

A NOVA REDACÇÃO DO N.º 3 DO ART.º 235.º DO CÓDIGO COMERCIAL: MAIS OU MENOS?

Augusto Teixeira Garcia

Professor Associado, Faculdade de Direito, Universidade de Macau

1. Considerações gerais

Na concepção clássica, afirmada com o triunfo do liberalismo no séc. XIX¹, a assembleia geral é o órgão supremo da sociedade, no sentido de que os outros órgãos sociais não dispõem de uma esfera de competência que a assembleia esteja obrigada a respeitar².

Nesta concepção, a assembleia geral, quando não seja identificada com a própria corporação, como pretendiam alguns autores, sendo pois vista como a própria *universitas ipsa* (V. Lobo Xavier), erige-se como órgão supremo da sociedade, no sentido de que não está limitada por nenhuma competência exclusiva dos demais órgãos, *maxime* da administração: “*nada do que a sociedade possa deliberar pode ser subtraído à competência da assembleia geral*”³.

Contudo, esta perspectiva da assembleia geral foi sendo afastada paulatinamente pelos legisladores. Na verdade, o desenvolvimento da sociedade anónima e a complexidade das tarefas de gestão, esta exigindo específicas aptidões e competências, revelava-se incompatível com um órgão de administração fraco e sem poderes próprios, dependente da assembleia, órgão, este, de funcionamento intermitente e, como tal, inapto para dar resposta útil às necessidades e aos problemas colocados pela administração da sociedade, acabando por determinar

1 A. Ferrer Correia, *Lições de Direito Comercial*, Reprint, Lex, Lisboa, 1994, pp. 393 ss.

2 V. Lobo Xavier, *Anulação de deliberação social e deliberações conexas*, Atlântida Editora, Coimbra 1976, p. 350, nota 101.

3 A. Ferrer Correia, *ibidem*, p. 393.



um crescente alargamento dos poderes dos administradores⁴.

Por outro lado, as próprias condições da socialidade na sociedade anónima, pensada efemeramente, com a transmissão fácil e expedita das acções, determinando uma permanente e constante alteração da base accionária, com a consequente inexistência de uma ligação efectiva do accionista à sociedade, e, por conseguinte, aos seus negócios, vista a participação como mero investimento, levando a que se fale de accionistas-investidores, contribuiu para esse processo de crescente aumento dos poderes dos administradores. Além do mais, a atribuição de competências específicas aos administradores, *maxime* em sede de gestão social, corresponde a um interesse do capital de comando, representado pelos chamados accionistas-empresários, em evitarem as potenciais subversões resultantes do funcionamento da assembleia geral. Com efeito, embora a regra seja a da abstenção dos accionistas, ditos investidores, nas assembleias gerais, não está assegurado que eles não venham a participar e a decidir em sentido contrário aos interesses do grupo de comando, pelo que o alargamento dos poderes dos administradores e a criação de um círculo de competências próprias subtraído à influência da assembleia geral vêm a colocar o grupo de comando a salvo desses eventuais inconvenientes⁵. Como dizia Aurélien Scholl⁶ sobre os accionistas (investidores, entenda-se): “*Les actionnaires, ce sont généralement des moutons, quelquefois des tigres, mais toujours des bêtes*”.

Para esta nova concepção, a assembleia geral é o órgão supremo da sociedade já não porque não se encontra sujeita a qualquer limitação que decorra das competências dos demais órgãos da sociedade, mas sim porque “manifesta a vontade social de modo imediato”⁷, não derivando o seu poder de qualquer dos outros órgãos sociais, e estes, todos ou alguns, são por ela designados⁸.

A passagem à concepção moderna de assembleia geral levou ao cerceamento das suas, outrora ilimitadas, possibilidades de intervenção na vida da sociedade, chegando-se a uma divisão de competências entre este órgão e a administração, nos termos da qual a esta veio a ser cometida em exclusivo a gestão

4 Pedro Maia, *Função e funcionamento do conselho de administração na sociedade anónima*, Studia Iuridica 62, Coimbra Editora, Coimbra , 2002, pp. 14ss; Alexandre Soveral Martins, *Os poderes de representação dos administradores de sociedades anónimas*, Studia Iuridica 34, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, 12 ss.

5 Pedro Maia, *ibidem*.

6 Jornalista e autor francês, editor do *Voltaire* e de *Echo de Paris*.

7 Ferrer Correia, *ibidem*, p. 393.

8 V. Lobo Xavier, 1976, pp. 351, nota 101,



da sociedade⁹. Este entendimento, que preside à repartição de competências entre a assembleia geral e a administração na sociedade anónima, em Macau, é válido para todos os tipos sociais, embora com diferente intensidade.

Na verdade, dispõe o art.º 235.º (epigrafado “Competência da administração”), no seu n.º 1, que à administração das sociedades compete gerir e representar a sociedade, nos termos fixados para cada tipo de sociedade. Regra, esta, que é objecto de reafirmação nas sociedades em nome colectivo, no art.º 346.º, n.º 1 (aplicável às sociedades em comandita simples, por força do art.º 351.º, n.º 1), nas sociedades por quotas, no art.º 383.º, n.º 1, e nas sociedades anónimas, no art.º 465.º, n.º 1. Torna-se, assim claro, que em todos os tipos sociais a gestão e a representação da sociedade são matérias da competência da administração.

Por sua vez, o art.º 216.º, relativo à competência deliberativa dos sócios determina que estes têm competência para deliberarem sobre as matérias indicadas nas alíneas a) a h), além de outras que lhes sejam especialmente atribuídas por lei, bem como sobre as matérias que não estejam, por lei ou disposição estatutária, compreendidas na competência de outros órgãos da sociedade [al. i)]. Como a competência para gerir e representar a sociedade é deferida, nos termos do n.º 1 do art.º 235.º, à administração, teríamos que a assembleia geral, e mais latamente os sócios¹⁰, não poderiam deliberar sobre essas matérias. Contudo, não é assim, pois que este último preceito ressalva o disposto para cada tipo de sociedade, pelo que pode o concreto regime do tipo afastar-se em maior ou menor medida da regra aqui estabelecida.

É o que sucede no que toca à sociedade por quotas: nos termos do art.º 386.º, n.º 9, a administração deve agir, no exercício das suas competências, que são as de gerir e representar a sociedade (art.º 235.º, n.º 1 e 383.º, n.º 1), com respeito pelas deliberações dos sócios, regularmente tomadas¹¹, sobre matérias

9 V. Lobo Xavier, 1976, pp. 348 ss, nota 101. É costume assacar-se a razão dessa divisão a exigências de funcionalidade (P. Maia, *ibidem*, pp. 12 ss); contudo, menos ingenuamente, a divisão de competências entre a assembleia geral e a administração representa o culminar de um processo de deslocação dos poderes na sociedade do órgão representativo de todos os accionistas, e por isso essencialmente volúvel, que é a assembleia geral, para um órgão dotado de estabilidade quanto à representação de certos interesses na sociedade, os dos accionistas-empresários (P. Maia, *ibidem*, pp. 137 e 138, 167 e 168).

10 Na verdade, os sócios, e por conseguinte também os accionistas, deliberam em assembleia geral, mas ainda sem recurso à assembleia geral, através de deliberações por escrito (art.º 217.º, n.º 4).

11 Isto é, deliberações que foram tomadas por uma das formas permitidas por lei, em assembleia [ainda que totalitária ou universal (art.º 217.º, n.º 2, *in fine*)] ou por escrito, com observância dos procedimentos legais e estatutários (convocação atempada, assunto constante da ordem do dia, maioria exigida, etc.) respectivos (Raúl Ventura, *Sociedades por quotas*, vol III, *Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 1999, 2.ª reimpressão da 1.ª ed. de

de gestão da sociedade. Os sócios da sociedade por quotas têm o direito de dar instruções à administração e esta a obrigação de as respeitar¹². Contrariamente à administração da sociedade anónima, os administradores das sociedades por quotas não administram a sociedade sob sua exclusiva responsabilidade¹³.

Já é outra a solução em sede de sociedades anónimas, pois que aí a lei claramente significa que os accionistas apenas podem deliberar sobre matérias de gestão da sociedade, a pedido da administração (art.º 449.º). Isto é, enquanto que nas sociedades por quotas a administração está obrigada a dar cumprimento às deliberações dos sócios sobre matérias de gestão, contanto que regularmente tomadas, nas sociedades anónimas os accionistas não podem, sem prévia solicitação da administração, pronunciar-se sobre tais matérias.

Tenha-se em atenção, contudo, que o facto de a administração ficar obrigada a respeitar as deliberações dos sócios sobre matérias de gestão, não significa qualquer alteração da repartição de competências, porquanto continua a ser a administração o único órgão competente para a prática dos actos de gestão. Os sócios não se podem substituir à administração quanto à prática dos actos em que se traduz o exercício das funções de administração.

