das funções deve ser compreendida, não também como incapacitação por impedimento físico, mas, única e exclusivamente, como incompetência profissional, levando, assim, pressuposta uma ideia de culpa: o administrador, v.g., negligencia os seus deveres de estudo e atualização, exigidos pelas novas realidades da empresa”*.

MENEZES CORDEIRO⁵⁸ segue igualmente este entendimento, remetendo os casos de impossibilidade física para a caducidade: *“A “incapacidade para o exercício normal das respetivas funções”, se se prender com a saúde física ou mental do gerente, conduz à cessação da situação de gerência por caducidade: não tem a ver com o preenchimento da cláusula de “justa causa”. A “incapacidade” deve ser aproximada da “incompetência profissional”: o gerente descure a sua formação profissional ou não é capaz de acompanhar as realidades da empresa.”*. Por outras palavras, este autor afasta da justa causa de destituição qualquer fato que não seja imputável ao administrador, ou seja, deve ser exigida a culpa do administrador como pressuposto da justa causa de destituição.

⁵⁶ COUTINHO DE ABREU, “Governação...”, ob. cit., pág. 158.

⁵⁷ RICARDO RIBEIRO, Do Direito de Indemnização..., ob. cit., pág. 814.

⁵⁸ MENZES CORDEIRO, “Manual...”, ob. cit., pág. 437.

Na verdade, discordamos totalmente da posição destes autores.

Quanto à justa causa, ideia base a reter será a da inexigibilidade. Haverá justa causa de destituição, quando se tornar inexigível para a sociedade manter a relação de administração, não sendo necessária a verificação de um comportamento culposo do administrador.

Como nos ensina BATISTA MACHADO⁵⁹ justa causa será “qualquer circunstância, facto ou situação em face da qual e segundo a boa-fé, não seja exigível a uma das partes a continuação da relação contratual”.

Os tribunais superiores portugueses acolheram a ideia de inexigibilidade, ou seja um facto que compromete a manutenção do vínculo entre sociedade e administrador. Apenas a título exemplar o ac. da RL de 07-04-2011: “uma situação que torne inexigível à sociedade a manutenção da pessoa em causa como gerente” Da mesma forma pode ler-se no ac. da RL 16-06-2011⁶⁰: “justa causa de destituição será aquela que tenha por fundamento a verificação de um motivo grave, de tal modo, que não seja exigível à sociedade manter a relação de administração”.

Conforme precisam PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA⁶¹, não definindo a lei justa causa, deve o seu conteúdo ser, em princípio, “apreciado livremente pelo tribunal”. Observam, a propósito, estes autores que, “em Itália, é unanimemente reconhecida como causa justa não a causa subjetiva - a falta de confiança, superveniente, do mandante no mandatário - mas a causa objetiva, considerando-se como tal toda a circunstância que torne contrário aos interesses do mandante o prosseguimento da relação jurídica”.

Consideramos pois não ser exigível culpa do administrador para que exista justa causa de destituição, sufragando uma conceção civilística do conceito de justa causa de destituição.

Consequência da indeterminação do conceito de justa causa em associação à inexigibilidade de culpa por parte do administrador é a inclusão de outras situações, para

⁵⁹ Machado, J. Baptista, *Pressupostos da resolução por incumprimento*, Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra. N. Especial - Estudos em homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro, Vol. 2 (1979), págs. 361 e 362.

⁶⁰ Ambos disponíveis em www.dgsi.pt.

⁶¹ In Código Civil, anotado, Vol. II, 3.^a edição, Coimbra, 1986, pág. 731.

além das previstas na lei (violação de deveres graves e incapacidade), que podem resultar na justa causa de destituição⁶².

Situação caricata é a descrita no Ac.do STJ de 15-05-2013. Na sequência de um desentendimento sobre o sistema de climatização da empresa, um dos gerentes agride outro, com um pau, na cabeça, causando-lhe ferimentos. Naturalmente, desde o incidente, os gerentes não mantêm qualquer tipo de relação ou contacto. Foi convocada uma assembleia geral extraordinária com a seguinte ordem de trabalhos: “deliberar a destituição, com justa causa, do gerente AA” (gerente agressor). A proposta foi aprovada pelo que o gerente destituído recorreu ao tribunal alegando não existir justa causa de destituição e exigindo ser indemnizado.

O tribunal tinha que se pronunciar no sentido de existir, ou não, justa causa de destituição. Na decisão pode ler-se: *“A administração de uma sociedade é tarefa de delicada postura e a exigir, para além da sua competência técnica, a entreaajuda constante dos seus gerentes no trilha a percorrer para alcançar o objetivo dos proventos da empresa. Não se poderá conceber que uma sociedade possa obter os seus esperados êxitos, que sempre se propõe atingir, quando os dirigentes dos seus destinos, materializados na sua gerência, estiverem visivelmente desavençados. A responsabilidade por esta evidenciada discórdia há-de ir pedir-se a quem deu motivo a tal dissonância; e não precisamos de nos esforçarmos muito para podermos ajuizar que a agressão praticada pelo sócio/gerente autor, AA, é que fez desencadear os malefícios de que a plenitude da gerência necessariamente veio a suportar e que, por isso, legitima a sua destituição.”*

Concordamos com a decisão do STJ. Efetivamente será adverso ao bom curso dos negócios societários não existir um mínimo de entendimento entre administradores. Não é exigível à sociedade, a manutenção na gerência de membros hostis ao seu crescimento e desenvolvimento. E, apesar de neste caso em concreto a justa causa de destituição estar suficientemente justificada com um comportamento culposos do gerente (uma agressão), não será necessária a existência de culpa, basta que os desentendimentos comprometam a boa gestão da sociedade.

Esta é uma entre outras situações que dão origem à justa causa de destituição, desentendimentos frequentes entre administradores, ainda que não culposos. Mas não só. A

⁶² Convergentemente, COUTINHO DE ABREU, ob. cit. pág. 636 e DIOGO LEMOS E CUNHA, ob. cit. pág. 591.

prática de crimes, por parte do administrador, ainda que fora da vida societária, pode afetar a credibilidade deste, bem como, por exemplo, a situação de insolvência do administrador⁶³.

⁶³ COUTINHO DE ABREU, Governação das Sociedades Comerciais, pág. 161.

Justa causa de destituição e a questão do ónus probandi (a Ata)

No seguimento do estudo da justa causa de destituição coloca-se a questão de saber a quem incumbe alegar e provar a justa causa. Pertencerá ao administrador o ónus de provar a inexistência de justa causa? Ou, por outro lado, será a sociedade responsável por alegar justa causa de destituição e conseqüentemente provar os factos que a consubstanciem? Seguindo doutrina⁶⁴ e jurisprudência⁶⁵ dominantes, parece-nos mais razoável a segunda alternativa.

Tendo em conta o disposto no art.º 342º do CCiv.⁶⁶ caberia ao administrador, enquanto autor da ação, provar a inexistência de justa causa de destituição (facto constitutivo negativo da pretensão indemnizatória). No entanto, isto representaria uma prova quase impossível para o administrador. A prova de factos negativos é sempre mais complicada do que a prova de factos positivos. Neste caso, é mais difícil para o administrador provar que não violou nenhum dos seus deveres fundamentais ou que nunca se mostrou inapto para o exercício das funções para as quais foi designado, do que para a sociedade provar que algum destes factos realmente aconteceu.

Assim inverte-se a lógica: a existência de justa causa é facto impeditivo (o administrador só tem direito a ver ressarcidos os prejuízos sofridos quando a destituição ocorrer ad nutum) pelo que cabe à sociedade (enquanto réu) provar a sua existência.

Ponto assente que cabe à sociedade provar a existência de justa causa de destituição importa saber de que modo se procede.

Multiplicam-se decisões nos tribunais superiores com o seguinte teor:

⁶⁴ COUTINHO DE ABREU, *Governança...* ob. cit., pág. 162, RICARDO RIBEIRO, *Do Direito de Indemnização...* ob. cit., págs. 830 e 831, JOÃO LABAREDA, ob. cit., págs. 92 e 93.

⁶⁵ Assim decidiram os Acs. do STJ de 27-10-1994, 09-07-1998, 15-2-2000, 16-05-2000. No sentido desse ónus pertencer ao administrador decidiram o Ac. da RC de 28-05-1991 in e Acs. do STJ de 23-06-1992 in BMJ, nº 418º, págs. 793 e ss. e 09-07-1998 in BMJ, nº479, pág. 634.

⁶⁶ (copiar artigo)

- *“Foi já decidido, com trânsito em julgado, pela não verificação da justa causa de destituição dos autores, não porque estes não tivessem praticado factos passíveis de integrar o conceito jurídico de “justa causa”, mas antes porque tais factos não foram consignados na ata da assembleia geral da ré Empresa-A”*

- *“Ora analisando-se a ata da assembleia que deliberou destituir o autor verifica-se que não foi de modo expresse invocada justa causa de destituição”⁶⁷*

De acordo com os exemplos jurisprudenciais que acabamos de ler, quando a destituição aconteça após deliberação em assembleia geral, o único meio de prova da existência de factos que fundamentem justa causa de destituição será a sua inclusão na ata.

Vejamos o art.º 63º/2 do CSC:

A ata deve conter pelo menos:

(...)

al. f) o teor das deliberações tomadas.

Como ensina COUTINHO DE ABREU⁶⁸: *“A ata é meio (substituível) de prova das deliberações dos sócios, não o único meio de prova dos motivos ou fundamentos das deliberações; estas, enquanto decisões adotadas pelo órgão social de formação da vontade e imputáveis juridicamente à sociedade, não se confundem com aqueles. (...) Ora, o teor de uma deliberação de destituição consiste exatamente nos termos da proposta de destituição que obteve a maioria dos votos necessária. Uma proposta pode mencionar (sob forma ou não de “considerandos”), mas pode também não mencionar os fundamentos, a discussão sobre a mesma (antes da votação) revelá-los-lá, devendo depois a ata registá-los. Mas: (a) é possível não haver discussão da proposta; (b) ainda que haja discussão, os motivos expostos não têm de aparecer na ata”.*

Este autor conclui: *“Por conseguinte, a análise judicial da justa causa incidirá nos factos trazidos ao processo e nele comprovados, ainda que não constem do teor da deliberação nem da ata.”*

Do exposto podemos verificar que andam mal os tribunais portugueses.

⁶⁷ Respetivamente Ac 14-12-2006 e Ac. 19-02-2004, ambos do STJ e disponíveis em www.dgsi.pt.

⁶⁸ COUTINHO DE ABREU, Código das Sociedades em Comentário, vol. VI, comentário ao art.º 403º, págs. 389 e 390.

Muito embora possam constar da ata os factos que fundamentam justa causa de destituição, não será este o único meio de prova no processo judicial, pelo que compete à sociedade recolher e entregar as provas necessárias para sustentar justa causa.

Indemnização

Não existindo justa causa de destituição o administrador tem direito a ser indemnizado - art.º 403º/5⁶⁹ do CSC - “Se a destituição não se fundar em justa causa o administrador tem direito a indemnização pelos danos sofridos...”.

Essa liberdade concedida à sociedade justifica-se pela necessidade de uma relação de confiança com os seus gerentes, e a obrigação de indemnização apresenta-se como contrapartida desse direito e compensação pelos prejuízos resultantes da quebra do mandato conferido aos gerentes; como salienta Raul Ventura⁷⁰, a destituição “ou é fundada em justa causa ou sujeita a sociedade a uma indemnização” e “a destituição do gerente satisfaz o interesse da sociedade” mas “não implica o completo sacrifício dos interesses pessoais do gerente”.

Todavia, apesar de unânime na doutrina e jurisprudência portuguesa, o direito de indemnização do administrador destituído sem justa causa, continua a ser objeto de discussão nos direitos dos restantes países europeus.

Doutrina e jurisprudência francesa estão de acordo relativamente à regra da livre destituição. Os acionistas podem, a todo o tempo, deliberar em assembleia geral a destituição de um administrador.

A regra da livre destituição já remonta à lei francesa de 1867 (de certo modo semelhante à lei portuguesa do mesmo ano) – “as sociedades anónimas são administradas por um ou vários mandatários temporários, revogáveis, assalariados ou gratuitos, escolhidos entre associados”⁷¹.

A Lei Francesa de 1966⁷² adotou duas soluções distintas, uma para as sociedades anónimas com conselho de administração e outra para as sociedades anónimas com direção e conselho de vigilância.

Atualmente a distinção mantém-se. O art.º L. 225-18 do *Code de Commerce* estabelece, para as sociedades anónimas com conselho de administração, que os

⁶⁹ Acresce o art.º 430º/2 para os administradores das sociedades anónimas e o art.º 257º/7 para os gerentes.

⁷⁰ RAÚL VENTURA, *Sociedade por Quotas*, vol. III, Almedina, 2006, págs. 104 e 118.

