

RESUMO: A ocorrência de uma falta (definitiva ou temporária) dos membros do órgão de administração das sociedades anónimas durante o período de exercício das suas funções gera um procedimento e a convocação dos modos previstos legalmente para a substituição dos administradores cuja vaga se produziu. Este estudo debruça-se em especial sobre a interpretação e o âmbito de aplicação dos artigos 393.º e 425.º, 4, do Código das Sociedades Comerciais.

Palavras-chave: Falta definitiva e temporária; Substituição de administradores; Registo da designação substitutiva.

ABSTRACT: The occurrence of a (permanent or temporary) lack of the board members of public companies during the course of their functional exercise creates a procedure and the calling of the means envisaged by law of replacing the directors whose vacancy took place. This study focuses in particular on the interpretation and scope of the articles 393 and 425, 4, of the Companies Code.

Keywords: Permanent and temporary lack; Replacement of directors; Registration of the substitute directors' appointment.

RICARDO COSTA*

Substituição de administradores de sociedades anónimas**

1. O regime da substituição previsto no art. 393.º do CSC e a falta definitiva de administrador

O art. 393.º do CSC trata (no essencial) dos expedientes de substituição dos administradores de sociedades anónimas em face da existência de uma “vaga” no conselho de administração¹. Para a sua aplicação, a vaga do administrador efectivo terá que se produzir: a) no *decorso do prazo de exercício das suas funções*; b) em relação a situações de falta *individual*

* Professor da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

** O texto corresponde fundamentalmente aos comentários relativos ao art. 393.º e ao n.º 4 do art. 425.º do CSC, constante do volume VI (Artigos 373.º a 480.º) do *Código das Sociedades Comerciais em comentário* (coord. de J. M. Coutinho de Abreu, Códigos n.º 6 – IDET, Almedina, Coimbra, 2013), e resulta em grande medida da investigação plasmada na minha Dissertação de Doutoramento *Os administradores de facto das sociedades comerciais* (Almedina, Coimbra, 2014), em esp. pp. 450 e ss.

Referem-se ao CSC as disposições legais sem qualquer outra indicação.

¹ O preceito foi modificado pelo art. 2.º do DL 76-A/2006, de 29 de Março, tendo como principal novidade a introdução dos n.ºs 1 (faltas injustificadas às reuniões do conselho de administração) e 2 (declaração de falta definitiva do administrador).

definitiva, como *efeito* da extinção ou caducidade da relação administrativa (*independentemente* da sua causa) dos administradores designados por qualquer um dos modos legítimos (originários ou supervenientes)².

Esta falta definitiva produz uma vaga no conselho de administração não gerada pelo decurso do tempo legal ou estatutário para que foram nomeados (neste caso temos uma falta *conjunta* definitiva de todos os administradores, a que se segue a nomeação ou eleição nos termos previstos para a designação originária ou, supletivamente, através de nomeação judicial³)⁴. Ou seja, a cessação de funções em razão do *cumprimento do período* pelo qual o cargo administrativo foi atribuído é uma espécie de extinção *fisiológica*⁵, autonomamente prevista e disciplinada pelo legislador – cessam funções ao mesmo tempo e não se gera o mecanismo de substituição previsto nos n.ºs 3 a 5 do art. 393.º para a integração do conselho; antes se dispõe solução excecional de prorrogação nos termos do art. 391.º, 4 – em relação às ocorrências ulteriores que, antes do termo desse período, conduzam à “falta definitiva” de um ou mais administradores no *decurso do seu exercício de funções* e demandam-proporcionam a respetiva substituição nesses termos do art. 393.º.

Por seu turno, “falta definitiva” implica prévia designação e aceitação eficazes de uma pessoa como membro do conselho de administração

² Para RAÚL VENTURA, “Nota sobre a substituição de membros de órgãos de sociedades anónimas”, *Novos estudos sobre sociedades anónimas e sociedades em nome colectivo. Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 1994 (reimp. 2003), p. 161, neste mesmo sentido, a falta prevista no art. 393.º ocorre sempre que “um administrador tenha sido designado, por algum dos referidos meios legítimos [isto é, “no contrato de sociedade ou por eleição posterior”] e que tenha deixado de exercer ou poder exercer as suas funções”.

³ Cfr. art. 394.º, 1 (“quando tenham decorrido mais de 180 dias sobre o termo do prazo por que foram eleitos os administradores sem se ter efectuado nova eleição”).

⁴ Neste mesmo sentido restritivo, v. RAÚL VENTURA, “Nota sobre a substituição...”, *loc. cit.*, p. 162: “A falta total e simultânea dos membros do Conselho de Administração só pode resultar do termo do tempo legal ou estatutário da duração das funções; nesse caso, a providência a tomar é outra”, ou seja, não é “falta individual de um ou mais administradores” carecida do procedimento de substituição; note-se, todavia, que a falta individual pode ser também de todos os membros do conselho e não ser originada pela extinção temporal do título (como parecia querer induzir o Professor lisboeta). Depois, concordantes: ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades comerciais, valores mobiliários, instrumentos financeiros e mercados*, vol. I, *As sociedades comerciais*, 7.ª ed. (reformulada e actualizada), Coimbra Editora, Coimbra, 2013, p. 470 (por falta de menção), PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2012, por leitura integrada das pp. 723 e ss., MARIA JOÃO DIAS, *A substituição de administradores*, IDET – Miscelâneas n.º 7, Livraria Almedina, Coimbra, 2011, p. 219 (inequívocamente).

⁵ Ou, se quisermos, *previsível*. Uma outra espécie desta forma de extinção é a reforma (contratualmente estabelecida) por velhice ou invalidez.

(inclusivamente tratando-se de vagas referidas a administradores *substitutos* dos previamente designados), ainda que não haja iniciado na prática o exercício de funções de administração. O que arreda este mecanismo de substituição para outras circunstâncias de privação do administrador: falta de aceitação da nomeação ou de eleição dos administradores⁶, declaração de nulidade ou anulação do ato de nomeação, alargamento estatutário do número de administradores do conselho, etc.

Nas hipóteses de extinção *não fisiológica* (integrada ou não por vontade dos sócios e/ou da sociedade) do cargo administrativo *no decurso desse tempo* encontramos várias causas de extinção e caducidade da relação administrativa, como a renúncia, a destituição, a incapacidade ou incompatibilidade supervenientes (art. 401.º), a falta de prestação de caução ou seguro de responsabilidade no prazo legal (art. 396.º, 4), a falta de ratificação pela assembleia de sócios da cooptação feita pelo conselho de administração ou da designação feita pelo conselho fiscal ou pela comissão de auditoria (art. 393.º, 4), a nomeação judicial de administrador (que extingue o vínculo dos administradores supérstites – arts. 394.º, 1 e 3), a eleição/designação (pelas vias comuns ou ordinárias) de um novo conselho, singular ou plural (para a caducidade do administrador judicial: art. 394.º, 1, *in fine*), a revogação por mútuo acordo (desde que não se trate de administrador nomeado judicialmente)⁷, o falecimento, caducidades estatutárias (superação de limites de idade, perda da qualidade de sócio, atuação de uma cláusula *simul stabunt simul cadent*⁸, p. ex.), etc.⁹.

⁶ Contra: RAÚL VENTURA, “Nota sobre a substituição...”, *loc. cit.*, p. 162 (“a vaga existe por falta de vontade do designado”).

⁷ Favoráveis: RAÚL VENTURA, *Sociedade por quotas. Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, vol. III – Artigos 252.º a 264.º, Almedina, Coimbra, 1991, p. 82, JOÃO LABAREDA, “A cessação da relação de administração”, *Direito societário português – algumas questões*, Quid Juris?, Lisboa, 1998, pp. 154-156, COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, p. 151.

⁸ Ou seja, a cláusula através da qual se prevê que, em caso de cessação do cargo por qualquer motivo, ou por alguma ou algumas causas de caducidade expressamente estipuladas, de um ou mais administradores (podendo ainda detalhar-se se a “minoría” ou “maioría” deles), caduca reflexa e automaticamente todo o conselho (*recte*, extingue-se o título do ou dos administradores remanescentes). Sobre a sua validade e efeitos (nomeadamente na relação com a figura do administrador de facto), v. RICARDO COSTA, “A cláusula ‘*simul stabunt simul cadent*’ e a relação de administração com a sociedade”, *DSR*, 2014, vol. 11, pp. 149 e ss.; antes, PINTO FURTADO, *Código Comercial anotado*, volume II, *Das sociedades em especial*, tomo I, Artigos 151.º a 178.º, Almedina, Coimbra, 1986, *sub art.* 172.º, pp. 370-371.

⁹ V. RAÚL VENTURA, “Nota sobre a substituição...”, *loc. cit.*, p. 162, e, desenvolvivamente, JOÃO LABAREDA, pp. 163 e ss., COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais cit.*, pp. 146 e ss. Estes últimos Autores acrescentam, em esp., os eventos extintivos da relação administrativa nos casos de fusão, cisão, transformação e dissolução de sociedades: a extinção

Por expressa menção no n.º 1 da atual versão do art. 393.º, a ultrapassagem do número máximo de faltas injustificadas a reuniões do conselho de administração é *mais uma* hipótese de extinção (por caducidade) da relação administrativa e conseqüente falta definitiva do administrador¹⁰. Neste caso, tudo depende da previsão estatutária sobre esse número máximo, independentemente de tal vicissitude ocorrer de forma seguida ou interpolada – a lei configura mesmo essa cláusula como menção obrigatória nos estatutos. A atribuição do carácter justificado ou injustificado

dos órgãos das sociedades incorporadas ou fundidas na fusão, das sociedades cindidas, dissolvidas e fundidas-extintas na cisão, das sociedades transformadas na transformação (em função da existência de novos órgãos de administração da sociedade transformada); a substituição do órgão de administração pelo órgão de liquidação na sociedade dissolvida (antes de encerrada a liquidação sucessiva), sempre que o(s) liquidatário(s) não coincida(m) com o(s) administrador(es) de direito.

¹⁰ Neste sentido, ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, p. 462. Contraditório: PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais* cit., pp. 723-724 vs 757-758.

Contra, numa interpretação (excessivamente) literal do (modificado pós-2006) art. 393.º, 1, o que pressupõe que a “falta definitiva” deriva exclusivamente da ocorrência de “faltas a reuniões, seguidas ou interpoladas, sem justificação aceite pelo órgão de administração», em número superior ao fixado no contrato de sociedade, v. MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, II volume, *Das sociedades em especial*, Almedina, Coimbra, 2007, p. 787, e “Artigo 393.º”, *Código das Sociedades Comerciais anotado*, coord. de A. Menezes Cordeiro, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, p. 1055. Em sentido idêntico, porém mais explícito, ARMANDO TRIUNFANTE, *Código das Sociedades Comerciais anotado*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, *sub art.* 393.º, pp. 381-382, que vê nos atuais n.os 1 e 2 do art. 393.º “a noção e a efectivação de uma *nova figura* que é a ‘falta definitiva’” (itálico da minha responsabilidade), reservada para “quando o administrador atingir um número de faltas injustificadas que deve ser quantificado pelos estatutos”.

Note-se, porém, que o art. 393.º, 1, se refere a “uma” falta definitiva do administrador – mais uma, portanto, a acrescer às restantes hipóteses a que o art. 393.º, 3, pretende acudir (diz o preceito: “[f]altando definitivamente um administrador...”) – e não à falta definitiva do administrador, reconduzível a todas as situações de extinção e caducidade em que o administrador cessa funções por circunstâncias não fisiológicas. Claro está que o defeito parte da lei, já que não cobra sentido a colocação sistemática do n.º 1 no conteúdo do art. 393.º: se se trata de caducidade originada em vicissitudes relativas à assiduidade no funcionamento colegial do órgão de administração, o *locus* conveniente seria o art. 410.º, que trata das reuniões do conselho. Por outro lado, veja-se que esta leitura é a que melhor se compagina com o teor do art. 253.º, 1 e 3, em que se prevê o mecanismo de substituição de, respetivamente, todos os gerentes e um ou mais gerentes das sociedades por quotas quando esses “faltarem definitivamente” – independentemente da causa de extinção ou caducidade do título que move essa falta e a operatividade dos mecanismos de substituição. Para uma outra visão, traduzida na destrinça entre “falta definitiva em sentido lato” (art. 393.º, 3) e “falta definitiva em sentido estrito” (art. 393.º, 1 e 2, enquanto “causa autónoma de extinção da relação de administração” introduzida na Reforma de 2006 do CSC), v. MARIA JOÃO DIAS, pp. 214 e ss.

da falta é uma competência do próprio conselho, que tem autonomia para apreciar esse carácter em razão dos fundamentos apontados pelo administrador faltoso e da sua própria análise, a não ser que essa ponderação esteja vinculada ao próprio clausulado do pacto que indique os critérios a serem adotados nesse juízo¹¹. Se o pacto for omissivo nessa quantificação (e, ademais, nesses critérios), as ausências sem justificação não têm base para constituir por si só motivo de falta definitiva, mas podem naturalmente dar origem a “justa causa” de destituição (art. 403.º, 4, que é, recorde-se, exemplificativo)¹².

A nomeação dos administradores substitutos está *limitada* “até ao fim do período para o qual os administradores foram eleitos”, numa espécie de temporalidade *derivada* ou *consequencial* (há uma conexão necessária entre a nomeação originária e a vaga produzida antecipadamente): é o que impõe o art. 393.º, 5¹³, o que não pode deixar de ser visto como (mais uma) revelação da força da temporalidade do cargo administrativo na nossa lei das sociedades comerciais¹⁴.