As competências do órgão de administração são assim as de administrar, e representar a sociedade nas relações com terceiros. Esta última competência assume importância cardinal, pois que é por via dela que a sociedade fica vinculada em face de terceiros. Se a competência para representar a sociedade compete em exclusividade à administração, então apenas esta pode vincular a sociedade. Isto mesmo é afirmado no art.º 386.º, para as sociedades por quotas, e no art.º 468.º, para as sociedades anónimas. Do mesmo modo, quanto à sociedade em nome colectivo, dispõe o art.º 346, n.º 1 que a gestão e representação da sociedade compete aos administradores. Em suma, a representação/vinculação da sociedade é matéria da competência exclusiva da administração¹⁴.

2. A nova redacção do n.º 3 do art.º 235.º

Mas não se terá a situação alterado com a nova redacção dada ao n.º 3 do art.º 235.º, que, relembrar-se, respeita às competências da administração, pela Lei n.º 6/2000? Na versão original da lei, dizia-se:

1991, p. 139).

12 *Ibidem*, pp. 139 ss; AcSTJ de 23/09/2008 (Azevedo Ramos).

13 Barbara Grunewald, *Gesellschaftsrecht*, 7.ª ed., Mohr Siebeck, Tubinga, 2008, p. 357.

14 Jorge Manuel Coutinho de Abreu, *Curso de direito comercial*, vol. II, *Das sociedades*, 3.ª ed.º, Almedina, Coimbra, 2009, p.



“3. A sociedade pode, por acto dos administradores que a representem, propor gerentes para o desempenho de algum ramo de negócio que se integre no seu objecto, ou constituir procuradores para a prática de determinados actos ou categorias de actos, independentemente de autorização expressa nos estatutos.”.

Com a nova redacção, passou a dizer-se:

“3. Independentemente de autorização expressa nos estatutos, a sociedade pode, mediante autorização da assembleia geral ou do conselho de administração, caso exista, propor gerentes para o desempenho de algum ramo de negócio que se integre no seu objecto ou nomear auxiliares para a representar em determinados actos ou contratos, ou, por instrumento notarial, constituir procuradores para a prática de determinados actos ou categorias de actos.”.

Várias diferenças apresenta a nova redacção, quer de mera forma quer de conteúdo.

Começando pela de mera forma, registe-se a passagem da última parte da norma (na redacção original) para o início da mesma (na actual redacção), com o que se pretendeu destacar a ideia da desnecessidade de autorização estatutária, mas incorrendo no “pecadilho” de sobrepor a exceção à regra¹⁵.

2.1. A história do preceito

Mais importantes, todavia, são as alterações que se repercutem no conteúdo da norma. Para percebermos o alcance das mesmas é necessário tomarmos em consideração as razões que estiveram na origem da introdução da norma no ordenamento jurídico. A norma, na redacção original, remonta ao art.º 24.º do Anteprojecto de Lei das Sociedades Comerciais (s/data, mas de 1990)¹⁶. Preceito, este, do Anteprojecto que tinha por fonte próxima o art.º 252.º, n.º 6 do Código das Sociedades Comerciais português¹⁷, acrescendo-lhe a possibilidade da proposição de gerentes para algum ramo de negócio que se integre no objecto da sociedade, que não consta da norma portuguesa.

A razão de ser da norma portuguesa prendia-se com certo entendimento que se foi sedimentando em face do § único do art.º 256.º do Código Comercial

15 Jorge Henrique da Cruz Pinto Furtado, *Deliberações de sociedades comerciais*, Almedina, Coimbra, 2005, p. 509. “Pecadilho”, este, de técnica legislativa de que, aliás, encontramos inúmeros exemplos no Código Comercial.

16 De ora em diante Anteprojecto.

17 Aprovado pelo D/L n.º 262/86, de 2 de Setembro, e alterado pelo D/L n.º 76-A/2006, de 29 de Março (rectificado pela Declaração de Rectificação n.º 28-A/2006, de 26 de Maio), e alterado pelo D/L n.º 8/2007, de 17 de Janeiro. De ora em diante CSC.



de 1888¹⁸. O entendimento a que se alude consistia, como explica o Professor Raúl Ventura¹⁹, na ideia criada na prática quanto ao alcance deste preceito do Código Comercial de 1888, e segundo a qual o mesmo se impunha à faculdade de constituir mandatários pelas sociedades, determinando a inclusão nos estatutos das sociedades de tal poder, em pressuposta necessidade de obediência ao referido preceito. A introdução do referido n.º 6 do art.º 252.º do CSC pretendeu afastar o entendimento, erróneo segundo este ilustre Professor, que à luz daquele preceito do Código Comercial²⁰ se criou.

Que tal entendimento não era correcto, di-lo Cunha Gonçalves na sua anotação²¹ ao referido preceito do Código Comercial de 1888. Segundo este autor, a referência a “ramos de negócio”, contida na norma, se entendida literalmente, levaria a considerar gerentes de comércio²² as pessoas aí indicadas, que, no entanto, não eram mais do que caixeiros (os actuais auxiliares²³) a quem o comerciante conferia poderes para a prática de certos negócios²⁴. O sentido e limitação da norma resultava claro do art.º 258.º, que determinava a responsabilidade do comerciante pelos actos praticados por essas pessoas, seus caixeiros, relativamente “à obrigação do negócio de que este os houver encarregado”. Segundo Cunha Gonçalves²⁵, a amplitude da redacção da norma terá resultado de uma má tradução do preceito que constituiu a sua fonte: o artigo 292.º do Código de Comercio espanhol²⁶. Explica ainda este autor que as sociedades que, como é sabido, ao

18 Para comodidade do leitor, transcreve-se o art.º 256.º do Código Comercial de 1888:

“Os comerciantes podem encarregar outras pessoas, além dos seus gerentes, do desempenho constante, em seu nome e por sua conta, de algum ou alguns dos ramos do tráfico a que se dedicam, devendo os comerciantes em nome individual participá-lo aos seus correspondentes. § único. As sociedades que quizérem usar da faculdade concedida neste artigo, devem consigná-la nos seus estatutos.”.

19 *Ibidem*, 1999, pp. 27 ss.

20 Que ainda se encontra em vigor em Portugal, embora não no que respeita ao direito societário que é regulado pelo CSC.

21 Luiz da Cunha Gonçalves, *Comentário ao Código Comercial Português*, vol. II, Empresa Editora José Bastos, Lisboa, 1916, n.ºs 372 e 373, p. 60 ss.

22 Os gerentes de comércio do Código Comercial de 1888 são hoje simplesmente designados como gerentes, estando regulados nos art.ºs 64.º ss do actual Código Comercial.

23 Regulados nos art.ºs 77.º ss.

24 *Ibidem*, n.º 373, p. 62.

25 *Ibidem*.

26 A doutrina deste preceito, bem como do art.º 258.º, constava, aliás, mas de modo mais claro (*ibidem*), já dos art.º 156.º e 157.º do Código Comercial de 1833 (Ferreira Borges). Para comodidade do leitor transcrevem-se os referidos preceitos:

Art.º 156. O negociante, que conferir a um caixeiro o encargo exclusivo d'uma parte da sua



tempo só podiam ter por directores os seus sócios [art.º 152.º, 154.º, 172.º, 203.º do Código Comercial de 1888], salvas as excepções legais, quando pretendessem encarregar um seu empregado para a prática de actos de expediente ou até de certos negócios, deveriam incluir tal permissão nos estatutos, sob pena de os directores não poderem delegar a respectiva competência²⁷. Não sendo esse o caso, apenas lhes seria possível constituir mandatários para actos específicos, isolados, v.g., mandato conferido a advogado para representar a sociedade em juízo²⁸. A lei apenas se referia a estas situações, mas já não à nomeação de gerente, que não era abrangido na norma, já que o gerente, por lei (art.º 249.º do Código Comercial de 1888), representa o comerciante. No caso dos caixeiros, a que se referia o art.º 256.º do mesmo diploma legal, isso não sucedia. Donde que os respectivos poderes de representação tinham de resultar de um acto do comerciante, o qual devia ser comunicado aos seus correspondentes, para justamente ele ficar obrigado pelos actos praticados pelos seus caixeiros, nos limites do mandato conferido²⁹.

Por conseguinte, o que estava em causa no referido § único do art.º 256.º era a atribuição de poderes representativos a determinados funcionários (caixeiros) para a prática regular de certo tipo de actos, evitando a necessidade de o comerciante, continuamente, ter de dar poderes às mesmas pessoas para a prática de cada um desses actos. A norma tinha, pois, o intuito de promover a fluidez do tráfico mercantil.

