

A INDEPENDÊNCIA E INCOMPATIBILIDADE DOS MEMBROS DA MESA DA ASSEMBLEIA GERAL DAS SOCIEDADES EMITENTES DE VALORES MOBILIÁRIOS EM MERCADO REGULAMENTADO E DE «GRANDES SOCIEDADES ANÓNIMAS»

(O EXERCÍCIO DE FUNÇÕES DE ADVOGADO DO
ENTE COLECTIVO FACE AO ARTIGO 374.º-A DO
CÓDIGO DAS SOCIEDADES COMERCIAIS. A
QUESTÃO DA APLICAÇÃO NO TEMPO DAS REGRAS
DE INDEPENDÊNCIA E DE INCOMPATIBILIDADES)

Pelo Prof. Doutor Pedro de Albuquerque

SUMÁRIO:

§ 1 — Introdução. 1. O problema a tratar. 2. Razão de ordem.
§ 2 — A interpretação-aplicação do Direito; algumas coordenadas fundamentais. § 3 — Algumas soluções de Direito comparado no tocante à eleição do presidente da mesa: a Lei das sociedades anónimas em Espanha, o *Décret* n.º 67-236 de 23 de Março de 1967 relativo às sociedades comerciais na França, o Código Civil italiano e a *Aktiengesetz* alemã.
§ 4 — O caso em apreço. 4. 1. O problema das incompatibilidades estabelecidas pelo artigo 414.º-A e das garantias de independência constantes do artigo 414.º: seu sentido e alcance face à independência estabelecida pelo estatuto da Ordem dos Advogados. 4. 2. A aplicação no tempo do artigo 414.º/5 do Código das Sociedades Comerciais.

§ 1 — Introdução⁽¹⁾

1. O problema a tratar

I — O artigo 374.º-A do Código das Sociedades Comerciais veio sujeitar, com as necessárias adaptações, os membros da mesa da assembleia geral, das sociedades emittentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado e das sociedades que cumpram os critérios referidos na alínea *a*) do n.º 2 do artigo 413.º⁽²⁾, aos requisitos de independência do artigo 414.º/5 e ao regime de incompatibilidades previsto no artigo 414.º/5 e 414.º-A/1/e), todos do Código das Sociedades Comerciais, na redacção que lhes foi dada pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março de 2006 e entrado em vigor em 30 de Junho de 2006.

II — Neste estudo interessar-nos-á, pois, e fundamentalmente, o disposto no artigo 414.º/5 e no artigo 414.º-A/1/e). O primeiro preceito vem determinar:

Considera-se independente a pessoa que não esteja associada a qualquer grupo de interesses específicos na sociedade nem se encontre em alguma circunstância susceptível de afectar a sua isenção de análise ou de decisão, nomeadamente em virtude de:

- a*) Ser titular ou actuar 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.

⁽¹⁾ Artigo elaborado em 2007 e destinado aos estudos comemorativos do centenário do nascimento do Professor Paulo Cunha. A bibliografia citada e os elementos legais considerados são naturalmente ditados pela data da realização do escrito.

⁽²⁾ Às sociedades anónimas autonomizadas na segunda parte do artigo 413.º/2/a) do Código das Sociedades Comerciais tem-se dado a designação de «grandes sociedades anónimas». A respeito desta nomenclatura e das especialidades de regime, com autonomia face ao das entidades cotadas, associadas a este tipo de sociedades cfr. PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais*, 3.ª edição, Coimbra, 2007, 37 e ss.; GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *A fiscalização societária redesenhada: independência, exclusão de responsabilidade e caução obrigatória dos fiscalizadores*, in *Reformas do Código das Sociedades*, Coimbra, 2007, 286, nota (13).

Quanto ao segundo, é o seguinte o respectivo teor:

1 — Não podem ser eleitos ou designados membros do conselho fiscal, fiscal único ou revisor oficial de contas:

(...)

- e) Os que, de modo directo ou indirecto, prestem serviços ou estabeleçam relação comercial significativa com a sociedade fiscalizada ou sociedade que com esta se encontre em relação de domínio ou de grupo;

A questão que nos propomos abordar aqui consiste em saber se ficam sujeitos à actuação conjugada destes dois preceitos e do artigo 374.º-A do Código das Sociedades Comerciais, os membros da mesa da assembleia geral e, concretamente, os presidentes, das sociedades emittentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado e das «grandes sociedades comerciais» que sejam seus advogados ou sócios ou associados de sociedades de advogados prestadoras, sem qualquer vínculo jurídico prévio, de serviços às mencionadas sociedades comerciais. Se a resposta for afirmativa, então, deve perguntar-se pelos termos dessa sujeição.

2. Razão de ordem

I — O presente estudo suscita uma questão de interpretação-aplicação de um conjunto de preceitos legais relativos aos requisitos ou pressupostos a que deve obedecer a pessoa escolhida como presidente, ou membro da mesa da assembleia geral, de determinadas sociedades anónimas. Pergunta-se, concretamente, se é de aplicar, ou não, a advogado ou sócio de uma firma prestadora de serviços a uma «grande sociedade» ou sociedade comercial cotada, o disposto no artigo 414.º-A/1/e) e no artigo 414.º/5/b) do Código das Sociedades Comerciais.

II — A resposta à interrogação acabada de enunciar levar-nos-á, antes de mais, à abordagem de um conjunto de questões de

natureza metodológica acerca da questão da interpretação-aplicação do Direito. De seguida, procederemos a uma breve incursão de Direito Comparado, no sentido de averiguar como é que diversos legisladores, de distintos países, têm encarado e definido os pressupostos e requisitos prévios de eleição do presidente da mesa da assembleia geral das sociedades anónimas. Dados estes passos, regressar-se-á ao problema concreto a resolver neste nosso estudo para abordar, em primeiro lugar, a questão de saber se um advogado se deve considerar sujeito aos requisitos de incompatibilidade constantes do artigo 414.º-A do Código das Sociedades Comerciais, e em que medida, e, seguidamente, o problema da aplicação ou não, ao caso por nós analisado, do artigo 414.º/5/b). De passagem aproveitaremos para abordar a questão da aplicação no tempo do artigo 414.º/5 e 414.º-A do Código das Sociedades Comerciais.

§ 2 — A interpretação-aplicação do Direito; algumas coordenadas fundamentais

I — O problema metodológico da interpretação jurídica⁽³⁾ não é um problema de *interpretatio legis* mas *actus* de realização

⁽³⁾ Segue-se aqui, com alguns desenvolvimentos e modificações, quanto escrevemos em parte a este respeito no nosso *Os limites à pluriocupação dos membros do conselho geral e de supervisão e do conselho fiscal*, Coimbra, 2007. Para uma análise acerca do modo como a doutrina de ponta vem encarando o actual problema metodológico da interpretação jurídica cfr., entre nós, CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto — Questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica)*, I, *A crise*, Coimbra, 1967, *passim*, e por exemplo 214 e ss.; Id., *O princípio da legalidade criminal*, in *Digesta. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, Coimbra, 1995, I, 428 e ss.; Id., *Interpretação jurídica*, in *Idem*, II, 337 e ss.; Id., *O actual problema metodológico da realização do direito*, in *Idem*, II, 249 e ss.; Id., *O método jurídico*, in *Idem*, II, 283 e ss.; Id., *Metodologia jurídica. Problemas fundamentais*, Coimbra, 1993, *passim* e 83 e ss.; Id., *O actual problema metodológico da interpretação jurídica*, Coimbra, 2003, *per totum*; Id., *O sentido actual da metodologia jurídica*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, volume comemorativo, 2003, 115 e ss., *maxime* 134 e ss.; e JOSÉ BRONZE, *Lições de introdução ao direito*, 2.ª edição, Coimbra, 2006, 875 e ss. V., também, MENEZES CORDEIRO, *Lei (aplicação da)*, in *Polis. Enciclopédia Verbo da Sociedade e do Estado*, Lisboa / São Paulo, 1985, III, cols. 1046 e ss.; e

do Direito⁽⁴⁾. A interpretação jurídica não intenciona — como pretendia o positivismo jurídico, tanto o histórico como o legalista, ao identificar o Direito, na sua manifestação positiva, às respectivas determinações formais e estas com as suas expressões textuais, com os textos legais, os quais, precisamente porque textos, como que necessariamente implicariam uma interpretação também só textual — uma significação simplesmente textual, seja ela filológica, hermenêutica *stricto sensu* ou analítico-linguística — se se quiser exegética hermenêutica ou semântica⁽⁵⁾. O problema da interpretação jurídica não é filológico, hermenêutico-cognitivo, linguístico. Trata-se de um problema jurídico, especificamente jurídico e, destarte, de um problema normativo⁽⁶⁾ que não pode comodamente resolver-se na simples consideração da letra da lei, na mera afirmação de que onde a lei não distingue não deve o intérprete(-aplicador) distinguir.

II — Neste cenário não pode duvidar-se da inadmissibilidade metodológica do brocardo *in claris non fit interpretatio*⁽⁷⁾. A aceitação de semelhante brocardo, ou mesmo de que o texto da lei nos forneceria o *prius* ou ponto de partida no processo de interpretação

mais recentemente, ainda, pode-se cfr. SANDRA MARTINHO RODRIGUES, *A interpretação jurídica no pensamento de Ronald Dworkin (uma abordagem)*, Coimbra, 2005, *passim*, e designadamente, 1 e ss., 23 e ss., 147 e ss.; e CRISTINA QUEIROZ, *A interpretação jurídica*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Marcello Caetano no centenário do seu nascimento*, 2006, I, 268 e ss..

⁽⁴⁾ Cfr. a bibliografia citada *supra* na nota 3. Sublinhe-se, aqui, a título ilustrativo CASTANHEIRA NEVES, *O actual problema...*, 11 e ss..

⁽⁵⁾ V., novamente, CASTANHEIRA NEVES, *O actual problema...*, 249 e ss.. Cfr., também, e novamente, a literatura referida na nota 3.

⁽⁶⁾ Cfr. nesse sentido os autores e obras citadas *supra* na nota 1. Cfr., igualmente, a bibliografia mencionada nessa nota para uma exacta compreensão do significado de quanto se afirma no texto.

⁽⁷⁾ Sublinhando a, de longa data, conhecida insubsistência do brocardo *in claris non fit interpretatio* cfr. SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra, 1989, 586; PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A representação voluntária em direito civil*, Coimbra, 2004, 1000, nota 1672; OLIVEIRA ASCENÇÃO, *O direito. Introdução e teoria geral*, 13.^a edição refundida, Coimbra, 2005, 392 e ss.; CRISTINA QUEIROZ, *A interpretação...*, in *Estudos...*, I, 267 e ss.. Veja-se, também, na literatura jurídica estrangeira PERELMAN, *Ética e direito*, tradução de JOÃO DUARTE, Lisboa, 2002, 547 e ss., 557 e ss.

e realização do Direito⁽⁸⁾, pressuporia que a expressão e o teor verbal das leis se imporia por si só e previamente aos sentidos jurídicos possíveis, sem interpretação (compreensão), ou tão-só com uma interpretação da significação comum da expressão ou teor verbal. Ora, ambas as coisas são sabidamente insustentáveis⁽⁹⁾. Uma, por razões linguísticas, pela normal indeterminação ou invencível abertura semântica das significações verbais comuns. A outra, por razões hermenêuticas: o sentido do texto jurídico é um sentido unitariamente jurídico, não, primeiro, um sentido verbal ou

(8) O reconhecimento dos postulados acima enunciados, relativamente à insuficiência da letra da lei enquanto factor predeterminante da interpretação jurídica e como critério dos respectivos limites, é objecto também de expressa e corrente afirmação nas obras dogmáticas nacionais. Assim, cfr. PAULO MOTA PINTO, *Aparência de poderes de representação e tutela de terceiros, reflexão a propósito do artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 178/86 de 3 de Julho*, in *Boletim da Faculdade de Direito*, 1993, LXIX, 614; PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A representação...*, 1000; Id., *Direito ao cumprimento de prestação de facto, o dever de a cumprir e o princípio nemo ad factum cogi potest. Providência cautelar, sanção pecuniária compulsória e caução*, separata da *Revista da Ordem dos Advogados*, 2005, 65, II, 478 e ss.; Id., *Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo. A responsabilidade por pedido infundado de declaração da situação de insolvência ou indevida apresentação por parte do devedor*, Coimbra, 2006, 158 e ss.; Id., *Anotação ao Acórdão do STJ — 2-3-2004. Contrato-promessa, procuração irrevogável e acção de preferência*, in *CDP*, 2006, 13, Janeiro-Março, 20 e ss.; PEDRO DE ALBUQUERQUE e MARIA DE LURDES PEREIRA, *A responsabilidade civil das autoridades reguladoras*, in *Regulação e Concorrência*, Coimbra, 2005, 227, nota 57. Na jurisprudência v., por exemplo, na direcção que se vem referindo no texto acerca do sentido e propósito da interpretação-aplicação do Direito, por exemplo, *STJ — 7-12-1994* (TORRES PAULO), in *www.dgsi.pt* (instituição de herdeiro); *STJ — 15-10-1996* (LOPES PINTO), in *www.dgsi.pt* (condenação *ultra petitum*) (=Diário da República, I — série A, de 26 de Novembro de 1996; e =*Boletim do Ministério da Justiça*, 460, 164); *STJ — 11-3-1997* (FERNANDES MAGALHÃES), in *www.dgsi.pt* (seguro obrigatório automóvel); *STJ — 17-4-2002* (LOURENÇO MARTINS), in *www.dgsi.pt* (processo 02P381) nota 5; *STJ — 20-3-2002* (LOURENÇO MARTINS), in *www.dgsi.pt* (processo 02P137); *STJ — 30-4-2003* (LOURENÇO MARTINS), in *www.dgsi.pt* (recurso para o Supremo Tribunal de Justiça), nota 3; *STJ — 23-10-2003* (PEREIRA MADEIRA), in *www.dgsi.pt* (julgamento em conferência); *STJ — 27-1-2004* (FERNANDES MAGALHÃES), in *www.dgsi.pt* (empreitada); *STJ — 7-12-2005* (FERNANDES MAGALHÃES), in *www.dgsi.pt* (falência); *STJ — 19-1-2006* (OLIVEIRA BARROS), in *www.dgsi.pt* (poderes do Supremo Tribunal de Justiça), nota 8; *STJ — 30-5-2006* (FERNANDES MAGALHÃES), in *www.dgsi.pt* (acidente de viação).

