

Colecção Estudos
Instituto do Conhecimento AB

Colecção Estudos

Instituto do Conhecimento AB

N.º 4

ESTUDOS COMEMORATIVOS DOS 20 ANOS DA ABREU ADVOGADOS

2015

Coordenação: Ricardo Costa | Luís Gonçalves da Silva

Alexandra Aragão

Alexandre de Soveral Martins

Alexandre Miguel Mestre

António Menezes Cordeiro

Benjamim Silva Rodrigues

Carolina Gama

Cláudia Madaleno

Clotilde Celorico Palma

Eduardo Lucas Coelho

Filipa Monteiro Santos

Francisco Noronha

Gonçalo Delicado

Isabel Pinheiro Torres

João Calvão da Silva

João Pedro Rodrigues

João Veiga Gomes

Jorge Coutinho de Abreu

Jorge Sinde Monteiro

José Engrácia Antunes

Júlio Gomes

Luís Fábrica

Luís Gonçalves da Silva

Luís Menezes Leitão

Maíra Carvalhaes Lott

Maria de Fátima Ribeiro

Maria Olinda Garcia

Miguel Teixeira de Abreu

Myriam Ouaki

Natália Garcia Alves

Paulo de Tarso Domingues

Pedro Pais de Vasconcelos

Pedro Romano Martinez

Ricardo Costa

Sofia Silva e Sousa

Susana Azevedo Duarte



COLECÇÃO ESTUDOS N.º 4
INSTITUTO DO CONHECIMENTO AB

ESTUDOS COMEMORATIVOS DOS 20 ANOS DA ABREU ADVOGADOS

COORDENAÇÃO

Ricardo Costa | Luís Gonçalves da Silva

EDITOR

EDIÇÕES ALMEDINA, S.A.

Rua Fernandes Tomás, n.ºs 76 a 80

3000-167 Coimbra

Tel.: 239 851 904 · Fax: 239 851 901

www.almedina.net · editora@almedina.net

DESIGN DE CAPA

FBA.

PRÉ-IMPRESSÃO

EDIÇÕES ALMEDINA, S.A.

IMPRESSÃO E ACABAMENTO

Setembro, 2015

DEPÓSITO LEGAL

Apesar do cuidado e rigor colocados na elaboração da presente obra, devem os diplomas legais dela constantes ser sempre objecto de confirmação com as publicações oficiais.

Toda a reprodução desta obra, por fotocópia ou outro qualquer processo, sem prévia autorização escrita do Editor, é ilícita e passível de procedimento judicial contra o infractor.

As Colecções IAB respeitam a liberdade de escolha dos Autores quanto à ortografia usada nos textos publicados.



GRUPOALMEDINA

SÓCIOS COMO ADMINISTRADORES DE FACTO DAS “SUAS” SOCIEDADES

RICARDO COSTA

*Professor e Membro do Instituto Jurídico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Consultor AB / Coordenador do Instituto do Conhecimento AB*

1. Ser sócio como condição jurídica favorável para o exercício de poderes administrativos não formalizados e a aquisição da qualidade de administrador de facto legitimado

Nem sempre as funções e as tarefas próprias de um administrador ou gerente de uma sociedade comercial são desempenhadas pelos administradores de direito ou formais. Isto significa que, para além dos sujeitos que levam a cabo o “cargo” administrativo por terem sido designados de acordo com um dos modos ou modelos previstos na lei (*maxime*, designação nos estatutos e nomeação ou eleição pelo sócio ou colectividade de sócios), pode uma sociedade ser efectivamente gerida por quem (i) actua sem título de investidura orgânica, ou (ii) actua depois de extinto, caduco ou estando suspenso o seu título, ou, por fim, (iii) actua com base num título nulo ou que se veio a declarar anu-

* Salvo indicação em contrário, todos os preceitos referidos sem menção de proveniência são do Código das Sociedades Comerciais (CSC).

lado (com a conseqüente retroacção dos efeitos produzidos). Em todos estes casos estamos perante administradores de facto – ou, em rigor, perante *possíveis administradores de facto*.

Deverá ser considerado administrador de facto *quem exerce concreta e efectivamente os poderes de gestão-administração de uma sociedade*, mesmo que para isso não tenha legitimidade formal. Para isso, temos que surpreender na sua acção uma actividade *real e positiva de administração*.

Porém, tal apreensão não é suficiente.

É preciso asseverar que a mera assunção de certas qualidades ou a existência de certas condições conjugadas com o exercício de funções administrativas e/ou a influência sobre a prática dos actos de gestão não conferem um estatuto de administrador de facto *virtual* ou *latente* da sociedade a que tal gestão se refere. Antes, estaremos perante um administrador de facto *potencial*; portanto, *a comprovar em concreto, de forma exigente e qualificada*, se forem verificados *determinados pressupostos ou requisitos de legitimação do sujeito em causa e conseqüente aquisição da qualidade de administrador de facto relevante para aplicação da disciplina jussocietária e outras*.

Não basta que se desempenhe ou influencie o desempenho de um ou mais actos próprios da gestão das sociedades para se ser *administrador de facto jussocietariamente relevante*. Para este efeito – desde logo aplicativo, porque dele depende a convocação do regime do administrador de direito, se for o caso, ou do regime também aplicável *literalmente* ao administrador de facto –, só a *prova em concreto* desse conjunto de pressupostos de *legitimação material* – que suprem a *ilegitimidade formal (originária ou superveniente)* para o sujeito ser e actuar como administrador – o faz dispor de um *título executivo-funcional* que, uma vez atribuído, permite (também) a constituição de *uma relação orgânica com a sociedade e a sua equiparação tendencial ao administrador de direito*, com a conseqüente aplicação a esse administrador de facto *legitimado* do regime legal societário ou insolvencial (por extensão ou por aplicação directa da própria lei).

Muito menos basta a mera invocação de alguns comportamentos *formal* ou *materialmente* integrados ou próximos da administração de direito (ou de facto) de uma sociedade para, a partir daí, *inferir sem mais que estamos, com relevo jurídico-normativo, perante um sujeito que se apropriou sem título das funções de administração ou influenciou de forma vinculativa ou determinante o exercício das funções de administração por quem de direito*. Esse salto assente numa *presunção*

de administração de facto, sem prova adicional, sem requisitos de legitimação e sem a constituição de um título funcional a favor do averiguado administrador sem título formal não é aceitável e não é admissível.

Tanto numa como noutra das espécies fundamentais de administração de facto – *directa ou na primeira pessoa; indirecta ou por interposta pessoa ou “na sombra” (shadow director)*¹ –, não basta surpreender uma administração de facto *sob o ponto de vista funcional* – ainda que só se possa avançar uma vez perfilado o sujeito pela sua integração (e *de facto*, pois) na gestão da sociedade. É necessário sujeitar essa conduta ao *crivo* da concorrência de um elenco de “idóneos parâmetros seletivos”² *observados na actuação do sujeito candidato a essa qualidade de administrador de facto*. Serão esses *pressupostos ou critérios que, uma vez reunidos, legitimam a constituição da relação juridicamente relevante de administração de facto*. Sem a sua sindicacão e registo da sua cumulaçãõ em concreto, não é de julgar que a mera actuaçãõ *como se fosse administrador*, desprovido de uma nomeaçãõ regular e formalmente legítima, tenha consequências e mobilize o regime que é próprio da relação administrativa ou (como acontece no CIRE) do estatuto de administrador de facto previsto na lei; estaremos então perante um terceiro, mero *extraneus* em relação à sociedade e à sua estrutura organizatõria e funcional, cujo comportamento não observou, para além da inexistência de título, os requisitos necessários para a gènesis da *condiçãõ jurídica de administrador e o reconhecimento da valência societária da actividade que realize*.

Na verdade, é a verificaçãõ cumulativa de todos esses requisitos que cumpre *o mesmo papel* de uma designaçãõ válida e eficaz para o administrador de direito e ao do consequente título e posiçãõ orgânica para administrar a sociedade. A saber³: (1) actuaçãõ positiva no círculo de funções típicas de administração *gestionária*, tendo como azimute a intervençãõ no patamar da “alta direcçãõ” (ou, pelo menos, a execuçãõ das directivas dessa gestão estratégica e global se o *facto* for apenas activado no campo das relações externas

¹ V., com vários detalhes e categorias, RICARDO COSTA, *Os administradores de facto das sociedades comerciais*, Almedina, Coimbra, 2014, p. 646 e ss.

² NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1998, p. 222.

³ Desenvolvidamente, v. RICARDO COSTA, *Os administradores de facto...* cit., p. 658 e ss.

Requisito preliminar é a inexistência de um título administrativo em vigor e gerado por uma nomeaçãõ válida e eficaz – pressuposto *negativo*.

e estiver isolado por não ter havido participação no acto de gestão-decisão interna que serviu de base ao acto representativo) – *intensidade qualitativa* ⁴; (2) com a autonomia própria do administrador (em relação permanente com a *intensidade da política estratégica e global*) ⁵; (3) em regra de forma sistemática e continuada (ainda que, excepcionalmente, esporádica desde que expressiva), radicada numa vontade ou motivação de actuar como administrador ou influir na acção dos administradores sem assumir os efeitos típicos da situação jurídica disciplinada pela lei – *intensidade quantitativa* ⁶; (4) com a aceitação/tolerância da sociedade (do seu ou seus sócios e/ou do ou dos administradores de direito) ^{7, 8}

Por outro lado, no que respeita à administração de facto *indirecta*, os requisitos preservam um mesmo *grau de exigência*. Em primeiro lugar, a *influência* própria de tal conduta terá que se projetar *primariamente* em actos de “alta direcção” dos administradores de direito e/ou dos administradores de facto directos. Em segundo lugar, estaremos perante directivas e instruções que, deixando de estar num plano simplesmente *consultivo e conservador da liberdade de decisão do administrador de direito*, se convertem em *ordens a cumprir* e se jogam no contexto de uma *imposição* sobre os administradores *condicionados*, ou, no caso de o administrador de direito ser *reactivo*, se traduzem numa influência *determinante* ou *intensiva* (“bastante”, portanto) sobre o perímetro de decisão e actuação executiva do administrador de direito. ⁹ Em ambas as circunstâncias, finalmente, sempre deveremos ter uma *intensidade finalística* aquando da materialização do poder de quem está na sombra, de tal sorte que a regra é o *acatamento habitual e sistemático dessas ordens e instruções por parte do destinatário*, ou seja, o *administrador de direito e/ou o administrador de facto directo*. ¹⁰

⁴ RICARDO COSTA, *Os administradores de facto...* cit., págs. 671 e ss, em esp. 732, ss, e 745, ss.

⁵ RICARDO COSTA, *Os administradores de facto...* cit., págs. 782 e ss.

⁶ RICARDO COSTA, *Os administradores de facto...* cit., págs. 829 e ss.

⁷ RICARDO COSTA, *Os administradores de facto...* cit., págs. 838 e ss.

⁸ Sumariamente sobre estes requisitos para afirmação do administrador de facto *legitimado*, v. RICARDO COSTA, “Responsabilidade civil societária dos administradores de facto”, *Temas societários, Colóquios* n.º 2 – IDET, Almedina, Coimbra, 2006, págs. 29, n. (4), 31, n. (5), 39, n. (12).

⁹ RICARDO COSTA, *Os administradores de facto...* cit., págs. 654-655.

¹⁰ Para maior pormenor, v. ainda RICARDO COSTA, *Os administradores de facto...* cit., págs. 778 e ss.

É esse percurso(-processo) de requisitos que permite desenhar uma espécie de “*método tipológico*” de qualificação, revelado pela sindicância dos elementos *essencialmente caracterizadores* do “*tipo real normativo*” de administrador¹¹ – de tal modo que se enquadrará ou não a relação estabelecida pelo *potencial administrador de facto na relação predisposta tipicamente pela lei* – e assistido pela identificação de *factores susceptíveis de revelar aquela posição ou estado de administração de facto*.

É essa averiguação que surpreende a administração de facto relevante num conjunto de pessoas que detêm, em razão de uma relação ou função com a sociedade (a que chamei em devido tempo uma “qualidade de relação”¹²), um título que os habilita ou lhes permite participar na exploração da actividade social e/ou no funcionamento da sociedade ou a aceder às tarefas administrativas e, com isso, usufruir de uma parte ou grande parte do poder de administração (por ex., *sócio*, administrador de direito de outra sociedade, “director geral” com amplas atribuições, “gerente de comércio” de um ou vários estabelecimentos, trabalhador assalariado-subordinado com funções de direcção, credor forte, mandatário ou procurador para a celebração de negócios em nome da sociedade, agente comercial, consultor-prestador de serviços, contabilista-técnico oficial de contas, concedente ou franquizador, parceiro negocial, etc.). É justamente a *natureza* e a *fisionomia* do exercício das funções e atribuições que se realizam pelo sujeito *oficiosamente* administrador que se configuram como instrumento para chegarmos a uma condição jurídica adicional e distintiva *sempre que o sujeito apresente essa outra condição, qualificação ou denominação jurídica na sua relação com a sociedade*. Não basta essa outra condição – e as suas circunstâncias ou outras *circunstâncias e situações que favorecem a administração de facto* –, mesmo que vista como *situação fenomenológica potencialmente típica de administração de facto*, para qualificar *por si só* e *como que automaticamente* o respectivo titular como administrador de facto¹³. Por outras palavras, arriscaríamos a introdução do conceito de administrador de

¹¹ Designação de KARL LARENZ, *Metodologia da ciência do direito*, 2.ª ed., tradução de José Lamego/revisão de Ana de Freitas do original *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5.ª ed. 1983, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989, págs. 260 e ss, 566-567.

¹² RICARDO COSTA, “Responsabilidade civil societária...”, *loc. cit.*, pág. 30.

¹³ Isto é, ver em algumas dessas outras condições uma espécie de presunção de administração de facto – *rectius*, a presunção de ingerência na administração.

facto *virtual*, o que seria inequivocamente contraditório, uma vez que o elemento básico que conota a figura é desenhado pela *realização efectiva* de uma *actividade positiva de gestão* e/ou *influência* sobre essa actividade. Ou, sob um outro prisma, alcançaríamos a qualidade de administrador de facto sempre que houvesse um título para desempenhar tarefas administrativas mas esse não fosse título *bastante e suficiente* para atribuir a condição de administrador.

É preciso algo mais, sabendo nós que essa *outra* condição (e sua função e laço com a sociedade) não exclui a qualificação de administrador de facto sempre que se demonstra um excesso notório do seu papel – uma *ultrapassagem* das suas competências legais e/ou das suas funções e/ou das suas *tarefas de execução contratual* –, em particular através do exercício de uma “actividade empresarial” no seio da sociedade¹⁴. Ora, serão justamente os “*critérios da administração de facto*” que conduzirão a esclarecer a posição *adicional* de quem, quase sempre, tem ou teve uma ligação, directa ou indirecta, com a sociedade ou mesmo de quem não a tem ou não a teve.¹⁵

É naturalmente esse o caso dos *sócios que se apropriam ilegitimamente das tarefas da gestão (ou que abusam do exercício legítimo dessas tarefas) e/ou que influenciam decisivamente os administradores (de direito ou de facto directos)*.

2. Sócio não administrador de direito

Quando se aborda a possibilidade de o sócio ser administrador de facto, nomeadamente nas realidades *microsocietárias*, a primeira hipótese que os Autores indicam é a do sócio único e a da sociedade unipessoal como domínio privilegiado para o aparecimento da figura. Na realidade, operativa a SQU nos

¹⁴ Serão quase sempre administradores de facto *directos dissimulados* (cfr. RICARDO COSTA, *Os administradores de facto... cit.*, pág. 647).