⁷¹ Com maior desenvolvimento v. BRITO CORREIA, *Os Administradores...* ob. cit., pág. 679 e ss..

⁷² Lei n.º 66-537 de 24 de julho de 1966.

administradores “podem ser revogados em qualquer momento pela assembleia geral ordinária”. Esta é uma norma imperativa pelo que não pode ser derogada por qualquer cláusula estatutária ou não. O princípio da livre destituição é considerado regra de ordem pública e um “direito absoluto” da assembleia geral. Ao contrário do que acontece em Portugal, os administradores franceses só têm direito a indemnização quando existam circunstâncias injuriosas envoltas na sua destituição como, por exemplo, a invocação de motivos falaciosos que prejudiquem a reputação do administrador. Assim, é-lhe conferido o direito a ser indemnizado pelos danos sofridos, resultantes da destituição abusiva⁷³. Em todo o caso, o abuso de direito não invalida a revogação, nem confere ao administrador o direito a ser reintegrado.

Quanto às sociedades anónimas com direção e conselho de vigilância a resposta é diferente. No art.º L. 225-61 pode ler-se “os membros da direção ou o diretor-geral único podem ser revogados pela assembleia geral, assim como, se os estatutos o previrem, pelo conselho de vigilância”, embora haja lugar a indemnização se a revogação for decidida sem justo motivo.

Justifica-se esta opção do legislador francês com a necessidade de garantir maior estabilidade para os diretores face aos administradores. É que os membros da direção, pelo facto de não terem obrigatoriamente de ser sócios (art.º L.225-59, al.3), tendem a ser gestores profissionais. O mesmo não acontece com os membros do conselho de administração, estes são obrigatoriamente acionistas (art.º L.225-25).

Viajamos agora até Itália. As dúvidas suscitadas pela redação do art.º 121º do Código Comercial de 1882 levaram alguns autores a negar aos administradores o direito a indemnização, mesmo na falta de justa causa.

OTTOLENGHI⁷⁴ ensinava que o direito à livre destituição era concedido à assembleia e que se fosse intenção do legislador garantir o direito à indemnização do administrador destituído sem justa causa, di-lo-ia expressamente na lei.

SOPRANO⁷⁵ concorda com o compatriota utilizando o mesmo argumento, a letra da lei, e acrescenta que a tarefa do administrador é de grande responsabilidade, pelo que as

⁷³ Cfr. M.COZIAN/ A. VIANDER/ F. DEBOISSY, *Droit des Sociétés*, Litec, Paris, 17ª ed., 2004, pág. 237.

⁷⁴ OTTOLENGHI, *Il Codice di Comercio*, 1883, vol. II, pág. 383 (cit. por BRITO CORREIA, *Administradores...*, ob. cit., págs. 681 e 682).

⁷⁵ *Trattato teorico-pratico delle società commerciali*, vol. II, pág. 758 (igualmente citado por BRITO CORREIA, *Administradores...*, ob. cit., pág. 686).

peças que nele depositam tamanha confiança devem ser livres de o afastar sem terem que dar justo motivo, nem se preocuparem com pagamento de qualquer indenização.

A despeito de algumas opiniões contrárias (como as que aqui foram citadas) a maioria da doutrina da época já afirmava que, na falta de justa causa de revogação, os administradores deveriam ser indenizados. O art.º 121º do Código Comercial Italiano seria omissivo sobre o assunto e, por analogia, era aplicável o disposto nos arts.º 117º e 336º do Código Civil Italiano (regime do mandato e dos administradores das sociedades em comandita respetivamente).

MORI⁷⁶, por exemplo, sem nunca pôr em causa o direito dos acionistas de removerem, a todo o tempo e sem necessidade de justificação um administrador, defendia um equilíbrio de interesses. O administrador seria removido sem justo motivo, mas nunca sacrificado. Tinha direito a ser indenizado pelos danos causados pela destituição.

O CCiv. italiano de 1942 colocou um ponto final na discussão. É esta a redação do art.º 2383º/3: “os administradores [...] são revogáveis pela assembleia em qualquer tempo, mesmo se nomeados no ato constitutivo, salvo o direito do administrador ao ressarcimento dos danos, se a revogação se der sem justa causa”⁷⁷.

No ordenamento jurídico espanhol, esta matéria vinha regulada no art.º 131º da *Ley das Sociedades Anónimas* de 1989. Laconicamente escrito, este artigo muito breve e sucinto, ditava apenas que a “*separación*” (destituição) dos administradores poderá ser deliberada a qualquer momento pela assembleia geral.

Da grande reforma de 2010, surge uma nova redação, ainda que sem alterações substanciais. Na agora designada *Ley de Sociedades de Capital*⁷⁸, a destituição vem regulada no Artículo 223 -

“Cese de los administradores

1. Los administradores podrán ser separados de su cargo en cualquier momento por la junta general aun cuando la separación no conste en el orden del día”.

⁷⁶ MORI, “Società anonima- Amministrazione”, 1897, vol. I, págs. 42 e ss. (citado por BRITO CORREIA, “Administradores...”, ob. cit., pág. 687).

⁷⁷ Com mais pormenor FRANCESCO GALGANO, “Il Nuovo Diritto Societario”, Cedam, Padova, 2003, pág. 247.

⁷⁸ Aprovada pelo Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julho. Uma nova versão entrou em vigor a 17 de junho de 2016 mas não foram feitas alterações em matéria de destituição.

A revogabilidade *ad nutum* justifica-se “em razão da relação de confiança em que descansa”, e não permite “conceder validade às cláusulas estatutárias que condicionem a revogabilidade do administrador ou estabeleçam a irrevogabilidade por prazo determinado ou vitaliciamente”⁷⁹. Diverge a doutrina espanhola da doutrina portuguesa no que à indemnização diz respeito. Pelo menos a grande maioria da doutrina defende que da destituição sem justa causa não decorre o direito a indemnização titulado pelo administrador⁸⁰.

No RU, à semelhança do ordenamento jurídico português, ao administrador destituído sem justa causa, é concedido o direito a indemnização. Na vigência da *Companies Act* de 1985, a assembleia geral pode, a todo o tempo deliberar a destituição dos administradores, ainda que estes tenham direito a ser ressarcidos pelos prejuízos que advenham do “*breach of contract*”. E porque se trata de uma quebra contratual, a doutrina inglesa ensina que o administrador só terá direito a indemnização quando exista um contrato que o torne titular do direito de se manter no cargo para que foi designado por tempo determinado. Cabe ao administrador provar a existência desse contrato (na designação inglesa um “*contract of service or for services*”) para ver ressarcidos os alegados danos sofridos pela quebra contratual⁸¹.

Esta matéria encontra-se agora regulada nas secções 168 e 169, resultado da reforma da *Companies Act* em 2006⁸². Um diretor pode ser destituído, a qualquer momento, em assembleia geral desde que tenha sido devidamente notificado sobre o efeito e lhe seja dada oportunidade de ser ouvido antes da votação⁸³.

⁷⁹ São estas as palavras de R. URÍA sobre a ratio da regra da livre destituição e sobre a sua natureza imperativa, de que nos dá conta BRITO CORREIA, *Administradores...*, ob. cit. pág. 684.

⁸⁰ Cfr. RICARDO RIBEIRO, *Do Direito de Indemnização...* ob. cit. pág. 834.

⁸¹ Ver RICARDO RIBEIRO, *Do Direito...*, ob. cit. pág. 833.

⁸² Em 2006, o *Companies Act* foi alvo de grandes modificações. No entanto, as normas relativas à destituição dos diretores não sofreram alterações substanciais, apenas passaram das secções 303 e 304 para as secções 168 e 169, respectivamente. Cfr. United Kingdom, Department of Trade and Industry, *Explanatory Notes to the Company Law Reform Bill*.

⁸³ *Companies Act* s. 169 (1 e 2).

Ora não deixa de ser curioso o facto de estarmos perante uma indemnização que tem origem num facto lícito, ainda que não seja este caso único. Estão previstos na lei vários casos de responsabilidade por factos lícitos, veja-se por exemplo: para o contrato de mandato civil, o art.º 1172º, al. c) do CCiv. (aplicável a todos os contratos de prestação de serviços pelo art.º 1156º); para o contrato de mandato comercial, o art.º 245º do CCom.; para o contrato de empreitada, o art.º 1229º do CCiv.)⁸⁴. Como observa COUTINHO DE ABREU *“Da destituição-facto lícito não decorre logicamente o dever de indemnização. Não obstante, a lei portuguesa consagra justamente tal dever.”*⁸⁵

É este o entendimento da maioria da doutrina, mas também da jurisprudência⁸⁶.

MENEZES CORDEIRO⁸⁷ discorda, considerando a destituição sem justa causa um facto ilícito e, por isso mesmo, gerador de responsabilidade: *“Como ponto de partida, devemos assentar em que a destituição de um gerente, sem justa causa, é um facto ilícito”*. Fundamenta a sua posição alegando que a destituição sem justa causa, a todo o tempo, frustra as legítimas expectativas do administrador⁸⁸, que foi designado, por exemplo, para um período de quatro anos e vê-se, deste modo, afastado das funções que até então exerceu e sem que seja necessário apontar um motivo que o justifique. Nas palavras do autor: *“se um gerente é designado sine die ou para um mandato de quatro anos: destituí-lo ex abrupto e ad nutum vai contra o combinado e contra as expectativas legítimas. É ilícito, ainda que o Direito não preveja, aqui, a reintegração natural.”*

Não podemos concordar. Se a lei o prevê, não é legítimo que um administrador/gerente não reconheça a possibilidade de a qualquer momento ser destituído, ainda que sem justa causa. Dito isto, sufragamos a opinião da maioria da doutrina e consideramos ser esta uma situação de indemnização por facto lícito.

⁸⁴ Exemplos retirados do Ac. do STJ. de 14-12-2006, pág. 4, disponível em www.dgsi.pt.

⁸⁵ COUTINHO DE ABREU, “Curso...”, ob. cit., págs. 638 e 639 (itálico nosso).

⁸⁶ Na mesma linha de COUTINHO DE ABREU, RAÚL VENTURA, ob. cit. págs. 119-120, JOÃO LABAREDA, “A Cessação...”, ob. cit., pág. 91, RICARDO RIBEIRO, “Do direito de indemnização...”, ob. cit., págs. 815 e 816.

Na jurisprudência, entre outros, ver Acs. do STJ de 11-07-2006 e 08-02-2011, ambos disponíveis em www.dgsi.com.

⁸⁷ MENEZES CORDEIRO, “Direito das Sociedades...” ob. cit., pág. 439.

⁸⁸ Ou do gerente, designado por tempo indeterminado.

A indemnização poderá ser fixada contratualmente, ou se não for esse o caso, deverá ser calculada nos termos gerais do direito – arts.º 562º e ss. do CCiv.

Sociedade e administrador podem chegar a acordo relativamente à indemnização previamente à destituição ou esta poderá ser pré-fixada no contrato de sociedade. Existe também a possibilidade de um acordo posterior à destituição⁸⁹.

Em todo o caso o CSC estabelece um limite máximo - “... *sem que a indemnização possa exceder o montante das remunerações que presumivelmente receberia até ao final do período para que foi eleito.*”⁹⁰. Podem as partes convencionar indemnização superior ao estipulado na lei ou será esta uma norma imperativa? Alguns autores defendem que sim, que a norma do art.º 403º/5 tem carácter dispositivo. Ou seja, são da opinião de que é permitido às partes (sociedade e administrador) negociar uma indemnização que ultrapasse o limite estabelecido pela lei. RICARDO RIBEIRO⁹¹ sobre o assunto: “*O direito à indemnização tem conteúdo patrimonial e, por conseguinte, é disponível pelos interessados, não devendo estes estar vinculados nem a limites mínimos, nem a limites máximos.*”. Depois, continua “... *a limitação legal da indemnização visa, no fundo, salvaguardar o direito da sociedade a destituir livremente os administradores. Ora, se é a própria sociedade que consente na limitação do seu direito, aceitando pagar ao administrador uma indemnização superior, não vemos razão bastante para que seja impedida de o fazer.*”.

Opinião diversa tem COUTINHO DE ABREU⁹² “*para não dificultar em demasia ou impossibilitar praticamente o exercício do direito de destituir, a lei estabelece limites à indemnização (...)* *O princípio da liberdade contratual (art.º 405º do CCiv.) e, conseqüentemente, o facto de a própria sociedade aceitar poder ter de indemnizar em maior medida não infirmam aquela conclusão. Na verdade, a liberdade contratual atua “dentro dos limites da lei”.*

Parece-nos esta a posição mais adequada. Se o legislador consagra o princípio da livre destituição, e ainda estabelece um limite máximo de indemnização a pagar ao administrador caso este seja destituído sem justa causa é, certamente, como forma de facilitar a destituição *ad nutum*. Caso contrário, seria fácil para o administrador tornar quase

⁸⁹ Art.º 403º/5 (para as sociedades anónimas) e art.º 257º/7 (para as sociedades pro quotas).