Contrariamente ao estabelecido para o comerciante individual, e por razões óbvias, a lei, no preceito em causa, e pelo que às sociedades respeitava, subordinava a referida faculdade a previsão estatutária. Contudo, note-se, não

administração, tal como o saque de letras, a arrecadação e recibo debaixo de firma propria, ou outra similhante, em que seja necessário assignar documentos, que produzam obrigação e acção, é obrigado a dar-lhe uma auctorisação especial para todas as operaçōes comprehendidas no referido encargo, a qual será notada e registrada nos termos legislados ácerca dos feitores. Não será por tanto lícito a caixeiro algum sacar, acceptar ou indossar letras, pôr nellas recibos, nem subscrever outro algum documento de obrigação, ou quitação das operaçōes de commercio de seus principaes, salvo auctorizados com poder bastante, legitimamente registrado; fica declarada de abusiva, nulla e invallida qualquer practica em contrario.

Art.º 157. Dirigindo um commerciante a seus correspondentes circular, que dê a reconhecer o seu caixeiro como auctorizado para algumas operaçōes do seu trafico, os contractos, que fizer com as pessoas, a quem se dirigiu a circular, são validos e obrigatorios, em quanto relativos á parte da administração a elle confiada. Equal communicação se faz necessaria, para que a correspondencia dos comerciantes, firmada por seus caixeiros, surta efecto nas obrigações contrahidas por correspondencia.”.

27 *Ibidem*, p. 63.

28 *Ibidem*.

29 *Ibidem*.

era, contrariamente ao equivocado entendimento que veio a fundar a prática subsequente, a constituição de mandatários da sociedade para actos isolados ou categorias de actos que estava em causa naquele preceito do Código Comercial de 1888³⁰.

Em todo o caso, e muito embora, como acabamos de ver, não fosse isso que estava em causa no § único do art.º 256.º, a verdade é que o entendimento de que, em se tratando de sociedades, era necessário que a faculdade de constituir mandatários estivesse consagrada no pacto social ou estatutos foi-se paulatinamente sedimentando, com a inclusão regular nos pactos sociais de cláusula nesse sentido. Chegando-se por vezes ao extremo de, mesmo que com deliberação dos sócios autorizante, se não admitir a constituição de procuradores para a prática de actos relativos à vida da sociedade: era necessária a intervenção dos administradores no acto, só estes representavam a sociedade. Os sócios, se quisessem permitir a prática de actos da sociedade por procuradores, que alterassem os estatutos e introduzissem neles a competente cláusula de permissão.

2.2. Sentido do n.º 3 do art.º 235.º (versão original)

É este entendimento pernicioso que está na base da introdução em Portugal do referido n.º 6 do art.º 252.º do CSC, e, no seu seguimento, do n.º 3 do art.º 24.º do Anteprojecto. Com efeito, e como é sabido, a disciplina das sociedades comerciais, constante do Anteprojecto, que data de 1990, destinava-se a funcionar com a continuação em vigor do Código Comercial de 1888, e, por conseguinte, em articulação com o § único do art.º 256.º. Percebe-se, assim, a preocupação do pré-legislador em introduzir uma norma que, a exemplo daquele preceito do CSC, evitasse que continuasse a medrar o tal entendimento nefasto de que dávamos conta há momentos.

O art.º 235.º reproduziu o art.º 24.º do Anteprojecto, e, por conseguinte, o seu número 3, cujo objectivo, como acabámos de ver, era obviar ao entendimento anterior que, supostamente escorado no referido § único do art.º 256.º do Código Comercial de 1888, se foi afirmando.

Visando afastar quaisquer dúvidas, o n.º 3 do art.º 235.º afirmava que a administração tinha competência para tais actos, o que, aliás, já resultaria dos seus poderes de administração e representação³¹, e, tendo em conta aquela memória normativa, e, sobretudo, a memória histórica do seu erróneo entendimento³², dizia que a prática de quaisquer desses actos não dependia de autorização expressa

30 R. Ventura, *ibidem*.

31 *Ibidem*.

32 *Ibidem*.

dos estatutos.

Sendo certo ademais, e como já se referiu, que o n.º 3 do art.º 235.º, na sua redacção original, tinha em conta aquele preceito do Código Comercial de 1888, e a necessidade da sua convivência cronológica com o mesmo, pois que resulta do Anteprojecto de Lei das Sociedades Comerciais, publicado em 1990, estando em vigor aquele Código³³. Afastada a possibilidade dessa convivência cronológica, a referência, na redacção original do n.º 3 do art.º 235.º, à desnecessidade de previsão de autorização nos estatutos, para um intérprete descomprometido, fica sem sentido, pois constando de um preceito relativo à competência da administração, a mesma resulta da lei, pelo que para nada serve a autorização dos estatutos! Se é a lei que o determina, a que propósito vem a referência aos estatutos? O propósito resulta, justamente, da história do preceito.

No Código Comercial não só não existe uma norma com o teor do § único do art.º 256.º do Código Comercial de 1888, como o n.º 3 do art.º 235.º claramente afirmava que a competência da administração para a prática daqueles actos era independente de autorização expressa nos estatutos! Afirmava, pois, a regra exactamente oposta à que literalmente parecia resultar do § 256 do pretérito Código Comercial. Sendo que, além do mais, as situações que eram abrangidas pelo citado § único do art.º 256.º do Código Comercial de 1888 estão hoje, se não todas em grande parte, englobadas na figura do procurador, a que se refere o art.º 76.º.

Na verdade, os procuradores da empresa são aqueles colaboradores do empresário que, não sendo gerentes³⁴ de empresa (art.º 64.º), têm poderes para, com carácter de estabilidade, celebrar negócios relativos ao exercício da empresa em nome do proponente (art.º 76.º), que pode ser um empresário individual ou colectivo, uma sociedade. O que distingue estes auxiliares do empresário de um vulgar procurador é o carácter de estabilidade da respectiva actuação, e a sua não limitação a um concreto negócio. Pelo contrário, a sua actuação, limitada ao âmbito das operações jurídicas – o que permite distingui-lo da figura do gerente, cujo âmbito de intervenção abrange quer os aspectos técnicos quer os jurídicos inerentes ao exercício da empresa em questão –, é delimitada pelo objecto da actividade económica desenvolvida pelo proponente, em suma a sua empresa. A constituição destes procuradores, assim como a nomeação de gerentes, era confiada em exclusivo à administração. O n.º 3 do art.º 235.º estava assim em perfeita harmonia

33 Que é o que acontece ainda em Portugal, e daí a oportunidade do n.º 6 do art.º 252.º CSC, de outra sorte incompreensível, já que a faculdade de constituir procuradores é competência da administração em todas as sociedades (AcSTJ de 23/09/2008 (Azevedo Ramos)).

34 São os antigos gerentes de comércio do art.º 248.º do Código Comercial de 1888.



com o disposto, na parte geral, relativamente a gerentes e procuradores. Sendo que tais actos são do foro da administração³⁵, pelo que a respectiva competência pertence ao órgão de administração, daí a sua regulamentação no art.º 235.º, n.º 3. Assim sendo, o que este preceito determinava relativamente às regras gerais, onde estes dois tipos de “colaboradores” do empresário estão regulados (art.ºs 64.º seguintes e 76.º), era a explicitação de que a respectiva designação entrava na competência geral da administração, que não necessitava de qualquer autorização nem dos sócios, nem estatutária para o efeito³⁶.

2.3. As (des)razões da alteração de redacção do n.º 3 do art.º 235.º

Julgou-se que a questão estaria definitivamente ultrapassada. Contudo, a despeito de não se ver com base em que fundamento, o entendimento anterior terá continuado (ou quando menos, terá sido aventado) a ser afirmado. Os interessados poderiam (e deviam) ter contestado a bondade de tal entendimento em sede própria: os tribunais. Em vez disso, alterou-se a lei, apressadamente, para tentar ultrapassar tal pernicioso entendimento, ou obstar a que tal inconveniente entendimento pudesse ser reafirmado. Embora, diga-se, sem o apoio normativo do § único do art.º 256.º do Código Comercial de 1888, não se vê fundamento para alcançar a razão de tal entendimento.

A razão próxima da alteração da redacção original ter-se-á prendido, assim, com a intenção de evitar que o entendimento nesta matéria continuasse a ser o que se afirmava, embora erradamente³⁷, em face do direito pretérito.

3. Crítica à nova redacção do n.º 3 do art.º 235.º

A fundamentação da alteração já se avançou, mas a formulação não foi a mais feliz, por várias razões, sistemáticas, umas, de fundo, outras.

3.1. Localização sistemática inadequada

Em primeiro lugar, porque se consagra uma competência para a assembleia geral num preceito relativo à competência da administração. É essa, aliás, a epígrafe do artigo, que se localiza na subsecção respeitante à administração,

35 R. Ventura, *ibidem*, pp. 130, 131.

36 Explicitação que, em todo o caso, se tem de ter por escusada, quer considerando que o Código Comercial de 1888, e com ele o § único do art.º 256.º, foram revogados, quer atento a que a nomeação de gerentes e de procuradores é matéria de gestão da sociedade, e, por conseguinte, do foro de competência da administração. O que poderia constar dos estatutos era, contrariamente, a limitação a essa competência, onde a lei o admita.