¹⁵ A mais relevante doutrina espanhola – NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, Editorial Comares, Granada, 2003, p. 150 – assimila estes pressupostos a verdadeiras “causas substantivas ou funcionais” da administração de facto, “as quais exigem, para os mesmos efeitos da qualificação, que a atuação do sujeito a considerar seja semelhante ou, pelo menos, equiparável à do administrador desenhado pelo legislador”. Estas são causas, ademais, que sobrelevam as “causas formais”, desde logo porque “as irregularidades na designação carecerão de relevância se não se acompanham pela gestão efetiva da sociedade”.

arts. 270º-A e ss, é manifesta a natural propensão do único quotista, que não seja gerente de direito (através de um procedimento de auto-designação), a interferir na gestão de uma sociedade inteiramente possuída por via da quota única ou das quotas de que é único titular, pois é certamente verosímil, num ente societário com uma “composição institucional rudimentar”¹⁶, a hipótese de o sócio único concentrar poderes administrativos e/ou influenciar as operações dos administradores e estes serem mero *instrumento* do sócio único¹⁷. Há mesmo quem suponha que será difícil ao sócio único não gerente escapar a uma acção de responsabilidade como gerente de facto¹⁸ ou até advogue que o sócio único que executa por si próprio as suas próprias decisões em sede de administração não pode mesmo deixar de se submeter à responsabilidade própria do administrador¹⁹. Ou, menos taxativo, se assome que será de averiguar sempre o reconhecimento no comportamento do sócio único de “uma manifestação tácita da sua vontade em revogar a tarefa do administrador antes nomeado e de a assumir ele próprio”²⁰. Tudo porque o protagonismo

¹⁶ PETER FORSTMOSER, “Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht”, *Freiheit und Verantwortung im Recht. Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz*, Herausgegeben von den Professoren Peter Forstmoser und Walter R. Schluep, Verlag Stämpfli & Cie AG, Bern, 1982, pág. 147.

¹⁷ RICARDO COSTA, *A sociedade por quotas unipessoal no direito português. Contributo para o estudo do seu regime jurídico*, Almedina, Coimbra, 2002, págs. 604-605, n. (951) – págs. 718-720.

¹⁸ DOMINIQUE VIDAL, *Droit des sociétés*, 5^e éd., L.G.D.J., Paris, 2006, pág. 217.

¹⁹ LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, “El régimen de responsabilidad de los administradores en la Ley de Sociedades Anónimas: supuestos, principios y problemas”, *La responsabilidad del administrador en las sociedades*, BICAM, Madrid, 1997, pág. 47, em alusão ao art. 127 da LSRLE, actual art. 15, n.º 2, da LSCE – «Na sociedade unipessoal de responsabilidade limitada o sócio único exercerá as competências da assembleia geral, (...) podendo ser executadas e formalizadas pelo próprio sócio ou pelos administradores da sociedade».

Esta formulação levou outra doutrina a considerar o sócio único quotista como administrador de facto sempre que execute pessoalmente as suas próprias decisões – MANUEL MARÍA SÁNCHEZ ALVAREZ, “Responsabilidad de los administradores y registro mercantil (Sentencias de la Audiencia Provincial Barcelona, de 5 de octubre de 1995 y 12 de diciembre de 1995)”, *RdS*, 1996, pág. 328, ID., *Los delitos societarios*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1996, pág. 58 –, mas a doutrina adversa parece restringir a faculdade legal ao poder extraordinário no processo de documentação e inscrição das decisões do sócio único, sem efectivar uma derrogação ao regime geral de funcionamento da sociedade e de distribuição das competências entre os órgãos – NURIA LATORRE CHINER, 2003, págs. 134-135.

²⁰ NICCOLÒ ABRIANI, n. (23) – pág. 86.

Na doutrina alemã, MARKUS GEIßLER, “Die Haftung des faktischen GmbH-Geschäftsführers”, *GmbHHR*, 2003, pág. 1112, chama a atenção para a necessidade de se ser particular-

do sócio deixa mais sombria a linha de separação entre as funções propriamente administrativas e as funções corporativas de controlo e de supervisão que se atribuem aos sócios e pode conduzir a uma desfiguração da estrutura orgânica da sociedade.

O certo é que essa condição, diria, quase automática ou quase natural do sócio único quotista como administrador de facto (se não o for de direito) não casa bem com a subsistência na entidade unisubjectiva das mesmas regras legais de repartição de competências e poderes originários entre os órgãos, bem como de configuração e funcionamento dos espaços decisórios de sócio e gerência, que assistem a uma sociedade plural. Mesmo que se conceda que os esquemas orgânicos pecam por excesso quando confrontados com as exigências realmente buscadas pelo sócio único com a sociedade – numa espécie de hiperbolização do que já acontece com as sociedades de base pessoal restrita e familiar – o certo é que essas “*regras do jogo*”²¹ também se aplicam, mesmo que com adaptações, e devem ser respeitadas na SQU²². Não se pode afirmar *aprioristicamente* que o sócio único, ainda que pela circunstância de influir exclusivamente na nomeação da gerência, confira à sociedade uma orientação completamente entregue à sua vontade (e, até por isso, porventura contrário ao interesse do ente social por *desvio* ou *abuso de poder*) e instrumentalizada numa forma de hierarquia absoluta ou predominante entre o sócio e o órgão administrativo. Deste modo, a titularidade única que o sócio ostenta em relação às participações sociais não é uma espécie de livre-trânsito para que ele seja uma espécie de gerente de facto *per se* da SQU e para

mente incisivo a fiscalizar as características e qualidades do gerente ou gerentes de direito nomeados pelo sócio único. Se é inexperiente ou muito jovem, se é familiar e tem outras obrigações profissionais, se vive muito longe da sociedade, entre outras razões de incapacidade, estaremos perante “indícios adicionais” (*zusätzliche Indizien*) da intenção predefinida de o sócio conduzir ele próprio os negócios sociais e/ou reservar ao gerente o papel de “testa-de-ferro” disponível para agir apenas de acordo com as suas indicações.

²¹ GASTONE COTTINO, *Diritto societario*, Quinta edizione del *Diritto Commerciale*, vol. I, tomo 2, con la collaborazione di Oreste Cagnasso/Alessandro Monteverde/Luciano Quattrocchio, CEDAM, 2006, pág. 327.

²² O art. 270º-E, n.º 1, 2.ª parte, quando elenca como único exemplo de exercício de competências pelo sócio único a nomeação de gerentes (que já se aplicaria por força do art. 246º, n.º 2, al. a)), parece ter como único efeito útil a confirmação da independência do órgão de administração e representação em face do sócio e dos seus poderes enquanto tal e a recusa de qualquer reserva ao sócio de uma competência ilimitada de gestão directa.

anular as consequências de ordem jurídica que derivam dos vínculos e relações de natureza orgânica que mantêm a sociedade de que é único sócio – e, portanto, mantêm-se a dualidade de personalidades e de esferas jurídicas e mantêm-se a dualidade de espaços orgânicos internos, que se convertem mesmo em *garantia* do sistema.

Por sua vez, mesmo que, por via estatutária, se alargue o núcleo de matérias supletivamente submetidas a “deliberação” (art. 246º, n.º 2) e/ou se preveja um conjunto de assuntos (certos contratos, realização de certas operações, ultrapassagem nos actos sociais de certos montantes, princípios estruturais de “alta direcção”²³ e/ou gestão extraordinária²⁴, etc.) em que a actuação da gerência dependa de uma prévia decisão(-autorização) do sócio (arts. 246º, proémio do n.º 1, e 259º), afora o direito que, tendo por base esse mesmo art. 259º, 2.ª parte, aos quotistas cabe de emitir, por iniciativa própria e mesmo que os estatutos os não habilite, directivas e instruções em assuntos de gestão, essas *formas de interferência na direcção da sociedade e, nomeadamente, da empresa social* correspondem a uma *partilha* admitida pela lei e, *tipologicamente*, muito próprias da sociedade por quotas²⁵. Por maioria de razão (personalista, *naturaliter*), a possibilidade de intervir na gestão interna é um corolário lógico da sua posição de domínio sobre a *sua* sociedade e não afronta – pelo contrário, dir-se-á – o princípio legal estruturante da separação de competências (*gesetzliche Kompetenztrennung*). Na realidade, as possibilidades convencionais e deliberativas de ingerência dos sócios na gestão das sociedades não se vêem como regra ameaçadora da separação de competências, mas são admitidas. E precisamente de forma *mais lata e caracterizadora* na sociedade por quotas do que na sociedade anónima, atentos os arts. 246º, n.ºs 1 e 2, e (acima de tudo)

²³ Sobre este conceito, v. RICARDO COSTA, *Os administradores de facto...* cit., págs. 745-746, 748 e ss (em esp. n. (1644)), 752-753 (em esp. n. (1649)).

²⁴ Para os contornos desta faceta da administração gestionária, v. também RICARDO COSTA, *últ. ob. cit.*, n. (1634) – págs. 746-747.

²⁵ Desenvolvidamente, com várias referências e diálogos doutrinários, v. RICARDO COSTA, *A sociedade por quotas unipessoal...* cit., págs. 593 e ss, em esp. 596-597, 605-606.

Confirmando no art. 259º o apoio legal para o sócio único quotista, mesmo fora das competências legais ou estatutárias que lhe estão atribuídas (enquanto órgão), emitir instruções ao gerente terceiro em matéria de gestão, v. CASSIANO DOS SANTOS, *A sociedade por quotas unipessoal. Comentários e anotações aos artigos 270.º-A a 270.º-G do Código das Sociedades Comerciais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, págs. 104-105.

259º, 2.ª parte²⁶, em confronto com os arts. 373º, n.ºs 2 e 3, 405º, n.º 1, e 406º²⁷; existindo e sendo exercidas licitamente, não permitem ver no sócio um administrador de facto.

²⁶ E mesmo assim sem que se possa considerar válida (nulidade) a cláusula estatutária que confie aos sócios todo ou quase todo o poder de decisão em matérias de gestão (sendo, de todo o modo, inalienável o espaço da gerência em matéria de representação) e esvazie o “círculo mínimo de atribuições da gerência”, sob pena de se colocar em questão a prescrição legal sobre a existência necessária do órgão administrativo e desrespeitar “o domínio de execução *privativo* dos administradores, exactamente por envolver a sua responsabilidade por esses actos de execução”: sobre o tema, v. as minhas considerações, a que pertencem as citações (e percursos bibliográficos, para este e para trilha contrário) em *A sociedade por quotas unipessoal... cit.*, págs. 593 e ss, em esp. ns. (756) – págs. 602-603, (757) – pág. 604, págs. 609-610 e n. (762)). No mesmo sentido, junto PINTO FURTADO, *Deliberações dos sócios*, Comentário ao Código das Sociedades Comerciais, *Artigos 53 a 63*, Almedina, Coimbra, 1993, págs. 34 e ss (“não poderá o contrato de sociedade levar a sua limitação ao ponto de substituir *por completo* a gerência pelo plenário dos sócios”; “a chamada soberania da assembleia geral, que tem uma expressão muito forte, entre nós, relativamente às *sociedade por quotas*, não deve, mesmo aím ser entendida como uma *supremacia absoluta* e destruidora da *divisão de poderes* que os diferentes órgãos sociais representam no seio da sociedade”); JOÃO ESPÍRITO SANTO, *Sociedades por quotas e anónimas – Vinculação: objecto social e representação plural*, Almedina, Coimbra, 2000, n. (1041) – pág. 387; CASSIANO DOS SANTOS, *Estrutura associativa e participação societária capitalística. Contrato de sociedade, estrutura societária e participação do sócio nas sociedades capitalísticas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006, págs. 210-211 (na perspectiva, ainda que indistinta, de “violação dos elementos do tipo” da “cláusula que atribua à assembleia a administração da sociedade”); e COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2010, pág. 56 (“não será lícita a cláusula estatutária que atribua aos sócios praticamente todo o poder de decisão em assuntos de gestão, fazendo da gerência simples órgão executivo (e dos gerentes simples empregados subordinados)”).

Na Alemanha, em face do § 37 (1) da GmbHG, há um claro dissenso em face da posição de incluir ou não no poder de iniciativa dos sócios todos os assuntos da gestão da sociedade (seja por condicionamento estatutário, seja por deliberação ordenadora), transformando os gerentes em mero órgão executor (“marioneta” sem “espaço de manobra”) da vontade dos sócios (princípios de dependência das ordens dos sócios e da respectiva execução obediente: *Grundsatz der Weisungsabhängigkeit; Grundsatz der Folgepflicht*), ainda que nos limites da conformidade com a lei e com o contrato de sociedade, ou, como alternativa no entendimento da “competência instrutória” (*Weisungsbefugnis*) apenas atender a instruções específicas e únicas que não esvaziem totalmente o *Geschäftsführer* nem a sua obrigação de se abster de dar execução a deliberações ilegítimas e danosas: entre muitos outros, ULRICH IMMENGA, *Die personalistische Kapitalgesellschaft*, Athenäum Verlag-Bad Homburg v.d.H., Mannheim, 1970, págs. 89, 91 e ss, em esp. 93, 247, 278, HEINRICH SUDHOFF, *Rechte und Pflichten des Geschäftsführers einer GmbH*, 7. überarbeitete Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 1972, pág. 40, HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht. Eine Lehrbuch des Unternehmens- und Verbandsrechts*, Band I – Grundlagen, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 1980,

pág. 336, HANS-JOACHIM MERTENS, “Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung“, in MAX HACHENBURG, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) – Großkommentar*, Zweiter Band: §§ 13-52, 8., neubearbeitete Auflage, Herausgegeben: Peter Ulmer, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1997, *sub* § 37, 1997, págs. 146 e ss, *Rdn.* 15 e ss, HORST KONZEN, “Geschäftsführung, Weisungsrecht und Verantwortlichkeit in der GmbH und GmbH & KG”, *NJW*, 1989, págs. 2977 e ss, KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 4., völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Carl Heymanns Verlag KG, Berlin/Bonn/München, 2002, págs. 1069, 1070-1071, MARC DINKHOFF, *Der faktische Geschäftsführer in der GmbH*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2003, págs. 70-71, 85, UWE H. SCHNEIDER, “Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung“, *Scholz Kommentar zum GmbH-Gesetz mit Anhang Konzernrecht*, II. Band, §§ 35-52, 10. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2007, *sub* § 37, pág. 2099, *Rdn.* 30-31, págs. 2105-2106, *Rdn.* 50 e ss, HOLGER ALTMETZEN/GÜNTER H. ROTH, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH)*, 6., neubearbeitete Auflage, C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 2009, *sub* § 37, págs. 680-681, *Rdn.* 3-4, WOLFGANG ZÖLLNER/ULRICH NOACK, “Abschnitt Drei. Vertretung und Geschäftsführung”, in ADOLF BAUMBACH/ALFRED HUECK, *GmbH-Gesetz: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, 19. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2010, *sub* § 37, pág. 752, *Rdn.* 2 (em complemento, *sub* § 35, págs. 653-654, *Rdn.* 29 e ss), págs. 755 e ss, *Rdn.* 17 e ss. Dando eco da corrente germânica “ampla” para a interpretação do art. 259º, v. RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas. Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, volume III, Almedina, Coimbra, 1991, *sub* art. 259º, págs. 139-140 (em esp.: não há distinções na lei quanto aos assuntos sobre os quais os sócios podem deliberar, com o correspondente dever de obediência dos gerentes), 141-142 (obediência essa que pode ir “até ao limite máximo teórico, que torna dependente de deliberação dos sócios todos os actos dos gerentes”; além disso, não fere qualquer princípio de ordem pública a cláusula que retira a administração activa), ID., *Sociedades por quotas. Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, volume II, Almedina, Coimbra, 1989, *sub* art. 246º, pág. 165 (“Os sócios têm, pois, o poder de dar instruções aos gerentes sobre as matérias em que estes têm competência própria e esse poder tanto pode ser exercido por meio de deliberações normativas ou de execução permanente, como por meio de deliberações individuais, que ordenem, condicionem ou proibam a prática de certo acto”); aparentemente, ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito das sociedades. Parte geral*, ed. de Autor, 2010, pág. 292, fala de uma “relevantíssima competência residual”, por força da qual “os sócios poderão deliberar virtualmente sobre qualquer matéria relativa à gestão social”.