(9) V., por exemplo, e a título meramente exemplificativo, CASTANHEIRA NEVES, *O sentido...*, in *Boletim...*, volume comemorativo, 142.

literal e, depois, um sentido jurídico⁽¹⁰⁾. O legislador não usa palavras para se limitar a enunciar o seu sentido comum (ainda quando técnico ou mesmo técnico-jurídico) mas para prescrever uma intenção jurídica através das palavras e expressões⁽¹¹⁾. E isto postula uma unidade, seja ela entendida como hermenêutica seja normativa, entre palavra/expressão e sentido: a palavra/expressão legal é a de um sentido jurídico⁽¹²⁾. E daqui resultam duas conclusões directamente ligadas entre si: a primeira é a de que o teor verbal ou literal não manifesta um sentido linguístico a que se venha a acrescentar o sentido jurídico resultante do processo de interpretação; a segunda consiste justamente na circunstância de as palavras e expressões legais, como formas de significação de um sentido jurídico, só encontrarem a especificação da sua indeterminação no próprio sentido jurídico interpretando. E sendo esse sentido um resultado da interpretação está tudo dito quanto à valia do elemento verbal⁽¹³⁾.

Aliás, a perspectiva de interpretação aqui em crise encontra-se inclusivamente superada pelo conceito hermenêutico, em sentido rigoroso, de texto⁽¹⁴⁾. De acordo com semelhante conceito, se o sentido jurídico a atingir pela interpretação houver de se exprimir através do texto ou, conforme refere a propósito CASTANHEIRA NEVES, enquanto se considera este também a sua objectivação cultural ou o seu ícone, constitui-se, todavia, para além dele ou transcendendo-o. Desde logo pela relevância do contexto significativo em que se insere⁽¹⁵⁾, pelo relevo da pré-compreensão do

⁽¹⁰⁾ Para mais desenvolvimentos acerca dos limites da letra da lei enquanto factor interpretativo prévio ou determinante v., de entre os autores referenciados *supra* na nota 3, por exemplo, CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 115 e ss., com amplas indicações comprovativas de que este suposto cânone hermenêutico não é cumprido aí mesmo onde é invocado. V., também, e sempre a título exemplificativo, JOSÉ BRONZE, *Lições...*, 893 e ss., e 909; CRISTINA QUEIROZ, *A interpretação...*, in *Estudos...*, I, 267 e ss.; e PERELMAN, *Ética...*, 547 e ss..

⁽¹¹⁾ Em termos muito próximos CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 118 e 119.

⁽¹²⁾ CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 119.

⁽¹³⁾ CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 119.

⁽¹⁴⁾ CASTANHEIRA NEVES, *O sentido...*, in *Boletim...*, volume comemorativo, 142. V., também, e por exemplo, do mesmo autor CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 118 e ss..

⁽¹⁵⁾ Há muito que se chama, por exemplo, a atenção para a circunstância de a interpretação se mostrar uma tarefa de conjunto. Nenhum artigo de lei pode ser tomado

intérprete, pela situação histórico-concreta da compreensão, pela coisa ou referente de que a significação fala, etc.⁽¹⁶⁾. Neste caso estamos ainda perante uma interpretação textual, mas que vê já no texto, sobretudo, um sentido compreensivo cultural que o transcende⁽¹⁷⁾.

III — Mas mesmo quando a perspectiva hermenêutica acabada agora mesmo de enunciar represente já um progresso, ela mostra-se ainda assim insuficiente. O problema jurídico-normativo da interpretação não é o de determinar uma significação, mesmo se jurídica, que as leis ou quaisquer normas jurídicas expressem, mas o de obter dessas leis um critério prático-normativo adequado de decisão dos casos concretos. Uma boa interpretação não é aquela que, numa perspectiva hermenêutico-exegética, determina correctamente o sentido textual da norma. É antes aquela que numa perspectiva prático-normativa utiliza bem a norma como critério de justa decisão do problema concreto⁽¹⁸⁾. Ou, se se preferir, numa outra formulação, na interpretação jurídica não se trata de compreender determinantemente a letra e o espírito do texto legal em causa, nem de explicitar a significação da regra-prescrição em causa, mas de reconstituir adequadamente uma norma do *corpus iuris* como critério orientador da solução de um caso qualificado como juridicamente relevante⁽¹⁹⁾.

Por isso, o objecto da interpretação não é a norma-texto mas a norma-problema⁽²⁰⁾. Ao intérprete-aplicador não interessa a norma enquanto objecto semântico-prescritivo, que comunica

isoladamente. O horizonte ou pano de fundo da interpretação terá de ser sempre o ordenamento tomado no seu todo. O sentido de cada fonte está sempre em necessária conexão com o de todas as outras, pelo que ele será adulterado se o pretendermos tomar isoladamente. Cfr. OLIVEIRA ASCENSÃO, *O direito...*, 392 e 393.

⁽¹⁶⁾ CASTANHEIRA NEVES, *O sentido...*, in *Boletim...*, volume comemorativo, 142 e 143.

⁽¹⁷⁾ CASTANHEIRA NEVES, *O sentido...*, in *Boletim...*, volume comemorativo, 143.

⁽¹⁸⁾ Assim, e de entre a bibliografia citada *supra* na nota 1 cfr., por exemplo, CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 84 e ss.. V., também, a jurisprudência referida *supra* na nota 6.

⁽¹⁹⁾ JOSÉ BRONZE, *Lições...*, 887 e ss..

⁽²⁰⁾ JOSÉ BRONZE, *Lições...*, 892.

impositivamente um sentido literal, mas a norma enquanto *regula* prático-normativa, apta para orientar (em termos igualmente normativamente fundamentados), a solução de um problema ou de uma série de problemas a que se reconhece uma relevância jurídica específica.

Assim, e retomando um exemplo de escola já divulgado por exemplo por RADBRUCH e presente, entre nós, quer em CASTA-NHEIRA NEVES⁽²¹⁾ quer em JOSÉ BRONZE⁽²²⁾, a proibição legal de entrada de cães em determinado local não pode considerar-se semântico-vulgarmente determinável, mas apenas pragmático-juridicamente densificável face a um conjunto de exigências problemáticas que estão subjacentes a esta proibição, em termos tais que abrangido por este comando se deve considerar também um urso.

Da mesma forma, a expressão «dano ambiental» não pode valer com o seu significado semântico-vulgar, mas ser antes concretizável em referência ao conjunto de exigências de sentido que preenchem o Direito do Ambiente⁽²³⁾.

Pode ainda aceitar-se que uma seringa dificilmente se considera uma arma. Não deixa contudo de ser essa a qualificação que normativamente se lhe adequa e corresponde quando, em determinadas circunstâncias, uma subtração fraudulenta tiver sido feita com a ameaça de uma seringa que o arguido diga infectada com sida⁽²⁴⁾.

Pode igualmente nesta perspectiva discutir-se se um ácido deve, ou não, qualificar-se normativamente como uma arma⁽²⁵⁾.

E no caso *Frigalimant v. B. N. S. Int'l Sales Corp.*, julgado por um tribunal dos Estados Unidos⁽²⁶⁾, até um vocábulo aparente-

⁽²¹⁾ *Metodologia...*, 132.

⁽²²⁾ O exemplo correu já, de resto, o mundo inteiro como o atesta as referências que lhes faz também PERELMAN, *Ética...*, 560 e ss., 557 e ss., indicando ter ido colhê-lo numa obra do jurista mexicano de origem espanhola RECASÉNS-SICHES.

⁽²³⁾ JOSÉ BRONZE, *Lições...*, 910 e ss., com indicação de outros exemplos.

⁽²⁴⁾ A respeito deste exemplo v. JOSÉ BRONZE, *Lições...*, 913, com ulteriores indicações.

⁽²⁵⁾ V., novamente, JOSÉ BRONZE, *Lições...*, 913, nota 17.

⁽²⁶⁾ *Apud* JOSÉ BRONZE, *Lições...*, 913, e nota 118.

mente tão unívoco como «frangos» suscitou acesa controvérsia jurídica.

Situações como as agora referidas não terão mesmo fim. Pense-se, por exemplo, e ainda, nos exemplos figurados por PERELMAN⁽²⁷⁾ a partir de um sinal, colocado à entrada de um parque público, que proíbe o trânsito automóvel. Deverá o agente de polícia, em serviço de guarda, opor-se, com base nele, à entrada de uma ambulância que vem buscar a vítima de um enfarte, de um veículo de limpeza municipal, de um táxi chamado para transportar uma criança que partiu ou torceu uma perna ou para levar à maternidade uma mulher grávida com sintomas de ir em breve iniciar o trabalho de parto? A resposta é obviamente negativa em todos estes casos.

IV — Mais. Um determinado sentido considerado em relação a determinados contextos⁽²⁸⁾ pode deixar de o ser numa nova situação, quando confrontado com a provocação que lhe dirige um novo caso. Além disso, de uma óptica prático-normativa deixa de ser possível ou pertinente indicar qual o elemento interpretativo preponderante⁽²⁹⁾.

Numa perspectiva metodológica adequada o *prius* metodológico é-nos dado pelo caso⁽³⁰⁾. O problema jurídico a decidir é não apenas o ponto de partida e o objectivo final, mas, mais do que isso, a pedra-de-toque ou basilar na perspectiva da qual toda a juridicidade deve ser intencionada e compreendida. O objecto principal do pensamento jurídico não está já na norma. Ele coloca-se no caso concreto a decidir e no problema da concreta (judicativo-decisória) realização do Direito que ele suscita^(31/32). Fora do caso con-

(27) PERELMAN, *Ética...*, 553.

(28) Em sentido aproximado CRISTINA QUEIROZ, *A interpretação...*, in *Estudos...*, I, 269.

(29) Assim, CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 106; e JOSÉ BRONZE, *Lições...*, 938 e 939.

(30) CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, *passim*, 142 e ss..

(31) CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 17 e ss.

(32) O reconhecimento da prioridade do caso e das diferenças problemática e normativa que ele traz consigo face às possibilidades do sistema normativo abstractamente posto, coloca-nos perante a manifestação para a qual o Professor CASTANHEIRA

creto, ou sem pelo menos o ter funcionalmente em vista, há especulação teórica, a qual, mesmo se iluminada ou esclarecida, não é Direito⁽³³⁾. O Direito deve ser tomado e entendido na sua concreta manifestação⁽³⁴⁾.

NEVES tem particularmente chamado a atenção dos limites normativo-jurídicos das normas legais no global processo de realização do Direito. Aqui e agora poderemos sublinhar, apenas, a circunstância de eles nos imporem o reconhecimento da circunstância de o Direito não constituir um objecto pressuposto ou uma qualquer normatividade constituída com a qual o jurista vai lidar. Ao contrário, o Direito é um *continuum* problemático de normatividade constituenda. Quer isto dizer que apenas com tudo aquilo que a concreta realização do Direito implica de integração, de desenvolvimento, de correcção e de reelaboração da tal normatividade abstractamente pressuposta se pode alcançar uma ordem em que o Direito se afirma enquanto tal. O decisivo e fundamental deixa de ser visto na norma para passar a residir no juízo, pois será em função deste que a norma haverá de ser compreendida como critério jurídico (normativo-jurídico). O pensamento jurídico não é pois um conhecimento teórico dogmático de normas. O problema do pensamento jurídico não está na determinação conceitual-sistematicamente dogmática, mas na resolução dos problemas jurídicos concretos de forma práctico-normativamente justa. Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 17 e ss..

⁽³³⁾ MENEZES CORDEIRO, *Lei...*, in *Polis...*, III, cols. 1046 e ss.. V., também, CASTANHEIRA NEVES, e de entre as suas obras, por exemplo, *O Instituto jurídico dos assentos e a função jurídica dos supremos tribunais*, Coimbra, 1983, 204 e ss.; *Fontes do direito*, in *Digesta*, cit., II, 7 e ss.; 93 e ss.; *Metodologia...*, *passim* e por exemplo 29.