2. O procedimento de substituição

A maior parte das hipóteses de extinção e caducidade causadoras de falta definitiva provocam a disciplina do art. 393.º: (i) a fixação de um “dever de declaração” da falta a cargo do órgão de administração (esta uma verdadeira novidade da Reforma de 2006), previsto pelo n.º 2¹⁵; (ii) a previsão dos mecanismos de substituição previstos pelos n.ºs 3 e 7¹⁶.

¹¹ Neste sentido, ARMANDO TRIUNFANTE, pp. 381-382.

¹² Favorável: ARMANDO TRIUNFANTE, p. 382.

¹³ Neste número (como também no n.º 6) é dito: “As substituições efectuadas nos termos do n.º 1”, tal como estava na versão anterior ao DL 76-A/2006. Mas, corretivamente, deve ler-se “nos termos do n.º 3”, pois é neste número que (tal como antes no n.º 1) se referem os modos de substituição das vagas dos administradores efetivos. Concordantes: COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais cit.*, n. 358bis – p. 147, MENEZES CORDEIRO, “Artigo 393.º”, *loc. cit.*, nn. 5 e 6 – p. 1055, MARIA JOÃO DIAS, p. 257.

¹⁴ V. RICARDO COSTA, “Artigo 391.º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, Volume VI (Artigos 373.º a 480.º), Códigos n.º 6 – IDET, Almedina, Coimbra, 2013, p. 223, e *Os administradores de facto das sociedades comerciais*, Almedina, Coimbra, 2014, n. 823 – p. 396.

¹⁵ Não concordo, portanto, com a restrição desta obrigação para a falta originada pela não assiduidade injustificada, como é feito por ARMANDO TRIUNFANTE, p. 382.

¹⁶ A exceção será a caducidade gerada pela nomeação judicial de administrador: exclui-se a aplicação do n.º 2 e restringe-se a aplicação do n.º 3 à al. d), referida a eleição a *todo o conselho*.

O n.º 2 prescreve como dever do órgão de administração a declaração da existência de falta definitiva individual do ou dos administradores, em razão de se certificar uma causa de extinção ou caducidade da relação administrativa e subsequente “vaga” no conselho.

Não parece que a declaração do órgão administrativo seja compreendida como uma condição de eficácia da cessação da relação de administração ou, por outras palavras, como uma “declaração constitutiva dos efeitos extintivos” dessa relação¹⁷ (ainda que só na relação com o n.º 1 do art. 393.º)¹⁸. A falta definitiva é instituto inequivocamente mais amplo, que apresenta como disciplina *comum* os n.ºs 2 e 3 (e 7, para os administradores eleitos pelas minorias) do art. 393.º.

Assim, a disciplina de *suprimento da falta definitiva* faz-se hoje através de um *procedimento de substituição*, composto de *dois atos-momentos*:

- a) o *primeiro* é o da “declaração da falta definitiva” (393.º, 2), ato que manifesta e formaliza a situação de extinção ou caducidade conhecida ou levada ao conhecimento do órgão de administração, constituindo um *prius para a definição* do ato (ou atos) de designação substitutiva¹⁹;
- b) o *segundo* é o da substituição verdadeiramente dita (393.º, 3 e 7).

Seja como for, creio que, assim sendo, o papel *definidor* da declaração só é verdadeiramente relevante *quando a substituição foge ao círculo de substituições operadas pelo órgão de administração* (“chamada” de suplentes e cooptação: aqui a declaração deve ser mesmo absorvida pela decisão do presidente do conselho de administração em chamar suplente ou suplentes e pela deliberação em cooptar, que, não esqueçamos, correspondem ao *cumprimento de deveres*: cfr. corpo do n.º 3 do art. 393.º – “(...) *deve*

¹⁷ Assim é vista por ARMANDO TRIUNFANTE, pp. 382-383, n. 397 – p. 392, locais onde rejeita a aludida falta de assiduidade sem declaração do órgão de administração como uma modalidade de caducidade e avança com a configuração de uma cláusula resolutiva expressa prevista no contrato de sociedade e dependente de declaração, nos termos do art. 436.º, 1, do CCiv. Em sentido crítico, v. MARIA JOÃO DIAS, n. 6 – p. 215: “a relação de administração caducará automaticamente por excesso de faltas não justificadas”; “o órgão de administração limita-se a constatar a caducidade, que opera automaticamente”; e o administrador que se mantenha em funções após a verificação do facto extintivo “torna-se administrador de facto”.

¹⁸ Nesta visão redutora de aplicabilidade do n.º 2 somente à circunstância prevista no art. 393.º, 1, v. ainda MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, II volume cit., p. 787: “a declarar pela administração”.

¹⁹ Este ato não se aplica ao procedimento de “substituição temporária” de administradores suspensos (art. 393.º, 6; v. *infra*, ponto 3.).

proceder-se à substituição (...). De facto, quando não haja suplentes e não possa (por falta do número suficiente de administradores para o órgão funcionar: art. 410.º, n.º 4) ou tenha caducado a faculdade de cooperação (a fazer no prazo máximo de 60 dias a contar da falta), a declaração deixa de assumir um papel exclusivamente *procedimental na escolha intra-administrativa dos novos administradores* e assume um papel de *comunicação interorgânica*. Ou seja, passa a ser o instrumento para o conselho *comunicar* ao conselho fiscal e à comissão de auditoria (para que estes designem os substitutos ou requeiram a convocação de assembleia eletiva), assim como ao presidente da mesa da assembleia geral (porventura instruída de imediato com o pedido de convocação da assembleia eletiva: v., para este efeito, arts. 375.º, 1, 377.º, 1). Assim, nesta hipótese, a inobservância do “dever de declaração” ganha uma outra dimensão jurídico-normativa: se o órgão de administração não funcionar ou deixar de funcionar pela omissão desse dever (e comunicação subsequente), com a impossibilidade de se gerarem os mecanismos previstos nas als. *c*) e *d*) do n.º 3 do art. 393.º e no seu n.º 7, e daí resultarem prejuízos para a sociedade e/ou para terceiros, haverá responsabilidade dos administradores que compõe o conselho de administração em falta.

3. Falta temporária e suspensão de administrador

A “falta temporária” do administrador pode consistir em situações muito diversas, independentemente de ser mais ou menos duradoura e/ou mais ou menos superável: impossibilidade pessoal de exercício das funções por mor de doença, assistência a familiares, gozo de férias, ausência do país, cumprimento de deveres legais, desempenho de funções públicas, etc.²⁰, que pode dar origem à suspensão de administradores decretada pelo órgão de fiscalização nos termos do art. 400.º; conflito de interesses com a sociedade; impedimentos legais de intervenção nos atos sociais; suspensão judicial cautelar da deliberação social de nomeação²¹; suspensão decidida em processo (de jurisdição voluntária) de destituição judicial (com fundamento em justa causa)²²; suspensão preventiva decretada em processo

²⁰ A este tipo de impossibilidades parece referir-se, pelo menos em parte, o art. 395.º, 4, quando se refere aos “impedimentos” do presidente do conselho de administração. Já agora, os artigos 425.º, 4, e 437.º, 2, aludem a “impedimento temporário” para significar a “falta temporária”, na estrutura com conselho de administrativo executivo.

²¹ Cfr. arts. 380.º e ss. do CPC.

²² V. arts. 403.º, 3, 449.º, 4, do CSC, e 1055.º do CPC.

de inquérito judicial da sociedade²³, em que o juiz ordene a nomeação de um administrador a quem compete “praticar os actos indispensáveis para reposição da legalidade”²⁴; suspensão preventiva (deliberada pelos acionistas) no âmbito de averiguação de “justa causa” de destituição, durante um período máximo de dois meses (aplicação analógica do art. 430.º, 1, al. b), *in fine*)²⁵; etc. Estas situações comungam da circunstância de não se fundarem em causas de “falta definitiva”, ou seja, factos que geram a extinção ou caducidade da relação de administração. Mas distinguem-se entre elas pelo facto de conduzirem ou não à necessidade de substituição do administrador “faltoso”, ou seja, pelo facto de traduzirem ou não (também) a cessação relevante do exercício das funções de administrador.

A causa de falta temporária só faz cessar formalmente o exercício de funções e gerar a necessidade de substituição se der origem à *suspensão* dos administradores. E só para este(s) caso(s) o n.º 6 obriga à substituição temporária dos administradores: “Só haverá substituições temporárias no caso de suspensão de administradores, aplicando-se então o disposto no n.º 3”²⁶. Porém, não considero que a suspensão causadora deste tipo de substituições seja apenas a prevista no art. 400.º, atuada por declaração do conselho fiscal/fiscal único (ainda que no caso de o ser por solicitação do administrador interessado).²⁷ As restantes formas de *suspensão societária* e *não societária* (por *atuação judicial*) geram a necessidade de substituição, com exceção, em princípio, da suspensão ditada nos termos do art. 292.º, 4.

Quanto a esta última, na verdade, uma leitura conjugada dos vários preceitos relevantes do art. 292.º faz-me concluir que a faculdade de suspensão preventiva é derivada da nomeação de um administrador para “repor a legalidade” (al. c) do n.º 3), ou seja, para praticar os atos necessários para que a informação recusada (ou recebida mas “presumivelmente falsa, incompleta ou não elucidativa”) aos sócios possa ser prestada (veja-se que a suspensão prevista no n.º 4 é alternativa à “proibição de interferência” dos administradores nas tarefas confiadas ao administrador judicialmente nomeado). Logo, a suspensão é um *meio julgado adequado* para

²³ Instaurados por acionista(s) de acordo com as possibilidades abertas nos arts. 292.º, 1, ou 450.º, 1, 3 (em conjugação com o art. 449.º, 1 e 2).

²⁴ V. art. 292.º, 4, em relação com a al. c) do n.º 3 e a al. b) do n.º 2, que se devem articular com os arts. 1048.º, 1 e 2, 1049.º a 1051.º do CPC.

²⁵ V., favorável antes da Reforma de 2006, COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., n. 386 – p. 159; com detalhe, v. RICARDO COSTA, *Os administradores de facto das sociedades comerciais* cit., pp. 569-570.

²⁶ Com correção da letra da lei, que se refere ao n.º 1.

²⁷ Neste sentido, RAÚL VENTURA, “Nota sobre a substituição...”, *loc. cit.*, p. 167, MENEZES CORDEIRO, “Artigo 393.º”, *loc. cit.*, p. 1055.

o cabal exercício de uma tarefa *especificada* pelo juiz, de acordo com a lei, para a realização do direito dos sócios à informação (cujo desrespeito precipita a *ilegalidade* a ser reposta). Concretizando essa função de obtenção da informação, o administrador nomeado esgota a sua utilidade e o juiz, depois de garantida a satisfação dos sócios-autores no processo (ouvindo-os), deve fazer terminar a sua tarefa (v. o n.º 5, al. *b*). E, concomitantemente, ordenar o *levantamento* da suspensão dos administradores. Giza-se uma medida de rédea curta e de tempo reduzido, que não implicará a substituição temporária dos administradores suspensos. Em princípio, disse, pois aceito que se mobilize o art. 393.º, 6, para a prática de atos que não possam esperar pelo levantamento da suspensão, isto é, atos urgentes e/ou que não podem ser praticados sem os representantes legais da sociedade e fora do esquema legal ou estatutário de vinculação social (se se exige, p. ex., a intervenção de mais do que um só administrador e todos os outros foram destituídos ou, por qualquer outra razão, deixaram de ser administradores): isto é, atos cuja produção de efeitos claudicaria mesmo no domínio atribuído ao administrador nomeado judicialmente (que é um só, note-se) pela al. *b*) do art. 292.º, n.º 3, para “assegurar a gestão da sociedade” em consequência das destituições (e, por maioria de razão, das suspensões). Nesta circunstância não é a causa da suspensão que leva à substituição – como na regra –, é o facto de a suspensão se verificar naquele momento que funda a substituição^{28,29}

O substituto temporário (e administrador de direito por essa via *medio tempore*) não vai suprir em definitivo o administrador ou administradores “faltoso(s)” – a natureza da “falta” impõe uma substituição limitada no tempo, isto é, uma substituição que só dura até ao termo ou extinção da suspensão ou, se ocorrer antes, até ao fim do período para o qual o administrador substituído foi designado³⁰. Antes do termo do período

²⁸ De tal maneira que estamos perante uma situação análoga à prevista no art. 253.º, n.º 2, a de “falta temporária de todos os gerentes” com substituição por todos os sócios dos poderes de gerência em caso de “acto que não possa esperar pela cessação da falta”: v. RICARDO COSTA, “Artigo 252.º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, Volume IV (Artigos 246.º a 270.º-G), Códigos n.º 4 – IDET, Almedina, Coimbra, 2012, p. 88.

²⁹ Se a suspensão judicial termina com o respetivo levantamento por o juiz considerar «desnecessária a sua [do administrador nomeado judicialmente] continuação», já se houver suspensão acompanhada de destituição de outro ou outros administradores, ela termina quando forem eleitos os administradores (art. 292.º, n.º 5, que, assim, exclui a possibilidade de aplicação dos mecanismos de substituição das als. *a*), *b*) e *c*) do art. 393.º, 3).