Em coerência, já tive oportunidade de exprimir leitura contrária com base numa solução *intermédia*: “não haverá aqui uma supremacia incondicionada da assembleia sobre a gerência, susceptível de a todo o momento evaporar o seu núcleo de poderes”; “essa competência relativamente à gestão tem de ser ponderada com a necessidade de preservar uma esfera de poder de decisão administrativa suficiente para justamente salvaguardar a função e a responsabilidade dos titulares da gerência”; não se deve “considerar que a lei deu à assembleia uma espécie de ‘salvo conduto’ universal para lhe permitir a pronúncia sobre qualquer matéria, agredindo assim *as fronteiras existentes entre o âmbito específico de competências dos distintos órgãos sociais*”; “a supremacia da assembleia nas sociedades por quotas, supostamente pressuposta na letra do art. 259º, quando vincula a actividade da gerência ao «respeito pelas deliberações

sociais», não legitima uma arbitrária invasão nas esferas funcionais inalienáveis do órgão de gestão e de representação”: RICARDO COSTA, *A sociedade por quotas unipessoal...* cit., n. (756) – págs. 601-602, n. (757) – págs. 603-604. No adequado sentido restritivo, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores da sociedade por quotas e a “desconsideração da personalidade jurídica”*, Almedina, Coimbra, 2009, pág. 471 (“não cabe no espírito desta norma [o art. 259º] abranger a possibilidade de transformar os gerentes da sociedade por quotas, no que respeita ao exercício da função de administração, em *meros executores* de actos de gestão decididos pela assembleia geral dos sócios”; sublinhei); ELISABETE RAMOS, *O seguro de responsabilidade civil dos administradores (Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura)*, Almedina, Coimbra, 2010, n. (632) – pág. 154; DIOGO PEREIRA DUARTE, *Código das Sociedades Comerciais anotado e regime jurídico dos procedimentos administrativos de dissolução e de liquidação de entidades comerciais (DLA)*, coord.: António Menezes Cordeiro, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, sub art. 259º, pág. 750, anot. 3 (não pode haver substituição da gerência pela assembleia; a intromissão deve limitar-se à enunciação de instruções e directivas de actuação); aparentemente, MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Comerciais anotado e regime jurídico dos procedimentos administrativos de dissolução e de liquidação de entidades comerciais (DLA)*, coord.: António Menezes Cordeiro, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, sub art. 246º, pág. 726, anot. 8; em geral, VASCO LOBO XAVIER, *Anulação de deliberação social e deliberações conexas*, Almedina, Coimbra, 1976 (reimpr. 1998), n. (101) – pág. 349 (a interferência dos sócios na gestão da empresa social “terá necessariamente de ser esporádica e excepcional, dado o carácter intermitente do funcionamento da assembleia, a provável falta de competência técnica dos seus componenetes e a escassa consistência da ligação destes à corporação...”). De todo o modo, neste âmbito hermenêutico, COUTINHO DE ABREU, *ibid.*, pág. 57, entende que a prática deliberativa baseada no art. 259º (“direito de dar *instruções genéricas ou específicas* aos gerentes em assuntos de gestão da actividade social”: destaquei), sendo intermitente, “não porá (quase nunca) em causa o poder de iniciativa dos gerentes na administração societária”. Todavia, se assim não for, ou seja, se as deliberações não incidirem sobre uma conduta específica e concreta e forem indistinta e sistematicamente genéricas, corporizando um poder geral de administração, e apelarem a uma execução permanente (como destringa RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas. Comentário...*, volume III cit., sub art. 259º, pág. 139), deveremos poder sustentar a nulidade de tais deliberações (art. 56º, n.º 1, als. c) e d)) e lembrar FERRER CORREIA, *Lições de direito comercial*, vol. II, *Sociedades comerciais. Doutrina geral*, com a colaboração de Vasco Lobo Xavier, Manuel Henrique Mesquita, José Manuel Sampaio Cabral e António A. Caeiro, Universidade de Coimbra, Coimbra, 1968, págs. 368-369, que sentenciava que as deliberações que alterassem a competência *fundamental* de cada um dos órgãos sociais eram nulas, exemplificando-as na categoria daquelas que “violam preceitos legais exclusiva ou predominantemente estabelecidos para protecção dos credores ou do interesse público e ainda as deliberações de conteúdo imoral”. Para a melhor interpretação das als. c) e d) do art. 56º, n.º 1 – com desvalorização da primeira em razão da plenitude da segunda para sancionar a proibição de a assembleia geral adoptar deliberações cujo conteúdo ultrapasse a esfera da sua competência –, v., com diálogo perante as alternativas, COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. II, *Das sociedades*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, págs. 478 e ss.

²⁷ Nas sociedades anónimas não se pondera um poder deliberativo “oficioso” e genérico dos accionistas sobre a gestão mas é de sustentar a viabilidade de uma permissão contratual-estatutária para os accionistas (nas estruturas clássica e monística) deliberarem (autorização prévia ou consentimento ulterior sobre o decidido anteriormente pelos administradores) sobre matérias determinadas de gestão, nos termos do art. 373º, n.º 2, e 405º, n.º 1 (para a estrutura germânica, essa viabilidade está prevista no art. 442º, n.ºs 1, em razão do poder principal do conselho geral e de supervisão e do poder subsidiário dos accionistas). Acresce essa possibilidade às hipóteses de atribuição legal (imperativa ou dispositiva) aos accionistas do poder para deliberarem sobre matérias de gestão, às hipóteses de atribuição estatutária proporcionada por regimes legais específicos e ao «pedido» a que alude o art. 373º, n.º 3 (a tese da imperatividade deste último preceito, que se sobreporia aos dois primeiros, ou à sua conjugação, ainda é forte entre nós: entre outros, ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, *A administração das sociedades por quotas e anónimas – Organização e estatuto dos administradores*, Livraria Petrony, Lisboa, 1990, págs. 81-82, MARIA AUGUSTA FRANÇA, *A estrutura das sociedades anónimas em relação de grupo*, AAFDL, Lisboa, 1990, págs. 35-36, 150-151, ELISEU FIGUEIRA, “Disciplina jurídica dos grupos de sociedades – Breves notas sobre o papel e a função do grupo de empresas e sua disciplina jurídica”, *CJ*, 1990, pág. 50, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Os poderes de representação dos administradores de sociedades anónimas*, *Studia Iuridica* 34, Coimbra Editora, Coimbra, 1998, págs. 195 e ss, 203 e ss, ID., *Administradores-delegados e comissões executivas. Algumas considerações*, 2.ª ed., *Cadernos* n.º 7 – IDET, Almedina, Coimbra, 2011, págs. 32-33, JOÃO ESPÍRITO SANTO, *Sociedades por quotas e anónimas – Vinculação: objecto social e representação plural*, Almedina, Coimbra, 2000, págs. 412 e ss, em esp. 415, CALVÃO DA SILVA, “Conflito de interesses e abuso do direito nas sociedades”, *Estudos jurídicos (Pareceres)*, Almedina, Coimbra, 2001, págs. 109 e ss, PEDRO MAIA, *Função e funcionamento do conselho de administração da sociedade anónima*, *Studia Iuridica* 62, Coimbra Editora, Coimbra, 2002, págs. 137 e ss, JOSÉ VASQUES, *Estruturas e conflitos de poderes nas sociedades anónimas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, págs. 69 e ss, ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito das sociedades... cit.*, págs. 283-284 e n. (605) – pág. 294). Em sentido (mesmo que em parte) favorável e com apoios crescentes, v. AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, “A limitação dos poderes dos administradores das sociedades anónimas operada pelo objecto social no novo Código das Sociedades Comerciais”, *RDE*, 1987, págs. 152-153; ALBINO MATOS, *Constituição de sociedades*, 5.ª ed., 2001, págs. 241-242; RICARDO COSTA, *últ. ob. cit.*, n. (757) – págs. 604-606 (em que admitia a admissibilidade de outorga à assembleia geral da gestão empresarial através da pertinente inserção de cláusula no pacto social); CASSIANO DOS SANTOS, *Estrutura associativa... cit.*, págs. 304 e ss, 376 e ss; COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais cit.*, págs. 49 e ss (propugnando restritivamente a imperatividade do art. 373º, n.º 3, de forma a só abranger as sociedades com sistema organizativo de tipo germânico [atente-se no art. 442º, n.º 1: «O conselho geral e de supervisão não tem poderes de gestão das actividades da sociedade, mas a lei e o contrato de sociedade podem estabelecer que o conselho de administração executivo deve obter prévio consentimento do conselho geral e de supervisão para a prática de determinadas categorias de actos.»] e, dessa feita, nos outros sistemas, admitir a necessidade de deliberação dos sócios para consentir ao conselho de administração a prática de determinadas categorias de actos de gestão), ID., *Curso...*, vol. II cit., págs. 557-558; “Artigo

Porém, essas possibilidades – que indicam ainda o predomínio da tradicional soberania dos sócios, especialmente no tipo quotista, onde aos sócios assiste uma “posição muito mais interveniente” na possibilidade de “determinarem a orientação a imprimir à gestão”²⁸ – não permitem que o canal

373º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. J. M. Coutinho de Abreu, Volume VI (Artigos 373.º a 480.º), Almedina, Coimbra, 2013, págs. 17 e ss; MENEZES CORDEIRO, *SA: assembleia geral e deliberações sociais*, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 134. Serve também de apoio internormativo o regime da sociedade comercial desportiva, através do art. 18º, n.ºs 1 e 2, do DL n.º 10/2013, de 25 de Janeiro («A alienação ou oneração, a qualquer título, de bens que integrem o património imobiliário da sociedade tem de ser autorizada por deliberação da assembleia geral...»; «Carecem igualmente das autorizações referidas no número anterior os atos que globalmente excedam em 20% as previsões inscritas no orçamento.»).

Modernamente (em aproveitamento dos ensinamentos alemães e italianos mais proeminentes), é ainda de defender a existência de um princípio geral de submissão à vontade dos accionistas das operações, negócios e matérias de gestão que importem *modificações estruturais relevantes e significativas da estrutura organizativa, da posição jurídica (em especial responsabilidades) e da consistência patrimonial da sociedade (e da empresa social) e, dessa forma, no valor das participações e no estatuto dos sócios* (venda de activos patrimoniais, reestruturação de partes ou ramos das empresas exploradas, transmissão de participações equivalentes a transmissão de empresa, aquisição de empresas com grande passivo, prestação de fianças *omnibus* e mútuos gratuitos, constituição de sociedade anónima unipessoal dominada e da subsequente relação grupal “de direito”, etc.). Aqui estaremos perante *competências deliberativas “não escritas” ou “implícitas”* dos accionistas para se pronunciarem (previamente ou ulteriormente) sobre assuntos equivalentes às decisões de alteração dos estatutos e que, por isso, exigem, por *analogia legis* com o poder legal previsto no art. 85º, n.º 1, uma aprovação da assembleia com uma maioria qualificada dos votos. V. RICARDO COSTA, *Os administradores de facto...* cit., n. (22) – págs. 41-44, ID., “Artigo 488º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. J. M. Coutinho de Abreu, Volume VII (Artigos 373.º a 480.º), Almedina, Coimbra, 2013, págs. 121-122.

Para uma (ainda actual) exegese e comparação da experiência jurídica estrangeira em sede de repartição das competências gestórias entre administração e assembleia dos sócios, v. GAUDENCIO ESTEBAN VELASCO, *El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del derecho español*, Editorial Civitas, Madrid, 1982, págs. 490 e ss, VINCENZO CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell’impresa e competenze dell’assemblea nella società per azioni*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1985, págs. 27 e ss, GIUSEPPE PORTALE, “Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione”, *Il nuovo diritto delle società – Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, volume 2, *Assemblea – Amministrazione*, UTET/Wolters Kluwer Italia, Milano-Torino, 2006, págs. 11 e ss.

²⁸ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito comercial*, Volume IV, *Sociedades comerciais. Parte geral*, Lisboa, 2000, pág. 443.

No mesmo sentido, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, págs. 453-454: “a estrutura da sociedade por quotas é pensada de acordo com a possibilidade e probabilidade de exercício de uma influência dominante dos sócios (...); este aspecto é ainda mais evidente no domínio das sociedades unipessoais por quotas...”.

orgânico-oficial da expressão deliberativa dos sócios possa ser usado *ilicitamente* de um modo *genérico, indistinto e sistemático* – como *abuso do poder deliberativo* –, de tal modo que a gestão se esvazie (em mero órgão de execução da vontade dos sócios, mais ou menos acrítico, mais ou menos subordinado) e se transfira (em termos de iniciativa e decisão, pelo menos) para as deliberações tomadas pelos sócios (nomeadamente quando invadem a própria gestão corrente, enquanto área mínima de decisão e responsabilidade da administração)²⁹.

²⁹ Como salienta COUTINHO DE ABREU, “Sobre os gestores públicos”, *DSR*, 2011, vol. 6, pág. 32, “um sócio, mesmo dominante, não tem o direito de dar instruções aos administradores, salvo nos casos de deliberações *lícitas* (por ele determinadas) ou de relações de grupo propriamente ditas. Nem os administradores devem obediência a essas instruções – muito menos quando sejam contrárias ao interesse social” (destaquei). Logo, se os sócios violam grosseiramente a distribuição de competências desenhadas pela lei, rompem o ponto de equilíbrio que permite manter a estrutura orgânica básica do tipo. Se se mantiverem no espaço *limitado* que lhes assiste, não se coloca o problema de identificar o administrador de facto. É justamente por só admitirem que os sócios não ultrapassam o limite na tomada de decisões gestórias em sede de assembleia que alguma doutrina não vê no sócio deliberante e instrutório em matérias de gestão um caso de administração de facto. Por ex., contra o relevo da “qualidade especial por intervenção na administração” – em que se definiria a figura do administrador do facto – do sócio que emite instruções para a gestão, tendo em conta a necessária natureza singular delas e a contraposta intensidade da administração de facto, v. ULRICH EHRICKE, “Zur Teilnehmerhaftung von Gesellschaftern bei Verletzungen von Organpflichten mit Außenwirkung durch den Geschäftsführer einer GmbH”, *ZGR*, 2000, págs. 354-355 (e em face da possibilidade de uma responsabilidade delitual por indução ou instigação do sócio que dá instruções à gerência). Aparentemente no mesmo sentido, ao recusar a submissão à responsabilidade societária do sócio maioritário que determina pontualmente a direcção da empresa social através do direito de voto, UWE W. SCHNEIDER, “Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung“, *Scholz Kommentar zum GmbH-Gesetz mit Anhang Konzernrecht*, II. Band, §§ 35-52, 10. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2007, sub § 43, pág. 2229, *Rdn.* 24. Iguualmente contrário, em Espanha, ao encaixe da hipótese de instruções dos sócios para a gestão, tomadas em assembleia geral, nos pressupostos do conceito de administrador de facto “na sombra”, pois a lei (referia-se o art. 44, n.º 2, da LSRL, actual art. 161 da LSCE [«Intervenção da assembleia geral nos assuntos de gestão – Salvo disposição contrária dos estatutos, a assembleia geral das sociedades do capital poderá dar instruções ao órgão de administração ou submeter à sua autorização a adopção por esse órgão de decisões ou deliberações sobre determinados assuntos de gestão (...).»]), “limita o número de instruções possíveis” e, por esta razão, não é possível emitir um número tal de instruções que converta os sócios em administrador oculto ou indirecto, v. ÁNGEL GARCÍA VIDAL, *Las instrucciones de la junta general a los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006, págs. 147-148 – mas a visão do Autor falece quando canaliza essa actuação para uma administração indirecta (que deseja permanecer no anonimato), quando essa conduta deliberativa é verdadeiramente um caso de administração de facto directa ou na primeira pessoa. Também céptico, mas no pressuposto

Nem o princípio subjacente a essa *capacidade de autorização e/ou pronúncia* dos sócios abona que se ultrapasse o “limite do domínio” (*Grenze von der Beherrschung*) e se torne legítima a usurpação do campo de atribuições específico da gerência³⁰ através de uma relação de “prestação de contas” e de obediência ou obséquo permanentes às directrizes emanadas dos sócios (em esp. para o administrador “testa-de-ferro” ou “marioneta”), agora *informalmente* fora do canal orgânico da assembleia, portanto, no exterior dessa (condicionada) legitimidade *estatutária (para deliberar)* ou *estritamente deliberativa*³¹. O que faria gorar, em suma e em ambas as circunstâncias – com ou sem recurso a um *processo decisório ou deliberativo do(s) sócio(s)* –, a inata *duplicidade orgânica* do modelo legal societário³² (ainda que vincadamente menos marcada na sociedade por quotas do que na sociedade anónima). É nestes termos que os sócios (designadamente, repito, na sociedade por quotas) poderão ser, verdadeiramente e em rigor, administradores de facto – *directos*, se decidem, fora do limite de validade da “interferência” deliberativa permitido pelos arts. 246º-259º³³ e 373º, 2-405º, ou executam interna e externamente actos de gestão; *indirectos*, se instigam, condicionam e orientam a actuação directa dos administrado-

de haver um exercício deliberativo “num contexto de respeito formal das competências institucionais dos outros órgãos sociais”, cfr. NICCOLÒ ABRIANI, pág. 79 e n. (8).