⁽³⁴⁾ Trata-se de um pressuposto metodológico devidamente salientado pela doutrina nacional como base de uma adequada dogmática jurídica, e assumido, de forma expressa, como critério orientador das respectivas investigações. Neste sentido v., designadamente, CASTANHEIRA NEVES, *Questão-de-facto — Questão-de-direito...* I, quando, ainda antes de entrar no estudo ou análise do tema que se propõe tratar, o autor explica, em jeito de prefácio, as condições de emergência do problema da distinção entre questão-de-facto e questão-de-direito; CARLOS MOTA PINTO, *Da cessão da posição contratual*, Coimbra, 1970, XVII e ss., 5 e ss.; e PEDRO DE ALBUQUERQUE, *A representação...*, 22 e ss.. Num fenómeno reportável às conquistas da escola histórica contra o jusracionalismo antecedente: o Direito pertence a uma categoria de realidades dadas por uma evolução paulatina das sociedades. No momento actual do conhecimento humano, a sua configuração apresenta-se com uma complexidade causal, insusceptível de total abarcamento. Complexidade que inviabiliza, em definitivo, explicações puramente lógicas ou racionais da realidade jurídica. Nestas condições, o Direito deve ser conhecido de modo directo, tal como se nos apresenta (assim, e designadamente, cfr. MENEZES CORDEIRO, *Ciência do direito e metodologia jurídica nos finais do século XX*, separata da *Revista da Ordem dos Advogados*, Lisboa, 1989, 11 e 12). Recordem-se, a este propósito, os contributos dados tanto pela chamada jurisprudência problemática, cujas bases modernas foram lançadas por VIEHWEG, *Topik und Jurisprudenz / Ein Beitrag zur rechtswissenschaftlichen Grundlagenforschung*, 5.ª edição, Munique, 1974, *per totum* (escapando à prisão kantiana e estribado no pensamento aristotélico e ciceroniano, com a sua *atitude deliberativa*, o *saber prudencial*, a *paideia*, em suma, com a respectiva teoria da deliberação e da escolha, com a dis-

Mas se é assim, então, a hierarquização dos elementos interpretativos deverá necessariamente depender das circunstâncias do caso concreto.

tinção entre a fundamentação dedutiva e a meramente persuasiva [a este respeito v. ARISTÓTELES, *Ética Eudimiana*, VIII, 1246b, in *Obras*, tradução para o espanhol de FRANCISCO SAMARANCH, Madrid, 1967; *Retórica*, tradução e notas de Manuel Alexandre Júnior, Paulo Farmhouse Alberto, Abel de Nascimento Pena, introdução de MANUEL ALEXANDRE JÚNIOR, Lisboa, 1998, 1357a, 51 e ss., 1355b, pp. 56 e ss. 1359a, pp. 57 e ss.; *Ética a Nicómaco*, tradução de JULIÁN MARIAS, Madrid, 1985, 1094b, 1095a, 1098a e *Tópicos, Tratados de lógica (Órganon)*, tradução para o espanhol de MIGUEL SANMARTIN, Madrid, 1982, I], VIEHWEG defende a necessidade de o raciocínio jurídico se dever realizar, não através de axiomas, mas com base em tópicos, entendidos de modo funcional, como possibilidades de orientação e fios condutores do pensamento. A tópica surge, assim, como uma técnica de pensar por problemas, com origem na retórica, e contraposta ao pensamento sistemático-dedutivo), assim como pela teoria da argumentação que tem em PERELMAN, *Logique Juridique. Nouvelle rhétorique*, Paris, 1976, *per totum*, o respectivo *caput scholae*; e, mais remotamente, a metodologia analítico-problemática dos glosadores e pós-glosadores bem como o carácter prudencial do Direito Romano (a respeito destes últimos aspectos v. as considerações e desenvolvimentos de RUY DE ALBUQUERQUE e MARTIM DE ALBUQUERQUE, *História do Direito Português*, Lisboa, 1993, 12.^a edição, I, Lisboa, 2005, 327 e ss., 335 e ss.). Lembre-se, ainda, e de passagem, a importância, neste ponto, do ensinamento filosófico de SÃO TOMÁS DE AQUINO, ao considerar o *jus* como algo de objectivo e concreto, como um *medium rei* entre as operações ou coisas exteriores a uma pessoa (cfr., a título meramente indicativo, MICHEL VILLEY, *La promotion de la loi et du droit subjectif dans la seconde scolastique*, in *La Seconda Scolastica nella Formazione del Diritto Privato Moderno. Incontro di studio*, Florença, 16-19 de Outubro de 1972, a cargo de PAOLO GROSSI, Milão, 1973, 53 e ss.). A propósito da recente hipótese de quebra da insolubilidade da relação entre o conceito abstracto e o caso real v. MENEZES CORDEIRO, *Ciência do direito e metodologia jurídica...*, 35 e ss., 41 e ss., 67 e ss.. Esta quebra resulta da compreensão da realização do Direito como algo de unitário e da consequente aceitação da relação comunicativa entre o caso e a norma (mas também do reconhecimento da natureza constituinte da decisão). Apenas em análise abstracta — e porque *non datur scientia de individuo* — é possível decompor a referida realização em várias fases, as quais, porém, só funcionam em conjunto. O caso é hoje entendido como parte de um todo vivo, que vai desde a localização da fonte à delimitação dos factores relevantes, ao ponto, por exemplo, de a própria ontologia do Direito ser fixada por ARTHUR KAUFMANN, *Vorüberlegung zu einer juristischen Logik und Ontologie der Relationen. Grundlegend einer personalen Rechtstheorie*, in *Rechtstheorie. Zeitschrift für Logik, Methodenlehre Kybernetik und Soziologie des Rechts*, Berlim, 1986, 17, 257 e ss., na relação entre o caso e a norma. Lembrem-se, ainda, entre nós, os escritos e investigações autónomas de GOMES DA SILVA, *O dever de prestar e o dever de indemnizar*, Lisboa, 1944, I, 27 e ss.; Id., *Esboço de uma concepção personalista do direito. Reflexões em torno da utilização do cadáver humano para fins terapêuticos e científicos*, separata da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, Lisboa, 1965, 113 e ss., e particularmente, p. 145, na qual se pode ler: «(...) a realidade jurídica em si mesma é concreta», ou 150, onde se escreve «(...) é ao conjunto des-

Tudo a fazer com que esta recompreensão do problema da interpretação, vista como autêntica realização do Direito, exija, implique ou postule a convocação de outros fundamentos e critérios normativos e de outros elementos interpretativos bem diferentes daqueles que tradicionalmente se invocavam. Entre esses outros fundamentos e critérios contar-se-ão, naturalmente, valores e interesses⁽³⁵⁾, que dêem validade à constitutiva realização do Direito, para além daqueles critérios e fundamentos imediatamente oferecidos pela normatividade positiva, pelo Direito positivo. Sendo os critérios e fundamentos normativos extratextuais, no confronto com as normas jurídicas positivas, que assim se convocam desde logo interesses e fins, mas, sublinhe-se, também e em última análise, valores⁽³⁶⁾ e princípios normativos^(37/38). Princípios e valores referi-

tes três elementos — a ordem jurídica objectiva, que contém as formas do direito, a subjectiva, que é a matéria onde tais formas se hão-de actuar; e a vida jurídica, expressão do dinamismo por que se opera tal actuação — que propriamente se dá o nome de direito.

⁽³⁵⁾ Cfr. CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 30 e 124 e 125; e também *Interpretação...*, in *Digesta...*, II, 369 e 370. V., por último, JOSÉ BRONZE, *Lições...*, que escreve a respeito da emergência de novos factores interpretativos: «Referimo-nos, inter alia, aos inucleados em dimensões axiológico-práticas fundamentadamente constitutivas da normatividade jurídica — pense-se nos emblemáticos princípios normativos e na pluralidade de vectores que a sua autonomização permite relevar». Um catálogo mais completo ou sistematização, tida por pacífica, dos vários elementos normativos extratextuais susceptíveis de fundamentarem e orientarem a actividade concretizadora, integradora e de realização do Direito — e entre os quais se contam, a título meramente exemplificativo, a natureza das coisas e argumentos de carácter institucional, os interesses, as tipificações sociais relevantes, a estrutura jurídico-social referida pela norma, a própria situação social juridicamente problemática, os efeitos jurídico-sociais da decisão, critérios ético-jurídicos, normativo-sociais e os *standards* legais sejam ou não solicitados pelas cláusulas gerais ou conceitos de valor, as teorias dogmáticas de sentido normativo e não conceitual, os precedentes da casuística jurisprudencial, os princípios jurídicos, a justiça do resultado da decisão — pode ser confrontado nas duas obras de CASTANHEIRA NEVES citadas nesta nota.

⁽³⁶⁾ Para uma referência ao labor dos prudentes como fonte e limite de validade do Direito v. RUY DE ALBUQUERQUE, *Direito de juristas — Direito de Estado*, separata da *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, 2001, XLII, 2, 751 e ss..

⁽³⁷⁾ CASTANHEIRA NEVES, *O sentido...*, in *Boletim...*, volume comemorativo, 128.

⁽³⁸⁾ Para ulteriores referências às linhas de superação da tradicional interpretação jurídica tal como ela nos tinha sido fundamentalmente legada pelo método jurídico de Oitocentos cfr. CASTANHEIRA NEVES, *Interpretação...*, in *Digesta*, cit., II, 369 e ss.; que refere os elementos normativos extratextuais (e transpositivos) da interpretação jurídica; o *continuum* da realização do Direito e a interpretação como um momento dessa rea-

dos ao ordenamento no seu conjunto e não apenas obtidos por abstracção a partir de normas legais, como o demonstra claramente o princípio da boa fé, ainda na vigência do Código Civil de 1867, cuja afirmação não suscitava qualquer dúvida como uma das coordenadas básicas comunitárias de então, não obstante a circunstância de a obra de Seabra não revelar para ele qualquer abertura especial⁽³⁹⁾.

§ 3 — Algumas soluções de Direito Comparado no tocante à eleição do presidente da mesa: a Lei das sociedades anónimas em Espanha, o *Décret* n.º 67-236 de 23 de Março de 1967 relativo às sociedades comerciais na França, o Código Civil italiano e a *Aktiengesetz* alemã

I — Na breve análise de Direito Comparado, a realizar de seguida, consideraremos preceitos e regimes relativos à presidência da mesa da assembleia geral pertencentes ao Direito espanhol, francês, italiano e alemão. Poderemos na sequência dessa análise verificar que as preocupações manifestadas pelo legislador português, no artigo 374.º-A do Código das Sociedades Comerciais, não correspondem a um cuidado universal.

II — No país vizinho, o Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de Dezembro, que aprovou o texto refundido da lei das sociedades anónimas, veio estabelecer no respectivo artigo 110.º, sob a epígrafe “*Presidência da assembleia Geral*”⁽⁴⁰⁾:

A assembleia geral será presidida pela pessoa designada nos estatutos; na sua falta pelo presidente do conselho de administração, e na falta deste, pelo accionista que elejam em cada caso os sócios presentes na reunião.

(...)

lização; a realização do Direito e não a interpretação como o problema metodológico; e ainda *Metodologia*..., 124 e ss.; assim como JOSÉ BRONZE, *Lições*..., 929 e ss..

⁽³⁹⁾ Assim, OLIVEIRA ASCENSÃO, *O direito*..., 418 e 419.

⁽⁴⁰⁾ A tradução é nossa. É o seguinte o texto original: *Presidencia de la junta* «I. La junta general será presidida por la persona que designen los estatutos; en su defecto, por el Presidente del Consejo de Administración, y a falta de

Chega, pois, num passo que merece ser sublinhado, a admitir-se a particularidade de o presidente do conselho de administração presidir à mesa da assembleia geral. Esta possibilidade encontrou, igualmente, consagração no Direito francês, através do artigo 146.º do *Décret* n.º 67-236, de 23 de Março de 1967, relativo às sociedades comerciais, mas em termos ainda mais fortes e categóricos. É o seguinte o texto desse preceito⁽⁴¹⁾:

As assembleias de accionistas são presididas pelo presidente do conselho de administração ou do conselho de vigilância, de acordo com os casos, e na sua ausência, pela pessoa prevista nos estatutos. Na falta, a assembleia elege ela mesma o seu presidente.

Ao contrário, pois, do verificado com o preceito da Lei espanhola das sociedades anónimas, a participação do presidente do conselho de administração nas assembleias gerais como presidente da mesa não é meramente eventual mas, sim, a solução natural.

III — São um pouco diferentes as respostas do Direito italiano e do Direito alemão.

Quanto ao primeiro estabelece o artigo 2371.º do respectivo Código Civil⁽⁴²⁾:

éste, por el accionista que elijan en cada caso los socios asistentes a la reunión.

2. El Presidente estará asistido por un Secretario, designado también por los estatutos o por los accionistas asistentes a la junta».

Este regime não é expressamente alterado pela lei 26/3003, de 17 de Julho de 2003, modificadora da lei 24/1988 do Mercado de Valores, nem pelo *Código Unificado de Buen Gobierno Corporativo* aprovado em 19 de Maio de 2006.

⁽⁴¹⁾ Uma vez mais a tradução é nossa. A versão original é a seguinte: «*Les assemblées d'actionnaires sont présidées par le président du conseil d'administration ou du conseil de surveillance, selon le cas, ou, en son absence, par la personne prévue par les statuts. A défaut, l'assemblée élit elle-même son président.*

En cas de convocation par les commissaires aux comptes, par un mandataire de justice ou par les liquidateurs, l'assemblée est présidée par celui ou par l'un de ceux qui l'ont convoquée». A Lei de *Sécurité Financière* de 2003 deixaria esta matéria intocada.

⁽⁴²⁾ Tornamos a proceder à tradução. Em italiano pode ler-se o seguinte: «*L'assemblea è presieduta dalla persona indicata nell'atto costitutivo o, in mancanza, da quella designata dagli intervenuti. Il presidente è assistito da un segretario designato nello stesso modo.*

L'assistenza del segretario non è necessaria quando il verbale dell'assemblea è redatto da un notaio».