³⁰ RAÚL VENTURA, “Nota sobre a substituição...”, *loc. cit.*, p. 167, PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais cit.*, pp. 727, 751, MARIA JOÃO DIAS, p. 259.

de designação, esse é o momento em que os administradores suspensos (substituídos) são reintegrados nas suas funções – p. ex., porque as “condições de saúde” ou as “condições pessoais” deixaram de ser óbice ao exercício administrativo, ou porque terminou o prazo de suspensão preventiva (não judicial) sem que fosse realizada a assembleia de discussão e deliberação sobre a destituição do administrador ou, tendo sido realizada antes de esgotado o prazo de suspensão, não foi deliberada tal destituição –, ou corresponde ao momento em que os procedimentos que implicaram a suspensão acabem por resultar no afastamento do administrador do cargo – por ex., pela pronúncia judicial definitiva de invalidade ou ineficácia da nomeação ou de destituição do administrador. Com o fim da suspensão³¹, em regra, o administrador substituído retoma o exercício das funções, a não ser que o termo da suspensão coincida com uma pronúncia de extinção da relação administrativa desse administrador substituído.

4. Designação substitutiva legal de administrador

Por oposição à designação originária, temos a designação substitutiva para suprir a vaga operada no conselho de administração, seja por falta definitiva ou temporária³². Este é o segundo momento do procedimento de substituição dos administradores faltosos por extinção ou caducidade da relação de administração (não gerada pelo termo do período de exercício do cargo) ou por suspensão temporária. Com a conclusão desse procedimento, temos igualmente por esta(s) via(s) administradores *de direito*, com os mesmos direitos e deveres dos administradores efetivos originários.

Os quatro modos de designação substitutiva previstos no art. 393.º, 3, são *sucessivos* e são mobilizados pela *ordem elencada pela lei*, na dependência da ausência ou impossibilidade de emprego dos anteriormente previstos³³.

³¹ Se a suspensão disser respeito às causas do art. 400.º, 1, deverá o órgão de fiscalização declarar o respetivo termo: v. RICARDO COSTA, “Artigo 400.º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, Volume VI (Artigos 373.º a 480.º), Códigos n.º 6 – IDET, Almedina, Coimbra, 2013, p. 367. Se a suspensão disser respeito a decisões judiciais, a suspensão termina no âmbito do procedimento judicial.

³² JOÃO ESPÍRITO SANTO, *Sociedades por quotas e anónimas – Vinculação: objecto social e representação plural*, Almedina, Coimbra, 2000, p. 406, chama-lhe nomeação “não comum” (onde incluiu também a nomeação judicial do art. 394.º).

³³ RAÚL VENTURA, “Nota sobre a substituição...”, *loc. cit.*, p. 165 (mas apenas quanto aos três primeiros modos: v. *infra*, ponto 5.3., sobre a defesa de concurso da eleição com a cooperação e a designação pelo conselho fiscal e, agora, pela comissão de auditoria); NOGUEIRA

É duvidoso que a designação substitutiva seja de ponderar para as situações de administrador único ou de *caducidade coletiva*, nomeadamente porque se deverá necessariamente excluir as als. a) a c) do n.º 3 do art. 393.º. De todo o modo, com essa ressalva de *aplicação meramente parcial*, poderá convocar-se a al. d) do art. 393.º, 3 (a «eleição de novo administrador», também lida como eleição de *todos os administradores*), o que, de todo o modo, sendo a eleição (entendida como nomeação, eletiva ou não) o modo óbvio de suprimento da vaga até final do período, não deixa de ser qualificável como um modo substitutivo da vaga ou vagas produzidas no órgão de administração singular.

Será que está na disponibilidade dos sócios modificar os modos de designação substitutiva de administradores efectivos, tal como indicados (e na ordem apresentada) no art. 393.º, 3? Raúl Ventura entendia que sim, com exemplos de cláusulas lícitas: “modificar a ordem de chamada dos administradores suplentes, nomeadamente fixando individualmente os suplentes de certos administradores efectivos”; “eliminar a cooptação e a designação pelo Conselho Fiscal [agora também a comissão de auditoria], remetendo apenas (além dos suplentes) para nova eleição”; eliminar apenas ou a cooptação ou a designação pelo Conselho Fiscal [agora também a comissão de auditoria]; “estipular que a ratificação exigida pelo n.º 2 [agora n.º 4] seja submetida apenas à primeira Assembleia *anual* seguinte”³⁴. Considero que é de entender como imperativa a norma no que toca aos *expedientes de substituição* – de tal sorte que a liberdade estatutária não poderá contrariar esse desenho legal, uma vez que *os modos* de substituição e *a sua hierarquia* são *injuntivos*³⁵; a liberdade estatutária dos sócios pode intervir nos *termos em que é usado cada um dos modos de designação* (como na primeira e última

SERENS, *Notas sobre a sociedade anónima*, 2.ª ed., Studia Iuridica 14, Coimbra Editora, Coimbra, 1997, p. 71 (“Os *modos* por que esta [substituição] é feita estão previstos, *por ordem de prioridade*, nas várias alíneas do referido preceito...”); PAULO OLAVO CUNHA, “Designação de pessoas colectivas para os órgãos de sociedades anónimas e por quotas”, *DSR*, 2009, vol. 1, n. 55 – p. 193 e p. 194.

³⁴ RAÚL VENTURA, *últ. est. e loc. cit.*, pp. 168-169.

³⁵ Neste sentido, para a cooptação, BRITO CORREIA, *Os administradores de sociedades anónimas*, Almedina, Coimbra, 1993, p. 760. Referindo-se à taxatividade dos modos de substituição, MARIA JOÃO DIAS, pp. 220, 236; porém, a Autora, a p. 240, admite a alteração estatutária da hierarquia dos procedimentos de substituição.

ilustrações antes referidas³⁶)³⁷, mas não pode escolher, *maxime* por eliminação ou detrimento, os modos de designação para suprir a falta de administradores efetivos (como acontece na segunda e terceira ilustrações), tornando as normas do art. 393.º, 3, derogáveis sem mais por intermédio dos estatutos³⁸. P. ex., é válida a cláusula estatutária que limite o exercício do poder-dever de cooptação: *v. g.*, a cooptação só pode ser convocada para determinadas causas de caducidade; a cooptação fica restrita ao suprimento de um número máximo de vagas do conselho; o reforço do quórum deliberativo para a deliberação de cooptação; a cooptação só pode ser feita por chamada de acionistas ou, de entre os sócios, de acionistas com um certo número de ações ou determinada antiguidade; etc. Para este dado contribui a imperatividade das formas e da ordem com que os modos de substituição são apontados pela lei: “[f]altando definitivamente um administrador, *deve proceder-se* à sua substituição, *nos termos seguintes (...)*” (corpo do n.º 3)³⁹; “*As substituições efectuadas nos termos do n.º 3*⁴⁰ duram até ao fim do período para o qual os administradores foram eleitos”.

5. Formas de designação substitutiva legal

5.1. “Chamada” de suplente(s)

A haver vaga antecipada no conselho, o primeiro modo de designação substitutiva é a “chamada” de suplentes, desde que permitida estatutaria-

³⁶ A primeira refere-se à possibilidade de estipular a correspondência individual do suplente a determinado administrador efetivo: concordante, MARIA JOÃO DIAS, pp. 237-238, 245. Ademais, o n.º 7 do art. 392.º reconhece a “chamada” do “respectivo suplente”, para o administrador eleito de acordo com as regras especiais do art. 392.º.

Quanto à segunda, também MARIA JOÃO DIAS, p. 240, apoia Raúl Ventura.

³⁷ Outra hipótese de validade na estipulação da “chamada” de suplentes é a previsão de a integração pelo ou pelos suplentes (ou certo ou certos suplentes) ser exclusivamente afeta aos administradores que sejam “administradores-delegados” ou membros da comissão executiva (art. 407.º, 3).

³⁸ Concordante: MARIA JOÃO DIAS, pp. 238 e ss.

³⁹ Na versão originária do art. 393.º, o n.º 1 dizia “procede-se à sua substituição”, o que daria outra margem para configurá-la como norma amplamente dispositiva. Hoje, a redação do n.º 3 inclui a formulação transcrita, em resultado da modificação introduzida pelo art. 2.º do DL 76-A/2006. Temos um *signo linguístico* que denota a impossibilidade de derrogação da disciplina, em nome da *garantia de certo esquema organizativo-funcional* na matéria da substituição dos administradores (*v.*, para a análise dos critérios interpretativos sobre a imperatividade das normas societárias, COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, volume II, *Das sociedades*, 4.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, p. 519).

⁴⁰ Com correção da letra da lei, que se refere ao n.º 1.

mente e, no exercício dessa permissão, tenham sido indicados aquando da designação originária dos administradores efetivos. De acordo com o art. 390.º, 5, a autorização estatutária para a nomeação de suplentes só é admissível “até número igual a um terço do número de administradores”.

Esta designação não é possível: a) se a estipulação estatutária está vedada ou afetada pelo facto de o número de administradores efetivos não permitir a adequação à regra de “1/3”; b) se há autorização mas não houve designação dos suplentes aquando da designação dos administradores efetivos; c) se há autorização e designação de suplentes mas houve anteriores operação ou operações de “chamada” de suplentes para administradores efetivos substitutos e a “lista” se encontra esgotada.

A “chamada” é ato próprio da competência do presidente do conselho de administração. Se o substituído for o próprio presidente do órgão, a “chamada” para essa substituição deve ser feita pelo membro do conselho a quem foi atribuído o exercício de voto de qualidade nas “ausências e impedimentos” do presidente (art. 395.º, 4)⁴¹. Se essa atribuição não tiver sido feita, a “chamada” deve ser feita por deliberação do conselho, até por analogia com o poder cooptativo (art. 406.º, al. b))⁴².

Se houver alteração do número de administradores efetivos designados inicialmente, a indicação estatutária dos suplentes tem que acompanhar essa modificação, a fim de se salvaguardar em qualquer circunstância a condição de admissibilidade do n.º 5.

Se o número de administradores efetivos não for divisível por três, a operação de divisão por três pode colocar o problema de saber quantos suplentes podem ser designados, isto é, o limite quantitativo máximo de suplentes a designar. Vejamos o caso de termos 5 administradores efetivos. A divisão por três faz-nos chegar ao quociente de 1,66. Sendo assim: poderemos designar um ou, fazendo o arredondamento por excesso, dois suplentes? Albino Matos pronunciou-se pela primeira solução: “o quociente está sujeito a redução”; “o número máximo de suplentes será o que se obtiver dividindo por três o número de efectivos, limitando-se sempre o quociente às unidades”⁴³. O arredondamento para a unidade seguinte – que daria dois administradores suplentes –, porém, tem a vantagem de

⁴¹ V. RICARDO COSTA, “Artigo 395.º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, Volume VI (Artigos 373.º a 480.º), Códigos n.º 6 – IDET, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 300-301.

⁴² Ainda que excessivamente ampla na distribuição do poder de “chamar” o suplente que ocupa a vaga do presidente do conselho, v. MARIA JOÃO DIAS, pp. 224-225.

⁴³ ALBINO MATOS, *Constituição de sociedades*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2001, p. 252. No mesmo sentido, ABÍLIO NETO, *Código das Sociedades Comerciais – Jurisprudência e doutrina*, 2.ª ed., Ediforum, Lisboa, 2003, p. 837 (“arredondamento por defeito, e não por excesso”).

maximizar o primeiro dos expedientes de substituição de administradores “faltosos” e potenciar os elementos de previsibilidade e segurança que a “chamada” de suplentes já conhecidos (porque designados na mesma oportunidade dos administradores efetivos) comporta.

A relação de administração dos administradores suplentes com a sociedade tem nessa designação o seu primeiro momento. Mas só se perfecciona com outros dois atos: (i) a “chamada” para exercer funções (em regra) por parte do presidente do conselho de administração, de acordo com a ordem (se for o caso) com que o suplente figura na respetiva lista; e a (ii) aceitação, expressa ou tácita, do cargo. Só a partir daqui teremos administrador de direito, substituto e efetivo⁴⁴. A “chamada” é condição *suspensiva* dessa relação⁴⁵; a aceitação é, nos termos gerais (art. 391.º, 5), condição de *eficácia* dessa mesma relação.⁴⁶

5.2. Cooptação e designação pelo órgão de fiscalização

5.2.1. A interdependência e carácter sucedâneo

Cooptar significa que é o próprio órgão de administração que cobre a vaga deixada por algum ou alguns dos seus membros por intermédio de deliberação aprovada pelos membros que nessa ocasião fazem parte desse órgão, escolhendo e admitindo os novos membros de acordo com a competência atribuída pelo art. 406.º, al. b)^{47,48}

⁴⁴ E só a partir daqui poderá o administrador suplente ser alvo de destituição, nos termos do art. 403.º. Contra: MARIA JOÃO DIAS, pp. 222-223.

⁴⁵ Neste sentido, v. BRITO CORREIA, pp. 236, 237, 759-760.

⁴⁶ Para mais desenvolvimentos sobre a condição e o estatuto do administrador suplente, v. RICARDO COSTA, “Artigo 390.º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, Volume VI (Artigos 373.º a 480.º), Códigos n.º 6 – IDET, Alameda, Coimbra, 2013, pp. 213 e ss.

⁴⁷ Também as pessoas coletivas podem ser cooptadas, nos termos gerais do art. 390.º, 4, sem que o ato posterior de indicação da pessoa singular levante especial ruído para a fidúcia inerente à designação cooptativa, tendo em conta a ratificação sucessiva por parte dos acionistas. Concordante: MARIA JOÃO DIAS, p. 226; discordante, PAULO OLAVO CUNHA, “Designação de pessoas colectivas...”, *loc. cit.*, n. 55 – pp. 193-194.

⁴⁸ Para esta noção, v., lá fora, GIUSEPPE MARTINETTO, “Cooptatio”, *NNDI*, IV, 1959, p. 481 (também para a origem do instituto), GERRIT WINTER, “Zur offenen und verdeckten Kooptation im Gesellschaftsrecht”, *Festschrift für Reimer Schmidt*, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 1976, p. 122, FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, *Provisión de vacantes en el Consejo de Administración de la sociedad anónima (la cooptación)*, Aranzadi Editorial, Madrid, 1994, p. 27. Entre nós, v., por todos, BRITO CORREIA, p. 760.