⁹⁰ Última parte do nº5 do art.º 403º.

⁹¹ RICARDO RIBEIRO, Do direito de indemnização... ob. cit., pág. 224.

⁹² COUTINHO DE ABREU, Curso... ob. cit., pág. 639. Negrito nosso.

impossível à sociedade destituí-lo sem justa causa. O mesmo princípio vale para as convenções de indemnização.

Uma última questão... Será lícito, estabelecer no contrato de sociedade, ou até por acordo entre a sociedade e o administrador, cláusula que obrigue a primeira a indemnizar o administrador destituído em qualquer circunstância? Ou seja quando não haja justa causa de destituição mas também quando existam factos culposos e imputáveis ao administrador que fundamentem a existência de justa causa? A doutrina responde negativamente a esta questão. Não será admitido a convenção que estipule que a sociedade indemnizará o administrador destituído com justa causa. Compreende-se a invalidade deste tipo de acordos sendo que esta obrigação penderia a favor de quem não deveria continuar a atividade de gerência e o montante da indemnização poderia forçar isso. No entanto, existem autores que defendem esta possibilidade nos casos de justa causa objetiva devida, por exemplo, a impedimento físico. O administrador será indemnizado quando destituído com justa causa motivada por factos que não lhe são imputáveis. A ausência de culpa do administrador não afasta a possibilidade de destituição com justa causa, mas permite simultaneamente o acordo que convencie indemnização nestes casos⁹³.

Resta agora saber quais os danos indemnizáveis pela destituição sem justa causa.

⁹³ Nesta linha de pensamento COUTINHO DE ABREU, Curso de Direito Comercial, vol. II, 2011, pág. 644, DUARTE RODRIGUES, “Administração das Sociedades Por Quotas e Anónimas”, Petrony, Lisboa, 1990, pág. 258.

Danos indemnizáveis – a problemática do Danos Morais

Neste caso, e como já foi dito anteriormente, a obrigação de indemnizar decorre de um facto lícito que, eventualmente, poderá causar danos ao administrador destituído, e o seu direito a ser indemnizado está consagrado no art.º 403º/5 do CSC.

Quais são, então, os danos indemnizáveis em caso de destituição sem justa causa? Respondendo à pergunta que transita do capítulo anterior começamos por fazer uma breve exposição teórica sobre o dano.

A obrigação de indemnizar surge sempre que é provocado um dano num bem ou interesse juridicamente protegido. Quando patrimoniais, ou seja, avaliáveis em dinheiro, dividem-se em lucros cessantes e danos emergentes. Do ponto de vista do administrador os primeiros correspondem às remunerações que este receberia se permanecesse no seu cargo durante a totalidade do tempo para que foi designado. Outras regalias como “percentagem de lucros na sociedade”⁹⁴ ou “uso de cartão de crédito da empresa” também podem ser aqui incluídas. A estas, acrescem ainda regalias de carácter social, nomeadamente “esquemas de reforma”, “subsídios de doença”, “seguros profissionais e de vida”.

Os danos emergentes poderão resultar de “maiores despesas, custos de instalação, perda do lugar do cônjuge, eu tenha acompanhado o gerente abandonando a anterior ocupação, deslocação dos filhos...” ou até mesmo “mudança do destituído e da família para a residência originária”.

Existe ainda uma outra categoria de danos. Os danos morais, ou não patrimoniais, atingem, ao contrário dos patrimoniais, bens imateriais e são, por isso mesmo, insuscetíveis de avaliação pecuniária. Se ao dano patrimonial corresponde uma indemnização, no caso do dano moral a reconstituição ao lesado será mais corretamente apelidada de “compensação” ou “satisfação”.

Sobre esta temática destacamos alguns exemplos jurisprudenciais. No Ac. do STJ de 11-07-2006 “os não patrimoniais, em particular quando a perda do posto de trabalho (“ex vi” destituição da gerência) importe quebra de prestígio profissional e social”. Outro excerto interessante sobre o assunto: “embora em muitos casos não haja compensação monetária que possa recompor a integridade psíquica dos lesados, a indemnização poderá, pelo menos,

⁹⁴ DIOGO LEMOS E CUNHA, “Destituição de Administradores...”, ob. cit., pág. 615.

servir para atenuar alguma dor, frustração e sofrimento decorrente do acidente. “A indemnização por danos não patrimoniais não visa reconstituir a situação que existiria se não se tivesse verificado o evento mas sim compensar de alguma forma o lesado pelas dores físicas ou morais sofridas e também sancionar a conduta do lesante. Está provado que “a destituição da Autora trouxe-lhe grande sofrimento, tristeza e revolta, que a afetaram profundamente” (facto provado n.º 43), “sentiu-se vexada na sua dignidade pessoal e profissional perante os seus colegas de carreira, bem como perante os 1 500 funcionários do hospital” – Ac. do TR de Lisboa de 26-02-2009.

“Ora, face à factualidade provada (quer relativamente aos danos patrimoniais sofridos quer aos não patrimoniais - o afastamento da sociedade Ré e nomeadamente o deixar de auferir os seus proventos não conseguindo arranjar outro emprego, ainda que de remuneração inferior causou ao A. desgaste, humilhação e desconsideração pessoais, que lhe causaram prostração, desgosto e depressão) e ao disposto no n.º 7 do art.º 257 do C.S.C., dúvidas não restam que assiste ao A. apelado o direito à indemnização nos termos fixados na sentença, isto é, à quantia de € 35.913,45 (€ 748,20 (150.000\$00) x 12 meses x 4 anos) e bem assim à quantia de € 4.987,98 a título de danos morais.” – Ac do TR de Évora de 10-11-2005.

Embora surja com alguma frequência na jurisprudência, a compensação por danos morais pela destituição sem justa causa, a doutrina diverge relativamente a este assunto.

Na defesa de inclusão dos danos morais no lote de danos indemnizáveis pela destituição sem justa causa está MENEZES CORDEIRO “*os danos morais: uma destituição ad nutum, sem justa causa ou com uma alegação de justa causa que não venha a demonstrar-se é, antes de mais, um grave atentado à dignidade pessoal e profissional de cada um.*”⁹⁵.

Opinião contrária tem COUTINHO DE ABREU “*não são compensáveis os danos não patrimoniais (...) o gerente sabe (ou deve saber) que está sujeito a ser substituído, devendo portanto estar preparado para a consumação desse risco; por outro lado, a existirem, tais danos não terão gravidade suficiente para merecerem a tutela do direito*”.

No entanto, e apesar de sermos da opinião de que não deve haver lugar a indemnização por danos não patrimoniais por destituição sem justa causa, poderão surgir casos, nos quais o administrador destituído receberá compensação por danos morais.

⁹⁵ CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, “Direito das Sociedades...”, ob. cit., pág. 441.

Falamos de situações em que são feitas alegações sobre a pessoa ou trabalho do administrador, enquanto justa causa de destituição, mas que se vêm a provar falsas. Perfilhamos a opinião de COUTINHO DE ABREU - *“Contudo, a sociedade pode ter de compensar danos não patrimoniais. Não simplesmente, repita-se, por ter destituído sem justa causa, mas pelo modo como o fez: v.g., alegou infundadamente, ciente do sem-fundamento, a violação de deveres ou a inaptidão do administrador. Aqui, a par do facto lícito-destituição, há actuação ilícita e culposa da sociedade, ataque difamatório à honra ou reputação profissional do administrador. Há, pois, fundamento autónomo de responsabilidade...”*⁹⁶.

⁹⁶ COUTINHO DE ABREU, Código das Sociedades em Comentário, comentário ao art.º 403º, pág.391.

Se, como foi exposto anteriormente, sobre a sociedade pende o ónus de provar a existência de justa causa e os fundamentos da destituição, quando esta falha, há lugar a indemnização e é ao administrador que cabe provar os danos sofridos.

A fim de ver tutelado o seu direito, o administrador destituído tem de provar a ocorrência da destituição e os danos que daí advieram.

Recorrendo à jurisprudência:

- i. *“Pretendendo os autores obter uma indemnização pela destituição de gerentes, sem justa causa, cabia-lhes provar todos os factos constitutivos da sua pretensão indemnizatória, não sendo suficiente a mera alegação de que possuem esse direito por estar previsto no art.º 257, nº7, do CSC. O direito de indemnização pressupõe a existência de danos e, quanto aos danos patrimoniais vale a teoria da diferença, sendo por isso necessária a alegação e prova de factos demonstrativos de que a situação real dos autores, após a sua destituição, é mais gravosa do que aquela em que o lesado se encontraria se não tivesse ocorrido a destituição – art.º 562, nº2, do Cód. Civil.” – Ac. STJ de 14-12-2006.*
- ii. *“Este Supremo Tribunal tem entendido que ao gerente destituído apenas cabe provar que foi destituído, que sofreu os danos e o nexo de causalidade entre a destituição e os danos, cabendo à sociedade provar a existência de justa causa para a destituição, como facto impeditivo do direito de indemnização invocado pela autora.”- Ac. do STJ de 06-10-2011.*

Da leitura destes acórdãos podemos concluir que não basta a mera alegação, a indemnização não é uma consequência automática da destituição sem justa causa. Daí que a indemnização possa muitas vezes não corresponder ao montante das remunerações que administrador receberia até ao fim do período estipulado. Cabe ao destituído provar a existência e o valor de tais danos.

“Não aconselhará que a destituição deva ser permitida somente com justa causa?”⁹⁷

⁹⁷ COUTINHO DE ABREU *Governança...*, ob. cit., pág. 156.

2ª Parte - O lado negro do controlo societário

De entre os vários regimes possíveis de destituição, o legislador português optou por adotar a regra da livre revogabilidade, ainda que, se não houver justa causa, o administrador tenha direito a ser indemnizado. Mas será esta a opção mais indicada? Ou deverá o legislador português ir mais além na proteção do administrador? Mais importante ainda, que outras implicações este tipo de medida teria?

Segue-se no presente labor o estudo dos diferentes modelos de controlo societário, com o intuito de demonstrar ao leitor por que motivo a regra da livre destituição nos suscita tantas dúvidas.

Existem dois modelos diferentes de controlo societário⁹⁸. Um deles, que representa a grande maioria das sociedades cotadas da Europa continental caracteriza-se pela concentração da maior parte das ações num só acionista, ou num pequeno grupo de acionistas que detêm o “controlo” da sociedade.

Do outro lado estão as sociedades típicas de países como os EUA ou o RU cujas ações estão distribuídas por acionistas dispersos, que individualmente não têm qualquer peso no controlo da sociedade⁹⁹.

⁹⁸ Sobre o início desta divisão e também sobre o que a motivou v., por exemplo, MARK J. ROE, *Political Determinants of Corporate Governance*, “Harvard Law and Economics Discussion Paper” nº 451, Dezembro de 2013 (afirma que questões políticas estiveram na base da propriedade acionária concentrada na Europa Continental e da propriedade dispersa em países como os EUA); ERGUN DOGAN and RUSSEL SMYTH, *Board Remuneration, Company Performance, and Ownership Concentration: Evidence from Publicly Listed Malaysian Companies*, ASEAN Economic Bulletin, Vol. 19, No. 3 (December 2002), pp. 319-347 (estes autores defendem existir uma relação entre a remuneração dos administradores e a existência de acionistas maioritários); JOHN C. COFFEE, JR., *Do Norms Matter? A Cross-Country Evaluation*, Article in “University of Pennsylvania Law Review” 149(6):2151, June 2001 (na visão deste autor são as normas sociais que mais afetam a estrutura de controlo acionista).

⁹⁹ Esta dicotomia é amplamente reconhecida pela doutrina e deu já origem a um grande número de trabalhos e estudos. “*The literature typically juxtaposes two types of corporate governance systems. On the one side, arm’s length or outsider systems – mainly the U.S. and the U.K. systems – are said to be characterized by dispersed ownership, strong securities markets, and agency problems between shareholders and managers that are held in check by market mechanisms, most of all the market for corporate control. Control-oriented or insider systems - such as those of Continental European countries – have concentrated ownership, less developed securities markets, and managerial agency problems mitigated by the monitoring function of large shareholders and, sometimes, creditors.*” – MARTIN GELTER, “The Dark Side of Shareholder Influence: Managerial Autonomy and Stakeholder Orientation in Comparative Corporate Governance”, Harvard International Law Journal, Vol. 50, number 1, 2009.

Se para as sociedades com controlo societário concentrado a doutrina recomenda medidas que protejam todos os interessados no bem-estar económico da sociedade dos acionistas de controlo, na segunda importa reduzir o poder dos administradores.