A assembleia é presidida pela pessoa indicada no acto constitutivo ou, na sua falta, por aquela designada pelos intervenientes. O presidente é assistido por um secretário designado do mesmo modo.
(...)

Não encontrámos neste diploma quaisquer regras que especificamente viessem definir pressupostos formais de independência e de incompatibilidade do presidente da mesa da assembleia geral⁽⁴³⁾.

Já a *Aktiengesetz* alemã nada diz acerca da pessoa do presidente da mesa da assembleia geral. Não obstante, a prática estatutária vai normalmente no sentido de eleger como presidente da assembleia geral um membro do *Aufsichtsrat*. Trata-se, todavia, de uma função adicional atribuída a esse membro e não de uma função decorrente da sua participação no órgão de vigilância ou fiscalização. Não existem, portanto, também na lei alemã sobre sociedades anónimas, disposições específicas destinadas a consagrar pressupostos ou requisitos formais de independência do presidente da mesa da assembleia geral. Não obstante, a sua função é identificada claramente com a necessidade de proceder a uma adequada e justa resolução dos problemas ou assuntos suscitados por ocasião das assembleias gerais⁽⁴⁴⁾.

(43) Num panorama no qual não interfere o *Codice di Autodisciplina*, da responsabilidade do Comité para a *Corporate Governance*.

(44) Sobre tudo isto pode ver-se, *colorandi causa*, UWE HÜFFER, *Aktiengesetz*, 7.^a edição, Munique, 2006, comentário ao § 119, n.ºs 18 e 19, 684 e 685. Convém notar a circunstância de o *Deutscher Corporate Governance Kodex*, com a redacção de 14 de Junho de 2007, apesar de conter um conjunto de disposições relativas à assembleia geral, não contemplar nada de relevante neste específico ponto. Sublinhe-se, também, a circunstância de, segundo os respectivos estatutos, a própria *Deutsche Börse AG* ter como presidente da mesa um membro do *Aufsichtsrat*. Note-se que esta prática leva a que o presidente da mesa seja sempre alguém que cumpre os critérios necessários para ser membro do *Aufsichtsrat*. Para uma análise de conjunto acerca da constituição, organização, funções e tarefas do *Aufsichtsrat* v., por exemplo, DIETERICH HOFFMANN e PETER PREU, *Der Aufsichtsrat*, 5.^a edição. Munique, 2003. Cfr., também, e de entre a variedade de estudos com relevância nesta matéria, *colorandi causa*, LUTTER, *Defizite für eine effiziente Aufsichtsratsstätigkeit und gesetzlich Möglichkeiten der Verbesserung*, in *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht*, 1995, 159, 287 e ss.; e RAISER, *Pflichten und Ermessen von Aufsichtsratsmitgliedern*, in *Neue Juristische Wochenschrift*, 1996, 552 a 554. V., por último, o que nós próprios escrevemos a propósito deste órgão em *Os limites à pluriocupação...*, 57 e ss..

§ 4 — A questão em análise

4. 1. O problema das incompatibilidades estabelecidas pelo artigo 414.º-A e das garantias de independência constantes do artigo 414.º: seu sentido e alcance face à independência estabelecida pelo estatuto da Ordem dos Advogados

I — Antes da entrada em vigor da alteração do Código das Sociedades Comerciais, aprovada pelo Decreto-Lei n.º 76-A/2006, o Código das Sociedades Comerciais não continha, à semelhança dos regimes jurídicos agora analisados no parágrafo precedente, qualquer regra estabelecendo requisitos formais de independência dos membros da mesa da assembleia geral. E continua a não os ter relativamente à generalidade das sociedades. Isso apenas não sucede a propósito das sociedades emittentes de valores mobiliários em mercado regulamentado e «grandes sociedades anónimas».

Na sua anterior redacção, o artigo 374.º limitava-se a estabelecer ser a mesa, pelo menos, constituída por um presidente e um secretário, podendo o contrato determinar que o presidente, o vice-presidente e os secretários da mesa da assembleia geral fossem eleitos por esta, por período não superior a quatro anos, de entre accionistas ou outras pessoas. No silêncio do contrato, e sempre de acordo com o preceito em referência, na falta das pessoas eleitas, ou no caso de não comparência destas, servia, primeiro, de presidente da mesa da assembleia geral o presidente do conselho fiscal ou do conselho geral e de secretário um accionista presente, escolhido por aquele; depois, e na falta ou não comparência do presidente do conselho fiscal ou do conselho geral, presidia um accionista por ordem do número de acções de que sejam titulares; em igualdade atendia-se à maior antiguidade como accionista e à idade.

Perante este esquema tornou-se prática mais ou menos divulgada, num fenómeno de resto com raízes seculares, serem os presidentes das mesas das assembleias gerais advogados que, de uma forma ou de outra, prestavam serviços às respectivas sociedades.

II — A solução directa e imediatamente decorrente do artigo 374.º do Código das Sociedades Comerciais, na versão ante-

rior à reforma de 2006, quanto às regras de processamento da eleição ou escolha do presidente da mesa da assembleia geral não seria tocada por esta reforma. Na verdade, o artigo 374.º do Código das Sociedades Comerciais actualmente em vigor foi apenas objecto de algumas alterações destinadas a contemplar os novos modelos de governo societário, passando a dispor:

1. A mesa da assembleia geral é constituída, pelo menos, por um presidente e um secretário.

2. O contrato de sociedade pode determinar que o presidente, o vice-presidente e os secretários da mesa da assembleia geral sejam eleitos por esta, por período não superior a quatro anos, de entre accionistas ou outras pessoas.

3. No silêncio do contrato, na falta de pessoas eleitas nos termos do número anterior ou no caso de não comparência destas, serve de presidente da mesa da assembleia geral o presidente do conselho fiscal, da comissão de auditoria ou do conselho geral e de supervisão e de secretário um accionista presente, escolhido por aquele.

4. Na falta ou não comparência do presidente do conselho fiscal, da comissão de auditoria ou do conselho geral e de supervisão, preside à assembleia geral um accionista, por ordem do número de acções de que sejam titulares; caso se verifique igualdade de número de acções, deve atender-se, sucessivamente, à maior antiguidade como accionista e à idade.

Não obstante, o legislador de 2006 viria a incluir, no Código das Sociedades Comerciais, um novo artigo 374.º-A, sob a epígrafe «*Independência dos membros da assembleia geral*» onde se subordinaria, com as necessárias adaptações, os membros da mesa da assembleia geral das sociedades emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado e das «grandes sociedades» aos requisitos de independência do artigo 414.º/5 e ao regime de incompatibilidades previsto no artigo 414.º-A/1.

A questão que se coloca é, pois, como vimos, a de saber se este preceito — aliás não constante do projecto de articulado das alterações ao Código das Sociedades Comerciais⁽⁴⁵⁾ — é de molde

(45) Este texto está disponível em <http://www.cmvn.pt/NR/rdonlyres/9A6DF665-B529-426E-B266-75E08A225352/5703/proposta_articulado_csc.pdf>.

a impedir um advogado, que seja sócio de uma firma que preste serviços à sociedade, de ser membro ou de presidir à respectiva assembleia geral? Uma resposta a esta interrogação obriga à determinação do respectivo sentido e alcance, sendo certo que esse será, também, o resultado da consideração do sentido e alcance normativos dos próprios artigos 414.º e 414.º-A do Código das Sociedades Comerciais para onde remete.

III — Uma primeira achega no sentido da determinação do alcance do artigo 374.º-A do Código das Sociedades Comerciais obtém-se a partir da sua própria consideração. Ao sujeitar a figura dos membros da mesa da assembleia geral aos artigos 414.º e 414.º-A do Código das Sociedades Comerciais o pretendido foi ajudar o intérprete-aplicador, por um lado, na determinação das situações nas quais aqueles se podem considerar independentes e concomitantemente, por outro, as conjunturas de falta de independência⁽⁴⁶⁾. A consideração dos artigos 414.º e 414.º-A é, por si só, também disso mesmo confirmadora. Na verdade, no seu próprio âmbito de aplicação directa, o objectivo dos artigos 414.º e 414.º-A do Código das Sociedades Comerciais é o de ajudar a assegurar a independência das entidades a que se reportam. Isto é particularmente assim para a primeira das duas regras, mas é-o⁽⁴⁷⁾, igualmente, e em grande medida, para a segunda. De facto, mesmo no que toca às incompatibilidades estabelecidas no artigo 414.º-A a sua razão de ser é — porventura com uma ou outra excepção em que se descobrem outras *rationes* alternativas ou simultâneas — a de estabelecer determinados requisitos e condições formais de

⁽⁴⁶⁾ Mas isto, por si só, levanta um outro problema: qual a razão pela qual a lei não estendeu os mesmos requisitos a todas as assembleias gerais? Serão admissíveis, noutras sociedades não emitentes de valores mobiliários em mercados regulamentados ou insusceptíveis de se enquadrarem no conceito de «grandes sociedades», presidentes não independentes? Ou presidentes ou membros das mesas «dependentes»? A interrogação torna pertinente a questão que consiste em saber se o regime imposto pelo artigo 374.º-A não deverá ser de aplicar por analogia a outras sociedades. Contra parece, todavia, depor, desde logo o regime expressamente previsto para a presidência das sociedades por quotas.

⁽⁴⁷⁾ Mas importa notar desde já um fenómeno da maior importância e sobre o qual teremos oportunidade de insistir mais adiante com outro pormenor. O artigo 414.º/1/5 não vem, ao contrário do que tem sido entendido, fixar situações de falta de independência mas, isso sim, casos nos quais essa independência se presume.

independência e de não permeabilidade a interesses diversos daqueles que devem legalmente ser tomados em consideração. No caso concreto do artigo 414.º-A/1/e) não há mesmo qualquer dúvida a este respeito. O sentido por ele visado é, de forma absolutamente incontrovertida, o acabado agora de referir.

IV — Mas, sendo este o alcance dos artigos 414.º e 414.º-A [e especificamente do n.º 1/e)], também se dirá ser ele apenas esse. Dito de outra forma: por força dos artigos 414.º e 414.º-A, e da remissão para eles feita pelo artigo 374.º do Código das Sociedades Comerciais, o que se consegue é uma independência formal, e apenas uma independência formal, dos titulares dos órgãos visados⁽⁴⁸⁾. Os preceitos agora em referência não condicionam de modo algum o efectivo comportamento das pessoas por eles abrangidos — e nomeadamente do presidente da mesa.

Neste quadro, e tendo em vista a questão específica que nos ocupa, reveste-se da maior importância a consideração do disposto no artigo 76.º/1 do Estatuto da Ordem dos Advogados, aprovado pela Lei n.º 15/2005, de 26 de Janeiro. Na verdade, neste preceito estabelece-se a obrigatoriedade de os advogados exercerem os interesses que lhes são confiados com plena autonomia técnica e de forma isenta, independente e responsável. O sentido desta norma vai bastante para além daquele que é conseguido pelos artigos 374.º-A, 414.º e 414.º/1/e) do Código das Sociedades Comerciais. Através

⁽⁴⁸⁾ Com a agravante sublinhada por GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *A fiscalização societária...*, in *Reformas...*, 302 e 303, de os inconvenientes do esquema de independência consagrado pelo Código das Sociedades Comerciais, no artigo 414.º, poder, se não for devidamente interpretado, conduzir precisamente ao efeito bem diverso do pretendido. Na verdade, ele mostra-se susceptível de originar a perversa consequência da captura da sociedade pelos membros independentes dos órgãos de fiscalização ou da mesa da assembleia, tornados verdadeiros profissionais da independência. Para evitar este resultado terão as sociedades de ir buscar pessoas tão distantes da vida societária que se corre o risco de ir procurar, segundas linhas ou escolhas, para descobrir pessoas independentes mas insusceptíveis, em circunstâncias normais, de integrarem quaisquer órgãos sociais, quer em virtude das respectivas características e competências pessoais, quer em virtude do seu alheamento, não apenas, da concreta sociedade comercial mas da vida societária em geral. É o propósito de evitar situações deste tipo que tem, aliás, levado o legislador alemão a evitar um excesso de rigidez na formulação de determinado tipo de incompatibilidades dos membros do *Aufsichtsrat*. Veja-se, a este respeito, por todos, quanto escrevemos no nosso *Os limites à pluriocupação...*, 58 e ss..

destes, sublinhe-se novamente, procura-se alcançar uma independência formal dos titulares de certos cargos, afastando-se a possibilidade de eleição de um conjunto de pessoas relativamente às quais se formula uma suspeição ou deixa de se presumir a independência. O artigo 76.º/1 do Estatuto da Ordem dos Advogados busca e impõe muito mais do que uma independência formal. Ele determina uma independência substantiva ao nível do próprio comportamento dos sujeitos visados que não se podem deste modo bastar com formas. Dir-se-ia, portanto, que o artigo 76.º/1 do Estatuto da Ordem dos Advogados — em si mesmo direito especial relativamente ao regime estritamente societário — prevalece completamente sobre os artigos 374.º-A, 414.º e 414.º-A/1/e), consumindo-os em si mesmo e impondo algo que vai para além do conseguido por estes preceitos⁽⁴⁹⁾.