37 R. Ventura, *ibidem*, pp. 27 ss.

sendo que a respeitante à assembleia geral é a subsecção imediatamente anterior: nem a proximidade sistemática salvou a violentação da norma.

A localização correcta, no que respeita à competência atribuída à assembleia geral, seria o art.º 216.º, respeitante às competências deliberativas dos sócios, e que integra a subsecção imediatamente anterior, dedicada à assembleia geral. No art.º 235.º apenas poderia ficar o que respeita à competência da administração, mas como a nova redacção, contrariamente à redacção original, limitou esta competência ao conselho de administração, a mesma já não é geral, porquanto nem todas as sociedades podem ter conselho de administração³⁸. Ao limitar a competência para os efeitos do n.º 3 do art.º 235.º ao conselho de administração, a lei transformou uma regra geral numa regra particular, pelo que a mesma não poderia continuar inserida na parte geral, e, por conseguinte, a referida competência deveria ter transitado para as competências do conselho de administração, indicadas no art.º 465.º, n.º 2, no que respeita à sociedade anónima. Sendo que, quanto à sociedade por quotas, a mesma deveria ser incluída no art.º 386.º, por remissão para aquele preceito.

Mas, no que respeita à assembleia geral, percebe-se a dificuldade do legislador: se remettesse a competência agora afirmada para o local sistematicamente correcto, o art.º 216.º, consagrava-a como competência geral, e, como tal, valendo para todas as sociedades, mesmo, ou sobretudo, as anónimas. Mas a lei não quis para as sociedades com conselho de administração, que são essencialmente as anónimas, que a assembleia geral se arrogasse tal competência, pois que é matéria do foro da gestão, campo da competência exclusiva da administração nas sociedades anónimas (art.º 449.º). Não podendo inscrever tal competência da administração no cardápio do art.º 216.º poderia, e deveria, tê-la inscrito na elencação do art.º 381.º, relativo à competência dos sócios das sociedades por quotas. Em todo o caso, é, do ponto de vista sistemático, desadequada a regulamentação de competências da assembleia geral num preceito dedicado à competência da administração!

3.2. Deficiente compreensão da relação que intercorre entre a sociedade e os seus órgãos

Não menos grave, senão mesmo mais, é a confusão, relativa à relação que intercorre entre a sociedade e os seus órgãos, em que a norma parece incorrer.

38 O conselho de administração não é de livre constituição, apenas podendo existir onde a lei o permita. Assim o Supremo Tribunal de Justiça em Portugal entende que a organização da administração é abrangida pelo princípio da tipicidade, pelo que, na falta de norma habilitante, não podem os sócios decidir constituir um conselho de administração numa sociedade para cujo tipo social a lei o não preveja (AcSTJ de 5/03/1992 (Tato Marinho), *in* www.dgsi.pt).



Com efeito, diz agora o referido n.º 3, recorde-se, que “*A sociedade pode, mediante autorização da assembleia geral ou do conselho de administração, quando exista, (...)*” celebrar os actos ali indicados. O que supõe que a sociedade e a assembleia geral ou a sociedade e o conselho de administração são coisas distintas. Não são!

A assembleia geral e o conselho de administração não são algo de distinto da sociedade, pela razão simples de que são a sociedade. Contrariamente às pessoas humanas, que formulam a sua vontade por si e a manifestam de modo imediato, quer por si quer por representantes voluntários, as pessoas colectivas, sendo realidades jurídicas, necessitam da intermediação de pessoas humanas, que supram as limitações dessa sua circunstância. Pessoas humanas que são os portadores do órgão (*Organträger*), ou portadores de organicidade, como prefere o Professor Ferrer Correia³⁹, os seus titulares, as quais formam e manifestam a vontade da sociedade para com terceiros⁴⁰. A sociedade forma a sua vontade pela assembleia geral e pelo órgão de administração e “representa-se” por este último órgão. Em todo o caso, os órgãos da pessoa colectiva não são algo que dela seja independente, mas antes dela fazem parte, constituem-na⁴¹, como os órgãos de uma pessoa humana fazem parte dela, constituindo-a⁴². Por isso, quando o órgão da pessoa colectiva forma uma vontade, v.g., através de uma deliberação da assembleia geral, a vontade que se forma é a da própria pessoa colectiva. Do mesmo modo, quando a administração celebra, em “representação” da sociedade, um contrato com terceiro, é a pessoa colectiva que celebra o contrato⁴³.

Sendo certo que representação neste contexto tem um significado bem diverso do conceito de representação civil ou legal⁴⁴. Não se trata de representação neste sentido, porquanto não há verdadeiramente a separação entre sujeitos

39 Ferrer Correia, *ibidem*, p. 388.

40 Acresce o órgão de fiscalização da actuação da sociedade.

41 A relação é de identificação entre a pessoa colectiva e os seus órgãos (Carlos Alberto da Mota Pinto, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4.ª ed. por António Pinto Monteiro, Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, p. 316).

42 Manuel A. Domingues de Andrade, *Teoria geral da relação jurídica*, vol. I, Sujeitos e Objecto, Livraria Almedina, Coimbra, 1983, p. 118.

43 É por isso que a norma do art.º 236.º, n.º 2, que permite à sociedade opor ao terceiro, que conheceu ou devia conhecer, o desrespeito da cláusula de objecto é desequilibrada. Pois como nota Filipe Cassiano dos Santos (*Estrutura associativa e participação societária capitalística. Contrato de sociedade, estrutura societária e participação do sócio nas sociedades capitalísticas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, pp. 323 ss) também a sociedade conhece, e até conhece em primeiro lugar, pois que o acto é praticado pela administração, o mesmo é dizer por si mesma, que o negócio não respeita a cláusula de objecto.

44 Coutinho de Abreu, *ibidem*, p. 539.



distintos que esta pressupõe, v.g., o procurador. Pelo contrário, o acto celebrado pela administração foi celebrado pela sociedade⁴⁵. É a sociedade que actua, não um terceiro autónomo relativamente a si⁴⁶. Embora se verifique uma separação física entre quem actua, em concreto, i.e., a ou as concretas pessoas humanas que intervêm no acto, e a pessoa colectiva, juridicamente, essa separação não existe. Juridicamente, a ou as pessoas humanas que actuam são, ao momento, a própria pessoa colectiva em actuação⁴⁷. Por isso se fala de representação orgânica⁴⁸.

Assim sendo, não faz sentido dizer que a “sociedade pode, mediante autorização da assembleia geral”, porque não há qualquer diferença entre uma e outra, a assembleia geral, enquanto órgão da sociedade, é a sociedade. Pelo que o que a lei diz é que a sociedade se pode autorizar a si própria a praticar certos actos. Já se vê que não é particularmente feliz a redacção.

E o que acaba de se dizer relativamente à assembleia geral vale pela mesma razão para o conselho de administração. Este não é algo distinto da sociedade. É apenas a forma de organização que a administração assume na sociedade anónima por força da lei (art.º 454.º, n.º 1), ou pode assumir na sociedade por quotas, quando a mesma seja composta por três ou mais administradores, e os sócios assim a decidam organizar (art.º 386.º, n.º 3). Em suma, o conselho de administração é a particular forma de organização do órgão administração da sociedade, em certos casos. Enquanto órgão da sociedade, o conselho de administração é a própria sociedade.

45 Carolina Cunha, *Vinculação cambiária de sociedades: algumas questões*, Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier, vol. I, Congresso Empresas e Sociedades, Coimbra Editora, 2007, pp. 364, ss.

46 Ibidem, p. 366, nota 19.

47 Ibidem, p. 365 e nota 14.

48 R. Ventura, *ibidem*, p. 131 ss. Esta dita representação orgânica é, pois, diversa da representação da sociedade em actos concretos por determinados agentes, v.g. procurador. Em verdade, e a despeito das leis e dos autores, do que se trata não é de representação, mas tão só de actuação juridicamente relevante da pessoa colectiva em face de terceiros (Carolina Cunha, *ibidem*). A administração, verdadeiramente, não representa a sociedade, pois que é ela, própria, a sociedade (Coutinho de Abreu, *ibidem*). A administração, sendo a sociedade, quando actua não o faz em representação de ninguém. Em boas contas, não se pode dizer que a administração na celebração de um contrato com terceiro representa a sociedade, do mesmo modo que se não pode dizer de uma pessoa humana que celebre para si o mesmo contrato que actua em representação de si própria. Não há, juridicamente, alteridade. E a alteridade é o mínimo imprescindível de uma relação jurídica de representação. A administração quando actua em face de terceiros não está a representar a sociedade, pela razão simples de que é a própria sociedade que está a actuar (Manuel de Andrade, *ibidem*; Mota Pinto, 2005, pp. 316 ss; Carolina Cunha, *ibidem*).