Este expediente só é possível quando:

- a) não for admissível a “chamada” de suplentes ou, sendo admitida, já não houver suplentes para “chamar” (a al. b) do art. 393.º, 3, refere: “[n]ão havendo suplentes”);
- b) os administradores restantes e em exercício “forem em número suficiente para o conselho poder funcionar” – o que não acontece quando todos faltam ou os que permanecem efetivos não permitem que exista quórum constitutivo do conselho para deliberar (nos termos do art. 410.º, 4)⁴⁹.

Se houver lugar à cooptação, a *maioria* dos administradores restantes fica com o *dever* (em rigor, um *poder-dever*) de subrogar as vagas produzidas⁵⁰⁻⁵¹ – têm para isso um prazo máximo e perentório de 60 dias e, *para além dele*, já não o podem cumprir licitamente. No máximo, esses 60 dias poderão ser contados a partir da declaração de “falta definitiva” emitida nos termos do n.º 2 do art. 393.º, se ela tiver existido.

⁴⁹ A lei não exige para essa maioria que os administradores efetivos em funções tenham sido designados por certa forma. Em esp., não se preclui que essa maioria seja constituída por conselheiros reintegrados mediante cooptações sucessivas ou outras formas de designação substitutiva superveniente. Favoráveis: RAÚL VENTURA, “Nota sobre a substituição...”, *loc. cit.*, p. 164, e, mais claramente, MARIA JOÃO DIAS, p. 226.

⁵⁰ Em sentido diferente, preferindo descortinar, no caso do CSC, uma “simple facultade”, PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais cit.*, p. 725.

⁵¹ Daqui não se retire que a deliberação de cooptação necessita sempre de ser adotada em reunião em que estejam presentes todos os restantes administradores em exercício de funções, o que seria um pressuposto de validade da cooptação – isso colidiria com a regra do art. 410.º, n.º 4, que só exige que, entre os que estão em exercício de funções, estejam presentes ou representados os administradores que componham a maioria dos que foram designados (se houver equivalência entre as duas situações, isto é, aqueles que estão em exercício de funções corresponderem ao quórum de funcionamento do conselho, o problema nem sequer se coloca). O dever de cooptar a cargo dos ausentes e, consequentemente, participar na deliberação de cooptação do conselho deve ser visto, em caso de ausência, no domínio de “justa causa” de destituição e no de existir eventual fundamento de responsabilidade solidária para com a sociedade pelos danos causados pela reintegração cooptativa (nos termos do art. 72.º, n.º 4, em articulação com o n.º 3). Para esta relevante discussão no direito italiano, não posso deixar de remeter para GIOVANNI VERDE, “Nomina per cooptazione e poteri dell’amministratore cooptato”, *RS*, 1961, pp. 1009, ss., GASPARE SPATAZZA, “Consiglio di amministrazione incompleto e sostituzione degli amministratori mancanti”, *RS*, 1967, p. 1263, MASSIMO FRANZONI, *Della società per azioni*, Tomo III, *Dell’amministrazione e del controllo. 1. Disposizioni generali. Degli amministratori. Art. 2380-2396*, Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, a cura di Francesco Galgano, Libro Quinto – Del lavoro, Zanichelli Editore/Soc. Ed. del Foro Italiano, Bologna-Roma, 2008, p. 263.

Se não houver deliberação de cooptação no prazo de 60 dias, a al. c) do art. 393.º atribui ao conselho fiscal (ou fiscal único) – na estrutura clássica – ou à comissão de auditoria – na estrutura monística⁵² – a competência para designar o administrador substituto. Ou seja, não cumprindo o conselho de administração, a *competência translada-se para o conselho fiscal/fiscal único ou para a comissão de auditoria*: vinculam-se os respetivos membros, portanto, ao dever dos administradores incumpridores, que, tal como no caso da cooptação, terá que ser naturalmente observado num período curto⁵³.

Se a lei condiciona *negativamente* a competência desses órgãos de fiscalização ao facto de não ter havido cooptação no prazo de 60 dias após a produção de efeitos da falta ou faltas definitivas – uma *verdadeira causa de caducidade do poder orgânico* da administração plural para reintegrar o *plenum* do órgão sem recorrer à assembleia⁵⁴ –, entendo que há uma *relação de interdependência entre as alíneas b) e c) do art. 393.º, 3*, que implica que também essa competência dos órgãos de fiscalização estará condicionada à *partida* por não ser admissível no caso concreto essa cooptação, *amarrada que ela está à condição de os administradores em exercício de funções constituírem a maioria do número determinado estatutariamente* (arts. 393.º, 3, al. b), 2.ª parte, 410.º, 4, 390.º, 1). Ou seja, à *condição de os administradores a substituir equivalerem à minoria do conselho*, pois, se assim não fosse, o conselho não poderia validamente reunir-se e deliberar.⁵⁵ Em suma: a

⁵² Não obstante o silêncio da lei, igual competência assiste, nas sociedades anónimas com estrutura tradicional, ao fiscal único (arts. 278.º, 1, al. a), e 2, 413.º, 1, al. a), 414.º, 1), de acordo com a norma geral do art. 413.º, 6. Favoráveis: BRITO CORREIA, pp. 762-763, COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., p. 147, MARIA JOÃO DIAS, pp. 229-230; desfavorável: PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais* cit., p. 726. Quanto ao conselho fiscal e à comissão de auditoria, v. ainda os arts. 420.º, 1, al. m), 1.ª parte, e 423.º-F, al. q), 1.ª parte, que lhes atribui o dever de “cumprir as demais atribuições constantes da lei”.

⁵³ Talvez se possa ponderar a aplicação analógica do mesmo prazo do art. 393.º, 3, al. b)).

⁵⁴ De acordo: RAÚL VENTURA, “Nota sobre a substituição...”, *loc. cit.*, p. 164 (“a faculdade de cooptação conferida ao Conselho de Administração caduca ao fim de 60 dias”). Em sentido diverso: MARIA JOÃO DIAS, pp. 227-228.

A partir do esgotamento do prazo, o conselho deixa de poder adotar deliberações válidas de cooptação (art. 411.º, 3).

⁵⁵ Como bem nota PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais* cit., n. 980 – p. 725, esta maioria afere-se pelo “número de administradores autorizadamente eleitos para cada mandato e não por referência àqueles que ainda se encontrarem em exercício de funções, apesar de em número inferior aos eleitos nos termos do contrato”. A lei demanda, portanto, a subsistência de quórum *estrutural* – maioria do número de administradores fixado ou permitido nos estatutos, enquanto requisito de validade da própria assembleia (e consequentemente das deliberações adotadas): art. 410.º, 4 (“O conselho não pode deli-

competência substitutiva do órgão de fiscalização não é legítima em caso de o conselho de administradores se apresentar com a *minoria dos administradores efetivos*.

Em resumo: a designação por parte do órgão de fiscalização só é lícita se (i) houver *legitimidade deliberativa* do órgão de administração para a cooptação e (ii) *decorrer o prazo de caducidade de 60 dias* para esse órgão de administração exercer essa competência.

Note-se que a cooptação consiste na escolha de um administrador pelos administradores subsistentes por intermédio de deliberação – de *órgão diferente da assembleia-coletividade dos sócios*. Se esse órgão não a fizer em tempo, entra em ação *um outro órgão diferente da assembleia-coletividade dos sócios*: conselho fiscal (ou fiscal único) ou comissão de auditoria. Mas se a cooptação não respeita o requisito legal da 2.^a parte da al. b) do art. 393.º, 3 (“salvo se os administradores em exercício não forem em número suficiente *para o conselho poder funcionar*”)⁵⁶, não parece que seja legítimo intervir uma *outra* vontade distinta dos sócios – ainda que esta sempre se venha a corporizar na exigida ratificação confirmativa superveniente, ainda que tácita, pela assembleia geral, como veremos – a cargo de órgão com competência *subsidiária* em relação ao órgão de administração e, por isso, dependente da existência neste do *pressuposto legal* para o exercício da competência *principal*. Se esta não existe por falta de quórum constitutivo do órgão de administração e nunca poderia ser exercida, mais linear se torna incumbir logo os sócios de uma nova eleição, de acordo com a al. d) do art. 393.º, 3 – *saltando então o poder dos órgãos de fiscalização*. Hipótese em que nem sequer é necessário que se esgote o prazo de 60 dias, na medida em que mesmo depois desse prazo esses órgãos não podem designar qualquer substituto.⁵⁷

berar sem que esteja presente ou representada a maioria dos seus membros.”) –, e não do quórum *funcional* – maioria dos administradores atualmente no desempenho de funções, enquanto requisito de validade das deliberações votadas na assembleia: art. 410.º, n.º 7. Para esta terminologia, v., por ex. lá fora, GIOVANNI VERDE, n. 8 – pp. 1007-1008; entre nós, COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., p. 123, apelida justamente o primeiro dos quóruns como quórum de “funcionamento do conselho”.

⁵⁶ Em articulação, como vimos, com o art. 410.º, 4.

Note-se que a mesma regra de quórum aplica-se às deliberações do conselho geral e de supervisão de substituição dos administradores, por remissão expressa do art. 445.º, 2.

⁵⁷ *Ex adverso*, ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, *A administração das sociedades por quotas e anónimas – Organização e estatuto dos administradores*, Livraria Petrony, Lisboa, 1990, n. 132 – p. 107, considera que, mesmo quando os administradores subsistentes forem em número inferior à maioria, o conselho fiscal pode designar imediatamente os substitutos, inclusivamente “sem ter de aguardar o termo dos 60 dias a contar da falta”; concordante, BRITO CORREIA, p. 763. Por seu turno, PAULO OLAVO CUNHA, “Designação de pessoas colectivas...”, *loc. cit.*,

Por consequência, através de interpretação enunciativa, parece inferir-se das als. *b)* e *c)* do art. 393.º, 3 – empregando argumento *a fortiori* (ou por maioria de razão, concretamente no modo *a minori ad maius*) – que a designação pelo órgão de fiscalização é inadmissível se a cooptação é, por si, legalmente inadmissível⁵⁸. Se tal designação só se ativa se, sendo legalmente admissível, a cooptação não foi feita no prazo legal, então, se a cooptação não é legalmente admissível, a designação de substituto pelo conselho fiscal/fiscal único ou pela comissão de auditoria é contaminada por essa inadmissibilidade – de acordo com a lei, nunca haveria cooptação, ainda que fora de tempo, e razão para o chamamento do órgão de fiscalização.

Claro que a atuação do conselho fiscal ou da comissão de auditoria (particularmente se se advogasse a substituição sem esperar pelo período de 60 dias) proporcionaria maior rapidez no intuito de recompor o órgão incompleto, com vantagens para o tráfico negocial da sociedade. Não se olvide, todavia, que essa recomposição está sempre submetida à ratificação dos sócios, que, pelo menos, poderá demorar tanto tempo (se for expressa) como uma nova eleição do(s) administrador(es). Seja como for, se ela demorar por tempo superior a 60 dias após se ter verificado que o órgão de administração não pôde reunir por falta de quórum, a debilidade que daí possa surgir está suprida pela faculdade que a lei dá a qualquer sócio de requerer a *nomeação judicial* de administrador (art. 394.º, 1).

Quanto a este último cenário, os requisitos cumulativos para esse requerimento são a inexistência de “bastantes administradores *efectivos*”

n. 55 – pp. 193-194, ID., *Direito das sociedades comerciais* cit., p. 796, aceita que a competência do conselho fiscal ou da comissão de auditoria acontece “caso o conselho não proceda à cooptação” no prazo de 60 dias – sem diferenciar o caso em que, a meu ver, o conselho *não pode proceder à cooptação, seja em que prazo seja*. Por fim, MARIA JOÃO DIAS, pp. 227-228, considera que, a partir do esgotamento do período de 60 dias para a cooptação, a falta do administrador pode ser suprida pelos três meios diferentes e concorrentes, ou seja, (ainda) a cooptação, a designação pelo órgão de fiscalização relevante e a eleição; a substituição efetiva-se pelo atuação que primeiro se verifique (v., ainda, a n. 24 – p. 229, para se acentuar a tese da competência concorrential da Autora).

⁵⁸ Para a fundamentação da interpretação enunciativa pela qual “o intérprete deduz de uma norma [o art. 393.º, 3, al. *c)*, em concatenação com a anterior al. *b)*] um preceito que nela apenas está virtualmente contido”, v. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, Almedina, Coimbra, 1982 (reimp. 2008), pp. 186-187. Ou, nas palavras de um outro Mestre, é essa a interpretação “que se verifica quando se infringem do preceito conclusões normativo-jurídicas que ele virtualmente admita, já que obtidas pela simples utilização de argumentos lógico-jurídicos”: CASTANHEIRA NEVES, “Interpretação jurídica”, *Digesta. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, volume 2.º, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, p. 367.

para a reunião do conselho de administração⁵⁹ e a não verificação das substituições previstas no art. 393.º. Se a falta de quórum previsto no art. 410.º, 4, é clara, o requisito da não verificação das substituições é suficientemente amplo para colocar no âmbito de aplicação da norma mais do que uma hipótese: não ser possível a chamada de suplentes; ter havido chamada de suplentes mas tal não ter sido suficiente para a reconstituição da maioria; *não ser possível cooptação e, por isso, designação pelo conselho fiscal ou pela comissão de auditoria por falta de quórum constitutivo*. De maneira que a falta de quórum constitutivo é requisito *negativo* da possibilidade de cooptação e, *sucedaneamente*, de designação pelo conselho fiscal ou pela comissão de auditoria e requisito *positivo* da nomeação judicial da 1.ª parte do art. 394.º, 1; verificado o prazo de 60 dias posterior à impossibilidade de reunião válida do órgão administrativo, a nomeação judicial pode (e deverá ser feita) “até se proceder à eleição daquele conselho” (393.º, 1, *in fine*).