V — Conclua-se pois: do ponto de vista normativo pareceria não ser possível considerar-se dependente, ou não independente, por força da aplicação dos artigos 374.º-A, 414.º e 414.º-A/1/e) do Código das Sociedades Comerciais, o sócio de uma firma de advogados que presta serviço a uma sociedade anónima. A obrigação de actuação independente, imposta por lei aos advogados, é em si mesma conflituante e oposta à de comportamento subordinado à influência de uma qualquer entidade externa. Passa-se, aqui, algo de semelhante ao que se viu suceder com os exemplos, mencionados no parágrafo segundo, de PERELMAN a propósito da não aplicação da proibição abstracta de circulação de veículos a certas circunstâncias ou situações, atentas as especificidades do caso. Também na hipótese agora por nós debatida, aquela que parece ser uma proibição abstracta e geral se dirá, atentas as particularidades do caso e regras do ordenamento jurídico *in casu* concitadas (invocar-se-ia aqui o elemento sistemático da interpretação-aplicação do Direito), ser objecto de uma acrítica e imponderada aplicação à hipótese especial posta pela situação dos advogados, atento o teor da imposição constante do respectivo Estatuto. Em função da espe-

⁽⁴⁹⁾ Acerca da questão relativa aos concursos de normas v., *colorandi causa*, e por último JOSÉ ANTÓNIO VELOSO, *Concurso e conflito de normas*, separata de *Direito e Justiça*, 2003, XVIII.

cificidade da posição do advogado, das obrigações sobre ele pendentes — e pendentes a um nível não puramente formal mas, mais do que isso, do próprio comportamento substancial a adoptar — e da fiscalização que a Ordem dos Advogados deve exercer acerca do respectivo cumprimento não se afiguraria, de um ponto de vista normativo, e numa metodologia jurídica adequada, possível equiparar, para efeitos de aplicação do artigo 414.º/5 e do artigo 414.º/1/e) do Código das Sociedades Comerciais, a situação de um advogado à de alguém que preenche os requisitos do primeiro dos dois preceitos ou daquele que presta serviços à sociedade ao abrigo de uma qualquer prestação de serviços ou relação comercial a que se refere a segunda das normas agora em referência.

VI — Contra o raciocínio agora expresso invocar-se-á a circunstância de os próprios revisores de contas se encontrarem, também eles, sujeitos a deveres de independência funcional, em resultado do particular regime para eles decorrente do Estatuto da Ordem dos revisores oficiais de contas (cfr. o respectivo artigo 44.º). Como, quanto a estes, o Código das Sociedades Comerciais é bem claro ao declarar serem-lhes aplicáveis os artigos 414.º/5 e 414.º/A/1/e) ficaria comprometida a posição anteriormente expressa: a regra da independência funcional dos advogados não levaria a presumi-los sempre independentes, com desconsideração — relativamente a eles — do disposto nos artigos do Código das Sociedades Comerciais em análise pela razão simples de idêntica independência dos revisores oficiais de contas não os eximir à aplicação os artigos 414.º/5 e 414.º/A/1/e). Tudo visto, pareceria ser propósito da lei estabelecer simultaneamente o dever de independência funcional dos revisores oficiais de contas e a sua sujeição complementar a certos requisitos formais, destarte, não subsumidos pela obrigação de actuação isenta, de independência assim como de incompatibilidade. Tudo, num cenário aplicável *mutatis mutandis* aos advogados e, nomeadamente, a quantos desempenhem funções na mesa da assembleia geral.

Não obstante o carácter aparentemente imbatível do raciocínio acabado de expor há alguns aspectos adicionais a deverem ser tidos em consideração.

VII — Desde logo, se é certo estabelecer o estatuto dos revisores oficiais de contas uma independência funcional destes, também é verdade ser esse mesmo estatuto a declarar estarem sujeitos ao complexo de poderes e deveres atribuídos aos restantes membros do órgão interno de fiscalização das empresas ou de outras entidades ou ao próprio órgão (artigo 43.º), num passo sem paralelo no respeitante aos advogados. Dir-se-á não ser essa circunstância, por si só, suficiente para afastar a aplicação do artigo 414.º-A aos advogados membros do conselho fiscal e, portanto, insuficiente também para a arredar quando eles exerçam funções de membros da mesa. Parece-nos, porém, ter o artigo agora em referência um alcance bem claro: impedir a eleição daqueles que, de modo directo ou indirecto, prestem serviços ou estabeleçam relação comercial significativa com a sociedade ou com entidade com esta em relação de domínio ou de grupo. E a este respeito, insista-se, em função da especificidade da posição do advogado, das obrigações sobre ele pendentes e da fiscalização que a Ordem dos Advogados deve exercer acerca do respectivo cumprimento, não é, de um ponto de vista normativo, e numa metodologia jurídica correcta, possível comparar, para efeitos de aplicação do artigo 414.º /1/e) do Código das Sociedades Comerciais, a situação do advogado que presta serviços jurídicos à sociedade a uma qualquer prestação de serviços ou relação comercial a que se refere aquele preceito. Para serem causa de incompatibilidade, para o advogado, os serviços ou relações comerciais por ele prestados terão de ser de natureza diversa dos realizados pelo advogado nessa sua qualidade, pois estes, pelas suas características e regime próprio, apresentam uma configuração particular não assimilável aos demais serviços e relações comerciais.

Perguntar-se-á, todavia, em que medida este entendimento pode ser acolhido, confortado ou ao invés contraditado pelo regime próprio ao qual se encontram sujeitos os revisores oficiais de contas⁽⁵⁰⁾?

O artigo 78.º do Estatuto dos Revisores Oficiais de Contas apenas considera causa de incompatibilidade a prestação de servi-

⁽⁵⁰⁾ Esta questão coloca-se, recorde-se, por eles próprios também estarem legalmente numa situação de independência.

ços susceptíveis de colocarem em causa a independência profissional. O Estatuto dos Revisores constitui lei especial relativamente ao Código das Sociedades Comerciais. Por isso, poder-se-ia dizer prevalecer sobre este. O que significaria, ao fim e ao cabo, verificar-se relativamente aos revisores oficiais de contas algo de muito parecido com quanto resulta da aceitação de que a consagração legal da independência funcional dos advogados leva a considerar não valer sem mais, quanto a eles, e em razão da mera prestação de serviços de advocacia, o disposto no artigo 414.º-A/1/e). Na verdade, do funcionamento conjugado do artigo 49.º (onde se consagra a mencionada independência) e do artigo 78.º/1/c) (incompatibilidades relativas) ambos do Estatuto dos Revisores resultaria, afinal, só serem causa de impedimento as relações, sejam elas quais forem, donde resulte uma efectiva colocação em causa da sua independência⁽⁵¹⁾.

Sucede, porém, que o Estatuto dos Revisores Oficiais de Contas foi aprovado pelo Decreto-Lei n.º 487/99, de 16 de Novembro, e rectificado pela Declaração de Rectificação n.º 4-A/2000, de 31 de Janeiro. Ele é, portanto, anterior ao artigo 414.º/1/e) do Código das Sociedades Comerciais. Na versão prévia à reforma de 2006, o Código das Sociedades Comerciais determinava, tão-só, no seu artigo 414.º/3/e), sob a epígrafe *Incompatibilidades e Requisitos*, não poderem ser eleitos ou designados membros do conselho fiscal ou fiscal único os prestadores de serviços remunerados com carácter permanente à sociedade fiscalizada ou sociedade que com esta se encontre em relação de domínio ou de grupo. A regra do artigo 414.º-A/1/e) do Código das Sociedades Comerciais é, agora, claramente mais exigente, não só relativamente a quanto se estipulava nesse mesmo diploma, mas também no concernente à norma do

(51) Note-se estabelecer o artigo 79.º dos Estatutos como motivo de incompatibilidade não a prestação de serviços remunerados susceptíveis de afectarem a independência, mas apenas aqueles que «(...) *ponham em causa a sua independência profissional*». Sublinhe-se, ainda, o facto de o Estatuto conter uma disposição consagrando um princípio geral por força da qual a profissão de revisor oficial de contas é incompatível com qualquer outra que possa implicar a diminuição da independência, do prestígio ou da dignidade da mesma ou ofenda outros princípios de ética e deontologia profissional e mesmo assim, apenas, apontar como causa de incompatibilidade a prestação de serviço remunerado que efectivamente envolva a perda de independência.

artigo 78.º/1/c) do Estatuto dos Revisores Oficiais de Contas. E de tal forma que se poderia mesmo sustentar ter vindo a nova redacção do artigo 414.º-A/1/e) revogar, tacitamente, o artigo 78.º/1/c) do Estatuto. Semelhante entendimento pode, porém, ser contraditado. Bastaria reconhecer a diversidade da posição do revisor oficial de contas no confronto com outros sujeitos ao disposto no artigo 414.º-A/1/e) para se dever concluir no sentido segundo o qual a densificação do conceito geral e indeterminado «*significativa*» não pode ser igual para todos eles. E essa diversidade poderia mesmo passar pela aceitação segundo a qual, atenta a independência legal deste, só seria significativa a prestação de serviço ou a relação comercial estabelecida entre a sociedade e o revisor oficial de contas, que nos termos do artigo 78.º/1/c) do respectivo Estatuto colocarem em causa a independência profissional. Situação que se não presumiria, tendo antes de ser demonstrada⁽⁵²⁾. Não nos deteremos, porém, por não interessar verdadeiramente ao nosso problema, de forma pormenorizada, na viabilidade deste entendimento. A nós interessa-nos, sobretudo, focar um outro aspecto até aqui não referido. É que há uma diferença fundamental entre a independência funcional do revisor oficial de contas e a independência do advogado. A primeira é imposta no exercício da própria profissão enquanto membro fiscalizador da sociedade, sendo acompanhada de um conjunto de regras destinadas a reforçá-la ou apoiá-la. A segunda, a do advogado, é devida em toda e qualquer actuação por este realizada. Ela cobrirá, portanto, a actuação do advogado não apenas enquanto membro da mesa da sociedade ou titular de um órgão desta — na medida em que o desempenho destas funções esteja associado à sua qualidade profissional — mas, também, a sua própria actuação como prestador de outros serviços de advocacia ao ente colectivo. Tem, pois, aqui acrescido cabi-

(52) Mesmo assim veja-se o estabelecido no artigo 3.º do Código de Ética e Deontologia Profissional dos Revisores Oficiais de Contas, publicado no *Diário da República*, III Série, n.º 297, de 26 de Dezembro de 2001, onde se estabelece o dever de estes recusarem qualquer trabalho que, por qualquer motivo, possa diminuir a sua liberdade de julgamento ou suscitar dúvidas a terceiros sobre a sua independência profissional, sendo que nos n.ºs 3 e 4 do preceito se estabelecem justamente presunções de diminuição da referida liberdade de julgamento ou dúvida por parte de terceiros quanto à independência do revisor oficial de contas.

mento a afirmação segundo a qual a prestação de serviços do advogado à sociedade não pode ser, sem mais, e para efeitos de aplicação do artigo 414.º/A/e) do Código das Sociedades Comerciais, equiparável a qualquer outra. Ignorar este aspecto é voltar à ultrapassada pressuposição segundo a qual seria a lei e o seu texto a fornecer o *prius* ou ponto de partida no processo de interpretação e realização do Direito. De tal forma que o seu sentido seria obtido com desconsideração do caso ao qual se aplica, destarte, com um alcance, inferido de forma puramente geral e abstracta, capaz de abranger toda e qualquer situação de vida nele supostamente enquadrável, na sua qualidade de mero e puro objecto signifiante. As doutrinas e orientações de ponta em sede de interpretação (compreensão)-aplicação do Direito demonstraram, todavia, e ao invés, como vimos, encontrar-se, justamente, o *prius* metodológico, no próprio caso, com as suas especificidades e particularidades próprias. Conforme refere CASTANHEIRA NEVES, a interpretação jurídica só será entendida em termos metodologicamente correctos se for vista como a determinação normativo-pragmaticamente adequada de um critério jurídico do sistema de Direito vigente para a solução do caso decidendo⁽⁵³⁾.

O supremo mandamento da ideia de Direito e da Justiça é o da realização do princípio da igualdade^(54/55). Por força daquele mandamento e deste princípio deve o intérprete-aplicador tratar de modo igual aquilo que é igual, mas de modo diferente o que é diverso. Por isso mesmo, só realizará a ideia de Direito aquele que proceda, não a uma aplicação indiscriminada do artigo 414.º/1/e)

(53) CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 142 e ss., e em termos de se dizer, sem se converter metodologicamente o pensamento jurídico numa casuística — pois o problema concreto não deixa de convocar o sistema de normatividade que pressupõe (na respectiva qualidade de problema jurídico de uma dada ordem jurídica), de resto intencionado pela mediação da norma — que a normatividade da norma é ela própria função da concreta problematidade jurídica do caso que a solicita.

(54) Assim v., por exemplo, CANARIS, *Die Feststellung von Lücken im Gesetz. Eine metodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung* praeter legem, 2.ª edição, Berlim, 1983, 183; e CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia...*, 276.

(55) A respeito deste princípio v., *colorandi causa*, entre nós, MARTIM DE ALBUQUERQUE, *Da igualdade. Introdução à jurisprudência*, com a colaboração de EDUARDO VERA-CRUZ PINTO, Coimbra, 1993.

do Código das Sociedades Comerciais a todas e quaisquer prestações e relações estabelecidas com a sociedade, mas tenha, isso sim, em consideração a sua diversidade. Nestes termos, insista-se, a particularidade própria da prestação de serviços de advocacia deve conduzir à conclusão segundo a qual eles não são, por si só, motivos de incompatibilidade. Ela apenas existirá quando as suas particularidades concretas e específicas possam de facto condicionar a independência do advogado que, nessa sua qualidade profissional, seja simultaneamente órgão independente de uma sociedade comercial. Sendo que a perda de independência, atento o regime legal próprio a que se encontra sujeito o advogado, não se presume pela simples circunstância de existir uma prestação de serviços de advocacia. É necessária a demonstração de circunstâncias concomitantes disso mesmo indiciadoras.