3.3. Competência concorrente para a autorização?

À parte estas dificuldades, outras levanta a formulação actual da norma: se a assembleia geral ou o conselho de administração, quando exista, autorizam, significa isso que, quando haja conselho de administração apenas este autoriza, caso em que a intervenção da assembleia geral seria restrita às sociedades sem conselho de administração, ou, pelo contrário, se verifica nesse caso uma situação de competência concorrente? A ser esta a resposta correcta, teríamos a possibilidade de situações em que divergentes “autorizações” provenientes de ambos os órgãos se poderiam verificar, com prejuízo da segurança jurídica. Sendo que, e considerando que a prática dos actos indicados no n.º 3 do art.º 235.º é matéria de gestão, teríamos que se restringiria a competência exclusiva da administração das sociedades anónimas em matéria de gestão da sociedade, afirmada no art.º 449.º Pelo que somos levados à conclusão de que a primeira das alternativas é a correcta: a assembleia geral só pode autorizar a prática dos actos indicados no n.º 3 do art.º 235.º, quando a sociedade não tenha conselho de administração.

Aliás, já acima o dissemos, terá sido a intenção de não permitir a intervenção da assembleia geral para estes efeitos, quando a sociedade tenha conselho de administração, ou, por outras palavras, terá sido a intenção de reservar a exclusividade da intervenção nesta matéria ao conselho de administração, que terá determinado a não colocação desta competência da assembleia geral no art.º 216.º.

3.4. Sentido e destinatário da autorização

Mais delicada é a questão que a utilização do vocábulo “autorização” levanta: se a assembleia geral ou o conselho de administração autorizam a sociedade a praticar os actos ali indicados, quem é que, em concreto, pratica esses actos? A sociedade, dir-se-á, e bem⁴⁹. Mas como é que a sociedade ou através de quem é que a sociedade intervém? Através do seu órgão representativo, a administração. Só que, se esta conclusão não oferece qualquer dificuldade quando a autorização seja dada pela assembleia geral, já quando a autorização seja dada pelo conselho de administração, que é o órgão que representa a sociedade (art.º 465.º, n.º 1), isso significará que o conselho de administração se autorizará a si mesmo. Com o que temos esta estranha circunstância: a sociedade é autorizada pelo conselho de administração que, enquanto órgão de administração, é a própria sociedade, pelo que a sociedade se autoriza a si mesma, e autorizando-se através do

⁴⁹ Aliás, é isso mesmo que a norma diz: “*A sociedade pode, mediante autorização da assembleia geral ou do conselho de administração (...)*”.



conselho de administração, este, autorizando a sociedade, autoriza-se a si mesmo.

Quererá isto dizer que, contrariamente ao que se poderia supor, no que respeita à intervenção do conselho de administração a alteração da redacção do n.º 3 do art.º 235.º não teve qualquer consequência? Por outras palavras, que foi inútil?

Vejamos:

Na versão original, a sociedade intervinha por acto dos seus administradores na prática de qualquer dos actos indicados no n.º 3 do art.º 235.º. A razão de a lei mencionar “acto dos seus administradores”⁵⁰ decorria de a vinculação da sociedade resultar da intervenção dos administradores, nos termos previstos para cada tipo social. Assim, na sociedade por quotas, a intervenção de qualquer dos administradores, se estes são em número inferior a três, ou a maioria ou pela maioria ratificados, se em número superior (art.º 386.º, n.º 1, 2 e 4). Na sociedade anónima, a intervenção da maioria dos administradores ou ratificados por todos os demais administradores, i.e., os que não intervieram na prática do acto (art.º 468.º, n.º 1). Os actos, que põem em acção a esfera externa da sociedade, de relacionamento desta com terceiros, são sempre praticados pelos administradores, nunca pelo conselho de administração. Este tendo competências de administração e representação, exerce-as por deliberação (art.º 467.º), que é um acto interno não produzindo de *per si* efeitos externos ao órgão⁵¹, e que, por isso, deve depois ser executada pelos administradores, individualmente considerados, no número prescrito na lei para que a sociedade se considere vinculada, o mesmo é dizer para que se considere que, juridicamente, foi a sociedade quem actuou.

A execução das deliberações do conselho de administração, quando esteja em causa a celebração de negócios com terceiros, quando esteja em causa, pois, a “representação” da sociedade, *rectius* a actuação juridicamente relevante da sociedade em face de terceiros, é efectivada pelos seus administradores, a quem a lei confere os poderes de “representação” da sociedade em regime de conjunção. Vinculando-a, i.e., obrigando-a em face de terceiros, pela intervenção da maioria dos administradores, como se disse, ou, quando praticados por um número de administradores inferior à maioria, se, subsequentemente, forem ratificados pelos demais administradores que não intervieram no acto⁵².

50 No que se afastava da fórmula da sua congénere portuguesa, o n.º 6 do art.º 252.º do CSC, que menciona a gerência, o órgão de administração, pois, não os seus gerentes ou administradores, ainda que, em concreto, tais actos devam ser praticados pelos gerentes ou administradores que vinculam a sociedade.

51 R. Ventura, *ibidem*, pp. 183, 190; P. Tarso, *A vinculação das sociedades por quotas no código das sociedades comerciais*, Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Ano I (2004), Coimbra Editora, p. 299, e nota 104.

52 É diferente o regime na sociedade por quotas. A sociedade fica vinculada pela intervenção da

Em princípio, a prática de qualquer dos actos indicados no n.º 3 do art.º 235.º teria de ser precedida de uma deliberação do conselho de administração autorizante (art.ºs 465.º, 467.º). Pelo que, dir-se-ia, nada se teria verdadeiramente alterado, e o que se poderia apontar seria a mera inutilidade da alteração. Contudo, não é assim, necessariamente. Na verdade, o conselho de administração pode delegar a gestão da sociedade numa comissão executiva, composta por vários administradores, num mínimo de dois, pois, ou num administrador delegado, nos termos do art.º 466.º, n.º 1. Suponha-se, então, que o conselho de administração designou um administrador delegado ou uma comissão executiva para a gestão da sociedade (art.º 466.º), conferindo-lhes poderes para vincular a sociedade (art.º 468.º, n.º 2). Embora o conselho de administração mantenha competência concorrente, o administrador delegado ou a comissão executiva poderiam, por si, praticar qualquer dos actos indicados no referido n.º 3 do art.º 235.º, pois que se trata de actos relativos à gestão corrente⁵³. Contudo, exigindo agora a intervenção autorizante do conselho de administração, a lei limitou o espaço de agilização da gestão da sociedade, visada pela admissibilidade da criação de uma comissão executiva ou designação de um administrador delegado. Por conseguinte, deferindo a competência autorizante ao conselho de administração, a lei restringiu o âmbito de autonomia dos administradores resultante da versão original.

Se é assim nas sociedades com conselho de administração, essencialmente as sociedades anónimas, mais o é nas sociedades que não têm conselho de administração. Nestas, tal como naquelas, na versão original do preceito em causa, a competência para os actos aí indicados era dos administradores, que deviam intervir nos termos exigidos pela lei para cada tipo social. Agora a prática desses actos depende de autorização da assembleia geral. Sem esta, os administradores não podem praticá-los, em termos de vincularem a sociedade.

3.4.1 Inconvenientes para a protecção de terceiros

Na verdade, no regime jurídico resultante da versão original, a necessidade de autorização da assembleia geral para a prática dos actos ali indicados, representando uma limitação dos poderes de representação dos administradores, caso a mesma estivesse consignada nos estatutos ou resultasse de deliberação dos sócios, em princípio, não seria oponível a terceiros, que a desconhecessem nem tivessem obrigação de a conhecer (art.º 236.º, n.º 2). Mas como, agora, se trata

maioria dos administradores, ou, quando a maioria não tenha intervindo no acto, se o mesmo foi subsequentemente ratificado por um número de administradores que perfazem a maioria (art.º 386.º, n.º 4).

53 *Supra* nota 37.



de limitação aos poderes dos administradores resultantes da lei (art.º 235.º, n.º 2), os terceiros não estão protegidos pelo n.º 2 do art.º 236.º, porquanto tal protecção apenas funciona dentro dos limites aos poderes de representação decorrentes da lei (art.º 236.º, n.º 1). A exigência de autorização da assembleia geral, para os actos indicados no n.º 3 do art.º 235.º, está afirmada na lei, e é, pois, uma das limitações legais que delimitam os poderes de “representação” dos administradores, e, como tal, o âmbito de vinculação da sociedade.

Assim, enquanto, nos termos da versão original, qualquer desses actos praticados pelos administradores, em número suficiente de acordo com a lei, vincularia a sociedade, independentemente do que pudesse resultar dos estatutos ou de deliberação dos sócios, agora, sem autorização da assembleia geral, tais actos não a obrigarão, salvo se forem ratificados pela assembleia geral, nos termos gerais.