5.2.2. A ratificação ulterior dos sócios

No caso de a substituição dos administradores que revelam “falta definitiva” ou permanente ter consistido em cooptação ou designação (sucedânea) pelo conselho fiscal (ou fiscal único) ou pela comissão de auditoria (als. *b*) e *c*) do 1 do art. 393.º), o título de nomeação (substitutiva) extingue-se, nos termos do art. 393.º, 4, se a primeira assembleia geral seguinte da sociedade não ratificar essa nomeação (*rectius*, não aprovar a proposta de ratificação da nomeação do ou dos cooptados ou designados pelo órgão de fiscalização)^{60,61} Ou, desde logo, se a ratificação não constar sequer da ordem de assuntos a tratar⁶². Ou, ainda, se a assembleia, con-

⁵⁹ E, portanto, a impossibilidade de deliberar validamente de acordo com o art. 410.º, 4 (ainda que não necessariamente para vincular a sociedade, atento o art. 408.º, 1: em sentido aparentemente diverso, PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais* cit., p. 718).

⁶⁰ Seja essa assembleia a assembleia geral anual ordinária (art. 376.º), seja ela uma assembleia extraordinária (sobre a distinção, v. por todos MENEZES CORDEIRO, *SA: assembleia geral e deliberações dos sócios*, Almedina, Coimbra, 2006, p. 121 e ss., 131-132). Favorável: MARIA JOÃO DIAS, p. 233 (deve a ratificação ser decidida “aquando da primeira deliberação tomada pelos accionistas após a substituição, independentemente da forma de tomada da deliberação”).

⁶¹ Deve entender-se que a “primeira assembleia” é a seguinte à aceitação do administrador cooptado.

⁶² Este ponto implica discutir se o presidente da mesa da assembleia está obrigado *ex vi legis* a incluir entre os pontos da “ordem do dia” da primeira assembleia seguinte que se

celebre o ponto concernente à confirmação da vaga cooptada: na verdade, o art. 393.º, 4, enuncia que a cooptação (e a designação pelo conselho fiscal/fiscal único) *devem* ser submetidas a ratificação; deste modo, parece também que esse dever, para além da imperativa confirmação pelos sócios, se estende, *antes disso e para isso*, à atuação de quem tem, em regra, a competência para chamar os sócios para se reunirem. Claro que essa conclusão depreende que o presidente da mesa da assembleia geral realiza a sua *função-dever* de “acompanhamento” da vida social e possa obter, nesse âmbito, a informação conveniente e adequada junto da administração – por aplicação analógica do art. 421.º, 1, al. b): é a posição de MENEZES CORDEIRO, *últ. ob. cit.*, pp. 59-60. O certo é que não são claras as consequências da negligência do presidente da mesa na hora de incluir a ratificação entre as matérias a tratar nessa “primeira assembleia geral seguinte”. Nem é defensável que, tendo havido cooptação, lhe incumba a obrigação de convocar uma assembleia extraordinária tão-somente para o tema da ratificação – não obstante ele não estar sujeito apenas a convocar assembleias nos estritos termos do art. 375.º, 1 e 2, antes conserva um poder de a desencadear autonomamente (neste sentido, PEDRO MAIA, “O presidente das assembleias de sócios”, *Problemas do direito das sociedades*, IDET, Livraria Almedina, Coimbra, 2002, p. 435, ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, pp. 460-461, MENEZES CORDEIRO, *ibid.*, pp. 61-62). O certo é que a administração foi já reconstituída e a normalidade da gestão está assegurada. De todo o modo, *de iure condendo*, melhor seria (i) a lei estatuir um prazo limite para a convocação dessa assembleia, ainda que nela só se discutisse esse ponto, e (ii), em anexo ao poder de o conselho cooptar, ditar a obrigatoriedade de o próprio conselho (já reconstituído) requerer, também em certo prazo, curto, a convocação de assembleia para a mencionada ratificação.

Mais relevante será a inércia do presidente da mesa da assembleia geral para, em caso de não haver suplentes e/ou não havendo condições legais para cooptar (e, subsidiariamente, designar os substitutos pelo conselho fiscal/fiscal único ou pela comissão de auditoria), diligenciar pela eleição dos administradores substitutos (art. 393.º, 3, al. d)). Tanto assim é que a lei predisps a nomeação de administrador judicial para suprir (também) esse inconveniente. O art. 394.º, 1, 1.ª parte, exige justamente para tal mecanismo que não haja “bastantes administradores efectivos” para reunir o conselho de administração. Esse quórum constitutivo é condição da possibilidade de recurso à cooptação e, como advogarei, também da designação pelos órgãos de fiscalização. Tal significa que a resistência contumaz do presidente da mesa pode ser remediada pela administração de origem pretoriana, que poderá estar em funções, como diz o art. 394.º, 1, *in fine*, “até se proceder à eleição daquele conselho”.

Paralelamente, aqui será de patrocinar que, discricionariamente, os administradores restantes (mesmo que deficitário o conselho na maioria deliberativa) possam, nesta situação de urgência e com esta como fundamento, solicitar a convocação, ainda que sem deliberação (art. 410.º, 4) – talvez baste até a norma de vinculação da sociedade *ex art.* 408.º; até se pondere mesmo um poder *uti singuli* dos administradores.

Em face do nosso direito positivo (v. arts. 406.º, al. c), 431.º, 3, que aponta para deliberação de requerimento da convocatória), mais pacífico será conferir aos administradores restantes a iniciativa de dar conta da necessidade de convocação ao presidente da mesa (que depois a convocará por sua iniciativa oficiosa). Ao invés, já assim o podem solicitar *ex lege* o conselho fiscal/fiscal único e a comissão de auditoria (arts. 375.º, 1, 420.º, 1, al. h), 423.º-F, 1, al. h)). Com o acrescento de que, na circunstância de a solicitação

frontada com esse ponto da “ordem do dia”, não deliberar, expressamente ou tacitamente, sobre esse assunto⁶³. Ou, em outro cenário equivalente, se a assembleia deliberar a nomeação de sujeito ou sujeitos diferentes do ou

dos órgãos de fiscalização não ser deferida, tais órgãos poderem convocar diretamente os sócios (art. 377.º, 7). Porém, não escondo que poderá gizar-se que ao presidente da mesa cabe propriamente, nestas circunstâncias, um dever de convocar a assembleia para a ratificação dos administradores cooptados: (i) se não houver suplentes e não é lícita a cooptação nem a designação subsidiária pelo conselho fiscal/fiscal único ou comissão de auditoria, o único expediente substitutivo é a eleição dos administradores; (ii) a eleição é feita em assembleia geral (art. 391.º, 1); (iii) a lei impõe, pois, que se reúna a assembleia geral para a substituição; (iv) o presidente da mesa tem o dever de convocar a assembleia “sempre que a lei o determine” (art. 375.º, n.º 1). Mesmo que assim seja, haverá dúvidas, se omitido tal dever, em sujeitar o presidente da mesa à responsabilidade criminal tipificada no art. 515.º, n.º 1 – a lei estabelece aí “a convocação nos prazos da lei ou do contrato social” (a não ser que haja previsão estatutária). Já se a convocação for solicitada por outro órgão, estaremos com menos dúvidas no âmbito de preenchimento do crime de “irregularidade na convocação de assembleias sociais” previsto pelo art. 515.º, 2. Mas já não coloco entraves a que o incumprimento do presidente da mesa legitime a convocação judicial da assembleia de acordo com o procedimento desenhado no art. 1057.º do CPC – uma das hipóteses normativas é «quando, por qualquer forma, *ilicitamente* se impeça a sua realização ou o seu funcionamento» –, mesmo que não estejamos perante a – ou para além da – hipótese prevista no art. 375.º, 2 e 6, para sócios que “possuam acções correspondentes a, pelo menos, 5% do capital social” (outras hipóteses no CSC estão nos arts. 67.º, 4, e 378.º, 4, em conjugação com o art. 377.º, 1, *in fine*). De todo o modo, as soluções legais são menos problemáticas quanto à hipótese de se tomar em conta a “assembleia geral seguinte” como a “assembleia geral anual” prevista pelo art. 376.º, 1 – em especial se esta for mesmo a “seguinte”, pois já está em curso o prazo constante desse n.º 1 (“três meses a contar da data do encerramento do exercício ou no prazo de cinco meses a contar da mesma data quando se tratar de sociedades que devam apresentar contas consolidadas ou apliquem o método da equivalência patrimonial”: cfr. ainda o art. 65.º, 5). Em primeiro lugar, não vejo que seja de enjeitar que na matéria elencada na al. *d*) do preceito – “Proceder às eleições que sejam da sua competência” – se integre, por extensão, a ratificação dos cooptados. Depois, para essa assembleia, já o conselho de administração tem o dever de pedir a respetiva convocação. Ou seja, para o presente efeito, acumula por lei o (poder-)dever de cooptar e de solicitar a convocação da assembleia onde se fará (ou não) a ratificação dos cooptados. Razão pela qual se a ratificação for de efetuar na assembleia geral ordinária anual o incumprimento dos administradores em pedir a convocação da assembleia para ratificar os cooptados se subsume no *incumprimento genérico e mais amplo do dever de pedir ao presidente da mesa a convocação da assembleia geral ordinária dentro do prazo legal*.

⁶³ Servirá para declarar essa ratificação uma deliberação sobre outro assunto que demonstre inequivocamente ser vontade dos sócios a confirmação do administrador substituto (se se delibera a sua remuneração, se se procede à assunção de um negócio por ele celebrado em desrespeito do objeto social, etc.).

dos administradores cooptados – hipótese de rejeição tácita da ratificação exigida por lei ou proposta na ordem de trabalhos⁶⁴.

Em todas estas circunstâncias, e no *momento do encerramento da reunião*⁶⁵, a falta de ratificação corresponde a mais uma causa de cessação por caducidade das funções dos administradores designados⁶⁶ – o preceito do art. 393.º, 4, note-se, exige que ambas as formas de substituição “*devem ser submetidas a ratificação*”^{67-68.69}. E, assim sendo, teremos mais uma

⁶⁴ RAÚL VENTURA, “Nota sobre a substituição...”, *loc. cit.*, p. 165, considerava – como já dei conta *supra*, ponto 4., n. (33) –, que a eleição poderia alternar com a cooptação e a designação pelo conselho fiscal, não tendo, por isso, que se subordinar a uma substituição prioritariamente concedida aos recursos de suprimento operados pelas als. *b)* e *c)* do art. 393.º, 3 (o que não acontecia, segundo o Autor, com a convocação de suplentes).

⁶⁵ Neste sentido, sigo a posição para o direito espanhol de FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, pp. 398-399.

⁶⁶ V. ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, pp. 108-109, COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais cit.*, p. 147 e n. 358. Restritivamente, JOÃO LABAREDA, p. 162 e n. 102, só admite a extinção da relação administrativa quando haja recusa da assembleia em ratificar a substituição; nas outras hipóteses, “*não chega a verificar-se o facto gerador da caducidade*”. Antes, RAÚL VENTURA, *últ. est. e loc. cits.*, p. 166, mencionara unicamente tal recusa como facto gerador da caducidade.

⁶⁷ V. ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, pp. 107-108, 108-109, RAÚL VENTURA, *últ. est. e loc. cits.*, p. 166, COUTINHO DE ABREU, *últ. ob. cit.*, p. 147, PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais cit.*, p. 725, MARIA JOÃO DIAS, p. 231.

⁶⁸ A cooptação não é permitida na sociedade anónima que siga a estrutura germânica (art. 278.º, 1, al. *c)*): “*Em caso de falta definitiva ou de impedimento temporário de administradores, compete ao conselho geral de supervisão providenciar quanto à substituição, sem prejuízo da possibilidade de designação de administradores suplentes, nos termos previstos no n.º 5 do artigo 390.º, e, no caso da alínea b) do n.º 1 [“Se não forem designados nos estatutos, os administradores são designados: (...) b) Pela assembleia geral, se os estatutos o determinarem.”], da necessidade de ratificação daquela decisão de substituição pela assembleia geral seguinte*” (art. 425.º, 4). Porém, como vemos, *igual caducidade se verifica* para os administradores executivos nomeados pelo conselho geral e de supervisão para substituir administradores executivos designados pelos sócios (em aproveitamento de cláusula estatutária que lhes confere tal faculdade) *se a assembleia geral seguinte não ratificar essa substituição*. O que significa que a interpretação que se fizer do art. 393.º, 4, aproveita à leitura do art. 425.º, 4, 2.ª parte: v. *infra*, ponto 7.