VIII — Diga-se, finalmente, como mesmo a não ser como defendemos, o que se refere sem conceder, e a entender-se dever aplicar-se sem mais a incompatibilidade do artigo 414.º/A/1/e) pela simples circunstância de um advogado prestar serviços jurídicos a uma sociedade sendo também membro de um órgão ao qual se aplica o preceito em referência, sempre esses serviços jurídicos seriam, não quaisquer uns, mas apenas, e de acordo com o artigo, os que se assumam como significativos.

IX — Resolvida a questão colocada pelo artigo 414.º/A/1/e) do Código das Sociedades Comerciais importa, agora, saber qual o alcance do artigo 414.º/5 e em que medida pode ele condicionar ou impedir um advogado que se encontre nalguma das condições mencionadas nas suas duas alíneas de exercer funções na mesa da assembleia geral⁽⁵⁶⁾. Uma resposta adequada a esta interrogação obriga a ter bem presente quanto dispõe o preceito agora em análise. É o seguinte, lembre-se, o seu teor:

Considera-se independente a pessoa que não esteja associada a qualquer grupo de interesses específicos na sociedade nem se encontre

⁽⁵⁶⁾ Sendo que quanto dissermos a este respeito valerá também, *mutatis mutandis*, para o conselho fiscal.

em alguma circunstância susceptível de afectar a sua isenção de análise ou de decisão, nomeadamente em virtude de:

- a) Ser titular ou actuar 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.

(...)

X — Se bem se atentar na disposição acabada de transcrever verifica-se ser o seu alcance reduzido. Na verdade, ela não vem estabelecer, contra quanto tem sido pretendido e sustentado, quem não deve ser considerado independente mas, sim, e com meridiana clareza⁽⁵⁷⁾, quem pode ser considerado independente⁽⁵⁸⁾. Com efeito, o preceito agora em questão (limita-se a) enuncia(r) *ipsis*

⁽⁵⁷⁾ A expressão usada é «*considera-se independente*».

⁽⁵⁸⁾ Não nos parece, pois, de subscrever a posição de quantos têm sustentado (assim, *colorandi causa*, GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *A fiscalização...*, in *Reformas...*, 288 e 289, 304 e ss.) estabelecer o artigo 414.º/5 causas de perda da independência. É, de facto, muito diversa a norma contida, por um lado, no artigo 414.º/5 do Código das Sociedades Comerciais e a constante, por outro, do artigo 1.º/2/a) do regulamento 7/2001 da CMVM. Neste estabelece-se claramente que, para efeitos da sua aplicação, não são considerados administradores executivos independentes os que estejam associados a quaisquer grupos de interesses específicos na sociedade ou que se encontrem nalguma circunstância susceptível de afectar a sua isenção de análise e de decisão, estando nessa categoria, nomeadamente, os que sejam titulares, exerçam funções de administração, tenham vínculo contratual ou actuem em nome ou por conta de titulares de participação qualificada igual ou superior a 10% do capital social ou dos direitos de voto na sociedade, ou de idêntica percentagem em sociedade que sobre aquela exerça domínio, nos termos do disposto no Código dos Valores Mobiliários ou os membros do órgão de administração que sejam titulares, exerçam funções de administração, tenham vínculo contratual ou actuem em nome ou por conta de titulares de participação qualificada igual ou superior a 10% do capital social ou dos direitos de voto na sociedade concorrente. É não apenas a redacção a mostrar-se diferente mas as próprias percentagens referidas nas duas normas a revelarem-se completamente distintas. Atenta esta circunstância e a aparente incompatibilidade existente, neste aspecto, entre o artigo 414.º/5 do Código das Sociedades Comerciais e o artigo 1.º/2/a) do regulamento 7/2001 da CMVM (não apenas no que às valorações diz respeito mas concretamente quando em causa estejam os membros da comissão de auditoria, simultaneamente fiscalizadores e administradores). GABRIELA FIGUEIREDO DIAS defende a revogação tácita deste último pelo primeiro. Procedendo-se a uma interpretação-compreensão-aplicação do artigo 414.º/5 nos moldes por nós defendidos pode e deve-se perfeitamente considerar em vigor o disposto no regulamento quanto aos requisitos de independência dos administradores.

verbis um conjunto de circunstâncias cuja verificação permite considerar ou presumir, de forma de resto elidível, que certas pessoas por elas abrangidas são independentes. Ele não nos diz, em lado algum, determinar a não verificação dessas mesmas circunstâncias uma situação de falta de independência. Perguntar-se-á se não é, todavia, possível, através de um raciocínio *a contrario* a partir do artigo 414.º/5 do Código das Sociedades Comerciais, assentar-se nas situações consideradas como de independência para se chegar àquelas que devem ser consideradas como de falta de independência. A resposta afigura-se-nos claramente negativa⁽⁵⁹⁾. Mesmo sem considerar a posição de quem, como KELSEN⁽⁶⁰⁾, julga o argumento *a contrario* totalmente desprovido de valor, por não existir qualquer critério susceptível de permitir optar entre ele e a analogia. Na verdade, aceitando a operacionalidade deste esquema de raciocínio, a improcedência ou inviabilidade, no nosso caso específico, de recurso ao argumento *a contrario* parece impor-se claramente por a sua utilização depender, de acordo com a orientação tradicional, da presença de uma norma excepcional⁽⁶¹⁾. Ora, no caso em apreço, e não obstante todas as dificuldades causadas pela determinação da excepcionalidade, ou não, de uma norma, facilmente se constata não ser a afirmação ou presunção de independência de quantos se encontram nas condições referidas nas duas alíneas do artigo 414.º/5 do Código das Sociedades Comerciais algo de excepcional. De facto não é, de modo algum, sustentável a afirmação segundo a qual a independência é excepcional e a dependência a regra⁽⁶²⁾. Dir-se-á ser mesmo o contrário.

⁽⁵⁹⁾ Além disso, mesmo quando fosse positiva, parece-nos claro que o artigo 414.º/5 do Código das Sociedades Comerciais só viria estabelecer uma presunção de falta de independência e não uma desqualificação inelidível.

⁽⁶⁰⁾ KELSEN, *Teoria pura do direito*, 4.ª edição, tradução de BAPTISTA MACHADO, Coimbra, 1976, 468.

⁽⁶¹⁾ Assim cfr., a título meramente exemplificativo, OLIVEIRA ASCENSÃO, *O direito. Introdução e teoria geral*, 13.ª edição refundida, Coimbra, 2005, 471 e 472, sublinhando mesmo assim a circunstância de o argumento lógico, compreendido na interpretação enunciativa, *a contrario* em certos casos não ser sequer susceptível de funcionamento perante regras excepcionais; e ELSA SEQUEIRA SANTOS, *Analogia e tipicidade em Direitos Reais*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Inocêncio Galvão Telles*, 2003, IV, 477.

⁽⁶²⁾ Se se preferir que o cumprimento rigoroso dos princípios, regras e deveres a

Numa perspectiva normativa da interpretação(compreensão)-aplicação do Direito orientado para a busca de soluções justas e normativamente adequadas para os concretos casos decididos a aceitação segundo a qual o artigo 415.º/5 do Código das Sociedades Comerciais se limita a consagrar uma presunção de independência, não contendo qualquer regra de desqualificação, é também a mais adequada⁽⁶³⁾. Na verdade, num fenómeno patente para o qual a nossa Doutrina chamou quase de imediato a atenção, uma interpretação excessivamente rigorosa das regras relativas à independência dos órgãos sociais de certas sociedades comerciais pode conduzir a uma perversão extremamente funesta e perigosa: a sujeição e captura da sociedade pelos membros «independentes» tornados verdadeiros profissionais da «independência» ou, quando se pretenda evitar este resultado, a condenação do ente colectivo a servir-se de segundas linhas ou escolhas, excessivamente distantes da vida societária não apenas da concreta instituição na qual desempenham funções mas em geral e, quanto mais não seja apenas por isso mesmo, sem qualquer aptidão para o desempenho das funções que lhes são atribuídas⁽⁶⁴⁾.

que uma determinada pessoa se encontra sujeita e a aptidão, vocação e tendência para tal seja excepcional e o seu incumprimento a regra.

⁽⁶³⁾ Dir-se-á que, por si só, a circunstância de a lei afirmar que certas pessoas se consideram independentes, em vez de dizer claramente quem é dependente, não é decisiva para considerarmos haver aqui uma mera presunção de independência e não de dependência. Atenta a perspectiva normativa do processo interpretativo em que, como resulta do que escrevemos antes acerca do problema metodológico da interpretação, nos colocamos, diremos não podermos estar mais de acordo. Mas deve acrescentar-se o seguinte: isso seria também assim na hipótese contrária. Mesmo que a fonte a interpretar estabelecesse que se consideravam como dependentes as pessoas que se encontram em determinadas situações isso não seria suficiente, por si só, e numa perspectiva metodológica adequada do processo de interpretação(compreensão)-aplicação do Direito, para se determinar qual o sentido da presunção. Depois de quanto escrevemos, facilmente se compreenderá não podermos aceitar que tudo passaria afinal pela mera consideração da letra da lei (com interesse pode ver-se PEDRO FERREIRA MÚRIAS, *Por uma distribuição fundamentada do ónus da prova*, Lisboa, 2000).

⁽⁶⁴⁾ GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *A fiscalização societária...*, in *Reformas...*, 303 e 304. Mas outros argumentos se poderiam ainda adicionar ao exposto no texto, para, numa perspectiva e compreensão metodológica adequada do problema da interpretação(compreensão)-aplicação do Direito, em conjunto com o sentido da letra da lei e os demais motivos referidos *supra* neste nosso trabalho, justificar o entendimento do artigo 414.º-A do Código das Sociedades Comerciais como uma norma da qual se extrai

XI — O sentido por nós aqui proposto para o artigo 414.º/5 do Código das Sociedades Comerciais parece, aliás, impor-se com razão acrescida no caso do exercício da presidência da mesa por advogado, como resulta de tudo quanto se disse já a propósito da afirmação de independência dos advogados decorrente da lei, através do Estatuto da Ordem dos Advogados. Aliás, face a este estatuto afigura-se inclusivamente discutível — para se utilizar um eufemismo — se a verificação, ou não, das condições constantes do artigo 414.º/5/a) e b) tem, no caso dos advogados, qualquer relevância. Nos termos do artigo 76.º dos referidos Estatutos será sempre, do ponto de vista legal e jurídico, de considerar ou presumir como independente⁽⁶⁵⁾, mesmo quando no exercício ou complemento das suas funções profissionais seja chamado a intervir em órgãos de uma sociedade. A independência só não se poderia nesta perspectiva, e a esta luz, presumir, contra o disposto no artigo 414.º do Código das Sociedades Comerciais, se o desempenho das funções sociais nada tivesse a ver com o exercício das funções de advogado.

Perguntar-se-á, todavia, e a esta luz, qual o enquadramento a dar àquelas situações nas quais o membro da mesa, e concretamente o seu presidente, esteja associado a um grupo de interesses específicos ou se encontre em alguma outra circunstância susceptível, em tese, de poder eventualmente afectar a sua decisão de aná-

apenas uma presunção de independência e não uma presunção de dependência. A título meramente ilustrativo refere-se a própria liberdade de escolha da profissão ou género de trabalho, consagrada inclusivamente a nível constitucional (cfr. o artigo 47.º da CRP), e cuja circunscrição tem de ser sempre extremamente ponderada e cuidadosa — ponderação e cuidado, portanto, de que deve fazer mostras o próprio intérprete-aplicador, não se deixando aprioristicamente subjugar por raciocínios de cariz meramente formal ou lógico (como é por exemplo o argumento *a contrario* ou mesmo o mero recurso à letra da lei) e cuja consequência acaba por ser, justamente, o estabelecimento de limitações ou restrições a essa liberdade, sem quaisquer outros motivos que não sejam o próprio recurso ao formalismo usado.

⁽⁶⁵⁾ No sentido da inexistência de qualquer incompatibilidade entre as funções de advogado de determinada sociedade e o preenchimento de lugares na mesa da respectiva assembleia geral se tem, aliás, repetidamente pronunciado a Ordem dos Advogados. Cfr. *Deliberação do Conselho Geral da Ordem dos Advogados de 29-06-2006; Parecer do Conselho Geral da Ordem dos Advogados n.º E-21/04*, disponível através do endereço <http://www.oa.pt/Conteudos/Pareceres/detalhe_parecer.aspx?idc=5&idsc=158&ida=51168>; *Parecer do Conselho Geral da Ordem dos Advogados n.º E-15/05*, in <http://www.oa.pt/Conteudos/Pareceres/detalhe_parecer.aspx?idc=5&idsc=158&ida=51170>.

lise ou de decisão, nomeadamente em virtude da verificação de algum dos factos descritos no artigo 414.º/5 do Código das Sociedades Comerciais. Em hipóteses como essas, a presunção legal de independência não pode naturalmente funcionar nem tem essa pretensão. Deverá, pois, sempre que existir alguma circunstância susceptível de, em abstracto, interferir com as funções do membro da mesa ou da respectiva presidência, proceder-se à demonstração de que elas importaram, ou não, de facto, numa efectiva perda da independência do administrador de acordo com as regras gerais do ónus da prova. Valerá, todavia, aqui ainda quanto se disse já acerca do peso e importância do dever de independência pendente sobre os advogados por força do respectivo Estatuto.

