

FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DE LISBOA
EXAME DE DIREITO COMERCIAL II - TURMA A
Ano Letivo 2015-2016
Regência: Professor Doutor António Menezes Cordeiro
14 de junho de 2016

TÓPICOS DE CORREÇÃO

Estamos em março de 2016. O **Banco dos Pobrezinhos, S.A. (BP)**, historicamente perspetivado como uma instituição sólida e de referência no mercado português, enfrenta atualmente sérias dificuldades financeiras. Por pressão do seu revisor oficial de contas, as contas de 2015 apresentam vários negócios desastrosos celebrados com sociedades do mesmo grupo que, em contas anteriores, eram ocultadas.

Perante a pressão do Banco de Portugal, o conselho fiscal do **BP** reuniu-se para discutir a situação. Perante os factos apresentados, parece claro que os administradores “executivos” – **Ernesto, Filipe e Gonçalo** – não só promoveram a celebração daqueles negócios em condições claramente contrárias aos interesses do **BP**, como ocultaram conscientemente a informação sobre os mesmos nas contas dos anos anteriores. A discussão na reunião do conselho fiscal foi intensa: **Hugo** está revoltado e exige que o conselho fiscal promova a destituição com justa causa de **Ernesto, Filipe e Gonçalo**, bem como as competentes ações de responsabilidade civil destinadas a ressarcir o **BP**. **Inácio**, porém, entende que não cabe ao conselho fiscal, nem a qualquer tribunal, sindicarem as opções de mérito dos administradores...

Não tendo conseguido chegar a acordo sobre este tema, os membros do conselho fiscal concluíram que pelo menos precisavam de mais informações sobre a origem do problema: decidiram rever todas as deliberações dos órgãos sociais dos últimos anos que pudessem estar relacionadas com negócios suspeitos. Entre estas destaca-se a deliberação da assembleia geral do **BP** na qual se aprovou a subscrição de papel comercial à **JFK, S.A.**, sua acionista de referência. Não só a **JFK, S.A.** votou nesta deliberação como, sabe-se agora, a mesma permitiu salvar a **JFK, S.A.** da insolvência, dado que na altura tinha falta de liquidez para assegurar pagamentos aos seus credores.

Entretanto, uma coisa é clara: o **BP** precisa de ser “capitalizado”: dada a urgência da situação, dois dos seus acionistas de referência – as sociedades **KLM, S.A.** e **LML, S.A.** – decidiram realizar voluntariamente, logo em março, prestações suplementares, no valor total de €100 milhões (€50 milhões cada).

No meio do turbilhão gerado pelos problemas do **BP**, a própria **KLM, S.A.** precisa urgentemente de liquidez para sobreviver. No final de maio decidiu então vender a sua participação no **BP** à **MAC, S.A.**. Juntamente com as ações (tituladas, nominativas), transmite o crédito de €50 milhões relativo a prestações suplementares, bem com um outro, relativo a um empréstimo de €40 milhões realizado em 2012.

1. Discuta fundamentadamente quem tem razão na discussão entre Hugo e Inácio, no conselho fiscal, sobre a sindicância das opções de mérito dos administradores. Como é que a sociedade poderia responsabilizar os administradores “executivos”? [4 valores]

Tópicos: A obrigação de diligente administração do conselho de administração [arts. 405.º e 64.º/1, a)] e a obrigação de diligente fiscalização do conselho fiscal [art. 420.º e 64.º/2]; sentido e alcance da fiscalização da administração da sociedade prescrita pelo art. 420.º/1, a) e b): controlo formal (legalidade e regularidade) e controlo de mérito (economicidade e adequação); a questão da discricionariedade empresarial na articulação das competências do conselho de administração e do conselho fiscal; a responsabilidade civil dos administradores (art. 72.º/1) e o regime da ação social ut universi (arts. 75.º e 76.º) (contraposição face à ação social ut singulli); a apreciação judicial das opções dos administradores: a discricionariedade empresarial como questão prévia ou como resultado normativo; o sentido e alcance do art. 72.º/2 (business judgment rule?).

Foram adicionalmente valorizados os seguintes pontos abordados por alguns alunos: estamos perante o modelo de governo clássico (ou tradicional) da SA [art. 278.º/1, a)]; sentido da referência a administradores “executivos”: o ato de delegação de poderes pelo conselho de administração na distinção entre “delegados” e “não delegados” e a atual insuficiência deste critério para distinguir entre “executivos” e “não executivos”; a competência para a destituição dos administradores cabe à coletividade de sócios e não ao conselho fiscal (art. 403.º/1).

2. Analise a validade da deliberação da assembleia geral do BP relativa ao negócio de subscrição de papel comercial da JFK, S.A., tanto do ponto de vista procedimental como substancial. [5,25 valores]

Tópicos: O conceito e a natureza da deliberação social; o regime das invalidades; o impedimento de voto da JFK, S.A. [art. 384.º/6, d)] e a nulidade do voto emitido contra norma legal injuntiva (art. 294.º CC); a anulabilidade da deliberação por vício de procedimento [art. 58.º/1, a)]; a anulabilidade da deliberação por vício de substância: a “vantagem especial” da JFK, S.A. em prejuízo da sociedade [art. 58.º/1, b)]; legitimidade ativa e passiva e prazo para a propositura da ação (arts. 59.º e 60.º); não havia elementos no enunciado que permitissem sustentar a aplicação do art. 29.º.

Foi adicionalmente valorizado o seguinte ponto abordado por alguns alunos: a delimitação da competência da coletividade de sócios que, nos termos do art. 373.º/3, só pode deliberar sobre matérias de gestão a pedido do conselho de administração.

3. Analise a “capitalização” da sociedade operada março pela KLM, S.A. e pela LML, S.A.: Em que consistem as prestações suplementares e como podem estas servir para “capitalizar” o BP? Foi válida a sua realização voluntária? [5,25 valores]

Tópicos: Noção e regime das prestações suplementares (arts. 210.º a 213.º); aplicabilidade do regime às SA; distinção perante as entradas para o capital social e perante as prestações acessórias; o tratamento contabilístico das mesmas como capitais próprios, seu fundamento e importância prática na vida da sociedade; a admissibilidade da realização voluntária de prestações suplementares.

4. Analise o negócio celebrado entre a KLM, S.A. e a MAC, S.A.: Como opera a transmissão das ações? Podiam ser validamente transmitidos os créditos relativos a prestações suplementares e ao empréstimo realizado em 2012? Qual a natureza deste empréstimo? Se o BP for declarado insolvente, como será tratada a MAC, S.A.? [5,50 valores]

Tópicos: A transmissão de ações tituladas nominativas nos termos do art. 102.º CVM: declaração de transmissão no título seguida de registo junto do emitente (a requerimento do transmitente); a cessão de créditos decorrentes das prestações suplementares cuja restituição se mantém sujeita ao regime do art. 213.º; a potencial qualificação do empréstimo como suprimento, se confirmado o carácter de permanência (art. 243.º/1), segundo os índices do art. 243.º/2 e 3; o regime dos suprimentos previsto no art. 245.º e sua aplicabilidade ao crédito transmitido pela KLM, S.A. à MAC, S.A.; em especial, o tratamento da MAC, S.A. como credor subordinado no processo de insolvência [arts. 245.º/3, a) do CSC e 48.º, g) do CIRE].