³⁰ GÜNTHER ROTH, “Die Haftung als faktischer Geschäftsführer im Konkurs der GmbH”, *ZGR*, 1989, págs. 426-427.

³¹ Logo, ao sócio atribuem-se poderes de gestão da actividade social, mas sempre poderes a exercer no âmbito da sua competência decisória – as deliberações podem ser (i) *prescritivas* (com instruções ou ordens; suscitam questões de dever/não dever), (ii) *expressivas ou não de consentimento* para a prática de certos actos (por força de lei ou dos estatutos) e (iii) *opinativo-consultivas* (COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., págs. 57-58, ID., “Artigo 373º”, *loc. cit.*, pág. 27) – e não, como salienta PIETRO ABBADESSA, “I poteri extra-assembleari dell’azionista di controllo”, *Studi in onore di Gastone Cottino*, volume II, CEDAM, Padova, 1997, págs. 992-993, 994-995, “poderes de intervenção fora da assembleia”. Não obstante, *de facto*, os sócios podem emitir sugestões, convites, ordens, instruções, directivas *et similia* no exterior do plano jurídico-formal relativo à relação interorgânica – é aqui que se deve, em primeira linha, investigar a ultrapassagem da fronteira que os atiram para uma efectiva administração de facto.

³² RICARDO COSTA, *A sociedade por quotas unipessoal...* cit., págs. 591-592.

³³ Neste sentido, para a aplicação do art. 80º ao “sócio controlador” como “gerente de facto”, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, pág. 473: “sempre que, ao abrigo do disposto neste artigo 259º, um sócio consegue sistematicamente (através do seu poder na determinação do sentido de voto das deliberações tomadas em assembleia geral) condicionar e orientar a gestão da sociedade, pode afirmar-se que ele está, na prática, a exercer funções de administração...”.

res (e se servem deles) com ordens específicas e/ou instruções mais ou menos genéricas, as mais das vezes emitidas informalmente e sem recurso à expressão da sua própria vontade através dos processos deliberativos ou conjugando deliberações lícitas com actos extra-orgânicos de influência ³⁴. ³⁵

Logicamente, direi então que a SQU não será diferente, na *potencialidade* de encontrar administração de facto, de outras sociedades, ainda que plurais ³⁶

³⁴ As diferentes situações de ocupação das tarefas de gestão pelo sócio dominante são exemplarmente resumidas na obra de referência de URSULA STEIN, *Das faktische Organ*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 1984, pág. 181: “organicamente ou não, directamente ou através de instruções, legais ou ilegais”.

³⁵ Para a identificação do sócio único como eventual ou possível administrador de facto, v., a título ilustrativo de uma verificação deveras comum na doutrina pertinente, PIERRE-OLIVIER GEHRIGER, *Faktische Organe im Gesellschaftsrecht. Unter Berücksichtigung der strafrechtlichen Folgen*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1979, págs. 44-45, LUIGI RAGAZZINI, “Sulla responsabilità del socio unico quale amministratore, legittimo o «di fatto», di società unipersonale”, *Riv. Not.*, 1994, págs. 941 e ss, ALFRED DIERLAMM, “Der faktische Geschäftsführer im Strafrecht – ein Phantom?”, *NStZ*, 1996, pág. 153, YVES GUYON, *Droit des affaires*, Tome 2, *Entreprises en difficultés. Redressement judiciaire – Faillite*, 7^e ed., Ed. Economica, Paris, 1999, pág. 436, PAOLO CECCHI, *Gli amministratori di società di capitali*, Giuffrè Editore, Milano, 1999, págs. 701-702, NICCOLÒ ABRIANI, págs. 85 e ss, PABLO GIRGADO PERANDONES, *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2002, págs. 181-182, JOSÉ LUIS DIÁZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho de las sociedades*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 2002, págs. 81 e ss, LUIS PILOÑETA ALONSO, “La sociedad unipersonal en sí y en sus relaciones con el socio único”, *Derecho de sociedades – Libro homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, volumen IV, McGraw-Hill, Madrid, 2002, págs. 3918-3919, NURIA LATORRE CHINER, págs. 132 e ss, MARKUS GEIßLER, pág. 1112, FRIEDRICH ROBRECHT, “Der alleinige GmbH-Gesellschafter als «faktischer Geschäftsführer» im Recht der Unfallverhütung”, *GmbHR*, 2003, págs. 762-763, MARC DINKHOFF, pág. 118, HANS-CHRISTOPH VOIGT, *Haftung aus Einfluss auf die Aktiengesellschaft (§§ 117, 309, 317 AktG)*, Verlag C. H. Beck, München, 2004, págs. 203-204, WOLFGANG ZÖLLNER/ULRICH NOACK, “Abschnitt Drei. Vertretung und Geschäftsführung”, in ADOLF BAUMBACH/ALFRED HUECK, *GmbH-Gesetz: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, 19. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2010, sub § 43, págs. 881-882, Rdn. 3.

Entre nós, RICARDO COSTA, *últ. ob. cit.*, págs. 604 e ss, em esp. pág. 611, n. (951) – págs. 718 e ss, ID., “Artigo 84^o”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. J. M. Coutinho de Abreu, Volume I (Artigos 1.^o a 84.^o), Almedina, Coimbra, 2010, n. (33) – pág. 974, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, n. (152) – pág. 466.

³⁶ A começar pelas sociedades de pluralidade fictícia (RICARDO COSTA, *A sociedade por quotas unipessoal... cit., passim*, mas v. págs. 42-43, 113-114 e n. (76), 443 e ss, 709 e ss), em que a unipessoalidade é *material* e o sócio materialmente único pode ser administrador de facto, sendo os “administradores legais meros testas-de-ferro, privados de autonomia decisória” (VINCENZO GRECO, “L’abuso dello schermo societario. Profili di responsabilità”, *Dir. Imp.*, 1984, págs. 195-196).

(e mesmo que sociedades anónimas, ainda que, mesmo nestas, não seja de equacionar com idêntico relevo nas de grandes dimensões e de grande dispersão de accionistas³⁷). A investigação sobre a qualidade de administrador de facto não pode deixar de ser norteadada pela *dimensão da sociedade*, pelo *número de sócios* que participam na sociedade, pela *posição relativa em termos de direitos administrativos* de cada um deles e – factor não despreciando – pela sua *participação concreta* na vida da sociedade. Do cruzamento dessas realidades se poderá ver o modo como se governa a vida e a direcção da empresa social e, a partir daí, fazer um juízo sobre o sócio ou sócios *empresários* (*unternehmerische Gesellschafter, socio imprenditore*) “de controlo”³⁸, que se equivalham a *efectivos* administradores, por adquirirem, por empenho directo ou ingerência indirecta, um papel *decisivo* no desenvolvimento concreto dos processos decisórios e executivos da gestão da sociedade.

³⁷ Ao contrário das sociedades anónimas de pequena dimensão ou de natureza familiar – em que a participação no capital é, plausivelmente, um “meio para o exercício colectivo de uma actividade económica”; em que o “interesse do accionista se centra sobre os poderes sociais atribuídos pela acção, considerando-os como um meio necessário para dirigir a actividade social, da qual deverão depender os resultados económicos”; em que “a participação na gestão da sociedade, pelo menos quanto à realização dos actos mais relevantes e ao seu controlo[,], constitui, mesmo quando se trata de participação minoritária, um elemento determinante do negócio de subscrição”; em que “a pessoa do sócio assume um relevo decisivo e, directamente ou indirectamente, se visa impedir que os membros da colectividade social se modifiquem” –, as grandes sociedades anónimas, nas palavras ainda muito actuais de GIUSEPPE FERRI, “Potere e responsabilità nell’evoluzione della società per azioni”, *Riv. Soc.*, 1956, págs. 38 e ss, permitem ao sócio-investidor singular, mais do que exercer uma vontade de participar no exercício colectivo de uma actividade económica, a conservação (e, se possível, uma remuneração adequada) do valor investido no acto de subscrição – a “gestão da sociedade não é considerada (...) como um facto próprio: essa diz-lhe respeito apenas pela incidência que pode ter sobre a regularidade do dividendo e sobre a conservação do valor capital; quanto ao resto é um facto que respeita aos que assumem a iniciativa”; os “poderes sociais (...) não têm um significado para ele, nem como meio de gestão nem como meio de controlo: mais do que através da assembleia ou mediante o exercício dos poderes sociais, ele controlará a bondade das operações sobre a base dos dividendos percebidos e das cotações em bolsa”. Por isso, para o Autor italiano, só nas “sociedades de menor mole” se poderá conjecturar plausivelmente o fenómeno da *soberania* ou do *domínio* de sócios que desejam exercer integralmente todos os seus poderes numa entidade que vêem como verdadeira sua. Por isso – acrescento e concluo –, é nesta realidade que os sócios, desde logo por uma razão de proximidade com os administradores designados e de uma elevada fiscalização da confiança que neles se deposita, os accionistas se podem exceder e invadir, como administradores de facto, a esfera do órgão de administração.

³⁸ COUTINHO DE ABREU, *últ. ob. cit.*, pág. 17.

Em causa, em primeira linha, o sócio que dispõe de uma influência ditada pelo montante de participações sociais (maioria simples ou maioria qualificada), sendo maioritário ou constituindo o grupo de sócios detentores da maioria dessas participações³⁹, ou, ainda que minoritário, pela maioria dos direitos de voto proporcionados pelas suas participações (conjugado ou não com o “défice” ou os “limites de contagem” de votos das outras participações)⁴⁰, mas também aquele que tem a capacidade relativa de, individualmente (por ex., através de um direito especial de veto conferido no pacto a sócio ou a certas categorias de acções) ou em grupo (mormente quando o “capital” se encontra disperso e/ou a participação nas assembleias é habitualmente escassa, promovendo maiorias simples dos votos expressos dos sócios habitualmente presentes) ou em concertação com outros minoritários (designadamente através da vinculação operada em acordos parassociais⁴¹ ou de relações de carácter pessoal ou familiar), exercer influência *significativa* para determinar e impor as políticas e as decisões sobre a gestão da sociedade e, com isso, *dirigir estavelmente a actividade da sociedade* – características do sócio

³⁹ PIERRE-OLIVIER GEHRIGER, págs. 46-47, para as sociedades bipessoais (em articulação com as págs. 22-23: “influência exercida com base na participação”; FABRIZIO GUERRERA, *La responsabilità “deliberativa” nelle società di capitali*, G. Giapichelli Editore, Torino, 2004, págs. 136-137 (relevo da participação social como “veículo potencial do concurso directo para o governo da empresa”).

⁴⁰ Cfr., para diferentes possibilidades, arts. 250º, n.º 2, 341º, n.ºs 1 e 3, 384º, n.ºs 2 e 3.

Para análise dessas (e outras) possibilidades, v. FRANCISCO PEREIRA COELHO, “Grupos de sociedades. Anotação preliminar aos arts. 488º a 508º do Código das Sociedades Comerciais”, *BFD*, 1988, págs. 304 e ss, CARLOS OSÓRIO DE CASTRO, “Participação no capital das sociedades anónimas e poder de influência”, *RDES*, 1994, págs. 334 e ss, RUI PEREIRA DIAS, *Responsabilidade por exercício de influência sobre a administração de sociedades anónimas. Uma análise de direito material e direito de conflitos*, Almedina, Coimbra, 2007, págs. 77 e ss.

⁴¹ Especialmente os acordos que regulem o exercício do direito de voto (“sindicatos de voto”): note-se a importância daqueles acordos que consentem a um dos sócios vinculados (e minoritário) o poder de dispor sozinho da maioria dos votos exercitáveis em assembleia pelos sócios outorgantes no acordo ou dos acordos em que os sócios, no seu conjunto maioritários, exercem coordenadamente o seu direito de voto por efeito da vinculação a uma actuação concertada em certas matérias (arts. 17º, n.º 2, 83º, n.ºs 3 e 4) – por todos, em especial, v. ENGRÁCIA ANTUNES, *Participações qualificadas e domínio conjunto. A propósito do caso «António Champalimaud – Banco Santander»*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2000, págs. 62 e ss (em esp. 68-69), 70 e ss, RUI PEREIRA DIAS, *Responsabilidade por exercício de influência...* cit., págs. 81 e ss, e, em geral, RAÚL VENTURA, “Acordos de voto; algumas questões depois do Código das Sociedades Comerciais”, *O Direito*, 1992, págs. 27 e ss, 45 e ss, 51-52.

controlador ou dominante ⁴². É esse *poder de influência* – assente genericamente em faculdades nucleares: nomear, destituir e reconfirmar (ou não), nomeadamente depois de verificada causa temporal de caducidade, os membros dos órgão de administração e de fiscalização; fixar as remunerações dos administradores; decidir a instauração de acções de responsabilidade; aprovar ou rejeitar as “contas” de exercício; decidir ou autorizar propostas de actos de gestão; alterar o “contrato de sociedade” ⁴³ – que dá ao sócio maioritário ou de comando (individualmente ou em coligação) a *capacidade de determinar*

⁴² Para esta noção de sócio controlador ou dominante, sigo, entre nós, COUTINHO DE ABREU/ELISABETE RAMOS, *Responsabilidade civil de administradores e de sócios controladores (Notas sobre o art. 379º do Código do Trabalho)*, *Miscelâneas* n.º 3 – IDET, Almedina, Coimbra, 2004, pág. 50, e, lá fora, FABRIZIO GUERRERA, *La responsabilità “deliberativa”...* cit., pág. 122, STEPHEN BAINBRIDGE, *Corporate law*, 2nd ed., Foundation Press/Thomson West, New York, 2009, págs. 166, 167 (que fala mesmo da criação de uma “*de facto agency relationship*” entre o sócio e o órgão de administração).

No mesmo sentido para o “acionista controlador” previsto no art. 116 da LSAB, v. MODESTO CARVALHOSA, *Comentários à Lei de Sociedades Anónimas*, 2.º volume, Artigos 75 a 137, 3.ª ed., revista e atualizada, Editora Saraiva, São Paulo, 2003, *sub art.* 116, pág. 486 (“Controlar uma companhia, portanto, é o poder de impor a vontade nos atos sociais e, via de consequência, de dirigir o processo empresarial, que é o seu objecto.”); FÁBIO KONDER COMPARATO/CALIXTO SALOMÃO FILHO, *O poder de controle na sociedade anónima*, 5.ª ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, 2008, págs. 141-142 (“poder de orientar e dirigir, em última instância, as actividades sociais”), doutrina que nele vê “titular de um novo cargo social” na anónima brasileira, enquanto “centro de competência, envolvendo uma ou mais funções”. Aliás, a doutrina brasileira não deixa de intuir que a fiscalização da actuação do “acionista controlador” (feita essencialmente no art. 117 da LSAB, através da responsabilidade por “abuso de poder”) justifica-se na medida em que “nem sempre o exercício desse poder é responsável” na relação com a gestão da sociedade: por ex., quando “se oculta através dos véu dos procuradores ou dos terceiros eleitos para administrar a sociedade”; isto é, ainda sem a etiqueta própria, RUBENS REQUIÃO, *Curso de direito comercial*, 2.º volume, 25.ª ed. revista e atualizada, Editora Saraiva, 2008, pág. 149, identifica a necessidade de lhe imputar as consequências de ser verdadeiramente administrador de facto por actuar através de pessoas interpostas. V. ainda *infra*, n. 117. Nos EUA, o AMERICAN LAW INSTITUTE, nos seus *Principles of corporate governance: analysis and recommendations*, Volume I, Parts I-VI, §§ 1.01-6.02, 1994, págs. 14-15, definiu o “*controlling shareholder*”, para além de percentagens relativas às participações da sua titularidade e inerente poder de voto (efectivamente com mais de 50% ou com recurso a presunção ilidível se superior a 25%), através de um outro teste: justamente o de, por força da sua qualidade e posição como sócio exercer uma “influência controladora” sobre a gestão ou políticas da sociedade ou a “*transaction*” ou conduta em questão (§ 1.10, em esp. al. (a), (2)).