XII — A prova final de que as incompatibilidades e impedimentos resultantes do funcionamento conjugado dos artigos 374.º/A, 414.º/5 e 414.º-A do Código das Sociedades Comerciais não devem nem podem ser interpretados ao pé da letra é-nos fornecida por esse próprio diploma. Senão, repare-se, no já antes por nós mencionado artigo 374.º/4 do Código das Sociedades Comerciais, ao prever não apenas a possibilidade de, verificadas certas circunstâncias particulares, um accionista exercer pontualmente as funções de presidente da mesa da assembleia geral mas, mais do que isso, ir ao ponto de determinar qual deve ser esse accionista em razão do maior número de acções por ele detido. Uma qualquer pretensão no sentido de que os artigos 374.º/A, 414.º/5 e 414.º-A conteriam uma inarredável e literal disciplina das situações em que se verificaria um impedimento para o desempenho de funções de membro da mesa teria ditado o puro e simples aniquilar da possibilidade consagrada no artigo 374.º/4 do Código das Sociedades Comerciais de o maior accionista ser chamado a ocupar esse lugar. Sendo que se houvesse qualquer pretensão de, em termos esgotantes, completamente esgotantes, se definir uma inafastável e literal disciplina, nos artigos 374.º/A, 414.º/5 e 414.º-A, de impedimento para desempenho de lugares na mesa da assembleia — e considerando a circunstância de o seu teor e redacção ter sido revisto precisamente na mesma altura e ocasião em que se procedeu à introdução no Código das Sociedades Comerciais do artigo 374.º/A —

pareceria no mínimo estranho que se não tivesse alterado ou suprimido o critério de escolha do presidente de certa assembleia geral em função da maior quantidade de acções detidas⁽⁶⁶⁾.

4. 2. A aplicação no tempo do artigo 414.º/5 do Código das Sociedades Comerciais

I — Resta-nos agora abordar a última questão mencionada no início deste estudo: aquela que se prende com o problema da aplicação no tempo do artigo 414.º/5 do Código das Sociedades Comerciais.

Partindo do pressuposto segundo o qual o artigo 414.º/5/b) contém uma causa de desqualificação⁽⁶⁷⁾, GABRIELA FIGUEIREDO DIAS defende a sua aplicação apenas a casos futuros — numa linha que advoga, aliás, ser aplicável, na generalidade, para a interpretação das regras de independência, relativamente a todo o espaço que as normas deixem para interpretação (*sic*)⁽⁶⁸⁾ — de forma a apenas serem contabilizados os mandatos cumpridos após a entrada em vigor da norma de que agora se cura.

Para alicerçar esta sua posição louva-se, em primeiro lugar, a autora no argumento segundo o qual o carácter altamente exigente e restritivo do regime da independência que a reforma do Código das Sociedades Comerciais agora oferece e nos efeitos perversos que dele podem resultar⁽⁶⁹⁾ tornam prudente uma interpretação das

⁽⁶⁶⁾ Poder-se-ia, é certo, sustentar que esse accionista não poderia ultrapassar o limiar de 2% supostamente imposto por lei. Depois de quanto dissemos já nos parecer ser o sentido desse patamar não existe qualquer razão para em concreto o substituto do presidente eleito não poder ter mais percentagem do capital da sociedade.

⁽⁶⁷⁾ Que a ser aceite não poderia nunca ser absoluta, tratando-se antes de uma simples presunção de desqualificação.

⁽⁶⁸⁾ Mas sublinhe-se, com a devida vénia e consideração: espaço para a interpretação das normas é algo que existe necessariamente e por natureza. É uma imposição da própria ontologia das mesmas e do Direito, entendido este de forma adequada e correcta.

⁽⁶⁹⁾ Esses efeitos foram já aqui sublinhados por duas vezes. Voltamos a recordá-los. Eles prendem-se com a circunstância de uma interpretação excessivamente rigorosa das regras da independência poder conduzir a um resultado oposto ao pretendido pela consagração de regras nas quais se suscita a presença de membros independentes nos órgãos sociais: a sujeição e captura da sociedade por esses mesmos membros tornados verdadei-

respectivas normas no sentido menos gravoso susceptível de ser delas extraído, na exacta medida em que elas ainda comportem uma margem para a interpretação sem corromper o seu fundamental significado e a sua mais elementar teleologia⁽⁷⁰⁾.

Em segundo lugar, em apoio deste seu entendimento, recorre GABRIELA FIGUEIREDO DIAS ao ensinamento de PAULO OLAVO CUNHA para quem os critérios de independência e as novas incompatibilidades dos membros da mesa da assembleia geral só devem considerar-se aplicáveis às designações posteriores à entrada em vigor do Decreto-Lei n.º 72-A/2006.

II — Quanto ao primeiro argumento é a própria autora a afirmar a respectiva fragilidade⁽⁷¹⁾. Não a acompanhamos, porém. Já atrás o sublinhámos: numa perspectiva normativa da interpretação(compreensão)-aplicação do Direito, orientada para a busca de soluções justas e normativamente adequadas para os concretos casos decidendos, a perversão a que uma interpretação excessivamente rigorosa das regras relativas à independência dos órgãos sociais de certas sociedades comerciais pode conduzir afigura-se, não apenas, importante, mas fundamental. E isto é assim, de resto, num campo que ultrapassa a delimitação da sua aplicação no tempo para assumir relevância na própria fixação do conteúdo da norma — e no sentido por nós aqui preconizado. Quanto não nos parece, pois, de subscrever é o entendimento defendido por GABRIELA FIGUEIREDO DIAS segundo o qual o artigo 414.º/5/b) seria uma norma de desqualificação^(72/73). Na nossa

ros profissionais da independência ou, quando se pretenda evitar este resultado, a condenação do ente colectivo a servir-se de segundas linhas ou escolhas, excessivamente distantes da vida societária, não apenas da concreta instituição na qual desempenham funções mas em geral e, quanto mais não seja apenas por isso mesmo, sem qualquer aptidão para o desempenho das funções atribuídas.

⁽⁷⁰⁾ GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *A fiscalização societária...*, in *Reformas...*, 306.

⁽⁷¹⁾ GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *A fiscalização societária...*, in *Reformas...*, 306.

⁽⁷²⁾ GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *A fiscalização societária...*, in *Reformas...*, 304 e ss..

⁽⁷³⁾ Mesmo se na forma de mera presunção, questão que de resto a autora não esclarece.

opinião ele limita-se, já o vimos, a estipular uma presunção de independência.

Relativamente ao entendimento expresso a este respeito por PAULO OLAVO CUNHA, e invocado por GABRIELA FIGUEIREDO DIAS — no sentido segundo o qual o regime das normas de independência e das incompatibilidades dos membros da mesa das assembleias gerais e outros órgãos sociais apenas se aplicaria a novos mandatos cujo exercício seja posterior à entrada em vigor da reforma de 2006 do Código das Sociedades Comerciais — esse não o podemos, com a devida vênia e consideração, subscrever de todo em todo. E não apenas por PAULO OLAVO CUNHA julgar ver, também ele, nessas normas hipóteses de desqualificação quando nós entendemos estar presente no artigo 414.º/5 do Código das Sociedades Comerciais uma mera presunção de independência, aliás susceptível de afastamento mediante prova em contrário. A posição do ilustre e distinto autor vai muito para além do campo de aplicação do artigo em referência, estendendo-se a todas as hipóteses para as quais se consagra uma nova exigência ao nível da independência ou incompatibilidade dos membros da mesa ou de outros órgãos societários. De acordo com este autorizado comerciantista, o regime de independência e das incompatibilidades constituiria doravante uma condição de validade substancial da designação, que seria nula se efectuada em violação dessas condições⁽⁷⁴⁾. Mas não nos parece, insista-se, com a devida consideração, ser assim. Mesmo quando nos encontrássemos perante normas de desqualificação, nem por isso poderíamos considerar estar-se diante de requisitos substanciais de eleição ou escolha dos sujeitos por ela abrangidos. Basta atentar-se na possibilidade de o membro do órgão social ser independente e se encontrar numa situação de total compatibilidade vindo a perdê-la em altura posterior, em virtude de alguma causa superveniente⁽⁷⁵⁾. Nessa eventualidade ficará des-

⁽⁷⁴⁾ Assim, PAULO OLAVO CUNHA, *A aplicação no tempo da reforma de 2006 do Direito Societário português*, in *Revista da Ordem dos Advogados*, 2007, I, 67, 219; Id., *Direito...*, 41 e ss..

⁽⁷⁵⁾ Pense-se, por exemplo, na hipótese de no momento da eleição, ocorrido já depois da entrada em vigor da reforma do Código das Sociedades Comerciais efectuada em 2006, não se verificar, ainda, qualquer prestação de serviço do tipo mencionado no

qualificado não podendo continuar o seu mandato. Mas isso não se deve a nenhuma exigência substancial da designação ou nomeação nem a consequência passa a ser a respectiva nulidade. Deve-se, isso sim, a normas nas quais se estabelecem os pressupostos ou condições para o exercício ou desempenho de certo cargo social.

III — Desenvolvendo o princípio da retroactividade nos moldes da teoria do facto passado, o artigo 12.º/2 do Código Civil diferencia dois tipos de normas⁽⁷⁶⁾: as que dispõem sobre requisitos de validade (substancial ou formal) de factos ou sobre efeitos de quaisquer factos — primeira parte do preceito em referência — e aquelas outras que estabelecem sobre o conteúdo de certas situações jurídicas e o modelam sem olhar aos factos geradores de tais situações — segunda parte. As primeiras apenas são susceptíveis de aplicação aos factos novos. As segundas, essas, já se aplicam às situações jurídicas constituídas antes da lei nova, mas subsistentes ou em curso à data da respectiva entrada em vigor⁽⁷⁷⁾. Se se preferir, numa outra formulação sintética, dir-se-á dever distinguir-se entre a constituição e o conteúdo das situações jurídicas⁽⁷⁸⁾. À constituição — e portanto aos requisitos de validade substancial e formal e aos factos constitutivos — aplica-se a lei do momento em que essa constituição acontece. Ao conteúdo das situações subsistentes à data da entrada em vigor da lei nova aplica-se imediatamente essa lei no respeitante ao regime futuro deste conteúdo e seus efeitos — com ressalva, porém, em termos que não analisaremos agora das situa-

artigo 414.º/A/1/e). Ou na eventualidade de no momento da eleição do presidente da mesa ele não actuar em nome ou por conta de titulares de participação qualificada igual ou superior a 2%. Todavia, em momento posterior à eleição isso passa a suceder. Nessa eventualidade, e a partir da referida verificação, o membro do órgão social passa a ficar desqualificado sem se verificar qualquer tipo de nulidade da respectiva nomeação, escolha ou eleição, como é bom de ver.

⁽⁷⁶⁾ Assim também, expressamente, BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito e ao discurso legitimador*, Coimbra, 1983, 223.

⁽⁷⁷⁾ Acerca da problemática da aplicação das leis no tempo pode ver-se, *colorandi causa*, de entre a multidão de estudos susceptíveis de serem aqui mencionados, BAPTISTA MACHADO, *Âmbito de eficácia e âmbito de competência das leis*, Coimbra, 1970 (D07-527); Id., *Introdução ao Direito...*, 220 e ss.; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Introdução...*, 545 e ss.; JOSÉ BRONZE, *Lições...*, 833 e ss..

⁽⁷⁸⁾ BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito...*, 233 e 234.

ções de origem contratual relativamente às quais pode existir como que uma sobrevivência da lei antiga⁽⁷⁹⁾.

Sucede, porém, que a fórmula do facto passado só seria inteiramente exacta e operativa se a aplicação da lei nova a quaisquer factos passados implicasse retroactividade da mesma⁽⁸⁰⁾. Figuremos os seguintes exemplos igualmente propostos por BAPTISTA MACHADO⁽⁸¹⁾:

— A lei nova vem aumentar o elenco das causas de indignidade sucessória definido nos artigos 2034.º a 2038.º do Código Civil. É aplicável a factos praticados antes da sua entrada em vigor? E se uma nova lei entra em vigor entre a abertura e a partilha da herança?

— A lei nova vem estabelecer não poderem adquirir o estatuto de comerciante aqueles que tenham praticado determinado delito ou tipo de delito antieconómico. Será esta lei aplicável a factos delituais praticados sob a vigência da lei antiga mas que ao tempo não eram factor de impedimento?

A resposta deve ser afirmativa em ambos os casos⁽⁸²⁾. Perguntar-se-á, todavia, como? Não se trataria de uma anomalia, de uma situação de aplicação retroactiva da lei nova?

A interrogação é, não obstante o aparente desvio a que a solução preconizada parece dar, de fácil resolução se, como é apropriado, distinguirmos, de um lado, entre factos determinantes da competência da lei aplicável e, do outro, factos abrangidos no campo de aplicação da norma competente⁽⁸³⁾. É que não são, na verdade, quaisquer factos a determinarem a competência da lei aplicável mas, tão-só, os factos constitutivos, modificativos ou extintivos de situações jurídicas⁽⁸⁴⁾. Destarte, a teoria dos factos passados enquanto critério determinante da aplicação da competência da lei nova deve

⁽⁷⁹⁾ Sobre tudo isto v., novamente, BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito*..., 234.

⁽⁸⁰⁾ BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito*..., 234 e 235.

⁽⁸¹⁾ BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito*..., 222 e 223.