3.5. Conselho de administração por órgão de administração?

Mas não será que a menção da lei a conselho de administração, que existe sempre nas sociedades anónimas e pode existir nas sociedades por quotas, se deve entender por órgão de administração? Na verdade, quando se trate de sociedade por quotas, por que é que se a administração for composta por três administradores e estiver organizada em conselho de administração é dispensada a autorização da assembleia geral, mas já se o não estiver têm aqueles de obter autorização da assembleia geral? Julgamos que a incongruência da lei resultará de a mesma ter pensado apenas na situação da sociedade anónima, esquecendo-se de que na sociedade por quotas também a administração pode, em certos casos, ser organizada em conselho de administração.

Em todo o caso, não parece que se possa ignorar a restrição da lei e lê-la como se dissesse administração. Seria incompreensível que tendo o legislador alterado a redacção original em que, correctamente, apenas se falava de administradores⁵⁴, independentemente pois da forma de organização da administração, se em conselho de administração ou não, afinal pretendesse continuar a dizer exactamente o que dizia antes. Depois, porque ficaria sem sentido útil a referência à assembleia geral. Se a assembleia geral pode autorizar a sociedade a praticar os actos indicados, isso significa que é a administração que fica autorizada para a prática de tais actos, enquanto órgão de actuação externa da sociedade. Ora, se a administração da sociedade por quotas, independentemente de estar ou não organizada em conselho de administração, pode praticar aqueles actos, não se vê que sentido poderia ter a atribuição de tal competência à assembleia geral: a assembleia geral autorizaria a administração a praticar um acto para o

54 Não pois de órgão de administração!



qual a administração já teria competência, pelo que a mesma seria inútil. Por conseguinte, a autorização da assembleia geral, porque dirigida à sociedade, logo ao respectivo órgão de administração, para ter conteúdo útil tem de ter um objecto possível. O qual só pode ser o de produzir efeitos quando a administração não esteja organizada em conselho de administração. É pouco razoável? Também assim o consideramos, mas não vemos, atenta a redacção original e a actual, que se possa contornar a restrição imposta pela lei.

O que se pode é, atenta a incongruência na sociedade por quotas, consoante a administração esteja ou não organizada em conselho de administração, considerar que nestas sociedades a autorização da assembleia geral é sempre necessária. A lei parece ter tido em vista as sociedades anónimas, quando falou em conselho de administração. Caso contrário, não se perceberia a incongruência estabelecida no seio da sociedade por quotas. Só que esta interpretação restritiva, se confere coerência à norma, em vez de aliviar os inconvenientes da mesma, agrava-os. Por isso, do mal o menos: a autorização da assembleia só será necessária se a administração não estiver organizada em conselho de administração, como decorre literalmente da norma.

Sendo certo que, mesmo restringindo às sociedades anónimas a referência a conselho de administração, permaneceria a questão: por que é que a lei haveria de exigir a autorização da assembleia geral à administração das sociedades por quotas para a prática dos actos indicados no n.º 3 do art.º 235.^o e já não ao conselho de administração da sociedade anónima? E a resposta, como dissemos, ter-se-á prendido com o regime de exclusividade de competência para a administração da sociedade, consagrado neste tipo societário. Não se esqueça que, ainda que a administração da sociedade por quotas esteja organizada em conselho de administração, a mesma está sempre sujeita às deliberações dos sócios sobre matérias de gestão, contrariamente ao que sucede com as sociedades anónimas.

Mas, sendo assim, e considerando que a administração nas sociedades por quotas, e independentemente de se organizada em conselho de administração ou não, já está sujeita às deliberações dos sócios, regularmente tomadas, sob matéria de gestão, então a norma mesmo neste entendimento restrito seria absolutamente inútil, porquanto a assembleia geral já tinha a competência para, através de deliberação, determinar à administração a prática de quaisquer dos actos indicados no n.º 3 do art.º 235.^o⁵⁵ É verdade. Contudo, a nova redacção não é inútil, pois que vem justamente, e é esse infelizmente o sentido prático, limitar a autonomia da competência da administração nesses casos. Antes da nova

55 Wolfgang Zöllner/Ulrich Noack, in Baumbach/Hueck GmbHG, 20.^a ed.^a, C.H.Beck, Munique, 2013, § 35, anot. 76.



redacção, a administração podia praticar tais actos autonomamente, enquanto os mesmos relevam do foro da gestão da sociedade, que a lei no n.º 1 do art.º 235.º lhe defere. Agora, e quanto aos actos referidos no n.º 3, perdeu essa autonomia, na medida em que, sem estipulação estatutária permissiva, necessita de obter o prévio *agrément* da assembleia para o efeito.

3.6. O sentido de autorização

Em todo o caso, é necessário ter presente que a autorização aqui em causa não é o mesmo que a celebração do acto. A autorização será dada por deliberação seja da assembleia geral, seja do conselho de administração. Deliberações estas que têm meros efeitos internos, não produzindo, de *per si*, efeitos externos. Estes são o resultado da intervenção do órgão com poderes de “representação”: a administração. Pelo que os actos referenciados no n.º 3 do art.º 235.º determinarão a intervenção dos administradores, individualmente considerados mas no número exigido por lei para se considerar que é a sociedade que actua⁵⁶. Sejamos claros: a assembleia geral não pode designar gerentes para o exercício de algum ramo de negócio da sociedade, tão-pouco pode nomear auxiliares para representar a sociedade em determinados actos ou contratos. Pode é autorizar a sociedade, o mesmo é dizer o seu órgão de representação, a administração, a praticá-los. O que, aliás, é evidente no caso da constituição de procuradores, por instrumento notarial.

3.7. Consequências da errónea compreensão do sentido de autorização

O que é que sucede se, não obstante, a assembleia geral, erroneamente convencida dos seus poderes, em vez de se limitar a autorizar a sociedade a propor gerentes ou nomear auxiliares para a representar em certos actos ou contratos, aprovar uma deliberação propondo um gerente ou nomeando um auxiliar para a prática de certos actos? A proposição de gerentes ou a nomeação de auxiliares para a representar em certos actos, que mais não é do que a vulgar constituição de um procurador⁵⁷, são actos que relevam da esfera de gestão da sociedade⁵⁸,

56 Lobo Xavier, 1976, pp. 101 ss, nota 7.

57 Vide infra em texto.

58 Entende-se por gestão da sociedade todos aqueles que exprimem a actuação de facto ou jurídico-negocial da sociedade (aquilo que a doutrina alemã designa de *Geschäftsleitung*, vide Martin Schwab, in *Aktiengesetz Kommentar*, I, (coord.) Schmidt /Lutter, Verlag Dr. Otto Schmidt, Colónia, 2008, § 76, anot. 9, § 119, anot. 18). Dentro destes actos, assumem particular relevo os relativos à gestão da empresa social (*Unternehmensleitung*), mas que não esgotam, e muito menos coincidem, com a gestão da sociedade. A gestão da sociedade é um círculo dentro do qual se inclui o círculo menor da gestão da empresa, e que representa o domínio de competência da administração, e, no caso da sociedade anónima, competência exclusiva, no sentido de que a



cuja competência é apenas da administração (art.º 235.º, n.º 1). Por conseguinte, aprovando uma tal deliberação, a assembleia geral estaria a invadir a esfera de competência da administração, e, por conseguinte, a mesma seria nula, por incidir sobre matéria que por lei não está sujeita a deliberação dos sócios (al. d), primeira parte, do n.º 1 do art.º 228.º). E do mesmo modo será nula a cláusula dos estatutos que permita à assembleia geral a prática de tais actos, por violação das regras de competência fixadas na lei (art.º 235.º, n.º 1, art.º 449.º)⁵⁹. A representação da sociedade, o mesmo é dizer a vinculação desta em face de terceiros⁶⁰, compete exclusivamente à administração (art.º 235.º, n.º 1, art.º 383.º, n.º 1, art.º 465.º, n.º 1).

3.8. Autorização para a constituição de procuradores por instrumento notarial

Quanto a este último grupo de actos, coloca-se, ainda, uma dúvida: a constituição de procuradores para a prática do mais corrente dos actos está sujeita à mencionada autorização, e a referida procuração deve ser sempre conferida por instrumento notarial, como literalmente decorre da redacção da norma, ou apenas naqueles casos em que a procuração, por força de lei (art.º 255.º, n.º 3 do Código Civil), implique intervenção notarial? A resposta a esta questão permite-nos o ensejo para demonstrar que, uma vez mais, a redacção da norma não só não é feliz, como representa uma restrição inconveniente à autonomia da administração.