⁴³ Sobre a relação entre o “princípio maioritário” e este poder de modificação do “âmbito da esfera social definido no estatuto primitivo”, v. CASSIANO DOS SANTOS, *Estrutura associativa...* cit., págs. 359, ss.

a composição do órgão administrativo (pelo menos a sua maioria) e promover ou impedir (directa ou indirectamente) a adopção de decisões relativas à administração e, em particular, à gestão empresarial. Ou seja, de orientar a actividade de administração e dos administradores. ⁴⁴

Mas esse poder tem *balizas para ser exercido, nomeadamente se se viola o campo legítimo de actuação do procedimento da assembleia e/ou ultrapassa o diafragma desse mesmo procedimento* – não deve ser exercido abusivamente fora do respeito pelos instrumentos que a lei confere e em violação dos vínculos legais e estatutários de repartição de competências entre órgãos para cada um dos tipos; *rectius* (em vez de abuso), não deve esse poder ser exercido em violação da lei (e dos eventuais limites estatutários) que proíbem aquelas condutas ⁴⁵.

Suponha-se que uma sociedade de dois ou poucos mais sócios, em que as formas legais e estatutárias do seu funcionamento tendem a reduzir-se a meras formalidades ou simulacros, de tal modo que, no que toca às relações entre sócios e a administração composta por não-sócios, o esquema de repartição de competências e independência interorgânica não é respeitado, antes é comutado pela predominância de um espaço reservado para intervenções informais e extra-institucionais (geralmente confidenciais) da (e sobre a) gestão. Os sócios, mesmo que maioritários, dominantes ou de controlo, não têm ao seu dispor o poder de se substituir aos administradores e/ou determinar com grau elevado de acatamento a sua actuação, a não ser que a lei o preveja ou caucione – em particular, se as deliberações sobre assuntos administrativos (*maxime*, a gestão da empresa social) são consideradas lícitas. Se assim não for, os administradores não devem executar tais deliberações ou instruções, nomeadamente nas hipóteses de manifesta contrariedade ao interesse da sociedade, desde logo porque a responsabilidade das escolhas de gestão

⁴⁴ Para a compreensão do princípio da maioria protagonizada por um sócio ou por um grupo de sócios que comanda a sociedade como “funcionamento fisiológico da sociedade” e “uma necessidade para o desenvolvimento da actividade social” (“a existência de dois grupos contrapostos equivalentes pode levar à paralisia e conseqüentemente à dissolução da sociedade”), v. FRANCESCO FERRARA Jr., “Società etichetta e società operante”, *Riv. dir. civ.*, 1956, págs. 663-664.

⁴⁵ Em sentido análogo mas especialmente para as sociedades em relação de domínio, COU-TINHO DE ABREU, “Diálogos com a jurisprudência. II – Responsabilidade dos administradores para com credores sociais e desconsideração da personalidade jurídica”, *DSR*, 2010, vol. 3, n. (37) – pág. 63.

recaem, *prima facie*, sobre eles, como uma contrapartida da autonomia do seu espaço de acção. Porém, como adverte Coutinho de Abreu, “as instruções (ordens, directivas, recomendações) vão sendo emitidas”. “E eis o *dilema do administrador*: ou obedece (embora saiba que não tem de obedecer e que o acatamento é contrário ao seu dever de diligência) e mantém-se no lugar, ou não acata as instruções e arrisca-se a ser destituído (apesar de sem justa causa)...”⁴⁶

Urge, portanto, diferenciar.

Um cenário é o exercício (mesmo que incisivo e frequente) do direito de controlo e de fiscalização da gestão por parte do sócio (activo ou reactivo nessas tarefas, tanto faz), no âmbito de poderes corporativos de natureza *não patrimonial* (ou administrativa), que, sendo legítimo no arco de actuação da socialidade e realizado em conformidade com o respeito devido às competências institucionais do órgão administrativo, não cabe na teoria do administrador de facto.

Nesta não cabe também a intervenção na gestão dos sócios que se exare em autorizações, ordens ou instruções corporizadas em *deliberações legítimas* (por força da lei ou autorizadas pelos estatutos) e no âmbito das suas competências *orgânicas*, sempre que o necessário respeito pela divisão de poderes interorgânicos não se viole grosseiramente – isto é, sempre que os sócios decidem questões da administração (*maxime*, gestão da empresa social) “dentro das regras do jogo” (*innerhalb der Spielregeln*)⁴⁷.

Nem nessa teoria se metem as *consultas* e as *auscultações*, mais ou menos reiteradas (e, por natureza, prévias à decisão), que os administradores de direito solicitam aos sócios (maioritários ou único, em particular) e que se vêm a precipitar em *cooperação, apoio e cumplicidade* dos sócios. Seria ilusório pensar que as relações entre os administradores e o grupo de sócios que comanda a sociedade – ao qual devem a nomeação ou no qual está o poder de os destituir – são rios inexistentes e timbrados pela autonomia total e pela indiferença recíproca. Ao invés, os sócios emitem *conselhos, sugestões, recomendações e opiniões*, mesmo que sob a forma de deliberações (e até instados a fazê-lo com o fim de confortarem as decisões dos administradores formais), e não é nessa

⁴⁶ *Governança das sociedades comerciais* cit., págs. 155-156.

⁴⁷ URSULA STEIN, pág. 182, em passo onde rejeita a aplicação da medida de diligência prevista para a actuação dos gerentes no § 43 da GmbHG («die *Sorgfalt eines ordentlichen Geschäftsmannes*») aos sócios que assim actuem através do exercício do direito de voto.

circunstância que serão administradores de facto – desde que os administradores apoiados, aconselhados ou recomendados mantenham a autonomia e a liberdade para decidir nas matérias apreciadas ⁴⁸. ⁴⁹

⁴⁸ Sobre a “liberdade de decidir” dos administradores perante deliberações opinativo-consultivas, v. COUTINHO DE ABREU, *últ. ob. cit.*, pág. 58.

⁴⁹ Em Itália, discutiu-se a posição de administrador de facto dos sócios implicados em “sindicatos de gestão”, que nada mais seriam que acordos parassociais cujo objecto consistia no exame, a cargo dos sócios vinculados, dos aspectos mais significativos da gestão da sociedade, nomeadamente através da avaliação de problemas de estratégia empresarial e da formulação de propostas de acção para os administradores. Ora, segundo GIUSEPPE SBISÀ, “Patti parasociali e responsabilità degli amministratori”, *CI*, 1996, 2, págs. 458 e ss, as deliberações resultantes do acordo parassocial tinham só um valor consultivo; em razão da sua participação no “sindicato”, os sócios não desenvolvem qualquer actividade gestória no interior da organização empresarial e não se substituem ao órgão administrativo; logo, não tinham a consistência para lhes conferir a qualidade de administradores de facto. Mas não será sempre assim tão simples porque nem sempre tão restrito. NICCOLÒ ABRIANI, págs. 122 e ss, identificou em *patti di sindacato* a avocação para os sócios subscritores de funções e competências dos administradores de direito (exercidas por deliberações de um *comitato direttivo* por eles constituído à margem dos órgãos sociais típicos – uma espécie de órgão *extra-institucional* ou *extra-social* – ou, até, individualmente por um desses sócios), de cuja sede parassocial saíam, pelo menos, as directivas vinculantes para a actuação para os administradores da sociedade (cfr., em esp. as ns. (112) e (114)). Nestes casos, a “substituição gestória” era evidente e, ademais, incompatível com as normas cogentes em matéria de administração; a tutela invalidante de tais acordos (por “alteração ilegítima das competências gestórias” na “translação dos poderes gestórios” a “sujeitos formalmente estranhos à estrutura típica delineada pelo legislador”) não chega para imputar os ilícitos gestórios aos titulares efectivos dos “processos decisórios do ente”; se essas formas de substituição por força de acordos parassociais tiverem um “carácter continuado” e “frequentemente totalizador [*totalizzante*]”, aplica-se-lhes a doutrina dos administradores de facto. Mais desenvolvidamente sobre o conteúdo destes “sindicatos de gestão” podemos consultar MATTEO MARIA PRATELLI, “Problemi in tema di ‘sindacati di gestione’”, *Giur. comm.*, 2005, I, pág. 112 e ss, Autor que, ao ver nesses acordos fundamentalmente uma actividade de orientação da gestão dos administradores de direito, se recusa a enquadrar a responsabilidade dos sócios aderentes na fórmula dos administradores de facto, mas antes no “abuso de direcção unitária” previsto no art. 2497 do CCIt. (directa ou analogicamente) – v. págs. 123 e ss.

Entre nós, a validade de acordos parassociais sobre a gestão depende do crivo previsto no art. 17º, n.º 2, que proíbe aqueles que visam definir o exercício concreto das funções dos administradores, seja pela delimitação da estratégia da sociedade, seja pela vinculação à emissão de instruções aos membros dos órgãos de administração, desde que não se precipitem no quadro legítimo da via deliberativo-social para cada um dos tipos: neste sentido, RAÚL VENTURA, “Acordos de voto...”, *loc. cit.*, pág. 63 (interpretadas restritivamente, as “cláusulas definidoras da estratégia” são válidas “para as deliberações dos sócios que legalmente possam incidir sobre tais matérias”; na verdade, desde que “haja matérias de administração sobre as

Outro cenário é a *ilegitimidade* ou *ilicitude* da intervenção do sócio *dominus*: a *apropriação directa* (deliberando sobre a gestão corrente, realizando actos de administração, estipulando negócios em nome e por conta da sociedade), nas costas ou em conjugação com os administradores, e/ou a *influenciação* (para o efeito, directivas e instruções “excessivas” [übermäßige Weisungen], traduzidas ou não em deliberações sociais – ou seja, *orgânicas* e *não orgânico-institucionais*)⁵⁰

quais os sócios possam licitamente deliberar, os acordos em que os sócios intervenham nesta qualidade são lícitos”, num espaço “muito vasto” nas sociedades por quotas e estreito nas sociedades anónimas); COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II cit., pág. 150 (que exemplifica a licitude com a permissão do art. 259º para a sociedade por quotas); CALVÃO DA SILVA, “Acordo parassocial respeitante à conduta da administração e à divisão de poderes entre os órgãos sociais”, *Estudos jurídicos (Pareceres)*, Almedina, Coimbra, 2001, págs. 246 e ss (“os acordos parassociais não devem poder condicionar o ‘modus administrandi’, vinculando aqueles [os administradores] com orientações ou directrizes a observar no exercício das suas funções”), 249 e ss; ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades comerciais. Valores mobiliários e mercados*, 6.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011, págs. 341-342 (veda as “cláusulas que imponham aos titulares dos referidos órgãos condutas concretas, pois, aí estariam a ser desviados poderes legais dos referidos órgãos”); ANA FILIPA LEAL, “Algumas notas sobre a parassocialidade no Direito português”, *RDS*, 2009, n.º 1, págs. 159 e ss (o critério decisivo é o da “delimitação de competências entre, por um lado, a assembleia geral e, por outro lado, os órgãos de administração...”); CAROLINA CUNHA, “Artigo 17º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. J. M. Coutinho de Abreu, Volume I (Artigos 1º a 84º), Almedina, Coimbra, 2010, págs. 308-309 (“está manifestamente em causa evitar uma invasão ou apropriação pelos sócios da esfera de competência daqueles órgãos [de administração ou de fiscalização]”); aparentemente, MARIA DA GRAÇA TRIGO, “Acordos parassociais – Síntese das questões jurídicas mais relevantes”, *Problemas do direito das sociedades*, IDET, Almedina, Coimbra, 2002, 174-175 (o exemplo que dá de as partes se disporem “a *envidar esforços* no sentido de fazer com que a administração siga uma determinada política de ordem financeira, comercial, etc.” é dúbio); numa visão mais ampla da validade em sede de acordos celebrados entre todos os sócios, em nome da inviolabilidade de interesses de terceiros, CARNEIRO DA FRADA, “Acordos parassociais ‘omnilaterais’”, *DSR*, 2009, vol. 2, págs. 102 e ss, 108 e ss, em esp. 111-112, 116 e ss. Sendo assim, é justamente se se passa a fronteira da validade (pela ilícita inobservância da distribuição de competências e da correlativa responsabilidade entre os órgãos sociais) que os sócios, ainda que em actuação de um acordo (ou parte de um acordo) parassocial com objecto nulo, eventualmente precipitado (nomeadamente) em deliberações (também elas) ilícitas (v. art. 56º, n.º 1, als. *c* e *d*)), podem vir a ser qualificados como administradores de facto (directos ou indirectos). Mas não só esse será o caso – em esp. para o sócio quotista que delibera licitamente a “alta direcção” imposta aos gerentes e para a sociedade dominantes nas “relações de domínio intersocietário” (art. 486º): cfr. RICARDO COSTA, *Os administradores de facto...* cit., n. (1561) – pág. 756.

⁵⁰ URSULA STEIN, pág. 182, FABRIZIO GUERRERA, *La responsabilità “deliberativa”...* cit., pág. 136.

ou *simplesmente intelectuais*⁵¹) da condução dos negócios sociais e das tarefas administradoras⁵², por sócio *abusivo* ou *tiranno* (na consagrada dogmática italiana⁵³): com uma *escala* e uma *intensidade* nessa assunção que lhe dá, como salienta Karsten Schmidt, uma *posição de liderança na gestão da sociedade*⁵⁴ e o

⁵¹ MARC DINKHOFF, pág. 34.

⁵² Na verdade, não vejo que seja de afastar uma influência deliberativa (ainda que residual, tendo em conta o fito normal de *segredo* do instigador) no caso de administração fáctica indirecta. De tal sorte que o que distingue esta modalidade não é a confidencialidade do acto influenciador (mesmo que seja esta a forma mais corrente), mas antes a utilização do administrador de direito como sujeito da actuação decisória e executiva em matéria de gestão – e também se utiliza o administrador formal quando se lhe dá ordens ou instruções em oportunidade anterior à adopção *tout court* das decisões administrativas (obviamente saliente nas sociedades por quotas, no que toca às situações de abuso ilícito da faculdade proporcionada pelo art. 259º).

⁵³ Para a proximidade entre estas figuras e a do administrador de facto (nomeadamente nas sociedades de capitais de menores dimensões e de carácter familiar), v. DARIO DI GRAVIO, “Quando l’amministratore di fatto ed il socio occulto, sovrano e tiranno sono la stessa persona”, *Dir. fall.*, 1995, pág. 746 e ss, NICCOLÒ ABRIANI, págs. 79-80, FRANCESCO FERRARA Jr./FRANCESCO CORSI, *Gli imprenditori e le società*, 11.ª ed., Giuffrè Editore, Milano, 1999, pág. 584 e n. (2), PAOLO CECCHI, pág. 791 – que se destaca por defender que a teoria do administrador de facto, uma vez que não envolve a superação do princípio da limitação de responsabilidade e da autonomia patrimonial (implicada pela imputação directa das dívidas sociais ao sócio) é mais equilibrada, pois dá “uma resposta em termos de responsabilidade pelos danos especificamente imputáveis em consequência da ingerência”) –, FILADELFO TRIBULATO, “Azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di fatto di una soc. a resp. lim.”, *Dir. fall.*, 2007, II, pág. 466 e n. (1).