São duas perspetivas distintas que merecem uma minuciosa análise. Os problemas que decorrem de cada uma delas são diferentes, conseqüentemente as soluções poderão ser variadas. Como ensina Coutinho de Abreu¹⁰⁰ “não existe modelo único de boa governação societária”.

¹⁰⁰ COUTINHO DE ABREU, Governação... ob. cit. pág. 20. No mesmo sentido MARCO BECHT, PATRICK BOLTON, ALISA RÖELL, Corporate Governance and Control, Working Paper 9371, National Bureau of Economic Research, Cambridge, 2002, pág. 58, disponível em <http://www.nber.org/papers/w9371>;

A grande dispersão do controlo acionista e a Teoria de Agência¹⁰¹

A separação entre propriedade e gestão significa inevitavelmente a concorrência entre interesses que se contrapõem. A grande dispersão das estruturas acionistas facilita a adoção por parte dos administradores de comportamentos oportunistas em seu próprio benefício e à custa da sociedade.

Os acionistas enquanto “proprietários” da sociedade, porque numerosos e dispersos, falham no momento de intervir na vida societária e acabam por não ter capacidade para fiscalizar a atividade dos administradores.

Os grupos organizados de vários sócios minoritários, que em conjunto votam no mesmo sentido, não têm a dimensão necessária (os mais significativos representando normalmente entre 5% a 9% das ações) para fazer valer a sua posição¹⁰².

Para explicar este fenómeno fala-se na doutrina em “Teoria de Agência”¹⁰³.

Pense-se nos sócios como o principal, e nos administradores como o agente contratado pelos primeiros para executar tarefas com autoridade e poder de decisão. O que acontece não raras vezes é que os administradores atuam por forma a prosseguir os seus próprios interesses. Nas palavras de Kevin J. Murphy: *“Principal-agent theory predicts that the managers, the agents, may not always act in the best interest of the owners, the principals (Jensen and Meckling, 1976). Investors (the outsiders) cannot perfectly monitor managers acting on their behalf since managers (the insiders) have superior information about the performance of the company. So there is a need for certain mechanisms that prevent the insiders of a company using the profits of the firm for their own benefit rather than returning the money to the outside investors.”*

¹⁰¹ COUTINHO DE ABREU, Governação... ob. cit. págs. 14 e ss.

¹⁰² “In the United States, shareholders do not have large stakes. Also, voting blocks, consisting of several stockholders voting in concert, are small. The largest voting block typically represents between five and nine percent of the stock, with the remaining blocks being insignificantly small.” – The Real Difference in Corporate Law Between the United States and Continental Europe: Distribution of Powers, Sofie Cools, Delaware Journal of Corporate Law, Vol. 30, 2005, pág. 737.

¹⁰³ Sobre esta matéria MARCO BECHT, PATRICK BOLTON, ALISA RÖELL, Corporate Governance..., ob. cit., págs. 14 e 15, disponível em <http://www.nber.org/papers/w9371>;

Em grande medida quando confrontados com maus resultados e baixo retorno do investimento, estes acionistas preferem vender as ações de que são titulares ao invés de intervirem na vida societária.

Ora são muitas e variadas as soluções apresentadas pela doutrina para combater este fenómeno¹⁰⁴. Muito presente nos códigos recomendatórios de governação societária, uma das soluções ditas aptas para minorar este problema é através da remuneração: arranjar um esquema remuneratório que propicie o encontro entre aquele que é o interesse dos sócios e o interesse dos administradores¹⁰⁵. Estes seriam recompensados pelo sucesso societário, estabelece-se uma relação entre o nível de remuneração e o desempenho da sociedade. É este papel conciliador da remuneração que levou à prática de esquemas remuneratórios cuja base é compensar os administradores pelo sucesso económico da sociedade: os “pay-performance plans”. E claro, em vez de se auto remunerarem, a tarefa cabe agora às denominadas Comissões de Remuneração, constituídas por administradores independentes, quer isto dizer, alheios à gestão diária da sociedade.

O recurso aos administradores independentes é uma das técnicas mais comuns usadas pelo direito societário norte-americano para tentar resolver conflitos de interesses. O direito societário cria uma série de mecanismos que visam limitar os custos de agência, entre os quais se destaca a posição dos administradores independentes no interior do órgão de administração. Estes administradores não têm em regra nem o tempo, nem a informação necessária para se envolverem na gestão diária da sociedade; a sua função é, por isso, e na ausência de um órgão de fiscalização, a da supervisão da gestão da sociedade.

Outra das soluções apresentadas pela doutrina e que foram acolhidas em todos os esquemas recomendatórios que surgiram um pouco por todo o mundo depois dos escândalos financeiros que muito abalaram a economia mundial, é precisamente a maior intervenção acionista na vida societária. Vai bem aqui a lei portuguesa que se antecipou e já prevê um modelo de intervenção acionista muito significativa. Talvez por serem proprietários de

¹⁰⁴ Cfr., entre vários, o interessante resumo de Hill, Jennifer, *Regulatory Responses to Global Corporate Scandals*, Vanderbilt University Law School, Law and Economics, Working Paper 06-04, e bibliografia aí citada.

¹⁰⁵ Diga-se que boa parte da importância dada nos dias que correm a estes diretores resulta muito do rescaldo dos escândalos financeiros do início do século. Nos Estados Unidos, o epicentro dos referidos escândalos centrou-se no board, na descoberta da aprovação de remunerações qualificadas como obscenas, e num falhanço generalizado em detetar e resolver situações de conflitos de interesses e de manipulação de contas.

grandes parcelas societárias, os acionistas levam o papel fiscalizador que lhe é conferido pela lei muito a sério.

Todavia engana-se quem acha que um sistema em que os acionistas dominantes intervêm ativamente na sociedade está livre de problemas. É exatamente o que veremos no próximo capítulo.

Se no capítulo anterior realçamos o facto da regra da livre destituição ter já longa tradição nos ordenamentos jurídicos dos países da Europa continental, a verdade é que esta é relativamente recente nos países do common law¹⁰⁶. Muitas são as razões que justificam este fenómeno e são de extrema importância para compreensão deste labor.

Partindo do princípio de que a regra da livre destituição se arvora em todos estes países, são as pequenas variações no momento de aplicação desta regra que justificam esta análise mais aprofundada.

De momento, prosseguimos a exposição com o estudo da adoção da regra da livre destituição no Canadá.

¹⁰⁶ “*A director who is serving the corporation faithfully is privileged to continue in office until the end of the term despite the opposition of a majority of shareholders*” - JAMES COX and THOMAS HAZEN, *Cox & Hazen on Corporations*, 2ª ed., 2003, págs. 446 e 447.

Canadá – “Cumulative voting”

Sem esquecer as semelhanças na *corporate governance* dos países do *common law*, destacamos as pequenas variações características de cada país, reforçando as várias possibilidades de resolução do mesmo problema.

No seio do ordenamento jurídico canadiano o *Canada Business Corporations Act* dita três formas distintas de por fim à relação de administração. Por um lado, o administrador pode renunciar ao cargo para que foi eleito, pode ser destituído ou “desqualificado”. Finalmente, a morte do administrador também dita o fim da relação de administração^{107 108}.

Os diretores podem ser removidos em assembleia geral “special meeting” que deve ser convocada para o efeito¹⁰⁹. No entanto, existem duas exceções a esta regra.

A primeira advém da possibilidade de os acionistas adquirirem um “grupo especial de ações” (“class of shares”) que lhes proporcionam um direito especial no momento da eleição dos administradores. Ora esses administradores, que foram designados por essa classe de sócios, só podem ser destituídos em assembleia geral pelos mesmos¹¹⁰.

A segunda diz respeito a um mecanismo aplicado na eleição de administradores e que permite a elevação das vozes dos sócios minoritários. O “cumulative voting” é um esquema de distribuição de votos existente no Canadá. Cada acionista dispõe por cada ação (com direito de voto) que possua, número de votos igual ao número de vagas por preencher no conselho de administração. Ora cada acionista pode optar por utilizar todos os seus votos num só candidato a administrador ou distribuí-los do modo que entender. Se os estatutos da

¹⁰⁷ S. 108 (1) A director of a corporation ceases to hold office when the director

(a) dies or resigns;

(b) is removed in accordance with section 109; or

(c) becomes disqualified under subsection 105(1).

Disponível em <http://laws-lois.justice.gc.ca/eng/acts/C-44/index.html>

¹⁰⁸ Relativamente à “desqualificação” introduzimos esta pequena nota, aproveitando para explicar do que se trata.

105 (1) The following persons are disqualified from being a director of a corporation:

(a) anyone who is less than eighteen years of age;

(b) anyone who is of unsound mind and has been so found by a court in Canada or elsewhere;

(c) a person who is not an individual; or

(d) a person who has the status of bankrupt.

¹⁰⁹ S. 109 (1) Subject to paragraph 107(g), the shareholders of a corporation may by ordinary resolution at a special meeting remove any director or directors from office.

¹¹⁰ S. 109 (2) Where the holders of any class or series of shares of a corporation have an exclusive right to elect one or more directors, a director so elected may only be removed by an ordinary resolution at a meeting of the shareholders of that class or series.

sociedade permitirem o “cumulative voting”, os administradores assim eleitos só podem ser destituídos se o número de votos contra a deliberação de destituição for inferior ao número de votos que seria suficiente para os eleger numa votação tradicional (na qual o “cumulative voting” não foi aplicado, ou seja, o voto de cada acionista corresponde ao valor das ações que possui)¹¹¹.

Esta é uma forma de possibilitar a nomeação de candidatos associados a minorias acionistas.

Em Portugal, a representação dos acionistas minoritários na administração é garantida pelo processo de eleição previsto no art.º 392º do CSC. Intitulado “regras especiais de eleição”:

“1 - O contrato de sociedade pode estabelecer que, para um número de administradores não excedente a um terço do órgão, se proceda a eleição isolada, entre pessoas propostas em listas subscritas por grupos de acionistas, contando que nenhum desses grupos possua ações representativas de mais de 20% e de menos de 10% do capital social.

2 - Cada lista referida no número anterior deve propor pelo menos duas pessoas elegíveis por cada um dos cargos a preencher.

3 - O mesmo acionista não pode subscrever mais de uma lista.

4 - Se numa eleição isolada forem apresentadas listas por mais de um grupo, a votação incide sobre o conjunto dessas listas.

5 - A assembleia geral não pode proceder à eleição de outros administradores enquanto não tiver sido eleito, de harmonia com o n.º 1 deste artigo, o número de administradores para o efeito fixado no contrato, salvo se não forem apresentadas as referidas listas.

6 - O contrato de sociedade pode ainda estabelecer que uma minoria de acionistas que tenha votado contra a proposta que fez vencimento na eleição dos administradores tem o direito de designar, pelo menos, um administrador, contanto que essa minoria represente, pelo menos, 10% do capital social.

7 - Nos sistemas previstos nos números anteriores, a eleição é feita entre os acionistas que tenham votado contra a proposta que fez vencimento na eleição dos administradores, na mesma assembleia, e os administradores assim eleitos substituem automaticamente as pessoas menos votadas da lista vencedora ou, em caso de igualdade de votos, aquela que figurar em último lugar na mesma lista.

8 - Nas sociedades com subscrição pública, ou concessionárias do Estado ou de entidade a este equiparada por lei, é obrigatória a inclusão no contrato de algum dos sistemas previstos neste artigo; sendo o contrato omissivo, aplica-se o disposto nos precedentes n.os 6 e 7.

9 - A alteração do contrato de sociedade para inclusão de algum dos sistemas previstos no presente artigo pode ser deliberada por maioria simples dos votos emitidos na assembleia.

10 - Permitindo o contrato a eleição de administradores suplentes, aplica-se o disposto nos números anteriores à eleição de tantos suplentes quantos os administradores a quem aquelas regras tenham sido aplicadas.

11 - Os administradores por parte do Estado ou de entidade pública a ele equiparada por lei para este efeito são nomeados nos termos da respetiva legislação”.

São duas as possibilidades a estabelecer nos estatutos para garantir aos acionistas minoritários representação no órgão de administração. O n.º1 permite a apresentação por um grupo de acionistas que possua pelo menos 10%, mas nunca mais de 20%, das ações representativas do capital social, de uma lista para eleição isolada, desde que não ultrapasse

¹¹¹ S. 107 Where the articles provide for cumulative voting, (g) a director may be removed from office only if the number of votes cast in favour of the director’s removal is greater than the product of the number of directors required by the articles and the number of votes cast against the motion.

a marca de um terço do órgão de administração. O nº6 oferece a possibilidade de uma minoria acionista, que votou contra a proposta que fez vencimento, designar um administrador. A única contrapartida é que essa minoria represente pelo menos 10% do capital social.