Para além da intervenção autorizante da assembleia geral ou do conselho de administração, as outras duas modificações à redacção original resultaram da inclusão da previsão de a sociedade poder nomear auxiliares para a prática de determinados actos ou contratos e a referência à constituição de procuradores, por

administração na gestão da sociedade goza de completa autonomia (*Selbständigkeit*), não estando sujeita à observância de quaisquer instruções da assembleia geral (*Weisungsfreiheit*), salvo as excepções previstas na lei. Filipe Cassiano dos Santos (*Estrutura associativa e participação societária capitalística. Contrato de sociedade, estrutura societária e participação do sócio nas sociedades capitalísticas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, p. 300). entende a gestão da sociedade como gestão em sentido amplo dos assuntos da sociedade e não apenas da pessoa jurídica. A proposição de gerentes para o exercício da empresa ou a nomeação de auxiliares para a representação da sociedade em certos actos ou contratos são actos de gestão da sociedade e, até, de gestão em sentido estrito: actos de gestão da empresa social.

59 Note-se que mesmo na sociedade por quotas, onde a lei prevê a subordinação da administração às deliberações dos sócios (*Weisungsfolgepflicht*) em matéria de gestão da sociedade (n.º 9 do artº. 386.º), isso não significa que o conjunto dos sócios tenha poderes de representação da sociedade, mas tão só que pode instruir a administração em matéria de gestão da sociedade. Contudo, a prática ou celebração dos actos em que tais instruções se traduzem é da competência exclusiva da administração.

60 Coutinho de Abreu, *ibidem*, p. 539.



instrumento notarial. Na redacção original, a constituição de procuradores já era mencionada, o que não se mencionava era a referência ao instrumento notarial. À partida, dir-se-ia que a lei alargou as possibilidades de actuação da sociedade ao incluir a possibilidade da nomeação de auxiliares para a representarem, o mesmo é dizer celebrarem em seu nome, em certos actos ou contratos. Será assim?

3.8.1. Atribuição de poderes representativos a auxiliares

Quando o n.º 3 do art.º 235.º refere que a assembleia geral ou o conselho de administração podem autorizar a nomeação de auxiliares para representar a sociedade em determinados actos ou contratos, não é mais nem menos do que a autorização para a atribuição de uma procuração a estas pessoas. Por outras palavras, para a constituição de certas pessoas, identificadas subjectivamente pela qualidade de auxiliar, como procuradores da sociedade. Nos termos do art.º 255.º, n.º 1 do Código Civil, diz-se procuração o acto pelo qual alguém atribui a outrem, voluntariamente, poderes representativos. Sendo que a procuração está sujeita à forma exigida para o negócio que o procurador deva realizar (n.º 2 do art.º 255.º do Código Civil)⁶¹. Juridicamente, a nomeação de um auxiliar para a realização de determinados actos em representação da sociedade, obviamente, não é nem mais nem menos do que a atribuição de uma vulgar procuração. Possibilidade que, como tal, já se encontrava abrangida na parte final da redacção original da norma.

3.8.1.1. Poderes representativos inerentes à função dos auxiliares (de comércio)

Por outro lado, os auxiliares já gozam, por força de lei, de poderes representativos, inerentes às funções que exercem na empresa (art.º 77.º e seguintes)⁶². Veja-se, por exemplo, o art.º 78.º, onde expressamente se faz referência aos auxiliares que tenham autorização para celebrar contratos em nome do empresário.

Os auxiliares, que têm poderes de representação do principal, dividem-se em auxiliares sedentários e auxiliares viajantes, consoante exerçam as suas funções nas instalações da empresa do principal ou fora dela. Podendo, ainda, neste último caso, distinguir-se os auxiliares de praça, que exercem as suas funções fora da empresa, mas na localidade onde esta tem o seu domicílio⁶³.

Os poderes de representação dos primeiros resultarão da própria

61 Cuja fonte é o artigo 1392 do *Codice Civile*. É outra a solução do § 167, n.º 2 do BGB alemão.

62 Coutinho de Abreu, *ibidem*, p. 569.

63 Faz-se assim o *aggiornamento* à terminologia do Código da nomenclatura de Cunha Gonçalves, *ibidem*, n.º 372, p. 61.



circunstância das funções exercidas na empresa (art.º 77.º, n.º 1). Assim, o empregado da loja de computadores com o qual negociamos a compra do computador tem poderes para representar o empresário, os quais resultam das próprias funções de que se encontra encarregado, e que são, justamente, a venda dos computadores. E porque tem poderes para tal, os quais lhe são atribuídos pela lei, tem também poderes para receber o preço das mercadorias vendidas (art.º 77.º, n.º 2). Pelo que o pagamento que o consumidor lhes faça do preço do computador adquirido é liberatório (art.º 759.º CCivil). Não fora assim, e na falta de poderes de representação especificamente conferidos, quer o contrato de compra e venda do computador, quer o pagamento do preço não seriam oponíveis ao empresário. Ao atribuir-lhe tais poderes, a lei dispensa o consumidor de exigir prova dos poderes representativos (art.º 253.º, n.º 1 CCivil), assegurando de um passo a protecção dos interesses do comprador e da fluência do tráfico mercantil. Por outras palavras, o facto de o empregado, encarregado de vender os computadores, se encontrar na empresa é de per si suficiente para demonstrar os poderes representativos de que se encontra investido.

Já no que respeita ao auxiliar, que desempenha as suas funções fora da empresa, o mesmo se não pode dizer, pois falta-lhe a aparência que o local da empresa confere à situação. Em tais casos, estar-se-á perante uma daquelas situações a que se refere o art.º 253.º do Código Civil. Podendo⁶⁴, então, o terceiro exigir que o agente faça prova dos poderes de representação que se arroga (n.º 1 do art.º 253.º do Código Civil⁶⁵). E se esses poderes resultarem de documento, que não tem de ser uma procuração autónoma, pois pode tratar-se do contrato (v.g., o contrato de trabalho⁶⁶) de que resultam tais poderes de representação, pode o terceiro exigir que o representante lhe entregue cópia do mesmo, por si assinada (n.º 2 do mesmo preceito). Mesmo que seja este o caso, a demonstração não tem de necessariamente passar pela apresentação do contrato de trabalho, que poderá não estar sequer formalizado em documento (art.º 17.º, n.º 1, da Lei n.º 7/2008⁶⁷), bastando qualquer documento do principal a atestar a existência dos referidos poderes, v.g., uma circular.

Dissemos que o documento do qual resultam os poderes representativos

64 Não estando, pois, obrigado a tal, mas correndo o inerente risco de contratar com quem não tem poderes para representar quem diz representar.

65 Cuja fonte é o artigo 1393 do *Codice Civile*.

66 Pedro de Albuquerque, *A representação voluntária em direito civil (Ensaio de reconstrução dogmática)*, Almedina, Coimbra, 2004, pp. 512 ss.

67 Lei das Relações de Trabalho, aprovada em 5 de Agosto de 2008, para entrar em vigor em 1 de Janeiro de 2009, e publicada no BO n.º 33/2008, de 18 de Agosto de 2008.

não tem de ser uma procuração, no sentido de um documento autónomo, porque, na verdade, podem esses poderes resultar do próprio contrato. Saber, contudo, se quando o contrato implica poderes representativos, estes resultam directamente do próprio contrato ou antes de uma procuração insita no mesmo, quer explícita, *v.g.* cláusula contratual atribuindo poderes representativos, quer tácita, é matéria discutida⁶⁸. Mas, aceitando-se esta última construção, então, num contrato que confere poderes representativos ao agente, há sempre nele contida uma procuração, pelo que, e no que respeita aos auxiliares, os mesmos já têm uma procuração (tácita)⁶⁹, para os actos de que estão encarregados funcionalmente.

Nos termos da nova redacção, temos uma limitação ao funcionamento destas regras básicas do direito mercantil, caso se venha a entender que é necessária a autorização proveniente da assembleia geral ou do conselho de administração. Na verdade, se a atribuição de poderes representativos deve ser autorizada pela assembleia geral nas sociedades sem conselho de administração, poder-se-ia dizer que a contratação de auxiliares, a quem competem, em maior ou menor medida, poderes representativos, para a prática dos actos que ordinariamente comporta a espécie de operações de que se encontram encarregados (art.º 77.º, n.º 1), há-de ser autorizada pela assembleia geral. Por isso, há-de entender-se em termos hábeis a norma, que não querendo limitar o que já resultava da lei, terá querido tão-só referir-se à atribuição de poderes representativos aos auxiliares, que vão para lá dos que a natureza das respectivas funções legalmente comporta. Só que, então, estamos em presença de um procurador, nos termos do art.º 76.º, se é a prática de certo tipo de actos com carácter de estabilidade (*v.g.*, director de vendas, encarregado da contratação de trabalhadores não residentes, etc.), ou de um vulgar procurador, se é a prática de um acto isolado que está em causa.