O lastro italiano é seguido entre nós no conceito de “sócio tirano” (como “tipo social de frequência” de “comportamentos desleais” dos sócios) de PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social nas sociedades comerciais*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2006, pág. 361: aquele que “tem uma posição de domínio, sozinho ou em coligação com outros sócios”; “[d]irige a sociedade com a colaboração de outros sócios ou outros gestores *a quem impõe a sua vontade*”; “[n]ão partilha o poder e não admite pluralidade de opiniões”; “[a]caba por aumentar ou alcançar o domínio total da sociedade, *que gere como se fosse sua propriedade*” (sublinhei).

⁵⁴ “Anhang § 64. Insolvenzverschleppung und Insolvenzverschleppungshaftung”, *Scholz Kommentar zum GmbH-Gesetz mit Anhang Konzernrecht*, III. Band, §§ 53-85, Nachtrag MoMiG, bearbeitet von Georg Bitter [et alii], 10. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2010, págs. 4215-4216, Rdn. 22. Ainda na Alemanha, enfatizando a *amplitude* da intensidade na influência (*umfassende Einflussnahme*) sobre a direcção dos negócios sociais, seja no significado das instruções, seja no impacto do contributo para o processo de tomada de decisão dos administradores de direito, como exigência fundamental para a responsabilização do sócio (pela infracção dos deveres próprios da administração) como administrador de facto, v. HANS CRISTOPH GRIGOLEIT, *Gesellschafterhaftung für interne*

torna *funcionalmente comparável* (*funktionale Vergleichbarkeit*) ao administrador de direito ⁵⁵, por intermédio da desfiguração (ou afastamento) da actuação típica da administração e da titularidade das suas tarefas originárias (*illegal*, para este efeito) – por ex., apoderam-se das atribuições pertencentes aos administradores (desde a determinação, isolada ou conjunta, dos vectores da política empresarial até à influência na selecção e contratação dos recursos humanos), dão ordens para serem decididos e celebrados certos negócios, obrigam os administradores a acatar ao pormenor as suas instruções não deliberadas, apenas reservam para os administradores a prática de negócios e actos de mero expediente ou não significativos, etc. ⁵⁶. Pode ser caso, então, para o sócio maioritário ou para os sócios dominantes (ainda que sem maioria dos direitos de voto) do grupo de comando serem considerados (e responsabilizados) como administradores de facto, seja pela sua *acção directa* na gestão, seja pela sua *intervenção indirecta* sobre a gestão mediante a utilização ou manipulação dos administradores de direito (mesmo com exercício de influência deliberativa). E, nesse caso, saberemos de antemão que, tendo em conta a mais ampla legitimidade para deliberar (por iniciativa própria ou por habilitação legal ou estatutária) nas sociedades por quotas, será menos comum encontrar por via deliberativa o sócio administrador de facto nesse tipo do que na sociedade anónima. E saberemos ainda que se torna mais verosímil o sócio tornar-se administrador de facto quando, no intento de obter imunidade no que tange à disciplina formal dos administradores, não usa a deliberação própria e fica secreta e confidencialmente na sombra a instruir extra-organicamente a administração de direito, sendo provável que esta seja geralmente composta por sujeitos que são meros fiduciários da vontade desses sócios, através dos quais efectivamente gerem a

Einflussnahme im Recht der GmbH. Dezentrale Gewinnverfolgung als Leitprinzip des dynamischen Gläubigerschutzes, Verlag C. H. Beck, München, 2006, págs. 117-118.

⁵⁵ ULRICH HAAS/HILDEGARD ZIEMONS, “§ 43 Haftung der Geschäftsführer”, *Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH-Gesetz)*, Herausgegeben von Prof. Dr. Lutz Michalski, Band II, §§ 35-85 GmbHG, §§ 1-4 EGGmbHG, 2., neu bearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2010, pág. 488, *Rdn.* 28, WOLFGANG ZÖLLNER/ULRICH NOACK, *sub* § 43, pág. 881-882, *Rdn.* 3.

⁵⁶ MARKUS GEIßLER, pág. 1112, ULRICH HAAS/HILDEGARD ZIEMONS, pág. 488, *Rdn.* 9.

sociedade para lá dos direitos e poderes da sua condição de sócio e, eventualmente, como “bode expiatório” (*capro expiatorio*) da sua acção⁵⁷⁻⁵⁸.

Tais cenários, já agora, não se confundem com a *actuação (e responsabilidade), deliberativa ou não*, dos sócios que aprovam providências e emitem instruções que, mesmo que cumpram as regras na perspectiva do relacionamento com a autonomia exigida ao órgão de administração, afrontam os seus deveres e regras sociais de *conduta enquanto sócios* (em particular o dever de lealdade para com o interesse social⁵⁹⁻⁶⁰, mas também os princípios de actuação inibidores de “desconsideração” da personalidade jurídica)⁶¹. Nem se mescla com a

⁵⁷ FRANCESCO FERRARA Jr./FRANCESCO CORSI, n. (1) – pág. 392.

⁵⁸ Para a distinção entre “influenciação legítima” (*legitime Einflussnahme*) e “intromissão ilegítima” (*illegitime Einmischung*) como linha de fronteira, v. HOLGER FLEISCHER, “Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit faktischer Organe”, AG, 2004, 10, pág. 526. Por sua vez, destacando a frequência com que o sócio vai aumentando a sua influência com o decurso do tempo, passando da emissão de instruções aos administradores até à efectiva gestão da sociedade por ele próprio, MARC DINKHOFF, pág. 18. Mais detalhado no direito italiano, FABRIZIO GUERRERA, *La responsabilità “deliberativa”...* cit., n. (71) – pág. 133, refere-se, nas relações de domínio intersocietário, a uma “escala *crecente* de influência”, que vai da (episódica) indução ao incumprimento de deveres pertencentes aos administradores, progride pela avocação “organizada” de importantes áreas da função gestória e termina na (sistemática) ingerência “de facto” na administração.

⁵⁹ V., em esp., o regime do art. 83º.

⁶⁰ Se o sócio for também administrador (“sócio gestor”) – ou exercer outros cargos e funções na orgânica social –, é razoável defender-se que o dever de lealdade como sócio e os deveres de “diligência” (cuidado) e lealdade como gestor se intensificam em razão dessa dupla qualidade e originam uma responsabilidade diferenciada: PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, págs. 78-79, 365-370 (“Estes sócios têm posições privilegiadas de poder e de informação na sociedade. Têm uma possibilidade de influenciar a vida da sociedade francamente maior que a dos simples sócios [nota minha: que não exercem a administração] e têm acesso a um grau de informação também incomparável com o daqueles. (...) O poder responsabiliza. Um maior poder aumenta a responsabilidade.”).

⁶¹ Para essa conclusão, v., desenvolvidamente, URSULA STEIN, págs. 167 e ss, 170, 179-180, 182-183 (para a violação do dever de lealdade, também pela assunção indirecta de tarefas de direcção, em vez da avaliação do comportamento do sócio segundo as “bitolas da responsabilidade do órgão” e a respectiva submissão enquanto administrador de facto); MARC DINKHOFF, págs. 64 e ss (em esp. pág. 67, onde se sublinha ser contra a lealdade os sócios motivarem os administradores a negligenciarem ou violarem os seus deveres ou até impedirem que os cumpram), 175; WOLFGANG ZÖLLNER/ULRICH NOACK, *sub* § 43, pág. 882, *Rdn.* 3. Para a defesa no direito espanhol da aplicação do *deber de fidelidad* à sindicância das instruções da assembleia geral aos gerentes da sociedade por quotas em matérias de gestão – “quanto maiores sejam as competências dos sócios relativas à administração, mais estritamente deverão

eventual extensão dos deveres e da consequente responsabilidade, típicos da administração, ao *dominant* ou *controlling shareholder*, tal como sustentado há muito no direito dos EUA e defendido por doutrina alemã relevante – algo que se convoca igualmente para a esfera do sujeito *enquanto sócio*⁶².

cumprir o seu dever de lealdade” em relação à sociedade e em relação aos demais sócios –, v., como base jurídica alternativa à teoria do administrador de facto, ÁNGEL GARCÍA VIDAL, págs. 149 e ss, em esp. 155-156, 157-158.

É neste prisma, nomeadamente o da sindicância do dever de lealdade, que se tornará bem avisado o alerta de CÁNDIDO PAZ-ARES, “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, *RdS*, 2003, 1, pág. 78 e n. (34), para a “zona cinzenta” em que o “accionista controlador” pode estar, em que não chega a ser administrador de facto mas exerce uma actividade que excede a de mero accionista.

Para a discussão da responsabilidade do sócio (especialmente maioritário, individualmente ou em coligação) nos processos deliberativos e no exercício do direito de voto na assembleia, v., em diferentes momentos, as doutrinas apoiantes – e de referência – de, para a Alemanha, WOLFGANG ZÖLLNER, *Die Shranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden*, C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München-Berlin, 1963, págs. 300-301, 427 e ss, em esp. 430, e, para a Itália, de FABRIZIO GUERRERA, *La responsabilità “deliberativa”... cit., passim*, mas págs. 45 e ss, 109 e ss (em esp. 153 e ss), 249-250, 337 e ss, 381 e ss. Para o enquadramento dos “limites intrínsecos” ao poder da maioria (abuso de direito, dever de lealdade e interesse social), v., entre nós, PEDRO MAIA, *Voto e corporate governance. Um novo paradigma para a sociedade anónima*, volume I, Dissertação para Doutoramento em Ciências Jurídico-Empresariais, FDUC, Coimbra, 2009, págs. 203 e ss. Por fim, para manifestação do dever de lealdade no “dever de não influenciar a administração da sociedade senão nos órgãos para isso apropriados” que incumbe aos “sócios (maioritários) em sociedades de capitais”, v. COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II cit., pág. 286.

⁶² Para os EUA, indiferentes ao lapso de tempo entretanto decorrido, v. ADOLF BERLE, Jr./GARDINER MEANS, *The modern corporation and private property*, The MacMillan Company, New York, 1932, págs. 235, 237 – “quando uma pessoa ou grupo de pessoas [o “control”] exerceram de facto o poder de administração, eles devem estar submetidos às mesmas regras de conduta [*standards of conduct*] que se aplicam à gestão formal, mesmo que não assumam o título” –, 238-239 – “A doutrina [*doctrine of dominant stockholder*] segundo a qual as pessoas que concretamente induzem a acção da administração são elas responsáveis como administradores implica que elas se sujeitem aos deveres fiduciários que são impostos aos administradores. A lógica deste princípio é suficiente para cobrir todas as situações; sempre que, partilhando a mesma hipótese, a administração actua de facto segundo as ordens de um “controlo” identificável, o “controlo” pode ser considerado exactamente como se fosse administrador.” –, 245-246; ROBERT THOMPSON, “The shareholder’s cause of action for oppression”, *Bus. Lawyer*, 1993, págs. 726 e ss (com especial referência à decisão de 1975 do Supreme Judicial Court de Massachussets, *Donahue vs Rodd Electrottype Co.*, que ganhou foros de *standard* na exigência de “good faith and loyalty” a um “controlling shareholder” de “close corporation”); ROBERT HAMILTON, *The law of corporations in a nutshell*, 5th ed., West Group, St. Paul-Minnesota, 2000 (reimp. 2003), págs. 445-446; JAMES FANTO, *Directors’ and*

officers liability, 2nd ed., Practising Law Institute, New York, 2007, págs. 37 e ss; STEPHEN BAINBRIDGE, *Corporate law*, 2nd ed., Foundation Press/Thomson West, New York, 2009, págs. 166-167; ALAN R. PALMITER, *Corporations*, 6th ed., Aspen Publishers-Wolters Kluwer, New York, 2009, págs. 329 e ss.

Na Alemanha, usando-se expressa ou implicitamente as virtudes do método analógico, WERNER FLUME, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, Erster Band, Zweiter Teil, *Die juristische Person*, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg-New York-Tokyo, 1983, págs. 88 e ss, aplica o dever de diligência (e a correspondente *Sorgfaltshaftung*) dos administradores ao sócio único e ao “sócio dominante” (*beherrschende Gesellschafter*) sempre que estes assumam a direcção dos negócios sociais (em esp. nas relações de domínio dos grupos de facto), incluindo nessa *Leitung* também o exercício do direito em voto em deliberações atinentes à gestão. Mas a tese mais desenvolvida de uma “responsabilidade orgânica” do sócio dominante por omissão de um dever de diligência quando intervém por força das suas instruções e/ou por força da sua influência na gestão ainda é vista na monografia de JAN WILHELM, *Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person*, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1981, págs. 285 e ss, 330 e ss, 344 e ss, 349 e ss (para a sociedade dominante em grupo), em esp. 352-353. Esta é uma corrente – também sustentada e aproveitada nomeadamente para o “único-sócio-gerente” e, em casos de grosseira violação da diligência, através da aplicação por analogia dos §§ 43 da GmbHG e 93 (5), 2 e 3, da AktGesetz, por HOLGER ALTMER, “Grundlegend Neues zum «qualifiziert faktischen» Konzern und zum Gläubigerschutz in der Einmann-GmbH”, *ZIP*, 2001, págs. 1842 e ss, em esp. 1843-1844, 1845-1846, ID., “Gesellschafterhaftung und ‘Konzernhaftung’ bei der GmbH”, *NJW*, 2002, págs. 322 e ss, em esp. 324, ID., “Zur Entwicklung eines neuen Gläubigerschutzkonzeptes in der GmbH”, *ZIP*, 2002, pág. 1562 – que tem encontrado grandes resistências, nomeadamente tendo em conta a alegação alternativa do dever de lealdade do sócio, a possibilidade de responsabilidade por aplicação do § 826 do BGB e a convocação do regime dos grupos: para amostra, v. URSULA STEIN, págs. 171, 172; (o opositor mais claro) PETER ULMER, “Der Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern beim Fehlen von Minderheitsgesellschaftern”, *ZHR*, 1984, págs. 413 e ss, em esp. 415, 416-417, ID., “Die GmbH und der Gläubigerschutz”, *GmbHR*, 1984, págs. 262-263, ID., “Von ‘TBB’ zu ‘Bremer Vulkan’ – Revolution oder Evolution?”, *ZIP*, 2001, pág. 2025; MARC DINKHOFF, págs. 85-86, 87; HANS CRISTOPH GRIGOLEIT, págs. 275 e ss (que, a págs. 277-279, não encontra na figura do administrador de facto um fundamento viável para viabilizar a migração da responsabilidade própria da administração, prevista no § 43 da GmbHGesetz, em caso de influência prejudicial do sócio sobre a gestão, tendo em conta que a figura permite uma extensão das normas de responsabilidade para “circunstâncias análogas” mas não a “correção de uma norma”); HOLGER FLEISCHER, pág. 527; UWE H. SCHNEIDER, *sub* § 43, pág. 2229, *Rdn.* 23; WOLFGANG ZÖLLNER/ULRICH NOACK, *sub* § 43, pág. 882, *Rdn.* 3.

Apoiante em Espanha da extensão (parcial) ao accionista dos deveres de lealdade estabelecidos para os administradores, que derivam do conflito de interesses directo com a sociedade (“deveres de segundo nível”), CÁNDIDO PAZ-ARES, págs. 78-79 (e 75).

Sobre a aplicação do art. 80º ao sócio com poderes (legais e/ou estatutários) de administração e gestão empresarial, v. RICARDO COSTA, *Os administradores de facto...* cit., págs 978-979.