A par da legislação portuguesa (por influência do CSC) estão o Código das Empresas Comerciais cabo-verdiano (aprovado pelo Decreto-Legislativo de 3/99, de 29 de março), art.º 423º/4 e ss. e Lei das Sociedades Comerciais angolana (Lei 1/04, de 14 de Fevereiro), art.º 413º¹¹².

Estes são alguns exemplos de raros mecanismos que permitem a representação no órgão de administração de minorias acionistas. Uns mais eficazes, outros menos mas sempre com o mesmo objetivo.

¹¹² COUTINHO DE ABREU, *Governança...*, ob. cit. pág. 78.

EUA – o sistema rudimentar de livre destituição

Vamos refletir sobre a absorção da regra da livre destituição na ordem jurídica americana, um bom exemplo desta realidade.

A primeira nota diz respeito à divisão dos EUA em estados federais. Porquanto a lei sofre algumas alterações de estado para estado. Isto é evidente em todas as áreas do direito e o direito comercial não é exceção.

Para não nos alongarmos muito, pois cada Estado tem o seu próprio código, vamos concentrar-nos no modelo de corporate governance mais utilizado nos EUA. Muito embora o estado de Delaware seja o 2º mais pequeno dos EUA, o volume de negócios que por lá arvoram é muito significativo. Prova disso é o facto de em 2015 66% das empresas que faziam parte da lista Fortune 500¹¹³, tinham sido constituídas neste estado, ou seja, tenham sido criadas em conformidade com o Delaware Code¹¹⁴.

Á luz da lei vigente, um administrador (ou mesmo o órgão de administração na sua totalidade) pode ser destituído com ou sem justa causa ¹¹⁵.

A destituição sem justa causa é um excelente mecanismo que na teoria deveria facilitar, ou mesmo assegurar aos acionistas a faculdade de quando não estiverem satisfeitos com o rumo da sociedade remover os diretores e substituí-los por outros, mais empenhados na prossecução dos seus interesses¹¹⁶.

Como para todas as regras no geral, existem duas exceções, previstas na §141, para a destituição de diretores no estado de Delaware. Sobre a primeira valem as indicações dadas sobre “cumulative voting” no capítulo anterior¹¹⁷.

A segunda vai merecer um pouco mais da nossa atenção.¹¹⁸ Diz-se que o conselho de administração foi “classified” quando os administradores que o constituem estão

¹¹³ A Fortune 500 é uma lista publicada pela revista Fortune da qual constam as 500 maiores empresas do mundo com base nas suas receitas. Poderá consultar a lista em <http://fortune.com/fortune500/>.

¹¹⁴ Cfr. <https://corp.delaware.gov/2015DivCorpNews.pdf>.

¹¹⁵ Del Code §141 (k) “Any director or the entire board of directors may be removed, with or without cause, by the holders of a majority of the shares then entitled to vote at an election of directors”

Disponível em <http://codes.lp.findlaw.com/decode/8/1/IV/141#sthash.Kc78KLQa.dpuf>

¹¹⁶ Reconhecem as vantagens do “power to replace directors” LUCIAN BEBCHUKK, The case... ob. cit. págs.17 e 18.

¹¹⁷ V. ROBERT CLARK, Corporate Law, Little Brown and Company, Boston, Toronto, 1986, págs. 361 e ss., e ROBERT HAMILTON, The law of corporations in a nutshell, West Group, 2000, págs. 263 e ss.

¹¹⁸ Del Code §141 (k) (2), primeira parte.

divididos em classes. Nos “classified” ou “staggered boards” cada classe de diretores cumpre o seu mandato por períodos de tempo desencontrados com os das restantes classes. É como se de uma escala de mandatos se tratasse. Os administradores são designados para períodos de um, três ou cinco anos (estas são as escolhas mais comuns) e no fim desse período os acionistas são convidados a reeleger ou eleger novos administradores para as vagas existentes¹¹⁹. Os administradores não são eleitos simultaneamente, mas por classes. Pense-se num conselho de administração constituído por nove administradores, divididos por três classes e designados para um período de um ano. Apenas três dos nove lugares existentes estariam à disposição para reeleição ou designação de um novo administrador na assembleia geral anual.

*A exceção está no facto de os diretores de um “staggered board” só poderem ser destituídos antes do termo do período para que foram designados com justa causa*¹²⁰. Esta informação torna-se ainda mais relevante se considerarmos que os “classified boards” são a regra das empresas cotadas nos EUA; em 2002 59% das empresas cotadas americanas tinham um “staggered board”¹²¹. No entanto artigos mais recentes apontam para uma crescente diminuição do número de empresas com “classified boards”¹²².

Curiosamente este tipo de estrutura também pode ser implementada pelas sociedades do R.U., no entanto, não afastam a regra da livre destituição. Os acionistas mantêm o seu direito de remover, a qualquer momento, os diretores ainda que de um “staggered board” se trate¹²³.

¹¹⁹ “Staggered boards are boards that are subject to staggered terms under which only a part of the board stands for election each time. BLACK’S LAW DICTIONARY.

Though the full term of all directors is usually the same, it expires at different intervals thus guaranteeing continuity with change on the board. See DEL. CODE ANN. tit. 8, § 141(d).

¹²⁰ Del. Code § 141 (k) (1): Unless the certificate of incorporation otherwise provides, in the case of a corporation whose board is classified as provided in subsection (d) of this section, shareholders may effect such removal only for cause. <http://codes.lp.findlaw.com/decode/8/1/IV/141#sthash.Kc78KLQa.dpuf>

¹²¹ STEPHEN KNIGHT, The Removal..., ob. cit. pág. 367.

¹²² Por exemplo: do índice Standard & Poor’s 1,500, a percentagem de empresas com “staggered boards” passou de 57.1% para 40.65 em 2005 (Dados retirados de um artigo publicado pelo jornal Chicago Tribune disponível em: http://articles.chicagotribune.com/2012-04-04/business/ct-biz-0401-bf-staggered-boards20120401_1_board-structure-board-members-board-terms).

¹²³ DAVIES, PAUL L., Principles... ob. cit. pág. 310; The overwhelming majority of publicly-held corporations have staggered boards, sometimes known as classified boards.

Robin Sidel, Staggered Terms for Board Members Are Said to Erode Shareholder Value, Not Enhance It, WALL ST. J., Apr. 1, 2002, at C2 (reporting that between sixty to seventy percent of U.S. public corporations have staggered boards). Ver RIVKA WEILL, Declassifying the Classified, DELAWARE JOURNAL OF CORPORATE LAW, Vol. 31, 2006, págs. 893. Abreviatura da revista

“... all of these countries provide some power of intervention despite the fact that, unlike the case in most U.S. companies, **shareholders in their companies can quickly replace all the directors.**” (negrito nosso) –

Há muito que dura nos EUA uma discussão sobre as consequências deste tipo de organização. Os defensores de medidas de corporate governance que favoreçam os acionistas contestam os “staggered boards” precisamente por diminuírem o poder dos acionistas de elegerem e destituírem os administradores que os representam¹²⁴. Entre eles destaque para o Harvard Law School Shareholder Rights Project (SRP) que têm vindo a publicar diversos estudos a favor da “declassification”.

Não obstante, vão surgindo algumas vozes que argumentam no sentido contrário e saem em defesa desta estrutura. Um deles é de 2015¹²⁵ e vem contestar um outro estudo publicado em 2013¹²⁶ cujo objeto de estudo eram precisamente os efeitos negativos dos “classified boards” no crescimento económico das empresas, tudo isto numa perspetiva empírica. A crítica tem a sua génese na análise dos mesmos dados utilizados em 2013. Pois bem, as conclusões apresentadas divergem claramente... Passam da diminuição do lucro dos acionistas para a criação de valor a longo prazo.

Num artigo publicado no Columbia Law School’s Blog on Corporations and the Capital Markets¹²⁷ pode ler-se em jeito de conclusão:

“Hopefully these new studies will serve as a further wake-up call and make it clear that the recent trend of forcing companies to adopt one-size-fits-all governance “best practices” – at the expense of long-term investments and firm value – is misguided and must end.”

Por exemplo, os staggered boards são uma forma de dificultar a substituição da gestão e que consiste na previsão nos estatutos de mandatos renovados por tranches sucessivas. Ou seja, consiste na limitação estatutária do número de membros do órgão de administração que pode ser removido em cada mandato, impedindo deste modo a sua

LUCIAN ARYE BEBCHUK, The Case for Increasing Shareholder Power, Harvard Law Review, Dezembro de 2004, pág. 14.

¹²⁴ “Activist investors have been pressuring businesses to ditch their “classified,” or staggered, boards, on which only a few directors each year are subject to shareholder voting. They believe that making board members stand for re-election annually reflects better corporate governance.” - http://articles.chicagotribune.com/2012-04-04/business/ct-biz-0401-bf-staggered-boards-20120401_1_board-structure-board-members-board-terms.

¹²⁵ “Do Staggered Boards Harm Shareholders?” de Yakov Amihud e Stoyan Stoyanov, Journal of Financial Economics (JFE), Forthcoming, January 27, 2016, disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2686902.

¹²⁶ “How Do Staggered Boards Affect Shareholder Value? Evidence from a Natural Experiment” de Alma Cohen e Charles C. Y. Wang, Journal of Financial Economics (JFE), Forthcoming, July 3, 2013.

Harvard Business School Accounting & Management Unit Working Paper No. 13-068 disponível em: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2141410.

¹²⁷ Disponível em: <http://clsbluesky.law.columbia.edu/2015/12/03/wachtell-lipton-discusses-staggered-boards-long-term-investments-and-long-term-firm-value/>. Falta autor e falta por na biblio

substituição total numa única AG, tornando mais difícil a implementação por parte do oferente da sua política de gestão através da nomeação de pessoas da sua confiança – v. ORLANDO GUINÉ, ob. cit., p. 31 (nota 21), e PAULO LOPES MARCELO, A Blindagem da Empresa Plurissocietária, Almedina, 2002, p. 78, que fala em designação parcelada do conselho de administração ou administração escalonada.

parachutes ou pára-quedas dourados²⁷¹ e (ii) o

Modelo de controlo societário dos países da Europa continental – a influência dos acionistas maioritários

Não obstante a recente aproximação ao modelo dos países do common law (maior abertura das sociedades aos mercados de capitais fruto da globalização económica e liberalização dos mesmos), na Europa continental a propriedade societária mantém-se muito concentrada e o número de sociedades cotadas permanece inferior. Acresce que o peso dos investidores institucionais que possuem uma percentagem de ações cotadas é ainda muito inferior quando comparada com a de países como os EUA ou o RU. Assim prevalecem estruturas de controlo societário onde dominam acionistas maioritários, controladores, em conjunto com um número significativo de acionistas minoritários, pouco interventivos na vida da sociedade e com a agravante de, dada a menor liquidez do mercado de capitais, verem a opção “saída” muito dificultada¹²⁸.

As SA portuguesas apresentam, tendencialmente, um substrato marcado pela existência de blocos controladores, a par dos tradicionais acionistas–empresários, onde, salvo as exigências próprias de tutela em mercado (p. ex., art.º 16.º e 187.º e ss. CVM), verificamos que ao imenso poder que tais acionistas detêm, pouca é a contraposta responsabilidade que lhes assiste por tal controlo (sobretudo quando não estamos a lidar com grupos de sociedades – art.º 501.º e 502.º do CSC).

Após uma primeira análise pode pensar-se que as diferenças entre os dois sistemas de controlo resultam em problemas distintos e justificam diferentes medidas de corporate governance... Sim e não¹²⁹.

¹²⁸ Sobre esta matéria COUTINHO DE ABREU, *Governança*, ob. cit., pág. 17 e ss; SOFIE COOLS, *The real difference...* ob. cit. disponível em; MARA FACCIO and LARRY H.P.LANG, *The Ultimate Ownership of Western European Corporations*, *Journal of Financial Economics*, Forthcoming.