⁶⁹ Questão delicada é a de saber se a cooptação ou designação do órgão de fiscalização, se utilizadas para proceder a substituição temporária (nos termos do n.º 6), estão sujeitas a ratificação dos acionistas. De facto, não há remissão desse n.º 6 para o n.º 4 do art. 393.º e essa não aplicação literal faz emergir um argumento contra essa necessidade de ratificação: assim, RAÚL VENTURA, *últ. est. e loc. cits.*, p. 167 (“o que se compreende por a substituição ser temporária e assim (...) poder terminar antes de qualquer reunião da Assembleia Geral”). Em sentido divergente, com argumentação ponderosa, MARIA JOÃO DIAS, pp. 258-259 (como ilustração: “*nada obsta a que a substituição temporária, em concreto, se prolongue mais no tempo que a substituição definitiva – basta comparar, a título*

situação típica de possível administração de facto (uma vez ocorridos os respetivos pressupostos de relevância) se poderá vislumbrar: *o administrador cooptado ou designado pelo órgão de fiscalização mas não ratificado pelos sócios*.⁷⁰

5.2.3. O administrador cooptado ou designado pelo órgão de fiscalização antes da ratificação dos sócios

Poderá conjecturar-se se, no tempo que medeia entre a cooptação e a ratificação confirmativa exigida pelo art. 393.º, 4, a pessoa cooptada ou designada pelo órgão de fiscalização é administrador de direito enquanto não houver ratificação. Mais concretamente, poderemos interrogar-nos sobre a qualidade desse administrador: de direito ou, eventualmente, de facto.⁷¹

de exemplo, a duração da substituição temporária de um administrador que se encontre suspenso por três meses com a duração da substituição definitiva do administrador que é destituído a dois meses do final do prazo pelo qual foi designado”).

⁷⁰ Desenvolvidamente, RICARDO COSTA, *Os administradores de facto das sociedades comerciais* cit., pp. 450, ss.; sobre esses pressupostos de relevância jussocietária para a aquisição de administrador de facto *legitimado*, v. pp. 658, ss., 864, ss.

⁷¹ Para as reflexões deste ponto, foram importantes vários contributos adquiridos na doutrina estrangeira mais relevante: entre outros, para o direito italiano e espanhol, v. EMILIO VALSECCHI, “Nomina di amministratori per cooptazione”, *RS*, 1959, p. 471 e ss., 476 e ss., ID., “Successive cooptazioni di amministratori”, *RivDCom*, 1961, II, pp. 424 e ss., GIOVANNI VERDE, pp. 1011 e ss., AUGUSTO WEILLER, “In tema di cooptazione”, *BBTC*, 1962, I, pp. 50, 53 e ss., GASPARE SPATAZZA, p. 1262, ÁNGEL ROJO, “La facultad de cooptación del consejo de administración”, *RDM*, 1988, *passim*, em esp. pp. 411 e ss., 419-420, 423 e ss., GIOVANNI CASELLI, *Vicende del rapporto di amministrazione*, Trattato delle società per azioni, diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, volume 4, *Amministratori. Direttore generale*, UTET, Torino, 1991, p. 14, EDUARDO POLO, *Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima*, Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles, dirigido por Rodrigo Uría, Aurelio Menéndez y Manuel Olivencia, tomo IV, Editorial Civitas, Madrid, 1992, pp. 426-427, FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, *passim*, em particular pp. 27, 32 e ss., 297-298, 393 e ss., 409-410, GIUSEPPE GUIZZI, “Nomina degli amministratori e cooptazione”, *Amministrazione e amministratori di società per azioni*, a cura di Bernardino Libonati, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1995, pp. 45 e ss., 62 e ss., FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores en las sociedades de capital*, Thomson Civitas, Madrid, 2005, pp. 517-518, 529-530, JAVIER JUSTE MENCÍA, “Facultad de cooptación del consejo de administración y derecho de representación proporcional de la minoría”, *RdS*, 2006, 2, pp. 346 e ss., ANTONIO RONCERO SÁNCHEZ, “La cobertura de vacantes en el consejo de administración de una sociedad anónima por el sistema de cooptación y el ejercicio del derecho de representación proporcional”, *RdS*, 2008, 2, pp. 192 e ss., MASSIMO FRANZONI, pp. 261-262, LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Derecho de sociedades*, volumen I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, p. 702.

O mecanismo que permite que seja o próprio conselho de administração a nomear os seus membros (ou o conselho fiscal/fiscal único ou a comissão de auditoria, na ausência daquela cooptação, se admissível) precipita (mais) uma exceção ao princípio geral ditado pelos arts. 391.º, 1, e 392.º, 1 e ss., segundo o qual a designação dos administradores das anónimas corresponde ao exercício, *durante societate*, de uma competência dos sócios (ao “capital”, portanto), expressa no negócio constitutivo da sociedade ou na assembleia geral⁷². Aquele sistema de cooptação vem a ser, num certo sentido (porventura indireto), o reconhecimento da proeminência do conselho de administração no âmbito de organização da sociedade anónima, nomeadamente na de grandes dimensões, invertendo-se a relação de regra-exceção legalmente estabelecida na competência orgânica para a nomeação de administradores – apenas (mais um) sintoma da crise do modelo ideal (e vigente na lei) de distribuição e relação de poderes entre os órgãos sociais. Na realidade, estamos perante um meio extraordinário de suprimento das vagas antecipadamente produzidas durante o período de tempo pelo qual dura o “mandato” administrativo, ditada ainda e sempre pela obtenção da *continuidade da gestão efetiva* da sociedade, sem recurso imediato a uma assembleia geral *ad hoc* dos sócios, com os gastos e as dilações que esse procedimento normalmente implica – numa espécie de compromisso entre as exigências de garantir a completude do conselho de administração (na premissa de que assim se assegura uma melhor *capacidade decisória* do órgão)⁷³, de manter o relacionamento fiduciário entre

⁷² Princípio igualmente afluído na 1.ª parte do corpo do n.º 1 do art. 425.º e na sua al. b), mas com carácter supletivo – na estrutura de influência germânica, se os estatutos não elegerem os administradores ou não autorizarem que essa eleição compita à assembleia geral, os administradores são designados pelo conselho geral e de supervisão (n.º 1, al. a)). Assim, nessa forma de organização e distribuição de poderes na anónima, a regra será a de ser esse último órgão a eleger os administradores. Regra essa confirmada, como vimos, pelo n.º 4 do art. 425.º, que trata da substituição dos administradores “em caso de falta definitiva ou de impedimento temporário” como poder do conselho geral e de supervisão.

Não estamos perante uma cooptação quando é o conselho geral e de supervisão a nomear os substitutos (eventualmente depois da chamada de suplentes, se estatutariamente prevista a respetiva eleição). Também, em consequência, não é cooptar a designação de substituto – o que é percebido na letra da al. c) do art. 393.º, 3, na ausência de cooptação por deliberação do conselho de administração no prazo de 60 dias a contar da falta (e, no máximo, da declaração orgânica da falta) – pelo conselho fiscal/fiscal único e pela comissão de auditoria. No entanto, como vimos, esse é um expediente de substituição que não pode deixar de ser visto e interpretado em conjugação subsidiária (e sistemática) com as regras cooptativas dirigidas ao conselho de administração.

⁷³ Embora esta exigência seja amenizada pela admissibilidade de o conselho poder deliberar validamente apenas com a maioria dos administradores em exercício de funções

administradores e sócios e evitar onerar a vida social com a imposição da necessidade de convocar imediatamente uma assembleia sempre que falte um administrador. Para isso temos este procedimento emparelhado entre a “chamada de suplentes” e a “eleição de novos administradores”, mas que, ainda assim, é construído pela lei como um sistema de eleição dos administradores que depende em última instância da ratificação(-confirmação) dos nomeados pela “primeira assembleia geral seguinte”⁷⁴. Certamente que a seleção dos cooptados não caberá a maioria das vezes à vontade deliberativa *originária* do conselho, pois será ao sócio ou ao grupo ou grupos de sócios que o dominam – para além da comum hipótese de ser(em) ele(s) próprio(s) administrador(es) – que acaba por se atribuir o *poder real* de eleger o ou os cooptados e tal poder ser meramente *formalizado* através da deliberação do conselho. Nestas circunstâncias, a ratificação posterior é um facto meramente *verificativo ou confirmativo* da escolha *anteriormente feita por influência dos sócios na opção tomada pelo conselho de administração eleitor*.

Seja como for, compreende-se que, não resultando essas formas de substituição cooptativa de uma manifestação de vontade dos sócios (ao contrário das als. *a*) e *d*) do art. 393.º, 3), mas sim de pronúncia *orgânica* dos administradores que permanecem em funções (em número suficiente para o conselho poder funcionar) ou de outros órgãos (de fiscalização) da sociedade *sem alteração nem substituição* do decidido por esses órgãos⁷⁵, a lei tenha optado por uma (tendencial) limitação da duração do cargo até que os sócios concordem, expressamente ou tacitamente, com a “auto-reintegração” assim feita do órgão administrativo.

Acontece que, num *primeiro momento*, que decorre entre a *deliberação de substituição do administrador* que deixa de exercer funções *através de cooptação ou designação do órgão de fiscalização + aceitação do cooptado ou designado pelo órgão de fiscalização* e a realização da “*primeira assembleia geral seguinte*”, onde haverá ratificação, recusa (expressa ou tácita) ou falta de ratificação, aparentemente poderíamos ver aqui uma nomeação sujeita a condição *resolutiva*, entendendo que o evento condicionante seria a ratificação (ou hipótese análoga) a cargo dos sócios. A permanência do administrador

– art. 410.º, 4 –, reconhecendo, destarte, que o conselho pode funcionar em estado de incompletude.

⁷⁴ Assim, estaremos perante uma verdadeira nomeação de administradores se a assembleia, em lugar de confirmar a cooptação, eleger um novo ou novos administradores para colmatar a vaga ou vagas abertas no conselho: estamos então perante o exercício do art. 393.º, 3, al. *d*) (com confirmação negativa, expressa ou tácita, da cooptação), depois de exercido, na perspectiva *hierárquica* do preceito, o anterior expediente da al. *b*).

⁷⁵ COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., pp. 134-135.

cooptado no cargo dependeria de um facto futuro e incerto que, não sendo por si só a realização da “assembleia geral seguinte” (que chegará, ainda que se ignore quando – *dies certus an et incertus quando*), é a ratificação efetiva (expressa ou tácita) da nomeação – esta sim, não se sabe, à data da nomeação, se se produzirá. A caducidade da nomeação, se bem que certa fosse quanto ao *an*, é, pelo contrário, incerta no que toca ao *quando*. Ainda mais radical poderia, finalmente, dizer-se: sendo assim, a nomeação não produz efeitos até que se verifique o *conteúdo da posição dos sócios sobre a cooptação ou a designação do órgão de fiscalização*. Se assim fosse, aberta estaria a porta para considerarmos aqui um administrador de facto neste entretanto temporal. De tal modo que os atos do administrador substituto não confirmado – que integrariam uma espécie de gestão *intercalar e provisória*⁷⁶ – são desempenhados como se de um administrador de facto se tratasse: a designação *definitiva e formal* fica dependente da assembleia, como é *regra geral* para a eleição de administradores⁷⁷.

Não me parece satisfatória esta leitura, nem a lei nos avia com indicações que a nutram.

A produção de efeitos da nomeação feita por qualquer um dos órgãos previstos nas als. *b*) e *c*) do art. 393.º, 3, não está condicionada ou paralisada pela ratificação posterior. Esta nomeação é *plenamente eficaz* (desde que válida a deliberação de cada um desses órgãos⁷⁸) desde o instante da aceitação; os administradores cooptados⁷⁹ diferenciam-se dos outros pela *duração limitada* no tempo do cargo (até à “primeira assembleia geral seguinte”); a “limitação temporal” assente na vigência das funções até à assembleia geral seguinte não afeta o *perfil funcional* do administrador cooptado (a título definitivo ou temporário). A partir dessa aceitação, o cooptado converte-se num administrador *optimo iure*: usufrui da mesma posição dos restantes administradores quanto ao seu estatuto de direitos e obrigações – sem qualquer *status* de inferioridade ou de subordinação em

⁷⁶ Com estas designações, v. ILÍDIO DUARTE RODRIGUES (1990), p. 108, RAÚL VENTURA, “Nota sobre a substituição...”, *loc. cit.*, pp. 165-166 (no âmbito de uma “situação precária”).

⁷⁷ Exponho a ideia de RAÚL VENTURA, “Nota sobre a substituição...”, *loc. cit.*, pp. 166.

⁷⁸ Se não for, o caso muda de figura. Suponhamos que é nomeado alguém que foi declarado interdito (violação do art. 390.º, 3, e 425.º, 6, al. *d*)) ou que sofre de uma incompatibilidade originária: o título fica afetado e, assim, não teremos administrador de direito. A atuação do cooptado passa a colocar-se na órbita da administração de facto, enquanto referida a designação inválida: v., sobre o tema, RICARDO COSTA, *Os administradores de facto das sociedades comerciais* cit., pp. 624 e ss. (em esp. 632 e ss.), 843 e ss.

⁷⁹ Bem como os administradores designados pelo conselho fiscal/fiscal único ou pela comissão de auditoria nos termos do art. 393.º, 3, al. *c*), na falta de cooptação tempestiva pelo conselho de administração.

relação aos restantes membros do conselho, que, em particular, lhe conferisse apenas legitimidade para celebrar atos de administração ordinária ou para participar em negócio ou atos urgentes; só pode ser destituído de acordo com o regime geral e não pelo conselho nomeador; está sujeito ao mesmo regime de responsabilidade pela gestão que os restantes; não está diminuído para assumir qualquer dos cargos ou posições que o órgão de administração comporta (presidente do órgão, conselheiro delegado, conselheiro membro da comissão executiva); não está impedido de participar e votar em deliberação de cooptações posteriores que auto-integrem o órgão; etc. De modo que os atos por ele praticados antes da tomada de posição da assembleia (*brevitatis causa*, recusa de ratificação ou omissão de deliberação) e as deliberações do conselho em que intervenha não podem deixar de ser eficazes e válidos *ainda que não haja ratificação*⁸⁰, desde que, mais uma vez, *válida* tenha sido a nomeação feita pelo órgão de administração (ou pelo órgão de fiscalização, no caso *sucedâneo*)⁸¹. É verdade que essa nomeação pode vir a ser afetada pela não ratificação superveniente – que a extinguirá –, mas, no silêncio da lei e sendo lícita a cooptação ou a designação pelo conselho fiscal ou pela comissão de auditoria, ela é integralmente produtora de efeitos também ao nível da administração e representação da sociedade onde participa o administrador ou administradores cooptados⁸². Quando ratifica o cooptado, a assembleia geral nada mais

⁸⁰ Neste sentido não me parece que seja de entender que a ratificação confirmativa retroage os seus efeitos à data da nomeação (numa espécie de aplicação do princípio vazado no art. 288.º, 4, do CCiv., para a confirmação dos negócios anuláveis), pois nesse caso teríamos sempre que enfrentar a questão da validade e eficácia dos atos ulteriores do conselho de administração se não houver ratificação.