⁽⁸²⁾ Na mesma direcção se pronuncia, por exemplo, BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito*..., 235.

⁽⁸³⁾ Cfr. a este respeito BAPTISTA MACHADO, *Âmbito*..., *per totum*; Id., *Introdução ao Direito*..., 235.

⁽⁸⁴⁾ V., novamente, BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito*..., 235.

ser formulado nos seguintes moldes: a lei nova não se aplica a factos constitutivos, modificativos ou extintivos verificados antes do seu início de vigência⁽⁸⁵⁾. Mas nada impede que, determinada a competência da lei nova, a mesma lei seja aplicada a factos passados por ela assumidos como pressupostos impeditivos ou desimpeditivos⁽⁸⁶⁾.

Pertencem ao quadro dos factos pressupostos, cuja localização no tempo não influi sobre a determinação da lei aplicável, designadamente, os impedimentos matrimoniais, as causas da indignidade sucessória, os fundamentos de deserdação, etc.. Pertencem, também, à mesma categoria os efeitos inibitórios e outros (relativamente, por exemplo, à inibição do poder paternal) quando não ligados obrigatoriamente à condenação penal, assim como quaisquer consequências mediatas de uma situação jurídica regulada por uma lei sobre uma situação jurídica regulada por outra lei — referindo-se, a título de exemplo, a hipótese de uma lei nova vir pela primeira vez retirar direitos sucessórios aos cônjuges separados judicialmente: ela aplica-se mesmo aos casos em que a separação teve lugar na vigência da lei antiga⁽⁸⁷⁾. Isto quer dizer que a circunstância, em si mesma, de os factos susceptíveis de ditarem a situação de incompatibilidade ou de susceptibilidade de perda de independência terem ocorrido no passado, por si, não importar qualquer forma de retroactividade. Não estão, por exemplo, fora do alcance do artigo 414.º-A/1/g) aqueles que se tenham casado antes da respectiva entrada em vigor. O mesmo se dirá sempre a título ilustrativo relativamente ao artigo 414.º-A/1/j) de todos quantos tenham sido declarados interditos, inabilitados ou insolventes. Por isso, se alguém for eleito hoje e, antes da vigência do regime de independência e incompatibilidade, já se encontrar nalguma circunstância considerada relevante para efeitos de aplicação desse mesmo regime ele terá naturalmente aplicação. Essencial para a

(85) BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito...*, 235, sublinhando a circunstância de por isso ela ser retroactiva sempre que se aplique a factos passados por ela própria assumidos ou visados como factos constitutivos, modificativos ou extintivos de situações jurídicas.

(86) BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito...*, 235, fala ainda a este respeito em pressupostos negativos ou positivos.

(87) BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito...*, 236.

compreensão deste fenómeno é a manutenção de forma clara da distinção entre âmbito de competência e âmbito de aplicação de uma norma. Uma vez estabelecida a lei competente cabe a esta definir, de modo livre, o seu domínio de aplicação, podendo fazê-lo reportando-se a factos anteriores concretamente verificados antes do seu início de vigência — conquanto, sublinhe-se novamente, não lhes atribua efeito constitutivo utilizando-os, tão-só, como pontos de referência para a definição do regime material da situação jurídica sujeita à sua vigência⁽⁸⁸⁾. Nestes casos dir-se-á, por exemplo, com ROELLECK⁽⁸⁹⁾ e, entre nós, BAPTISTA MACHADO⁽⁹⁰⁾, existir, não uma situação de retroactividade, mas sim de retroconexão.

⁽⁸⁸⁾ Sobre tudo isto, na mesma direcção, BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito...*, 236.

⁽⁸⁹⁾ ROELLECK, *Grundgesetz Mitarbeiter Kommentar*, organizado por UMBACH/CLEMENS 2002, 1, Art. 1 — 37 GG, comentário ao artigo 20, 1291, suscitando a questão da respetiva admissibilidade constitucional. O problema tem de resto sido objecto de várias decisões do Tribunal Constitucional alemão. Não obstante algumas objecções e resistências levantadas à sua admissibilidade, incluindo pelo próprio Tribunal Constitucional tudesco, pode dizer-se haver uma abertura, no espaço jus cultural tudesco, para aceitação da admissibilidade da retroconexão, pelo menos, se ela não vier frustrar a necessária tutela da confiança na manutenção de uma situação favorável ou, mais propriamente, se a frustração da tutela da confiança na subsistência da posição favorável não for superior ao interesse público. Mas não faltam posições claramente mais permissivas para as quais a escolha dos factos (pretéritos ou porvir) aos quais a norma associa para o futuro é exclusivo problema do conteúdo dessa mesma norma. Ou mesmo quem afirma apenas fazer sentido ponderar e balancear a tutela da confiança, de um lado, e o interesse público, do outro, nos casos de verdadeira retroactividade. Tratando-se de retroconexão a norma, mesmo se se relaciona com factos passados, diz, afirma-se, respeito apenas a efeitos futuros e não fechados desses factos. Por isso, a confiança, devido à abertura do possível desenvolvimento dos efeitos jurídicos por verificar, ainda não se formou de forma sólida e as pessoas e sujeitos de Direito não têm não podem ter, nenhuma garantia ou pretensão à imutabilidade das normas jurídicas. É, porém este um ponto insusceptível de desenvolver aqui. Para mais referências a este propósito cfr., ainda, *colorandi causa*, GUNTER KISKER, *Die Rückwirkung von Gesetzen*, 1963, 24 a 26; GERHARD OTTE, *Das Pflichtteilsrecht — Verfassungsrechtsprechung und Rechtspolitik*, in *Archiv für die Civilistische Praxis*, 2002, 202, 334; JAN DIRK HARKE, *Rechtsnatur der Einrede und Rückwirkungsverbot. Bundes-Bodenschutzgesetz und mietrechtliche Verjährung*, in *Idem, ibidem*, 956; GERHARD DANNECKE, *Das Intertemporale Strafrecht*, 1993, 201 e 202; HEIKE POHL, *Rechtsprechungsänderung und Rückanknüpfung*, 2005.

⁽⁹⁰⁾ BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao Direito...*, 236, que fala também a este respeito em referência pressupponente.

IV — Diferente pode apresentar-se a situação daquele que se encontrava já em exercício de funções ao tempo da entrada em vigor da lei nova. Poderá valer quanto a ele o novo regime das incompatibilidades e independência? Se entendermos, como faz PAULO OLAVO CUNHA, estarmos diante de requisitos ou condições de validade substancial da respectiva designação a resposta deveria ser, na realidade, no sentido de a lei nova só ser aplicada a quem vier a ser eleito depois da sua entrada em vigor. Não nos parece, porém, conforme já antes referimos, nada evidente representar o novo regime de validade e independência de certos órgãos sociais apenas condições ou requisitos de tal natureza. Já fizemos essa demonstração antes, ao sublinharmos como a perda de independência ou a incompatibilidade superveniente têm tanta relevância como a inicial⁽⁹¹⁾. Não voltaremos, por isso, a ela. Agora interessa-nos evidenciar aqui um outro aspecto.

V — Começemos por analisar o artigo 374.º-A do Código das Sociedades Comerciais. Nele sujeita-se os membros da mesa de determinadas sociedades a um determinado regime em matéria de independência e incompatibilidades. Não se faz qualquer menção ao facto gerador da situação jurídica regulada: o exercício das funções de membro da mesa. Dir-se-ia, pois, por esta via estar-se diante de uma hipótese semelhante à regulada na segunda parte do artigo 12.º/2 do Código Civil e, destarte, ser aquele preceito do Código das Sociedades Comerciais imediatamente aplicável às situações já constituídas mas subsistentes à data da sua entrada em vigor. O problema reside na circunstância de o artigo 374.º-A do Código das Sociedades Comerciais não definir, em si mesmo, nenhum regime relativamente à independência e incompatibilidades dos membros da mesa. Ele remete para os artigos 414.º/5 e 414.º-A do mesmo diploma. Estabelecerão estes o regime de uma

(91) Ou se se preferir e dito de outra forma. A comprovação de que não estamos aqui perante condições substanciais de eleição dos membros de certos órgãos sociais ficou feita a partir do momento em que fizemos a demonstração de que as normas cuja aplicação se discute vieram, na verdade, estabelecer um regime aplicável seja qual for o momento em que se coloque a questão da dependência ou independência dos membros dos órgãos sociais abrangidos — e não apenas no momento da respectiva eleição.

determinada situação jurídica abstraindo dos factos que lhe deram origem ou, ao invés, imporão eles condições de validade da eleição ou de certos membros? Julgamos dever tratar em separado cada um dos preceitos agora em referência.

Quanto ao artigo 414.º/5 do Código das Sociedades Comerciais, se se partisse do pressuposto de que ele contém uma causa de desqualificação não nos pareceria, na realidade, vir definir um determinado regime para uma certa situação jurídica considerando os factos dela geradores. Na verdade, e assumindo o pressuposto agora enunciado, a nosso ver, dir-se-á vir regular este preceito o próprio conteúdo de uma situação jurídica abstraindo dos factos dela geradores. Porquê? Porque ele está apenas a moldar as condições e limites ao exercício — que não de validade da eleição — e ocupação da posição de certos órgãos sociais. Tratar-se-ia, em tudo, de uma hipótese equivalente àquela em que a nova norma vem regular de modo diferente os poderes e deveres dos sócios estabelecendo, por exemplo, só poderem os accionistas intervir nas assembleias gerais das sociedades anónimas se tiverem mais de dez acções⁽⁹²⁾, ou os membros do conselho fiscal ou da mesa não necessitarem de ser sócios⁽⁹³⁾. Não se regulam factos, mas o conteúdo de situações jurídicas⁽⁹⁴⁾.

Perguntar-se-á, todavia — partindo sempre do pressuposto da desqualificação — se, ao invés de regular os limites ao exercício de certos cargos sociais e, destarte, o conteúdo de situação jurídica associada à respectiva ocupação e desempenho, não se deve entender regular antes o artigo 414.º/5 do Código das Sociedades Comerciais a situação jurídica concreta e específica relativa à falta de independência? Diríamos não poder uma coisa ser separada da outra. O estabelecimento da relevância da falta de independência liga-se sempre, directamente, ao conteúdo da situação jurídica associada ao desempenho e ocupação do cargo social abrangido

(92) Também aqui se não está a dispor sobre as condições de validade da constituição da própria assembleia geral. Nesta hipótese, como bem sublinha a propósito OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito...*, 560, está-se, isso sim, a regular o conteúdo de situações jurídicas.

(93) No mesmo sentido v. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito...*, 560.

(94) OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito...*, 560.

pela exigência por ela implicada, que esse é regulado com abstracção dos factos dele geradores.

Sucede, porém, e como vimos, não estar, a nosso ver, contemplada nenhuma situação de desclassificação ou exclusão no artigo 414.º/5, mas uma simples presunção de independência a favor de determinadas pessoas que se não encontrem em determinadas circunstâncias. Qual deverá então ser a solução para o problema da aplicação da norma em referência entendida a esta luz? Também aqui se nos afigura que o sentido desta presunção acaba, afinal, por vir a conter alguma forma de regulamentação de uma determinada situação jurídica — o exercício de certo cargo ou função — com desconsideração dos factos que dão origem a essa situação (a eleição, designação, etc.). Logo, também por esta via se constata ser o artigo 414.º/5 do Código das Sociedades Comerciais de aplicação às situações já constituídas subsistentes à data da sua entrada em vigor.

VI — E quanto ao artigo 414.º-A do Código das Sociedades Comerciais? Aparentemente, PAULO OLAVO CUNHA teria razão ao considerar estar-se, no caso das incompatibilidades, perante um requisito de eleição do membro da mesa ou órgão social por ela abrangidas. E isto pela razão simples de o artigo 414.º-A/1 dispor claramente não poderem ser eleitos ou designados todos quantos se encontrem numa das situações mencionadas nas suas várias alíneas. Teríamos, pois, um requisito de validade da própria deliberação. Só que este preceito não está sozinho. Existe um outro, que é igualmente relevante: o artigo 414.º-A/2, por força do qual a superveniência de algum dos motivos indicados no número anterior importa a caducidade da designação. Temos, então, uma hipótese em que a norma vem regular o conteúdo de certas situações jurídicas, mas sem abstrair do facto que lhe dá origem, pois refere-se a ele para determinar a respectiva caducidade. Ou seja: o artigo 414.º-A/1 vem, de facto, regular certas condições de validade da designação dos membros de determinados órgãos sociais. Isso já não sucede, porém, com o artigo 414.º-A/2, pois ao estabelecer uma causa de relevância superveniente, já está no plano das condições e limites ao exercício do próprio cargo. Porém, como não abstrai do

facto gerador o sistema funciona de forma harmónica: as causas de incompatibilidade só assumem relevância perante quem ainda não tenha sido eleito ao tempo da sua entrada em vigor⁽⁹⁵⁾.

⁽⁹⁵⁾ Lembre-se que o artigo 414/3.º/e) do Código das Sociedades Comerciais na redacção anterior à reforma de 2006 apenas estabelecia como causa de incompatibilidade a prestação de serviços remunerados com carácter permanente à sociedade fiscalizada ou com ela em relação de domínio ou de grupo. O artigo 414.º/1/e) abrange os que de modo directo ou indirecto prestem serviços ou estabeleçam relação comercial significativa com a sociedade fiscalizada ou com esta em relação de domínio ou de grupo. As novas exigências não valem, portanto, perante quem já tivesse sido eleito ao tempo da entrada em vigor da reforma de 2006.