¹²⁹ Assim, COUTINHO DE ABREU, *Governança...*, ob. cit., págs. 16 e ss. Este autor refere que, apesar das diferenças, muitas “medidas de governação societária faladas além-Atlântico são adoptadas e adoptáveis por cá”. Estamos a falar de medidas como o reforço dos deveres de lealdade dos administradores, o “fortalecimento do papel fiscalizador dos administradores não executivos independentes” e (entre outras) a transparência nas contas sociais. Não obstante, um pouco mais à frente, o autor ressalva “Importa não sobrestimar certas diferenças”... Do mesmo modo Martin Gelter ressalva a grande vantagem dos sistemas de controlo concentrado: a fiscalização da atividade dos administradores. Afirmando mesmo ser esta a resolução para os problemas de agência criados pela separação entre propriedade e controlo. Não obstante, tece duras críticas ao modelo de controlo societário típico dos países da Europa continental: a possibilidade dos sócios aproveitarem a sua posição de controlo na prossecução do seu interesse pessoal. “The well known advantage of concentrated ownership is that a large and controlling shareholder with extensive cash flow rights has a strong incentive to

Nas palavras de JOÃO GOMES DA SILVA¹³⁰, “Contrapor sistemas diferentes de governo societário é sempre atrativo e tem sido um expediente muito utilizado; contudo, é extremamente importante realçar que a comparação não deixa de encerrar o perigo de uma excessiva simplificação. De facto, é sempre preciso ter em conta que não se comparam soluções diferentes para um mesmo problema, mas soluções diferentes para diversos problemas e diferentes condicionalismos. Em bom rigor, generalizar o governo societário ao nível de um sistema encerra em si mesmo o perigo de, em cada sistema, tomar a parte pelo todo, isto é, assumir que as características da maioria das sociedades são comuns a todas, o que não corresponde efetivamente à verdade.”

Não existe um modelo ideal de controlo societário. A separação entre propriedade e controlo dá origem a graves problemas. É verdade que a fiscalização da atividade dos administradores por parte dos sócios maioritários diminui os já falados “agency problems”. Por outra banda, quando sócios maioritários obtêm, além da propriedade, também o controlo (administrativo) da sociedade, podem facilmente impor o seu interesse pessoal ao dos restantes sócios (minoritários e pouco interventivos) em detrimento daquele que é o interesse da sociedade, ou seja, dos sócios enquanto tais¹³¹.

A influência dos acionistas na administração manifesta-se diferentemente conforme o modelo de controlo societário. Se algumas vezes essa influência vai sendo exercida explicitamente, quando, por exemplo, um acionista maioritário (ou um grupo de acionistas maioritários) emitem instruções que são acatadas pelos administradores. Por outra banda,

monitor managerial misconduct. Thus, the classic Berle-Means managerial agency problem of the separation of ownership and control is eliminated. However, as a negative side-effect, large and controlling shareholders have the opportunity to obtain private benefits of control.” – Martin Gelter, *The Dark Side...*, ob. cit., págs. 154 e 155.

¹³⁰ JOÃO GOMES DA SILVA (relator) *Os Administradores...* ob. cit., pág.8.

¹³¹ “Continental European countries - have concentrated ownership, less developed securities markets, and a managerial agency problema mitigated by the monitoring function of large shareholders... Large shareholders’ private benefits of control then pose another agency problem.” – MARTIN GELTER, *The Dark Side of Shareholder Influence...*, ob. cit. pág. 130. Na verdade, este autor defende que a teoria de agência pode ser aplicada não só para reduzir os entraves resultantes da separação de propriedade e gestão, no caso de grande dispersão da estrutura acionista, mas poderá igualmente representar o fenómeno europeu dos sócios maioritários que controlam propriedade e gestão, exercendo influência nos administradores, o que resulta num possível conflito de interesses entre aquele que é o interesse pessoal dos sócios maioritários e o interesse dos sócios minoritários (ou seja, o interesse da sociedade). “Most corporate law theory today relies on agency theory... However, corporate theory uses it chiefly to analyze the relationship between shareholders and managers, suggesting that the purpose of corporate law should be the reduction of agency cost in that relationship, and on the parallel phenomenon arising when management is under the influence of large shareholders, in which case there will typically be strong conflicts of interest with the minority. (págs 135 e 136).

quando o controlo societário é disperso, e por conseguinte pouco participativo na vida da sociedade, o único modo de permitir que os acionistas exerçam a sua influência é, muitas vezes, através das imposições resultantes do conjunto de leis, normas, convenções, etc., que moldam o direito societário e que obrigam os administradores a ter em conta o interesse da sociedade (e consequentemente o interesse dos acionistas) aquando da tomada de decisões. Apesar de não serem emitidas quaisquer direções, é a própria lei que força (ainda que implicitamente) a influência dos acionistas na administração.

Não será difícil perceber que o primeiro exemplo é mais significativo nos sistemas de controlo societário concentrado, quer estejamos a falar de um sócio maioritário, ou de um grupo de sócios maioritários, ou seja, resulta de uma posição de controlo, e que o segundo encontre maior representação nos sistemas de controlo societário disperso.

Ora do exposto podemos concluir pela verificação da forte influência que os acionistas exercem nos administradores na maioria dos países da Europa Continental.

Vamos concentrar-nos na regra da livre destituição.

Em França, a regra da livre destituição tem já longa tradição, pelo que acionistas podem deliberar a destituição de um administrador a todo o tempo e independentemente de justa causa de destituição, com a agravante de no último caso não ser titular de qualquer direito de indemnização. Em Itália o cenário repete-se, ainda que neste ordenamento, ao encontro do que acontece em Portugal, o administrador destituído sem justa causa tem direito a ser indemnizado.

Com a exceção da Alemanha, direito que tanto serve de inspiração ao legislador português, talvez devêssemos, mais uma vez, seguir-lhes o exemplo.

Somos da opinião que a regra da livre destituição vem exacerbar o poder dos sócios maioritários e controladores.

Defendemos sim uma maior proteção do administrador mas encontramos nos sócios minoritários a maior necessidade. Ainda que indiretamente, estes são igualmente prejudicados pela destituição *ad nutum* uma vez que, deste modo, se facilita a intervenção dos sócios maioritários na administração da sociedade. Caso não consiga exercer a sua influência nos administradores através da ameaça de destituição iminente podem sempre destituí-los e eleger para o seu lugar quem o faça. Acresce que a indemnização a que o administrador tem direito é paga, não pelos sócios que o destituíram, mas pela sociedade.

Ainda que consigamos compreender a ratio deste princípio em países com *market-oriented systems*¹³², urge uma revisão do legislador português no domínio da destituição. Talvez devesse ser só permitida a destituição com justa causa.

Do exposto fica assente a grande diferença entre os sistemas de controlo societário da Europa Continental e dos países do common law. Esta divergência reflete-se na distribuição de poderes pelos órgãos societários. Apesar de estarmos a constatar um processo de aproximação, as medidas adotadas ficam muitas vezes aquém do que seria necessário. A desigualdade entre os dois sistemas começa, desde já, na eleição dos administradores. Nos EUA os administradores são habitualmente designados para períodos tão curtos como um ano. Não obstante, engane-se quem pensa estar, deste modo, facilitada a tarefa dos acionistas quando pretendem fazer alterações no órgão de administração. Subsistem muitos entraves no momento da eleição ou destituição de administradores¹³³.

¹³² V. capítulo anterior. Com seu trabalho *The Case of Increasing Shareholder Power*, LUCIAN BEBCHUK pretende provar que o pouco poder dos acionistas nas sociedades americanas se deve não só à sua dispersão, mas também à própria lei que protege os administradores da ação dos acionistas. O autor contesta principalmente aquele que é um dos mais sedimentados princípios do corporate law americano: o poder de iniciativa nas grandes decisões relacionadas com a sociedade parte sempre da administração. Assim, reconhecendo o poder que a possibilidade de destituir administradores a todo o tempo lhes confere, defende uma reforma legal que reforce o poder de iniciativa dos acionistas. Um bom exemplo é, desde logo, o facto de no direito americano os acionistas terem pouco ou nenhum poder de iniciativa para suscitar a discussão de qualquer assunto que achem pertinente. Para comparação do poder de iniciativa acionista nos EUA e nos países da Europa Continental v. *SOFIE COOLS, The real difference...* ob. cit., págs. 741 e ss.

¹³³ “Election and removal of directors is one of the best examples of shareholder weakness in the United States compared to Continental Europe.” – *SOFIE COOLS, The Real Difference...*, ob. cit., pág. 746.

Administradores (in)dependentes

“Introduzir os administradores independentes no direito europeu continental e, também no português, implica por isso efetuar o que usualmente se chama um transplante legal. Importa por isso ter um especial cuidado, de modo a evitar fenómenos de rejeição por parte dos sistemas que recebem esta figura.”¹³⁴

Ao coletivo acionista é vedada a intervenção na direção da sociedade¹³⁵. Todavia, e nas palavras de COUTINHO DE ABREU “todos sabemos, as instruções (ordens, diretivas, recomendações) vão sendo emitidas”¹³⁶.

A reforçar, verificamos a atribuição de importantes mecanismos de controlo sobre a Administração aos acionistas, assumindo esta fiscalização uma certa preponderância prática¹³⁷. Ainda assim, verdadeiramente relevantes são a competência da AG para propor e eleger os titulares do órgão de administração, mas sobretudo a faculdade que os acionistas têm para procederem à sua destituição a todo o tempo e independentemente de justa causa (n.º 1 do art.º 403.º).

Porém, todas estas faculdades podem-se traduzir em verdadeiros instrumentos de pressão sobre a Administração, contribuindo, em última análise, para alavancar a posição dos acionistas em detrimento dos demais stakeholders. São, pois, inadequados à realidade atual da SA, onde os custos de agência são suportados por uma multiplicidade de sujeitos que não apenas os acionistas e, por outro lado, face à necessária independência da Administração perante todos os constituintes da sociedade.

Mas antes de mais, importa saber o que são administradores independentes.

¹³⁴ JOÃO GOMES DA SILVA (relator) *Os Administradores...* ob. cit., pág. 11.

¹³⁵ O art. 405º/1 atribui ao conselho de administração a competência para “gerir as atividades da sociedade”, a vontade dos demais órgãos fica para segundo plano, só podem atuar quando a lei o permita. Para o sistema de tipo germânico, o art. 431º/1 diz o mesmo. E ainda que, pelo contrato de sociedade se possa estabelecer o prévio consentimento do CGS para certas decisões de gestão, este órgão fiscalizador não tem qualquer poder de gestão (art. 442º).

¹³⁶ COUTINHO DE ABREU, Curso... ob. cit. pág. 630.

¹³⁷ De entre estes instrumentos podemos salientar a decisão sobre a remuneração dos administradores (diretamente pela AG – art.399º/1, mas também indiretamente – arts. 429º/1, 444º/2, 440º) ou a competência da AG para apreciar a situação da sociedade e a Administração aquando da prestação de contas (art. 455º).

Este conceito originário do direito norte-americano teve a sua génese na necessidade de combater os “*agency costs*” que resultam da separação entre controlo e propriedade típicos de um “*market-oriented system*”. O recurso a administradores independentes é uma, entre outras técnicas utilizadas para diminuir conflitos de interesses. Os administradores independentes mostram-se particularmente eficazes, quando alocados para a fiscalização¹³⁸, se tivermos em conta que o órgão de administração americano assenta numa estrutura monista, ou seja, administração e controlo são confiados a um só órgão¹³⁹.

Uma das suas características mais importantes é o afastamento da gestão diária da sociedade e é deste modo que, no rescaldo dos escândalos financeiros do início do século, são proclamados por recomendações de boa governação societária um pouco por todo o mundo.

Em Portugal, o conceito surgiu pela primeira vez em 1999 nas “Recomendações da CMVM sobre o governo das sociedades cotadas”¹⁴⁰. Foi alvo de alterações em 2001¹⁴¹, 2003¹⁴² e 2005^{143 144}.

Aquando da reforma de 2006 do CSC foi nele introduzido o conceito de independência. Mais complexo, quando comparado com o das recomendações da CMVM, não se limita à simples definição do que deve ser um administrador independente, acrescentando uma lista de incompatibilidades que excluem a dita independência. Assim os administradores para serem independentes ficam sujeitos a requisitos de independência mas também a requisitos de incompatibilidade. Relativamente às incompatibilidades importa o

¹³⁸ Sobre o papel de supervisão dos administradores e respetiva eficácia v. JAMES KIRKBRIDE/ STEVE LETZA, Can the Non-executive director be an effective Gatekeeper? The Possible Development of a Legal Framework of Accountability, in *Corporate Governance: An International Review*, vol. 13, No. 4, págs. 542-550, Julho de 2005.

¹³⁹ Cfr. COUTINHO DE ABREU, *Governança...* ob. cit. pág. 35 e ss.

¹⁴⁰ Recomendações da CMVM sobre o Governo das Sociedades Cotadas, 1999, Nº15 – “Encoraja-se a inclusão no órgão de administração de **um ou mais membros independentes em relação aos acionistas dominantes**, por forma a maximizar a prossecução dos interesses da sociedade.” (negrito nosso).

¹⁴¹ Recomendações da CMVM sobre o Governo das Sociedades Cotadas, 2001, Nº9 – “**Encoraja-se a inclusão no órgão de administração de um ou mais membros independentes em relação aos acionistas dominantes**, por forma a maximizar a prossecução dos interesses da sociedade. (...) **é importante que cada sociedade determine o conceito de administrador independente que seja ajustado às suas características concretas e que explicitamente o conceito adotado.**” (negrito nosso).