⁸¹ Ou suprida essa invalidade pelo próprio conselho de administração, por ratificação (-sanação) de deliberações anuláveis ou substituição(-alteração) de deliberações nulas, por analogia com a disciplina prevista para a assembleia de acionistas no art. 412.º, 3 (igualmente concordante com esse poder, COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., p. 135), assim como, literalmente, pela assembleia de acionistas, pelo menos na hipótese de deliberações anuláveis por vício de procedimento.

Não obstante a competência de cooptar pertencer em exclusivo ao órgão de administração (art. 406.º, al. b)), indagar-se-á se os acionistas podem substituir as deliberações de cooptação que sejam anuláveis ou nulas por *vício de conteúdo*, atenta a parte final do n.º 3 do art. 412.º (“desde que esta não verse sobre matéria da exclusiva competência do conselho de administração”). *Quid juris?* Em meu juízo, se a assembleia é competente para ratificar(-confirmar) a cooptação, poderá *extensivamente* sanar ou substituir a deliberação cooptativa inválida (com a consequente *restrição* do art. 406.º, al. b)).

⁸² Inclusive os administradores cooptados devem cumprir na íntegra os seus deveres enquanto administradores no decurso da assembleia geral onde será discutida e aprovada (ou não) a sua ratificação (por ex., no que toca à satisfação do direito à informação dos sócios).

faz que *confirmar a produção de efeitos da nomeação feita pelo conselho de administração*, enquanto ato dos sócios que aprova a nomeação do conselho e a atuação subsequente dos cooptados, naturalmente com efeitos *ex tunc*; por seu turno, a caducidade pela não ratificação posterior produz meramente efeitos *ex nunc*⁸³.

Ora, neste contexto, chamar-lhe administrador provisório – ou objeto de um sistema de nomeação *provisória* –, que espera pela nomeação *definitiva* da assembleia de sócios, não parece ser dogmaticamente a melhor forma de caracterizar aquele *status* do administrador cooptado. Se se aceitasse que a “regularidade” definitiva das deliberações e dos atos em que interviesse o cooptado só se verificasse com a ratificação dos sócios, então estaríamos a desprover a cooptação da sua utilidade, a furar a *paridade* de *todos* os administradores num órgão colegial⁸⁴ e a gerar uma notável insegurança jurídica na relação da sociedade com terceiros. Se *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, podemos concluir pela legitimidade plena dos administradores cooptados, a quem o intérprete, portanto, não se deve referir como administradores *minoris iuris*. A necessidade de ratificação posterior não significa que o administrador cooptado – depois de aceitar a nomeação constante da deliberação do conselho de administração – receba um cargo que, por ser potencialmente limitado no tempo até à realização da assembleia geral seguinte, numa visão de um administrador *ad tempus* ou submetido a termo incerto, não se traduza na *titularidade formal* do órgão administrativo.

Traduz-se, ainda que o prazo de duração do exercício de funções do administrador cooptado ou designado pelo órgão de fiscalização – e é este dado que se deve salientar – esteja submetido a um *regime especial*: a) *primus*, em geral, o n.º 5 do art. 393.º determina que as substituições duram até ao fim do período para o qual os administradores substituídos foram eleitos, numa espécie de “subrogação” do substituto na posição do substituído – o que sempre seria difícil de conciliar com a precariedade de um

⁸³ No mesmo sentido, v. ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, p. 108 (“admitir que assim não fosse seria aceitar que não foi, ainda que provisoriamente, um administrador como os outros”); BRITO CORREIRA, p. 761 (“a relação de administração dos administradores cooptados tem a mesma natureza que a dos administradores eleitos pela colectividade dos accionistas, apesar da sua menor duração e maior precariedade”), 763; PAULO OLAVO CUNHA, “Designação de pessoas colectivas...”, *loc. cit.*, n. 55 – pág. 193, (2012), p. 725. Por seu lado, RAÚL VENTURA, “Nota sobre a substituição...”, *loc. cit.*, p. 164, disse expressamente que “[u]m administrador cooptado pode participar na cooptação de outros”.

⁸⁴ Expressa particularmente na composição do art. 410.º, em especial, e no próprio regime da responsabilidade *solidária* dos administradores (art. 73.º).

administrador “menorizado” quando cooptado⁸⁵; b) *secundus*, só assim não será se não houver ratificação (ou ato equivalente) na assembleia geral seguinte, caducando o título e extinguindo-se os poderes do administrador cooptado. Como tal, no que toca à relação com terceiros, a designação cooptativa é *o facto* sujeito a registo e publicação, de acordo com o art. 3.º, 1, al. m), do CRCom.⁸⁶; não o é a deliberação confirmativa dos sócios⁸⁷.

A esta qualificação orgânica *medio tempore* como administrador *a título próprio* da posição do administrador não ratificado ajuda um outro dado. A lei não obriga que se convoque uma assembleia geral para, exclusivamente ou em concurso com outros pontos, se pronunciar sobre a ratificação (nem dá qualquer prazo para o efeito). Pode mesmo ser na assembleia geral *ordinária anual*, por muito distante no tempo que ainda esteja⁸⁸. Nem a lei prevê que seja obrigatória a inclusão da matéria relativa à ratificação na “ordem de trabalhos” da assembleia geral seguinte à cooptação.

Isto significa que não se demonstra preocupação em evitar o desempenho de funções administrativas *antes e independentemente da ratificação imposta por lei*⁸⁹. A cooptação patenteia, aliás e como já frisei, a conveniê-

⁸⁵ Todos estes argumentos ganham ainda maior acuidade no caso do cooptado temporário, se se entender que não se aplica a necessidade de ratificação pelos acionistas.

⁸⁶ V. *infra*, ponto 9.

⁸⁷ Estará esta deliberação submetida a “averbamento” à inscrição registal da cooptação, nos termos (por extensão analógica) do art. 69.º, 1, al. l), do CRCom. (“recondição ou cessação de funções de gerentes, administradores, directores[?], representantes e liquidatários”).

Se não houver ratificação, em qualquer das circunstâncias possíveis de o revelar (expressa ou tacitamente), caduca a designação feita pelo conselho, perdendo o cooptado a condição de administrador. Como em qualquer outro caso de “cessação de funções”, a caducidade deve inscrever-se no registo comercial e ser publicada, de acordo com os mesmos preceitos. O registo deve ser pedido no prazo de dois meses (art. 15.º, 2, do CRCom.) a contar da data do encerramento da assembleia geral.

Ademais, sempre que se apresentar a registo por transcrição qualquer ato outorgado por administrador ou administradores cooptados e das informações registais da sociedade resultar que se celebrou assembleia geral a seguir à cooptação aceite desse administrador ou administradores, sem que esteja averbada a concomitante deliberação de ratificação, o conservador deve lançar mão do mecanismo do “suprimento de deficiências” (em esp. cfr. o art. 52.º, 2, do CRCom.), sob pena de o registo ser lavrado como provisório por dúvidas (art. 49.º do CRCom.) ou recusado.

⁸⁸ Desde logo, como sustentei, por aplicação do art. 376.º, 1, al. d).

⁸⁹ E até poderá ocorrer que, entre a data da cooptação e a data da reunião dos sócios, se esgote o prazo de duração no cargo do conselheiro ou conselheiros que o cooptado substituiu. O que denota mais um argumento: até ao fim do prazo, o administrador cooptado (e aceitante) está formalmente designado e não será depois de esgotado o prazo (aplicável por força da norma geral do art. 393.º, 5) que uma eventual não ratificação produzirá retroativamente efeitos extintivos da cooptação. Pelo contrário. Julgo que o

cia de fomentar a atuação estável e regular do órgão de administração, com o suprimento imediato de vagas supervenientemente produzidas sem necessidade de esperar pela convocatória e celebração de uma reunião dos sócios. Ao invés, demonstra-se total confiança no funcionamento *regular* do órgão *antes e independentemente dessa ratificação dos sócios* – o que contrasta claramente com o intuito de colocar um limite temporal e proporcionar a nomeação judicial de um administrador quando os administradores cessantes terminaram o prazo do seu cargo (art. 394.º, 1). Só por razões *extraordinárias* – erros clamorosos de gestão, problemas no relacionamento colegial do substituto com os outros administradores, falta de confiança dos sócios na pessoa designada, etc. – se justificará “vantagem na urgente deliberação sobre a ratificação”⁹⁰; caso contrário não há motivação para acelerar a reunião magna.

E ainda mais: tanto assim é que não vejo como não vislumbrar na cooptação (ou designação pelo órgão de fiscalização) não ratificada a causa de uma *nova vaga no conselho de administração*, necessitada de suprimento – a começar por novo exercício do expediente da cooptação (se não tiver havido eleição direta). Ou seja, vejo que essa cooptação não ratificada é “falta definitiva” de acordo com o art. 393.º, 3, e será suscetível de ser remedida inclusivamente por nova deliberação de cooptação do conselho de administração – o poder-dever de o conselho de administração amortizar o posto administrativo recupera-se nessas condições (mais uma caducidade se realiza) e não se preclude por mor de conduta que lhe é alheia.

Em contraponto, o *momento posterior à realização da assembleia geral seguinte*, em que não se tenha aprovado a proposta de ratificação ou nem sequer se tenha deliberado sobre a matéria (o órgão de administração não lhe submeteu o assunto; o presidente da mesa, ou qualquer dos outros entes com legitimidade para convocar a assembleia, não fez constar o assunto do elenco constante da “ordem de trabalhos”⁹¹; a assembleia não

decurso do tempo funcionará como uma causa de impossibilidade superveniente da ratificação. Ou, em alternativa, poderá sugerir-se que a inércia, num contexto de proximidade entre a cooptação e a data de extinção do cargo por efeito da sua duração, é concludente para afirmar a declaração tácita de confirmação pelos sócios, naturalmente sabedores dessa exiguidade temporal. São soluções que se afiguram incompatíveis com uma nomeação cooptativa de carácter provisório ou interino. Tal não significa que o administrador cooptado não tenha visto o seu título caducado por *causa diferente* e, ainda assim, continue em funções – mas aí já por aplicação do art. 391.º, 4, 1.ª parte.

⁹⁰ RAÚL VENTURA, “Nota sobre a substituição...”, *loc. cit.*, p. 166.

⁹¹ Cfr. art. 377.º, 1.

Uma outra hipótese é, apercebendo-se desta falta, o acionista ou os acionistas que sejam titulares de ações correspondentes a, pelo menos, 5% do capital social não terem reque-

se pronunciou sobre ele) coincide com um facto jurídico diferente: cessa a relação jurídico-administrativa e poderá *gerar-se uma relação administrativa de facto*, desde que o administrador não confirmado se mantenha em funções⁹² (ou as inicie, quando antes nada tenha feito). Mas já não persiste a filiação orgânica que o momento anterior evidenciava – o laço com a sociedade foi desfeito. Esta nova relação administrativa não se constitui por si só *ex vi legis*; pelo contrário, deixou de seguir uma via jurídico-formal. Portanto, necessita de relativamente a ela ocorrerem os pressupostos da administração de facto – a começar pela necessária *atuação como administrador*.

5.3. Eleição de novo ou novos administradores

Resta-nos a al. d): “eleição de novo administrador” ou, por extensão, de alguns ou todos os administradores faltosos. Isto é, repristina-se a competência-regra dos acionistas para a designação dos administradores, de acordo com o princípio vazado no n.º 1 do art. 391.º, agora para uma designação durante o curso do período temporal fixado para as funções dos administradores originariamente nomeados e tendo em vista produzir o seu efeito até ao fim desse período. Em princípio, esta eleição *“ad hoc”*⁹³ surge através de deliberação dos sócios; mas não está colocada de fora a possibilidade de aproveitar a oportunidade de uma alteração estatutária para (também) substituir os administradores nomeados no pacto social que viram extinto o seu cargo.

Fica a dúvida se a “eleição” – em rigor: designação pelos sócios – pode ser de recurso imediato, em desrespeito da ordem sucessiva das als. do n.º 3 e, portanto, “logo que a falta se verifique, sem primeiramente tentar a substituição por algum dos três primeiros modos”⁹⁴. Raúl Ventura defendeu que é lícito recorrer à eleição em pé de igualdade com a cooptação e a designação pelo conselho fiscal (e agora pela comissão de auditoria), tendo como base o facto de a lei não fixar qualquer prazo para a designação pelo órgão de fiscalização. No entanto, salvaguardava que a eleição

rido que na “ordem do dia” da assembleia geral já convocada fosse incluído esse assunto (cfr. art. 378.º, 1 e 4, em conjugação com o art. 375.º, 2).

⁹² Também é esta a doutrina de COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais cit.*, n. 358 – pág. 147, ID., *Curso de direito comercial*, volume II cit., n. 393 – pág. 621.