Como se disse, os procuradores a que se referia a versão original da norma, eram os tidos em vista no art.º 76.º, que, nessa parte, é o sucessor do art.º 256.º do Código Comercial de 1888. Na verdade, tal como neste, e como já vimos, também os procuradores do art.º 76.º têm uma relação de estabilidade com o exercício da empresa, para a qual intervêm em nome do respectivo empresário. E também, como se disse, é esse carácter de estabilidade que os distingue de um vulgar procurador. O objectivo da norma é justamente evitar a necessidade de o empresário ter de, contínua e repetidamente, conferir poderes para certos actos ou categorias de actos⁷⁰, que se repetem no exercício da sua empresa.

68 Pedro Albuquerque, *ibidem*, nota 22, pp. 514 ss.

69 *Ibidem*.

70 O facto de a lei no art.º 76.º mencionar negócios e de no n.º 3 do art.º 235.º mencionar actos é irrelevante, porquanto os poderes de representação, que em ambas as situações estão em causa,

Sendo que, como é manifesto, a lei não estabelecia qualquer limitação subjectiva à pessoa destes procuradores, que, aliás, normalmente serão funcionários da empresa, ainda que não necessariamente auxiliares. Com efeito, os auxiliares são apenas um grupo de trabalhadores caracterizado por terem poderes de representação do empresário, seja ele pessoa singular ou colectiva. Mas, a mais destes trabalhadores, o empresário conta com a colaboração de todo um conjunto de outros trabalhadores, que não são, para os efeitos da lei, auxiliares, em sentido técnico. A referência da lei aos auxiliares vem limitar a intervenção autorizante da assembleia geral apenas aos casos em que seja um auxiliar a ser nomeado para representar a sociedade em certos actos ou contratos, a ser constituído procurador, pois, não se alcançando a razão de tal limitação. Para a constituição de procuradores, que não sejam auxiliares, e desde que não esteja em causa uma procuração que impõe intervenção notarial, não é necessária a autorização da assembleia geral, mas já se o procurador for um auxiliar é necessária essa autorização. Se a sociedade quiser constituir procurador o empregado, que na loja vende os artigos do comércio daquela, é necessária autorização da assembleia geral, já se quiser constituir procurador um empregado de escritório, ou mesmo qualquer terceiro, já não é necessária aquela autorização!?

Não se diga que não é assim, pois a lei ao ter começado a redacção do preceito em análise com a fórmula “*Independentemente de autorização dos estatutos*” estaria a dizer que, não existindo esta, estes últimos actos não poderiam ser praticados. Mas não é verdade, porque, como vimos acima, esta fórmula da lei só se comprehende tendo em conta a parte final do § único do art.º 256.º do Código Comercial de 1888, que impunha às sociedades a necessidade de incluir nos estatutos a possibilidade de designar auxiliares para algum ramo de negócio. Justamente, porque este preceito impunha a necessidade de cláusula dos estatutos autorizante é que o n.º 3 do actual art.º 235.º dispensava essa autorização dos estatutos. Por outras palavras, não fora aquele § único do art.º 256.º do Código Comercial pretérito, e a possibilidade de as sociedades poderem encarregar outras pessoas, que não os seus gerentes, do desempenho constante de algum ou alguns ramos do seu negócio estaria abrangida pela regra geral. Aquele § único do art.º 256.º do Código Comercial pretérito era assim uma norma limitativa da autonomia da administração da sociedade.

respeitam sempre à prática de actos jurídicos. Embora, haja de reconhecer-se que a lei podia e devia ter utilizado uma formulação idêntica. E devia tê-lo feito na nova redacção, pois que, no que respeita aos auxiliares refere actos e contratos, já no que respeita aos procuradores apenas actos. Numa leitura literal, dir-se-ia que os procuradores não podiam celebrar contratos, apenas actos jurídicos que não fossem contratos. Não é verdade. Os procuradores podem, sempre puderam, celebrar todo e qualquer acto jurídico, sejam contratos ou não.



Só que muita água correu debaixo das pontes desde então, e a compreensão do fenómeno societário mudou radicalmente de então para cá. Em todo o caso, é necessário ter presente que o actual Código Comercial não tem nenhuma norma de teor idêntico ao referido § único do art.º 256.º do Código Comercial de 1888. Pelo que, de todo, seria desnecessária a impressividade da lei no n.º 3 do art.º 235.º, não fora a memória normativa e o hábito de tudo querer reconduzir ao já aprendido, ao já praticado, ao já tabular (*old habits die old habits*). Um observador (intérprete) descomprometido, perante a redacção original da lei, e atenta a sua colocação sistemática, tendo em conta o regime de separação de competências entre os vários órgãos sociais instituída na nova lei, teria dificuldade em entender a referência à desnecessidade de autorização nos estatutos. Só conhecendo-se a história da lei a fórmula faz algum sentido.

Em qualquer caso, temos irrecusavelmente uma limitação ao que era permitido na redacção original. Antes, a administração poderia, conferindo uma procuração, nomear auxiliares para a prática de certos actos, agora apenas se autorizada pela assembleia geral, quando tal faculdade não lhe tenha sido concedida nos estatutos. Se for um terceiro, ou outro funcionário que não seja um auxiliar, v.g., empregado de escritório, já poderá a administração conferir poderes para a celebração de certos actos ou categorias de actos, sem necessidade de autorização da assembleia geral. Antes, a administração nomeava, constituía estes procuradores, agora está obrigada a obter autorização da assembleia geral, se o procurador for um auxiliar, a qual poderá ou não autorizar. Mesmo que autorize, como será de regra, a verdade é que se introduziu uma nova etapa no processo, tornando-o não só mais complexo, mas também mais oneroso.

Pelo que, concluindo, a inclusão da referência aos auxiliares é, quando não inútil, inconveniente.

3.8.2. Procuração por instrumento notarial ou reclamando intervenção notarial?

Como é sabido, em regra a procuração assume a forma do acto que se pretende realizar (art.º 255.º, n.º 2 do Código Civil), pelo que não necessariamente está sujeita a escrito, e muito menos deve ser conferida por instrumento notarial. Apenas em certos casos, aqueles que impõem a intervenção notarial (art.º 255.º, n.º 3 CCivil), deve a procuração observar certos condicionalismos de forma, que pode, então, assumir uma das três indicadas no n.º 1 do art.º 128.º do Código do Notariado⁷¹.

71 Aprovado pelo D/L n.º 62/99/M, de 25 de Outubro, modificado pela Lei n.º 4/2000, de 26 de Abril.

A questão que a nova redacção da norma coloca é assim a de saber se a constituição de procuradores terá de ser sempre efectuada por instrumento notarial ou se apenas quando o próprio negócio exija a intervenção notarial. Literalmente, a lei não diz que a constituição de procuradores pela administração deve ser sempre efectuada por instrumento notarial, caso em que, agora, necessitaria do visto prévio da assembleia geral ou do conselho de administração. A lei o que diz é que é necessária a autorização desses órgãos quando se pretende conferir uma procuração por instrumento notarial. Por conseguinte, se a procuração não exigir a intervenção de notário, fica ao critério da administração, *rectius* dos administradores no número necessário para vincular a sociedade, conferi-la ou não por instrumento notarial. Se o fizer, e atenta a letra da lei, parece que deveria obter a prévia autorização da assembleia geral ou do conselho de administração. Não se vê, contudo, que razões possam explicar que o simples facto de a administração escolher uma forma mais solene para a outorga de uma vulgar procuração imponham a necessidade daquela autorização.

Ao mencionar a procuração por instrumento notarial, a lei o que quis, na verdade, foi sujeitar à necessidade de autorização da assembleia geral ou do conselho de administração a constituição de procuradores para a prática de actos que impõem a intervenção notarial, *v.g.*, venda de imóveis⁷². Pelo que a constituição de procuradores, quando por instrumento notarial, não tem de ser sempre autorizada pela assembleia geral ou pelo conselho de administração. Apenas quando se trate da outorga de poderes para a prática de actos que imponha a intervenção notarial, isso se justifica. Por conseguinte, onde a lei diz “*por instrumento notarial*” deve entender-se como se dissesse “*quando sujeita a intervenção notarial*”.

4. Conclusão

Em jeito de conclusão, podemos dizer que a nova redacção, relativamente à redacção original, e contrariamente ao que parece ser entendimento corrente, representa um manifesto retrocesso. Acabando, em finais de contas, por significar uma compressão das competências da administração da sociedade por quotas.

Ironicamente, se os interessados quiserem furtar-se a este complexo processo de nomeação de procuradores só lhes resta introduzir nos estatutos da sociedade uma cláusula contratual que os dispense, o que foi, justamente, aquilo que a lei nova quis evitar.

72 Devendo, então, assumir a forma de instrumento público (al. a)) ou documento autenticado (al. b)) do art.º 128.º, n.º 1 e n.º 3, al. d) *ex vi* art.º 98.º, n.º 1 do Código de Notariado.