¹⁴² Recomendações da CMVM sobre o Governo das Sociedades Cotadas, 2003, Nº6 – “O órgão de administração **deve incluir pelo menos um membro que não esteja associado a grupos de interesses específicos**, por forma a maximizar a prossecução dos interesses da sociedade.” (negrito nosso) – definição que se mantém nos dias de hoje.

¹⁴³ Entra em vigor o Regulamento 10/2005 que veio substituir o anterior (Regulamento 07/2001) e teve como alteração mais significativa a limitação dos administradores independentes aos administradores não executivos.

¹⁴⁴ Para um estudo mais completo sobre a evolução do conceito de administradores independentes em Portugal v. JOAO GOMES DA SILVA (relator), *Os Administradores...*, ob. cit. págs. 12 e ss..

art.º 414º-A¹⁴⁵, define-se independência no art.º 423º-B/5 (relativo aos membros da Comissão de Auditoria¹⁴⁶, que deve ser composta por uma maioria independente):

“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.”.

A primeira e principal crítica ao regime vigente passa pelo nome de “independente”. Ainda que seja esta a designação alocada nacional e internacionalmente para qualificar esta espécie de administradores, não será expectável que qualquer administrador atue livre de qualquer conflito de interesses e com base em critérios justos no exercício das suas funções e sempre na prossecução do interesse da sociedade (englobando o dos seus trabalhadores, clientes e credores – art.º 64º/1/b)?¹⁴⁷

Assim devia ser, e seria segundo uma perspectiva panglossiana, tudo seria pelo melhor, no melhor dos mundos possíveis. Parece-nos que não será bem assim...

A independência da administração perante o coletivo acionista enquanto desiderato legal encontra alguns entraves. A panóplia de poderes de fiscalização atribuídos aos acionistas revela-se desadequada perante as elevadas exigências impostas aos titulares do órgão de administração, quer em termos de adstrições a que estão sujeitos como da responsabilidade que lhes é exigida. Todo este controlo acaba invariavelmente por atribuir,

¹⁴⁵ Este artigo é aplicável diretamente ao Conselho Fiscal, aos membros da mesa da Assembleia Geral (por força do art.º 374º-A), aos membros da Comissão de Auditoria (remissão do art.º 423º-B/3), e aos membros do Conselho Geral e de Supervisão (art.º 444º/3).

¹⁴⁶ Criaram-se soluções idênticas para os membros do Conselho Fiscal e para os membros da Comissão para os assuntos financeiros do Conselho Geral e de Supervisão.

¹⁴⁷ Disto nos dão conta os autores do labor Administradores Independentes das Sociedades Cotadas Portuguesas, ob. cit. págs. 22 e ss. ainda que, de uma forma geral, considerem o substrato do regime vigente positivo, tecem algumas críticas com as quais concordamos. A acrescentar às dúvidas que o próprio nome suscita, a multiplicidade de conceitos também não ajuda. Existe uma panóplia de critérios a respeitar que provêm de duas fontes distintas (CMVM e CSC). No que ao CSC diz respeito, o conceito de independência é demasiado vago e, nas palavras dos autores, “excluir a independência de qualquer pessoa que seja titular ou actue em nome ou por conta de titulares de participação igual ou superior a 2% parece também ser uma solução excessivamente restritiva”. Outra nota negativa refere-se à tentativa de obnubliar a limitação de mandatos (o que na visão dos autores seria muito positivo) que resultou numa formulação legal mal conseguida e que suscita muitas questões. Terminam afirmando que o regime do CSC fica aquém do regime da Regulamentação da CMVM, acusam-no de ser superficial e sugerem, por exemplo, a inclusão de uma formulação positiva do conceito.

mesmo indiretamente, grande parte dos poderes e das decisões de direção da sociedade ao coletivo acionista, algo que se nos afigura indesejável e contrário ao que dita a lei.

O nosso legislador optou por afastar a regra da livre revogabilidade do regime de destituição de administradores membro do Conselho Fiscal e da Comissão de Auditoria. Só podem ser afastados pelos acionistas em A.G. mediante apresentação de justa causa (arts.º 419º/1 e 423ºE/1 respetivamente).

Louvamos esta opção legislativa mas sugerimos o seu alargamento a todos os administradores.

Como descrevemos um pouco antes, consideramos a designação “independente” um pouco infeliz. Será desejável do ponto de vista empresarial e económico que todos os administradores sejam independentes. A verdade é que a regra da livre destituição constitui (no nosso sistema de controlo societário concentrado) um entrave ao desiderato da independência dos administradores de sociedades anónimas.

Quando confrontado com os deveres a que está adstrito e uma tentativa de intervenção de um acionista controlador na administração da sociedade, o administrador só tem duas hipóteses: ignora as instruções do sócio controlador, correndo o risco de ser destituído, ou segue as ditas instruções, contrariamente ao que o seu dever de diligência o obriga.

Se o administrador agir de acordo com o seu dever de diligência e for destituído o preço a pagar pela sociedade é muito elevado. Não basta ter perdido (hipoteticamente) um bom administrador, uma vez que este foi destituído sem justa causa terá de lhe pagar uma indemnização. Indemnização essa que resulta de uma conduta menos “adequada” de um sócio ou conluio de sócios controladores em detrimento de sócios minoritários e de todos os interessados no sucesso da sociedade.

Como sabemos, do exposto na primeira parte deste trabalho, não existe, pelo menos de iure constituto, forma legal de controlar esta hipótese¹⁴⁸. Daí defendermos a preeminência da destituição com justa causa em detrimento da regra da livre destituição.

¹⁴⁸ Acreditamos que o fim da regra da livre destituição seja a melhor solução para, neste momento, diminuir a influência dos acionistas maioritários na administração. No entanto outras soluções poderão ser adotadas de forma complementar. Por exemplo, no direito brasileiro (Lei n. 6.404, de 15 de Dezembro de 1976) é reconhecido um estatuto autónomo ao acionista controlador, que regula a atribuição de um conjunto de deveres específicos a este (art.º 116.º e 116.º-A) e a respetiva responsabilidade pelo “exercício abusivo de poder” (art.º 117.º). Em especial, “O acionista controlador deve usar o poder com o fim de fazer a companhia realizar o seu objeto e cumprir sua função social, e tem deveres e responsabilidades para com os demais

acionistas da empresa, os que nela trabalham e para com a comunidade em que atua, cujos direitos e interesses deve lealmente respeitar e atender” (art.º 116.º § único).

O art.º 83º do CSC delimita três situações em que se entende que o sócio assume uma posição de sócio controlador. No nº 1 o sócio ou os sócios ligados por acordo parassocial que tenha, por força de disposições do contrato de sociedade, o direito de designar gerente sem que todos os sócios deliberem sobre essa designação. No nº3 o sócio ou sócios ligados por acordo social que, pelo número de votos de que dispõe ou disponham, tenha a possibilidade de fazer eleger gerente ou administrador – desde que, neste caso, a deliberação efetiva tenha sido aprovada pelos votos desse sócio e de menos de metade dos restantes votos. E por fim, no nº4 o sócio ou sócios ligados por acordo parassocial que disponha da possibilidade de destituir, ou fazer destituir, gerente ou administrador. Todavia isto não é suficiente para que o acionista maioritário seja responsabilizado. Nos dois primeiros casos expostos, é necessário que haja culpa do sócio na escolha da pessoa designada/eleita; no terceiro caso é imprescindível que o sócio use a sua influência para determinar a prática, ou a omissão, do ato lesivo. Por último, é fundamental que haja simultaneamente responsabilidade por parte do gerente ou administrador em causa. Só neste contexto poderão os sócios ser responsabilizados. Cfr. COUTINHO DE ABREU / ELISABETE RAMOS, Responsabilidade civil de administradores e de sócios controladores, in *Miscelâneas*, n.º 3, IDET, Almedina, 2004.

Conclusão

Chegado este ponto, apresentamos as nossas conclusões.

Com o presente estudo, propusemo-nos a pensar a regra da livre destituição no ordenamento jurídico português, posteriormente noutros, mas sempre com uma visão crítica que vai longe, a ponto de passar pelo abandono da destituição *ad nutum*.

Em jeito de recapitulação:

1 – O princípio da livre destituição tem já longa tradição no nosso ordenamento jurídico.

2 – Os acionistas podem a todo o tempo, deliberar em A.G., a destituição de um administrador, e deste modo, por fim à relação de administração.

3 – O princípio da livre revogabilidade tem aceitação quase indiscutível na doutrina portuguesa. Os principais argumentos que fundamentam esta posição passam pela importância das funções exercidas pelo administrador, o que justifica que os acionistas o possam remover quando exista uma quebra de confiança. Por sua vez, as rápidas mudanças do mercado podem obrigar a uma alteração do rumo empresarial e consequente substituição da direção, por uma mais apropriada para a sociedade atingir os seus objetivos económicos. Defendem ainda que o perigo iminente de destituição funciona como estímulo da prestação do administrador.

4 – Alertamos para o problema do “dilema do administrador”. A influência dos acionistas maioritários na gestão da sociedade é por todos conhecida, e muitas vezes, a pressão sobre os administradores para seguirem determinado caminho é facilitada pela constante ameaça de destituição. O administrador, embora saiba que não tem de obedecer e que o acatamento é contrário ao seu dever de diligência, terá de o fazer para se manter no seu lugar, ou não acata as instruções e arrisca-se a ser destituído.

5 – Criticamos duramente a solução do “abuso de direito”, sugerida pela maioria da doutrina para solucionar o problema. Em primeiro lugar, pela desigualdade de critérios originada pela aplicação dos arts.º 59º/1 e 58º/1/b) do CSC, pois só os administradores-sócios teriam legitimidade para arguir a anulabilidade. Também não nos parece muito lógico questionar os motivos da destituição quando ela é permitida sem necessidade de fundamento.

6 – O interesse da sociedade sobrepõe-se ao interesse do administrador. Todavia, o legislador optou por prever um direito de indemnização do administrador nos termos do art.º 403º/4 do CSC, quando não haja justa causa.

7 – A definição de justa causa de destituição não está expressamente prevista na lei portuguesa. O CSC apenas arrola dois casos, não taxativos, pelo que doutrina e jurisprudência têm um papel fundamental na concretização do conceito.

8 – O primeiro, “violação grave dos deveres do administrador”, no qual estão incluídos os deveres gerais de cuidado e de diligência, mas também os deveres específicos previstos na lei.

9 – O segundo, a “inaptidão”, na nossa opinião, significará incapacidade por falta de conhecimentos e por impossibilidade física.

10 – A reter sobre a justa causa, será a ideia de inexigibilidade ou seja, haverá justa causa de destituição quando se torne inexigível para a sociedade manter a relação de administração.

11- Acresce que não consideramos a culpa como pressuposto de justa causa de destituição. Destarte, rejeitamos a aproximação do conceito de justa causa de destituição ao seu homónimo do direito laboral (art.º 396º/1 do Código do Trabalho). Aceitamos a existência de “justas causas subjetivas” e de “justas causas objetivas”.

12 – Havendo justa causa de destituição cabe à sociedade provar os factos que a consubstanciam.

13 – Caso essa prova falhe, cabe ao administrador provar os danos por ele sofridos em consequência do facto lícito destituição e receber a indemnização a que tem direito.

14 – À pergunta “quais são os danos indemnizáveis em caso de destituição sem justa causa?” respondemos apenas os danos patrimoniais (lucros cessantes e danos emergentes). Só admitimos o ressarcimento por danos morais no caso de alegações falsas sobre a pessoa ou trabalho do administrador enquanto fundamento de justa causa de destituição.

15 – À imagem do ordenamento jurídico português, a regra da livre destituição tem já longa tradição na grande maioria dos países da Europa continental.

16 – Duas exceções revelaram-se de extrema importância na nossa reflexão crítica sobre a regra da livre revogabilidade:

- Os países do *common law* (em evidência neste trabalho EUA, Canadá, Reino Unido), onde os administradores apenas poderiam ser destituídos com justa causa. Contudo,

alterações recentes à lei permitem agora aos acionistas remover a todo o tempo e independentemente de justa causa, os administradores.

- Nos antípodas dos países da Europa continental, o sistema jurídico alemão substitui o princípio da livre revogabilidade e subordina agora a destituição à existência de justa causa que a fundamente.

17 – Na continuação, as diferenças entre os dois sistemas de controlo societário parecem explicar esta evolução.

18 – “*Market oriented systems*” marcados por uma série de acionistas dispersos, sem capacidade de intervenção na vida societária, e do outro lado, administradores que detêm o domínio de facto da empresa e acabam, muitas vezes, por gerir a sociedade em seu próprio proveito. A separação entre propriedade e controlo resulta nos “*agency costs*”, suportados pelos acionistas que, de certo modo, vêm na regra da livre revogabilidade uma forma de “*shareholders empowerment*”. Este mecanismo acaba por colmatar, designadamente, a falta de fiscalização da administração pelo coletivo acionista, que permite a permanência de administradores no cargo ainda que o seu rendimento seja insuficiente.