3. Sociedades em “relação de domínio” e em “relação de grupo”

3.1. A esses cenários de administração de facto não estão imunes, bem pelo contrário, as *coligações intersocietárias*, terreno em que é o próprio legislador que planta a *faculdade de influência* sobre a administração de sociedade juridicamente alheia. Sócio dominante (maioritário ou não na titularidade das participações) é também – como pessoa colectiva societária – a sociedade anónima, a sociedade por quotas ou a sociedade em comandita por acções que pode exercer «influência dominante» sobre uma outra desses tipos de sociedade, directa ou indirectamente – sociedades em *relação de domínio* (arts. 486º, n.º 1, 483º, n.º 2)⁶³.⁶⁴ Presume-se a influência se a sociedade dominante «detém uma participação maioritária no capital» (al. *a*)), «dispõe de mais de metade dos votos» (al. *b*)) ou «tem a possibilidade de designar mais de metade dos membros do órgão de administração ou do órgão de fiscalização» (al. *c*), sempre do n.º 2º do art. 483º). Não obstante a lei presumir uma *posição de controlo económico unitário* da sociedade dominante na *possibilidade* (não se exigindo *efectividade concreta*) de exercício de influência sobre a ou as sociedades dependentes ou controladas – para o que aqui interessa, segundo Engrácia Antunes, “a possibilidade de que uma sociedade dispõe de impor de modo estável e permanente o cunho da respectiva vontade no seio da estrutura organizativa de outra sociedade, através da determinação do sentido das decisões dos respectivos órgãos deliberativos e, mediatamente, das decisões dos respectivos órgãos de administração”⁶⁵–, isso não vale, à falta de uma pronúncia normativa expressa, para modificar a articulação organizativa (e interorgânica) das competências tal como delineada pela lei para cada um dos tipos e as

⁶³ Sendo aplicáveis às sociedades em comandita por acções as disposições relativas às sociedades anónimas (art. 478º).

⁶⁴ Situações indiciárias de “domínio” ou “controlo” são enumeradas noutros locais normativos: art. 21º do CVM (sem a restrição subjectiva do CSC: «relação existente entre uma pessoa singular ou colectiva e uma sociedade»); arts. 13º, n.ºs 1 e 2, do RGICSF, e 3º, n.º 1, do RJASegR; art. 8º, n.º 3, do RJConc.

Todas elas são previsões que nos remetem para o controlo “interno”, correspondente à titularidade ou disponibilidade de direitos administrativos subjacentes às participações detidas pela sociedade dominante.

⁶⁵ *Participações qualificadas...* cit., pág. 49. Com cobertura similar, FRANCISCO PEREIRA COELHO, pág. 314.

faculdades lícitas de intervenção na gestão nos órgãos para isso adequados⁶⁶. Todavia – e esta parece ser, a meu ver, o *relevo fundamental da positivação legal* (*escassa na disciplina e carente de um regime específico*⁶⁷) –, a “relação de domínio” implica que a sociedade dependente (*rectius*, as suas administrações de direito) esteja disponível para – na transformação de um controlo *potencial* em “direcção unitária” *efectiva*⁶⁸– ser submetida a uma *situação de exercício* do poder de «influência dominante» reflectida na disposição de *princípios transversais* relativos às políticas económicas, financeiras, contabilísticas e organizativas solicitadas pela “unidade de direcção” do “grupo” (estratégia global de gestão, decisões operativas fundamentais, investimentos, nomeação de administradores comuns, escolha e mobilidade de dirigentes e quadros, relações contratuais entre as sociedades do “grupo”, autorizações para negócios de risco, etc.). Essa disponibilidade justifica que se possa afastar a sociedade controlada da dinâmica que corresponde às sociedades sem esse vínculo de dependência, em nome de *interesses não exclusivamente próprios* – de tal forma

⁶⁶ Neste sentido, distinguindo entre domínio “orgânico-interno” e domínio “fáctico-externo”, assim como entre “influência interna ou orgânica” (influência exercida no contexto dos órgãos sociais da sociedade dependente e que seja exercida através deles) e “influência externa ou fáctica”, v. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades. Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2002, págs. 469-470, 530 e ss, onde o Autor expressa a recusa de serem as relações de dependência económica, fáctica e externa consideradas como idóneas ou suficientes para a afirmação de uma influência dominante nos termos do art. 486º. No mesmo sentido, postulando que o “domínio tem de ser veiculado por *instrumentos com carácter jurídico-societário*”, ficando de fora “as circunstâncias de natureza exclusivamente fáctica, como seja a ‘dependência económica de fornecedores, clientes e fornecedores’ ou o ‘entrelaçamento pessoal’”, assim como a influência ditada por “contratos de financiamento ou de fornecimento, mesmo quando atribuem à contraparte amplos poderes de controlo e de direcção”, v. CARLOS OSÓRIO DE CASTRO, “A imputação de direitos de voto no Código dos Valores Mobiliários”, *CadMVM* n.º 7, 2000, pág. 174 – os meios propiciadores do domínio vêm a cingir-se, no essencial, ao poder de voto e aos poderes conferidos por determinadas cláusulas do pacto social, ou legalmente atribuídos a certas categorias de associados.

⁶⁷ Remeto o leitor para RICARDO COSTA, *A sociedade por quotas unipessoal...* cit., n. (609) – págs. 513-514.

⁶⁸ Sobre a *direcção unitária* como “verdadeiro centro de gravidade operativo da estrutura organizacional da empresa de grupo”, directamente subsidiária do § 18 (1), 1.ª frase, da AktGesetz, v. ENGRÁCIA ANTUNES, *últ. ob. cit.*, págs. 54-55, 113 e ss (em esp. 121-122). Porém, a “direcção unitária” não envolve necessariamente centralização, isto é, como afirma COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade (As empresas no direito)*, Almedina, Coimbra, 1996, n. (687) – pág. 262, “é perfeitamente compatível com uma gestão descentralizada das sociedades dependentes”.

que se *adaptem e se equilibrem* os processos de determinação-actuação do seu interesse social àquela outra dinâmica singular de uma sociedade *em grupo* e de uma política de *coordenação e agregação económica, mais ou menos unificadas, entre as sociedades desse mesmo grupo* ⁶⁹. ⁷⁰ Claro que, depois, cabe aos administradores das sociedades dependentes, no seio da *permeabilidade a interesses alheios a que a sua autonomia se vê submetida*, filtrar o conteúdo das deliberações instrutórias (em regra definidas na pirâmide da sociedade dominante e expressas pelos seus administradores no órgão próprio da dependente) e abster-se de realizar-(executar) acções que possam traduzir um predomínio desses interesses *alheios* ao interesse próprio da *sua* sociedade e sujeitá-los à responsabilidade própria da gestão da dependente ⁷¹. ⁷²

⁶⁹ Tal não significa que essa coordenação de interesses – sempre salvaguardada pela relevância maior do interesse da dominada no conjunto das sociedades participadas – se justifique pela prossecução de um “interesse do grupo”, pelo menos no que às relações de domínio diz respeito. Esse recurso parece ainda desembocar num conceito mais ou menos incerto e vago e apontar, por isso, um caminho perigoso, porque desde logo encerra o risco de uma total subordinação do interesse da dominada – o que não se admite – e uma espécie de “legitimação” de um poder sem qualquer correspectivo legal. Para a relativização-não aceitação desse conceito nos “grupos de facto”, COUTINHO DE ABREU, *últ. ob. cit.*, pág. 270 – “Nem as sociedades dominantes têm o direito de sacrificar o interesse das dependentes, nem estas têm o direito (ou o dever) de se guiarem por finalidades extra-sociais (das dominantes ou não)” –, ID., *Curso...*, vol. II cit., pág. 205.

⁷⁰ Se a sociedade dependente for uma sociedade por quotas, essa heterodirecção alheia tem como veículo privilegiado o instrumento proporcionado pelo art. 259º, o que torna irrelevante para esse efeito a positivação legal da “relação de domínio”.

Ao invés, na sociedade anónima e na sociedade anónima por acções dependentes, julgo que essa adaptação justifica que o poder deliberativo dos sócios em matéria de gestão (estratégica e de coordenação) pode ser alargado, tendo em conta a habilitação legal efectuada pelo art. 486º, n.º 1 para a sociedade dominante – poder de exercer efectivamente «influência dominante» – e a integração normativa que poderá ser empreendida no que respeita aos arts. 405º, n.º 1, e 373º, n.º 2. Logo, esse poder de direcção sobre a gestão por via da assembleia dos sócios, mesmo fora dos casos de permissão estatutária para a prática de certos actos ou categoria de actos, e, portanto, mesmo por iniciativa própria, não seria merecedor da etiqueta de ilegítimo.

⁷¹ Nesse juízo caberá a ponderação da alegação de preenchimento da causa de anulabilidade prevista no art. 58º, n.º 1, al. b) (deliberações abusivas).

⁷² [Nomeadamente para a hermenêutica do art. 2359 («Sociedades controladas e sociedades coligadas») do CCIt. e do § 311 («Limites da influência») da AktGesetz e para as situações de conflito de interesses] HERBERT WIEDEMANN, págs. 347 e ss, ANTONIO PAVONE LA ROSA, “La responsabilità da «controllo» nei gruppi di società”, *Riv. Soc.*, 1984, págs. 409 e ss, MARCUS LUTTER, “Organzuständigkeiten im Konzern”, *Festschrift für Walter Stimpel zum 68. Geburtstag am 29. November 1985*, herausgegeben von Marcus Lutter/Hans-Joachim Mer-

tens/Peter Ulmer, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1985, págs. 834-835, PIER GIUSTO JAEGER/PIERGAETANO MARCHETTI, “Profili di disciplina del gruppo creditizio”, *Quad. giur. imp.*, 1991, págs. 9 e ss, VOLKER EMMERICH/JÜRGEN SONNENSCHNEIN, *Konzernrecht. Das Recht der verbundenen Unternehmen bei Aktiengesellschaft, GmbH, Personengesellschaften, Genossenschaft, Verein und Stiftung*, 5., völlig neubearbeitete Auflage, C.H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 1993, págs. 26-27, 88 e ss, 371 e ss, ALBERTO JORIO, “Gruppi di imprese, eterodeterminazione e responsabilità degli amministratori delle società controllate”, *Studi in onore di Gastone Cottino*, volume secondo, CEDAM, Padova, 1997, págs. 929 e ss, PABLO GIRGADO PERANDONES, *La empresa de grupo y el derecho de sociedades*, Editorial Comares, Granada, 2001, págs. 180 e ss, 199 e ss (em esp. 205 e ss), 246, 323 e ss, 354-355, 368 e ss, MARCUS LUTTER, “Grenzen zulässiger Einflußnahme im fiktischen Konzern – Nachbetrachtung zum Mannesmann/Vodafone-Takeover“, *Festschrift für Martin Peltzer zum 70. Geburtstag*, herausgegeben von Marcus Lutter/Manfred Scholz/Walter Sigle, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2001, págs. 242 e ss, JUSTINO DOQUE DOMÍNGUEZ, “El concepto de grupo de sociedades y su desarrollo en el derecho español”, *Derecho de sociedades. Libro homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, Voumen V, McGraw Hill, Madrid, 2002, págs. 5306 e ss, FABRIZIO GUERRERA, *La responsabilità “deliberativa”... cit.*, págs. 124 e ss (em esp. 128-129), 151-152, 311, GIUSEPPE GUIZZI, “Partecipazioni qualificate e gruppi di società”, *Diritto delle società. Manuale breve*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, págs. 340 e ss, HANS-GEORG KOPPENSTEINER, “Vorbemerkungen vor § 311”, págs. 959 e ss, *Rdn.* 8 e ss (em esp. 11-12), e “§ 311. Schranken des Einflusses”, págs. 977, *Rdn.* 2 e ss, págs. 984-985, *Rdn.* 22 e ss, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 6, §§ 15-22 AktG, §§ 291-328 AktG und Meldepflichten nach §§ 21 ff. WpHG, SpruchG, 3. Auflage, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-München, 2004, JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO/PABLO GIRGADO PERANDONES, “Aproximación al significado jurídico de los órganos del grupo de sociedades. Especial referencia al papel de la junta general”, *Las competencias de los órganos sociales en las sociedades de capital*, coord.: José Miguel Embid Irujo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, págs. 285 e ss, 296 e ss, MONICA FUENTES NAHARRO, *Grupos de sociedades y protección de acreedores (Una perspectiva societaria)*, Thomson/Civitas, Madrid, 2007, págs. 85 e ss, 113 e ss, 120 e ss (em esp. 126), 275 e ss (em esp. 277), ALONSO UREBA/JUANA PULGAR EZQUERRA, “Relación de grupo y administrador de hecho en el concurso de sociedades integradas en un grupo”, *RdS*, 2007, 2, págs. 28 e ss, JOCHEN VETTER, “§ 311 Schranken des Einflusses”, in KARSTEN SCHMIDT/MARCUS LUTTER, *Aktiengesetz Kommentar*, II. Band, §§ 150-410, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2008, págs. 2886-2887, *Rdn.* 3 e ss.

Na doutrina portuguesa, em antagonismo com concepções rígidas, ainda que avisadas acerca do risco de instrumentalização ou de subordinação das sociedades dependentes (como as de MARIA AUGUSTA FRANÇA, págs. 27, 29, ELISEU FIGUEIRA, pág. 48, TERESA ANSELMO VAZ, “A responsabilidade do accionista controlador”, *O Direito*, 1996, págs. 344-345, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, vol. IV cit., págs. 70, 606, ID., “Invalidades das deliberações dos sócios”, *Problemas do direito das sociedades*, IDET, Almedina, Coimbra, 2002, pág. 393, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, págs. 443-444, DIOGO PEREIRA DUARTE, *Aspectos do levantamento da personalidade colectiva nas sociedades em relação de domínio. Contributo para a determinação do regime da empresa plurissocietária*, Almedina, Coimbra, 2007, págs. 338, 340), v., em sentido próximo, ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades... cit.*, págs. 583

Essa espécie de valoração legal *positiva* sobre o fenómeno da *heterodirecção* de sociedades – por via da pressuposição de que esse interesse de *coordenação* não será sempre incompatível com o interesse da sociedade dependente, uma vez que a pertença ao “grupo” (ou, para evitar confusões, ao *agrupamento*) acarretará, em muitas ocasiões, vantagens para a dependente e, assim, oferece adequada protecção aos seus outros sócios e credores⁷³ – não vale, todavia, para justificar “manifestações patológicas” (*estrinsecazioni patologiche*) desse poder (como as situações de “co-gestão”, deliberativa ou extra-deliberativa, ou de gestão exclusiva directa no âmbito da administração da sociedade dependente, ou de absorção, ainda que por via mediata e condicionante, das funções gestórias das dependentes pelos administradores das sociedades dominantes⁷⁴)

e ss – “nada parece impedir que os órgãos de administração de uma sociedade dependente tomem decisões em matérias de gestão social que se mostrem favoráveis aos interesses da sociedade dominante ou do respectivo grupo, desde que estes sejam coincidentes ou se mostrem compatíveis com os interesses da própria sociedade dependente ou desde que tais decisões não sejam prejudiciais a este interesse”; mais incisiva, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Código das Sociedades Comerciais anotado e regime jurídico dos procedimentos administrativos de dissolução e de liquidação de entidades comerciais (DLA)*, coord.: António Menezes Cordeiro, 2.^a ed., Almedina, Coimbra, 2011, *sub art.* 486º, pág. 1232, anot. 20 – a influência dominante surge como “o poder que assiste à sociedade dominante de (imediata ou mediata) agir sobre o *governo societário* da dependente” –, págs. 1233-1234, anots. 29-31 – a positivação da “relação de domínio” permite a “extensão da operatividade do poder de direcção da sociedade dominante, dentro dos limites da compatibilidade com a tutela da sociedade dominada, dos seus sócios minoritários e credores”, poder esse que surge como “dado de facto, absolutamente natural e fisiológico”, sem “juízo de desvalor” e, ainda que a “simples influência dominante” esteja num “perímetro operativo mais limitado que o poder de direcção unitária assente em participação totalitária ou em contrato de subordinação”, sendo “lícita a construção de um espaço de legitimação jurídica do exercício do referido poder de facto”; cauteloso, RUI PEREIRA DIAS, *Responsabilidade por exercício de influência...* cit., n. (126) – pág. 65, no âmbito da imposição pelo sócio dominante de certas “instruções desvantajosas” *legais* “porque não desconformes a um adequadamente interpretado *interesse social* da sociedade dependente”; aparentemente favorável, CARLOS OSÓRIO DE CASTRO, p. 175 e n. (52) – pág. 177, quando, a propósito de a “influência dominante” ser genérica, aprova uma determinação da política empresarial e de negócios da “sociedade como um todo”.