⁹³ Como lhe chama PAULO OLAVO CUNHA, “Designação de pessoas colectivas...”, *loc. cit.*, n. 55 – p. 194, ID., *Direito das sociedades comerciais cit.*, p. 726.

⁹⁴ RAÚL VENTURA, “Nota sobre a substituição...”, *loc. cit.*, p. 165.

nunca poderia ser sobreponível à chamada de suplentes⁹⁵.⁹⁶ Não será essa a melhor solução, tendo em conta a subversão da *casca de prioridades* elencada no n.º 3 do art. 393.º, no âmbito do recurso às regras de substituição legal⁹⁷: a designação de administradores substitutos pelos acionistas só pode ser feita, *por regra*, se a vaga não for admissível ou não tiver sido preenchida de acordo com algum dos outros modos *prévios* de designação substitutiva, considerando primordialmente que em todos eles a vontade dos acionistas está presente (na designação simultânea dos suplentes e na ratificação sucessiva da cooptação ou da designação subsidiária pelo órgão de fiscalização); a lei justamente pressupõe que as designações *prévias à eleição ou nomeação dos sócios* resultam de uma vontade anteriormente manifestada pelos acionistas (subjacente à indicação dos suplentes) ou de uma vontade do órgão de administração (ou, sucedaneamente, do órgão de fiscalização)⁹⁸, ainda que, neste caso, aberta à sindicância ulterior dos acionistas; se assim não se respeitar, a deliberação de designação sofre de um vício de procedimento que gera a anulabilidade nos termos do art. 58.º, 1, al. a).

De todo o modo, *excepcionalmente*, pode justificar-se que, *licitamente*, a designação substitutiva pelos acionistas seja *convocada directa e antecipadamente*, desde que *haja uma circunstância ou vicissitude societárias gerada por ação do administrador, que justifiquem prescindir da cooptação ou da designação pelo órgão de fiscalização*. Penso numa, que me parece razoável: a subs-

⁹⁵ Cfr. RAÚL VENTURA, *últ. est. e loc. cit.*, p. 165.

Nesta linha, encontramos COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais cit.*, n. 360 – pp. 149-150; MARIA JOÃO DIAS, pp. 222-223, 227-228 e n. 24 – p. 229, que sustenta a natureza concorrencial da eleição com a cooptação e, se esta não se tiver realizado no prazo de 60 dias, com a designação pelo órgão de fiscalização; logo, a exclusão desses outros modos de substituição se houver eleição.

⁹⁶ Se decorrerem mais de 60 dias sem ter “sido possível reunir o conselho de administração, por não haver bastantes administradores efectivos e não se ter procedido às substituições previstas no artigo 393.º”, temos a possibilidade de vermos nomeado um administrador judicial, de acordo com o fixado pelo art. 394.º, 1, 2.ª parte.

⁹⁷ Neste sentido, v. PAULO OLAVO CUNHA, “Designação de pessoas colectivas...”, *loc. cit.*, p. 194.

⁹⁸ Bom argumento para fazer prevalecer essa vontade é a regra do art. 404.º, 1, quanto ao destinatário da renúncia do administrador: o presidente do conselho de administração (ou do conselho de administração executivo: art. 423.º-H) ou, se este for o renunciante (ou se o renunciante for administrador único), o conselho fiscal ou fiscal único ou a comissão de auditoria ou o conselho geral e de supervisão (para este, cfr. art. 433.º, 4). De facto, a lei só se compreende se se entender que se pretende que a declaração do renunciante chegue ao órgão social competente para substituir ou promover o procedimento de substituição daquele que renuncia e abre a “vaga”, nos termos dos arts. 393.º, 2, 3, als. b) e c), 425.º, 4 e 423.º-H (remissivo, na comissão de auditoria, para o art. 393.º).

tituição do administrador que (sócio ou não) apresenta a sua renúncia em “assembleia geral” dos acionistas, *convocada expressamente para tomar conhecimento dessa renúncia e promover a substituição do renunciante*⁹⁹. Independentemente de estar ou não presente na assembleia o destinatário da declaração de renúncia (de acordo com a norma do art. 404.º, 1), julgo que a comunicação (adoptando forma escrita¹⁰⁰ e, eventualmente, confirmada oralmente no seio dos trabalhos da assembleia) feita nessa reunião de sócios é válida, nesse contexto de *instrumentalidade para a substituição posterior do administrador renunciante*, e permite, *consequencialmente*, que os acionistas se pronunciem *per saltum* sobre a substituição, nos termos da al. d) do art. 393.º¹⁰¹.

Por fim, note-se que a eleição substitutiva terá que respeitar, a existirem, as regras do art. 391.º, 2.

6. Substituição de administrador eleito por força dos sistemas do art. 392.º

De acordo com o n.º 5 do art. 393.º, estabelece-se um procedimento especial para a substituição de administrador faltoso que tenha sido eleito ao abrigo dos sistemas previstos no art. 392.º. Assim: (i) se houver administrador(es) suplente(s), designado(s) à luz do art. 392.º, 10 (permite aos sócios minoritários propor ou eleger administradores efetivos e suplentes em número idêntico), chama-se o suplente *respetivo ou correspondente* ao administrador eleito pelas regras especiais; (ii) afasta-se a cooptação e a designação sucedânea pelo órgão de fiscalização (modos de designação substitutiva que só se utilizam para administradores nomeados de acordo com as regras gerais); (iii) não havendo suplente(s), procede-se a nova eleição, à qual se aplicam as regras especiais do art. 392.º.

⁹⁹ Favorável (ainda que admitindo tão-só a comunicação *oral* de renúncia válida), COUTINHO DE ABREU, “Artigo 404.º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, Volume VI (Artigos 373.º a 480.º), Códigos n.º 6 – IDET, Almedina, Coimbra, 2013, pág. 397 (= *Governação das sociedades comerciais* cit., n. 360 – pág. 149).

¹⁰⁰ Sobre esta forma como condição de validade da declaração de renúncia (art. 404.º, 1; 220.º CCiv.), mesmo que tal forma seja observada na ata da reunião do órgão de administração em que tal renúncia se comunique, v. RICARDO COSTA, *Os administradores de facto das sociedades comerciais* cit., pp. 495, 496 e nn. 1012 e 1013.

¹⁰¹ Tornando imediatamente eficaz a renúncia com a designação substitutiva: art. 404.º, 2, 2.ª parte.

Sobre a eficácia da declaração de renúncia dos administradores, v. RICARDO COSTA, *últ. ob. cit.*, pp. 498 e ss.

7. Referência às especialidades da substituição dos administrativos executivos (estrutura germânica): artigo 425.º, 4, do CSC

No que toca aos administradores “executivos” (titulares do “conselho de administração executivo” da estrutura germânica da sociedade anónima: arts. 424.º e ss¹⁰²), determina o art. 425.º, 4: “Em caso de falta definitiva ou de impedimento temporário de administradores, compete ao conselho geral e de supervisão providenciar quanto à substituição, sem prejuízo da possibilidade de designação de administradores suplentes, nos termos previstos no n.º 5 do artigo 390.º, e, no caso da alínea b) do n.º 1, da necessidade de ratificação daquela decisão de substituição pela assembleia geral seguinte”.

Assim, se houver (i) falta definitiva, gerada por causa de extinção ou caducidade da relação administrativa, ou (ii) “suspensão temporária” (assim se deve interpretar a referência legal a “impedimento temporário”) de administradores, a competência para proceder à designação substitutiva cabe ao conselho geral e de supervisão. Isto significa que não há lugar nem à cooptação¹⁰³ nem à eleição “substitutiva” de novo ou novos administradores efetivos (por substituição, portanto). A lei, no entanto, salvaguarda a possibilidade *prioritária* de “chamada de suplentes” para esse efeito, por aplicação do art. 390.º, 5, e 393.º, 3, al. a), e, portanto, nesses termos gerais, sem intervenção do conselho geral e de supervisão.

Além disso, a outra especialidade que o legislador considera é a hipótese de os administradores executivos serem designados originariamente pelos acionistas, por força de autorização estatutária – nesse caso, a designação substitutiva feita pelo conselho geral e de supervisão tem que ser ratificada pelos acionistas, seguindo os termos gerais do art. 393.º, 4, para a cooptação ou designação sucedânea pelo órgão de fiscalização.¹⁰⁴ Se não houver ratificação, ou essa ratificação for rejeitada, a designação substitutiva sofre de *igual cessação da relação administrativa, por caducidade*, à que se verifica nos termos do art. 393.º, 4¹⁰⁵.

¹⁰² RICARDO COSTA, *últ. ob. cit.*, n. 28 – pp. 46-47.

¹⁰³ V. *supra*, n. (68).

Em sentido contrário, ARMANDO TRIUNFANTE, p. 459, desde que os administradores cooptados sejam ratificados pelo conselho geral e de supervisão ou pela assembleia geral (aqui para os casos em que, por disposição dos estatutos, lhe caiba a competência para designar originariamente os administradores).

¹⁰⁴ Com a dúvida de saber se a designação substitutiva temporária também está sujeita a esta ratificação: v. *supra*, n. (69).

¹⁰⁵ V. *supra*, 5.2.2., em esp. n. (68).

Quanto ao procedimento de substituição para a “falta definitiva”, aplica-se analogicamente o regime de declaração de “falta definitiva” por parte do conselho de administração executivo (art. 393.º, 2), ainda mais aconselhável quando a competência substitutiva pertence por regra a órgão diferente.¹⁰⁶

8. Referência às especialidades da substituição dos administradores da comissão de auditoria (estrutura monística): remissão do 423.º-H

O art. 423.º-H manda aplicar aos membros da comissão de auditoria o disposto no art. 393.º, naturalmente quanto às regras de designação substitutiva dos administradores “faltosos” ao longo do período de duração do cargo.¹⁰⁷

A remissão exige, pelo menos, duas esclarecimentos: (i) a declaração de falta definitiva deve caber à própria comissão de auditoria¹⁰⁸, tendo em conta as vicissitudes próprias da relação do “faltoso” com a comissão de auditoria (cujos membros são “isolados” por discriminação feita na lista proposta para o conselho de administração: cfr. art. 423.º-C, 2)¹⁰⁹; (ii) não se aplica a al. c) do art. 393.º, 3, uma vez que a cooptação só é feita pela própria comissão de auditoria (se mantiver quórum deliberativo)¹¹⁰, sem a competência sucedânea do órgão de fiscalização.

¹⁰⁶ ARMANDO TRIUNFANTE, p. 460, concorda (para as “faltas injustificadas”: art. 393.º, 1), mas não coloca de parte a competência para o efeito do conselho geral e de supervisão.

¹⁰⁷ Sobre a comissão de auditoria e a condição e o estatuto dos “administradores-auditores”, v. RICARDO COSTA, “Artigo 423.º-B”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. de J. M. Coutinho de Abreu, Volume VI (Artigos 373.º a 480.º), Códigos n.º 6 – IDET, Almedina, Coimbra, 2013, pp. 666 e ss., 677 e ss., e, com mais desenvolvimentos, *Os administradores de facto das sociedades comerciais cit.*, pp. 527 e ss. (em esp., nn. 1088-1094, 1104), 975-976.

¹⁰⁸ Ainda que só em relação à falta definitiva baseada em faltas injustificadas (art. 393.º, 1), v. LUÍS FILIPE ARAÚJO, “Comissão de auditoria: regras especiais de eleição e substituição de administradores (falta definitiva e cooptação)”, *II Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, Coimbra, 2012, p. 178 (mas, a p. 179, o Autor exige ainda a declaração do conselho de administração, pois defende que a falta também se repercute nesse órgão).

¹⁰⁹ Aparentemente com solução diferente, LUÍS FILIPE ARAÚJO, pp. 178-179, quando considera que a falta definitiva em qualquer dos órgãos (comissão de auditoria e conselho de administração) “obriga à substituição em ambos”.

¹¹⁰ ARMANDO TRIUNFANTE, p. 453. LUÍS FILIPE ARAÚJO, p. 179, vai mais longe: sustenta que a cooptação deve resultar aprovada na comissão de auditoria e no conselho de administração.

9. Registo da designação substitutiva e da cessação, definitiva ou temporária, de funções

A designação substitutiva superveniente que supre “falta definitiva” está sujeita a registo e publicação obrigatória, de acordo com o disposto nos arts. 3.º, 1, al. *m*) [“A designação e cessação de funções, por qualquer forma que não seja o decurso do tempo, dos membros do órgão de administração (...) das sociedades (...)”], e 70.º, 1, al. *a*), do CRCom.¹¹¹

A “substituição temporária”, como meio de designação dos administradores através dos modos previstos no n.º 3 do art. 393.º, também está sujeita a registo e publicação obrigatória. Assim como, com base nos mesmos preceitos, a suspensão, seja qual for a sua fonte, enquanto cessação “temporária” de funções – pois também para esta vicissitude não se restringe a aplicação da norma à *definitividade* do evento que inibe o exercício do cargo: note-se que o art. 3.º, 1, al. *m*), abrange *qualquer forma de cessação* –, deve ser facto submetido a registo e publicação (em particular para tutela dos interesses de terceiros e do tráfico jurídico aquando da certeza sobre a vinculação da sociedade¹¹²)¹¹³.

¹¹¹ Contra: MARIA JOÃO DIAS, pp. 259-260.

¹¹² Neste último sentido, v. ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Os poderes de representação dos administradores de sociedades anónimas*, *Studia Iuridica* 34, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, n. 202 – p. 115.

¹¹³ Concordante: MARIA JOÃO DIAS, pp. 260-261, 265 (“para evitar que figurem na certidão de registo comercial dois administradores em funções (um administrador suspenso e um administrador substituto) para o mesmo cargo, com perigo para a segurança jurídica”).