19 – Na Europa continental subsiste a propriedade societária concentrada, onde dominam acionistas maioritários e controladores em conjunto com um número significativo de acionistas minoritários que vêm muitas vezes o seu interesse passar para segundo plano.

20 – Ainda que algumas medidas de *corporate governance* sejam “adotadas ou adotáveis” como possíveis soluções para resolver os diferentes problemas, parece-nos não ser este o caso do princípio da livre destituição. Reconhecemos-lhe o mérito por alavancar a posição dos acionistas em detrimento da dos administradores e conseqüente diminuição dos “*agency costs*”. No entanto, parabenizamos o legislador alemão por reconhecer a necessidade de reduzir o poder dos acionistas maioritários e a urgência em assegurar a independência dos administradores e, por isso mesmo, ter revogado a regra da livre destituição.

21 – Paralelamente, a figura do administrador independente, importada do direito norte-americano, encontra entraves na sua adaptação ao direito português, precisamente pelo poder e influência dos sócios maioritários na administração.

22 – Ao longo deste labor tecemos duras críticas ao princípio da livre revogabilidade, e questionamos a sua ratio no ordenamento jurídico português. Em jeito de recapitulação, a propriedade societária concentrada, típica dos países da Europa continental (onde está

incluído o ordenamento jurídico português) tem como consequência a forte influência dos acionistas maioritários na administração. Os administradores sabem que não tem obrigação de seguir direções ou comandos do coletivo acionista, mas também sabem que o “fantasma” da destituição sem justa causa assombra a sua prestação. Isto significa que, muitas vezes, os acionistas maioritários conseguem o seu objetivo, ou porque o administrador segue as orientações que foram dadas, ou porque foi removido do seu cargo e substituído por outro, disposto a cumprir as diretivas dos acionistas, ainda que essas sejam prejudiciais à sociedade, apenas úteis na prossecução dos interesses pessoais dos sócios. Prejudicados, acabam por ser os acionistas minoritários e o administrador, até porque consideramos não ser possível resolver esta situação pelo abuso de direito.

O próprio legislador alemão reconheceu este problema e avançou com a substituição da regra da livre revogabilidade por um sistema de destituição que exige justo motivo. Esta alteração surge como garante da independência dos administradores do coletivo acionista, muito na voga nos dias que correm. É apontada como uma das grandes medidas de *corporate governance* sendo referenciada em muitos dos códigos de boa governação. Essencial no modelo-germânico de governação, defendemos o alargamento da figura do administrador independente a outras estruturas. Pela importância das funções que exercem, todos os administradores devem ser independentes. No entanto, a conjuntura legal parece não estar preparada para dar eficácia ao papel do administrador independente.

Apontados aqueles que consideramos ser os dois principais argumentos contra o sistema de destituição sem justa causa podemos apontar outras razões, que embora não tenham tanta relevância, complementam a nossa argumentação.

Não podemos deixar de questionar se a indemnização do administrador destituído sem justa causa é suficiente para corrigir o desequilíbrio criado entre os interesses em jogo. A crescente profissionalização dos administradores aliada à impossibilidade de restituição integral (mesmo que considerássemos a destituição controlável por abuso de direito, o administrador nunca seria reintegrado na sociedade) podem revelar-se entraves sérios ao desejo de exercer a gestão de uma sociedade. A instabilidade trazida pela possibilidade de destituição sem justo motivo impede o órgão de gestão de atuar com a coragem e visão futurística necessárias para enfrentar a dinâmica económica dos nossos tempos.

23 – Tudo visto, somos pelo abandono da regra da livre destituição e propendemos para a construção de um sistema de destituição dependente de justa causa desde que sejam admitidas “justas causas objetivas”.

Bibliografia

AA.VV., “Código das Sociedades Comerciais em Comentário”, sob coordenação de JORGE MANUEL COUTINHO DE ABREU, vols. VI e VII, IDET, Almedina, Coimbra, 2010

- ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE, Anotação aos arts.º 257º, 403º do CSC.

ABREU, JORGE MANUEL COUTINHO DE

- “Curso de Direito Comercial”, Vol. II, 4ª ed., Almedina, Coimbra, 2011.

- “Governança das Sociedades Comerciais”, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2011.

- “Responsabilidade Civil dos Administradores de Sociedades”, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2011.

- / RAMOS, MARIA ELISABETE - Responsabilidade civil de administradores e de sócios controladores, in *Miscelâneas*, n.º 3, IDET, Almedina, 2004

AMIHAD, YAKOV / STOYANOV, STOYAN

- *Do Staggered Boards Harm Shareholders?*, January 27, 2016,

http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2686902.

BARBIERA, LELIO

- “Il Corporate Governance in Europa”, Dott A. Giuffrè Editore, Milano, 2000

BEBCHUK, LUCIAN ARYE

- *The Case for Increasing Shareholder Power*, Harvard Law Review, Dezembro de 2004

BECHT, MARCO / BOLTON, PATRICK / RÖELL, ALISA

- *Corporate Governance and Control*, Working Paper 9371, National Bureau of Economic Research, Cambridge, 2002, disponível em <http://www.nber.org/papers/w9371>.

BEIRÃO, VEIGA

- “Direito Comercial Portuguez” – Esboço do Curso, Coimbra, 1912

BOURNE, N.

- *The Removal of Directors*, Business Law Review, 25, 2004, págs: 194 e 195.

CAEIRO, ANTÓNIO

- “Temas de direito das Sociedades”, Almedina, Coimbra, 1984.

CALERO, SANCHEZ

- *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, t. IV, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1994.

CARNAXIDE, VISCONDE DE

- “Sociedades anonymas”, 1913.

CLARK, ROBERT

- “Corporate Law”, Little Brown and Company, Boston, Toronto, 1986.

COFFEE, JOHN C. JR.

- *Do Norms Matter? A Cross-Country Evaluation*, Article in University of Pennsylvania Law Review 149(6):2151, June, 2001.

COHEN, ALMA / WANG, CHARLES C. Y.

- *How Do Staggered Boards Affect Shareholder Value? Evidence from a Natural Experiment*, Journal of Financial Economics (JFE), Forthcoming, July 3, 2013.

COOLS, SOPHIE

- *The Real Difference in Corporate Law Between the United States and Continental Europe: Distribution of Powers*, Delaware Journal of Corporate Law, Vol. 30, 2005.

CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES

- “Direito das Sociedades II – Das sociedades em Especial”, Almedina, 2014.

CORREIA, LUIS BRITO

- “Os Administradores das Sociedades Anónimas”, Almedina, Coimbra, 1993.

COX, JAMES D. / HAZEN, THOMAS LEE

- “Cox & Hazen on Corporations,” vol. I, 2ª edição, Aspe, New York, 2003.

COZIAN, M. / VIANDER, A. / DEBOISSY, F.

- “Droit des Sociétés”, Litec, Paris, 17ª ed., 2004.

CUNHA, DIOGO LEMOS E

- *A Destituição de Administradores de Sociedades Anónimas: em particular o alcance e o sentido da justa causa de destituição*, in ROA, Ano 74 vol. III/IV, Lisboa, 2014, disponível em:

<https://www.oa.pt/upl/%7B7e8ffb11-e18d-4752-a8c2-7ae831cc7d0d%7D.pdf>

CUNHA, PAULO OLAVO

- “Direito das Sociedades Comerciais”, 5ª ed., Almedina, Coimbra, 2012.

DAVIES, PAUL / WORTHINGTON, SARAH

- “Gower and Davies: Principles of Modern Company Law”, 7th ed., London, Thomson/Sweet & Maxwell, 2005.

DOGAN, ERGUN / SMYTH, RUSSEL

- *Board Remuneration, Company Performance, and Ownership Concentration: Evidence from Publicly Listed Malaysian Companies*, ASEAN Economic Bulletin, Vol. 19, No. 3 (December 2002).

FACCIO, MARA / LARRY H.P.LANG

- *The Ultimate Ownership of Western European Corporations*, Journal of Financial Economics, Forthcoming.

GALGANO, FRANCESCO

- “Il Nuovo Diritto Societario”, Cedam, Padova, 2003

GELTER, MARTIN

- *The dark side of shareholder power influence: managerial autonomy and stakeholder orientation in comparative corporate governance*, Harvard International Law Journal, 50, 2009, págs. 129-194.

HAMILTON, ROBERT

- “The Law of Corporations in a Nutshell”, West Group, 2000.

HILL, JENNIFER

- *Regulatory Responses to Global Corporate Scandals*, Vanderbilt University Law School , Law and Economics, Working Paper.

HOPT, K. J / KANDA, H. / ROE, M. J. / WYMEERSCH; PRIGGE, S.

- *Comparative Corporate Governance – The State of the Art and Emerging Research*, Oxford University Press, 1998.

HÜFFER, UWE

- Aktiengesetz, 6, Neubearb. Aufl., München : C.H. Beck, 2004.

KIRKBRIDE, JAMES / LETZA, STEVE

- *Can the Non-executive director be an effective Gatekeeper? The Possible Development of a Legal Framework of Accountability*, in Corporate Governance: International Review, vol. 13, No. 4, págs. 542-550, July 2005.

KNIGHT, STEPHEN

- *The Removal of Public Company Directors in Australia: time for change?* Company & Securities Law Journal, 25, 2007, págs. 351-369.

LABAREDA, JOÃO

- “Direito Societário Português: algumas questões”, Quid Juris, Lisboa, 1998.

LIMA, PIRES DE / VARELA, ANTUNES

- “Código Civil Anotado”, vol. II, 3.^a edição, Coimbra, 1986.

LISTOKIN, Y.J.

- *If you give shareholders power, do they use it? An empirical analysis.* Yale Law & Economics research paper n° 383, 6 de Maio de 2009.

MACHADO, J. BAPTISTA

- *Pressupostos da resolução por incumprimento*, in Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra. N. Especial - Estudos em homenagem ao Prof. Doutor J. J. Teixeira Ribeiro, Vol. 2 (1979), p. 343-411.

OLIVEIRA, ANTÓNIO JOSÉ SARMENTO DE

- *O contrato de administração, sua natureza e possibilidade de cumulação com um contrato de trabalho*, RCEJ, N°5, 2005

PIC, PAUL

- “Des Sociétés Commerciales”, vol. II,

RIBEIRO, RICARDO

- *Do Direito a Indemnização dos Administradores de Sociedades Anónimas*, Boletim da Faculdade de Direito, Coimbra, Vol. LXXXIII, 2007.

RODRIGUES, ILÍDIO DUARTE

- “A Administração das Sociedades por Quotas e Anónimas – Organização e Estatuto dos Administradores”, Petrony, Lisboa, 1990.

ROE, MARK J.

- *Political Determinants of Corporate Governance*, “Harvard Law and Economics Discussion Paper” nº 451, Dezembro de 2013

SANZ, MARTÍNEZ

- “Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas”, vol. II, Editorial Tecnos, Madrid, 2001.

SILVA, JOÃO CALVÃO DA

- “Estudos de Direito Comercial”, Almedina, Coimbra, 1999.

SILVA, JOÃO GOMES DA

- *Os Administradores das Sociedades Cotadas Portuguesas*, Relatório do Instituto Português de Corporate Governance, 2007.

VENTURA, RAÚL

- “Sociedades por Quotas”, vol. III, Almedina, 2006.

WEILL, RIVKA

- *Declassifying the Classified*, Delaware Journal of Corporate Law, Vol. 31, 2006.

WYMEERSCH, EDDY

- “A Status Report on Corporate Governance Rules and Practices in some Continental European States”,

Jurisprudência

Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça

- Ac. do STJ de 23-06-1992
- Ac. do STJ de 27-10-1994
- Ac. do STJ de 09-07-1998
- Ac. do STJ de 15-02-2000
- Ac. do STJ de 16-05-2000
- Ac. do STJ de 09-10-2003
- Ac. do STJ de 11-07-2006
- Ac. do STJ de 14-12-2006
- Ac. do STJ de 08-02-2011
- Ac. do STJ de 06-10-2011
- Ac. do STJ de 15-05-2013

Acórdãos do Tribunal da Relação do Porto

- Ac. da RP de 13-10-2010

Acórdãos do Tribunal da Relação de Lisboa

- Ac. da RL de 26-02-2009
- Ac. da RL de 15-02-2011
- Ac. da RL de 07-04-2011
- Ac. da RL de 16-06-2011

Acórdãos do Tribunal da Relação de Coimbra

- Ac. da RC de 28-05-1991

Acórdãos do Tribunal da Relação de Évora

- Ac. da RE de 10-11-2005