⁷³ É neste quadro que vemos KLAUS HOPT, “Legal elements and policy decisions in regulating groups of companies”, *Groups of companies*, edited by Clive M. Schmitthoff/Frank Wooldridge, Sweet & Maxwell, London, 1991, págs. 96-97, a considerar legítimas as acções contra o interesse da sociedade dominada desde que atingido o interesse de grupo em geral.

⁷⁴ A elas se refere ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Código das Sociedades Comerciais...* cit., *sub art.* 486º, n. (8) – pág. 1232, quando distingue o *poder de influir sobre a gestão* da, em primeiro lugar, *participação na gestão* e, segundo, da *substituição na gestão* dos administradores

e a desaplicação de princípios inderrogáveis colocados para tutela dos interesses envolvidos na gestão dessas mesmas sociedades dependentes (como o de cuidar e ser leal ao interesse da sociedade, «atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses de outros sujeitos relevantes para sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores»: art. 64º, n.º 1, al. b)).

Se quisesse resumir, diria que a relação de domínio intergrupar legítima, na esfera da sociedade dominante, um *ajuste de conteúdos na operatividade gestória das sociedades dependentes*, de tal modo que a sociedade matriz impõe regras gerais de actuação ou delibera (mesmo na falta de cláusula estatutária) que certas decisões dos administradores das filiais, no exercício das suas faculdades discricionárias, sejam aprovadas previamente pela matriz (nomeadamente pelo seu órgão de administração) e, conseqüentemente, fiscalize a sua execução – *sem que, por tal conduta, possa ser considerada administradora de facto*⁷⁵. Ou, numa outra acepção, *sem que haja uma equiparação necessária entre exercício efectivo de uma “directão unitária” da política do “grupo” e administração, mesmo que de facto, da sociedade filial*⁷⁶. Porém, essa relação de dependência não cauciona uma *intrusão substancial* na gestão *própria* das sociedades dependentes, assente numa *perversão* contra *legem das formas de comunicação e imposição dos conteúdos relativos à gestão dessas mesmas dependentes*, que, mais a mais, lese o compromisso de ponderação entre, de uma banda, a realização da política empresarial das várias sociedades agrupadas e, de outra, a preservação *em sentido preponderante* (ainda que não exclusivo) do interesse social de cada uma das sociedades afiliadas. Ora é novamente neste cenário lesivo e ilegítimo que se deverá atender, em contrapartida, ao *apuramento de uma plausível administração de facto*.

Como?

da sociedade dependente. Também focando a *falta de direito* das sociedades dominantes para dar instruções às administrações das sociedades dependentes, fora dos meios deliberativos lícitos, v. COUTINHO DE ABREU/ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Grupos de sociedades. Aquisições tendentes ao domínio total*, Almedina, Coimbra, 2003, pág. 66.

⁷⁵ Assim, no direito inglês, ROY GOODE, *Principles of corporate insolvency law*, Thomson-Sweet & Maxwell, London, 2005, pág. 514.

⁷⁶ Algo de claramente enfatizado na doutrina espanhola: NURIA LATORRE CHINER, págs. 127-128, MONICA FUENTES NAHARRO, págs. 273-274, 277, ALONSO UREBA/JUANA PULGAREZQUERRA, pág. 29, LUIS HERNANDO CEBRIÁ, “Sociedad dominante administradora de hecho? Más allá del velo corporativo”, *RDM*, 2011, págs. 155, 161.

Sabe-se que, por um lado, a possibilidade de exercício de “influência dominante” pela administração da sociedade dominante, uma vez colocada no terreno da *direcção económica unitária e concertada* da conduta dos órgãos de administração das sociedades dependentes (mas, recorde-se, com independência jurídica e autonomia organizativa), comporta em si mesma o risco de um controlo *demasiado musculado* nos chamados “grupos de facto”, em razão das modalidades concretas – legais, estatutárias (nas sociedades participadas)⁷⁷, contratuais⁷⁸ ou simplesmente económico-fáticas⁷⁹ – de exteriorização da influência (nomeadamente, empresarial)⁸⁰ e do *leitmotiv* de concertação (mesmo que somente fática e especialmente na tramitação fora da assembleia) sobre esses mesmos órgãos, que pode descambar para uma emanção sistemática e estável de instruções e directivas *externas*, mais ou menos detalhadas, por parte da *holding* (ou da *sub-holding* intermédia ou sectorial). O problema está aqui na *forma* e na *intensidade*. Mas também se revela no *conteúdo* (mesmo que ditado sob forma regular). Sabe-se, por esta banda, que essa emanção é muitas vezes acompanhada pelo colapso (ou diluição substancial) da independência volitiva dos administradores das controladas, independência essa com que eles devem assumir com autonomia de juízo as escolhas

⁷⁷ V. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades...* cit., págs. 503-504, 517 e ss, RUI PEREIRA DIAS, *Responsabilidade por exercício de influência...* cit., págs. 84-85.

⁷⁸ Sobre os instrumentos jurídico-negociais que podem dar corpo à unidade de direcção económica das sociedades em grupos de “base contratual”, v. ENGRÁCIA ANTUNES, *últ. ob. cit.*, págs. 77-78, 475, 524 e ss (“contratos de empresa”, acordos de produção, contratos de licença, contratos de fornecimento, contratos de empréstimo ou mútuo, contratos de exclusividade, contratos de transferência de tecnologia, contratos de assistência técnica, contratos de franquia, agência e concessão comercial, etc.).

⁷⁹ Para exemplos de “dependência económica” em “relações fáticas de domínio” (como as relações de mercado especiais entre as sociedades), assim como das “maiorias de facto” em eventos de capital disperso nas sociedades participadas, v. ainda ENGRÁCIA ANTUNES, *últ. ob. cit.*, págs. 474-475, 505 e ss, 523 e ss, mas também RUI PEREIRA DIAS, *últ. ob. cit.*, págs. 88 e ss.

⁸⁰ Logo, o art. 486º, n.º 2, parece não esgotar os instrumentos possíveis de efectivação de «influência dominante», nomeadamente se essas formas se reflectirem ou se concretizarem em relações endossocietárias. Para uma concepção mais problematizante ou restrita, v. ENGRÁCIA ANTUNES, *últ. ob. cit.*, págs. 532 e ss, em esp. 533-534 (mas cfr. n. (1045)), 535 e ss, ORLANDO VOGLER GUINÉ, “A responsabilização solidária nas relações de domínio qualificado – Uma primeira noção sobre o seu critério e limites”, *ROA*, 2006, págs. 305 e ss, 322, RUI PEREIRA DIAS, *últ. ob. cit.*, págs. 86 e ss, 88 e ss, em esp. 90-91.

correspondentes aos interesses próprios das sociedades que gerem. Se essa autonomia de juízo deve assentar no respeito, *com título de prevalência*, pelo interesse social próprio das controladas, esse é o critério inultrapassável que serve para delimitar o parâmetro de sindicância da legitimidade das manifestações de «influência dominante» (mesmo para o exercício do direito de voto nos procedimentos deliberativos) sobre a gestão da sociedade dependente.

Neste sentido, o *exercício do domínio* poderá dar corpo com grande probabilidade a uma posição de *heterodirecção qualificada* na formação das suas decisões administrativas, com desrespeito manifesto ou uma desconsideração total do interesse social das dependentes. Uma vez *efectivada a influência* sobre a sociedade dependente, os administradores e gerentes da sociedade dominante (ou das sociedades dominantes, independentes mas coordenadas entre si) ultrapassam a *fronteira da legitimidade* e transformam a sua influência num *instrumento continuado de intervenção na administração da sociedade dependente* (nomeadamente sem recurso ao órgão deliberativo próprio desta ou, através dele, com exercício ilícito e abusivo do seu direito de voto na assembleia da dependente) e de *determinação da actividade dessa sociedade com subordinação permanente dos seus interesses aos interesses da sociedade dominada e/ou de outras sociedades controladas do agrupamento e sem atendimento relevante do interesse da dependente*; isto é, com *completa perda de autonomia da administração da sociedade dependente, transformando-a em simples translatora da sua vontade e veículo detractor (de modo prevalente) do seu interesse próprio*⁸¹⁻⁸².⁸³

⁸¹ Sobre esta figura do “grupo de facto qualificado”, verdadeira estrutura de transição entre os “grupos de facto simples” e os “grupos de direito”, desenvolvida no direito alemão (essencialmente para o tipo quotista), v. a minha anterior investigação (e bibliografia, não só tudesca, e jurisprudência então citadas, para as quais remeto) em *A sociedade por quotas unipessoal... cit.*, págs. 534 e ss; para um resumo e actualizações no direito alemão, v. MARCUS LUTTER, “Der qualifizizierte faktische Konzern”, AG, 1990, págs. 179 e ss, CARSTEN THOMAS EBENROTH, “Die qualifiziert faktische Konzernierung und ihre körperschaftsteuerrrechtliche Auswirkung”, AG, 1990, págs. 188 e ss, em esp. 189-191, 193-194, e WOLFGANG ZÖLLNER, “Schlussanhang. Die GmbH im Unternehmensverbund (GmbH-Konzernrecht)”, in ADOLF BAUMBACH/ALFRED HUECK, *GmbH-Gesetz: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, 19. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2010, pág. 1937, Rdn. 31, pág. 89, Rdn. 89, págs. 1976 e ss, Rdn. 132 e ss (em esp. para a caracterização, Rdn. 139-140). Realçando as formas intensas de “supremacia” e “subordinação” entre sociedades controladoras e controladas como *fenómenos de facto*, v., para a Itália, PIERO SCHLESINGER, “I poteri extra-assembleari dell’azionista di controllo”, *Studi in onore di Gastone Cottino*, vol. II, Giuffrè Editore, Milano, 1997, págs. 996 e ss.

Entre nós, v. ENGRÁCIA ANTUNES, *Liability of corporate groups – Autonomy and control in parente-subsidiary relationships in US, German and EU law. An international and comparative perspective*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer-Boston, 1994, págs. 368 e ss, ID., *Os grupos de sociedades...* cit., págs. 600-601 (“uma espécie de grupo de direito ‘fictício’ ou ‘camuflado’”); ORLANDO VOGLER GUINÉ, págs. 301-302, 313 e ss, 322 (que avança com a determinação da “instrumentalização [das instruções externas] para lá do razoável” ou “patentemente desrazoável” e exemplos – um deles é determinada política de produção, ainda que contratada em termos rentáveis, poder acabar por resvalar numa situação de dependência económica tal que impossibilite a sobrevivência da sociedade fora do grupo), 318-319; MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, págs. 444-445 (implicitamente); COUTINHO DE ABREU, “Diálogos com a jurisprudência. II – Responsabilidade...”, *loc. cit.*, pág. 63; ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Código das Sociedades Comerciais...* cit., *sub art.* 486º, 2011, pág. 1232, anot. 19 (“a intensidade da direcção unitária é idêntica àquela que é exercitável no âmbito das relações de grupo (cf. 503º)”); ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, págs. 611 e ss.

⁸² Aqui falamos de uma administração *indirecta*, que pode levar a uma substituição do órgão de administração da sociedade dependente e uma redução dos seus titulares formais a meros executores das instruções da dominada (através, portanto, dos respectivos administradores de direito e, eventualmente, de sujeitos que cumprem as suas ordens, como os dirigentes superiores da estrutura hierárquica, trabalhadores, mandatários e procuradores, etc.). Mas poderá estar também em causa, disjuntiva ou conjuntivamente, a actuação directa *na primeira pessoa* dos administradores ou esses outros sujeitos relacionadas com a dominante na gestão da dependente (portanto, dispensando e eclipsando a actuação dos seus administradores). Nesta circunstância, há ainda que distinguir entre os sujeitos que actuam como representantes da dominante e no raio dos seus interesses e aqueles outros que actuam por sua própria conta e em nome pessoal.

Caso paradigmático na jurisprudência estrangeira corresponde ao aresto tirado pelo **Tribunale de Roma de 6 de Dezembro de 1980** (in *Foro It.*, 1981, I, pág. 1190, ss), em que ficou provado que o presidente do conselho de administração da sociedade *capogruppo* era quem exercia, “directamente ou por intermédio dos seus colaboradores mais fiéis, as funções de administrador da sociedade controlada”.

⁸³ O mais relevante indício sintomático de risco acrescido de domínio “qualificado” é a coincidência, total ou parcelar, da identidade dos administradores (incluindo nestes os administradores delegados) da dominante e da dependente (comunhão vulgarizada através dos *interlocking boards of directors* ou *interlocking directorates* ou, na terminologia alemã mais conhecida, *Vorstand-Doppelmandate*; por isso já cunhada por cá de administradores “duplos” ou “comuns”: ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *últ. ob. e loc. cits.*, n. (13) – pág. 1233, anot. 25), disseminada nos chamados grupos de “base pessoal” ou com “relações de dependência pessoal” (aqueles em que a unidade da direcção económica das várias sociedades assenta na identidade dos administradores e/ou dos sócios, independentemente de essa identidade resultar de participações intersocietárias e consequentes poderes das maiorias de controlo ou se fundarem apenas em laços de comunhão pessoal-familiar-fáctica), fenomenologia essa em que, no que toca à sociedade controlada, “muitas vezes os administradores de direito são meros «testas-de-ferro» actuando por conta dos verdadeiros gestores” (ENGRÁCIA AN-

TUNES, *Os grupos de sociedades...* cit., págs. 78-79 e n. (113) [“Por essa razão também cumpre recordar que os legisladores europeus vêm crescentemente procurado remediar os abusos daqui resultantes através do conceito de ‘administrador de facto’...”], 534 e ss).

Um outro sintoma é a existência de uma estrutura organizativa do “grupo” assaz centralizada e norteada por uma política de gestão unitária e dirigida a todas as sociedades “agrupadas”: segundo a mesma obra de ENGRÁCIA ANTUNES, págs. 55, 118 e ss, 156-157, 601, bem como, ainda do Autor, *Liability of corporate groups...* cit., págs. 107 e ss, poderemos ter (1) controlo *directo*, “emanando a direcção do grupo instruções ou directivas no próprio plano da administração corrente dos negócios sociais”, com a “fixação de sectores de actividade da sociedade-filha cuja gestão está interdita à sua própria administração”, o “estabelecimento pela sociedade-mãe de um ‘plafond’ ou limite monetário máximo para além do qual a filial não está autorizada a realizar transacções comerciais ou qualquer espécie de vinculação no mundo dos negócios sem a prévia aprovação daquela” ou a “distribuição aos administradores e directores das filiais de guias de instruções e de manuais de gestão (‘rules books’), que contêm directivas concretas, por vezes muito detalhadas e incidindo sobre um grande número de situações sobre os próprios métodos, ‘standards’, e sentido das decisões de administração social”; e (2) controlo *indirecto* sobre a administração das sociedades, “mediante uma planificação ou uma fiscalização da actividade económica do conjunto, ou mesmo, como é frequente, através da centralização de determinadas funções de interesse geral para todas as sociedades agrupadas junto da sociedade-mãe ou de uma sociedade-filha criada exclusivamente para esse efeito”. Conclui o especialista nacional: “Seja sob a forma de um controlo indirecto ou directo, a autonomia de gestão da sociedade pertencente a um grupo está assim condenada a viver sob a ameaça permanente da sua *redução significativa*, ou mesmo, no limite, da sua *extinção total*” (destaquei). Ora, são justamente estas formas extremas de centralização e de integração – *subjectiva e objectiva*, se quisermos – que a doutrina (muitas vezes na pegada do Projecto de Nona Directiva de 1984, sobre coligações entre empresas: v. RICARDO COSTA, *Os administradores de facto...* cit., págs 205 e ss.) tem chamado para delinear a figura da administração de facto nessas formas intensivas de exercício de direcção unitária por parte das sociedades controlantes e abdicação do espaço de autonomia e discricionariedade dos administradores das sociedades controladas, que acabam apenas por revelar interposições entre sociedades e órgãos constituídos com membros de fachada para esconder o forte grau de integração ou concentração entre as sociedades e a concertação de comportamentos: MAX ALBERS-SCHÖNBERG, *Haftungsverhältnisse im Konzern*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1980, págs. 60-61; ANDREW WILKINSON, “Piercing the corporate veil and the Insolvency Act 1986”, *Comp. Lawyer*, 1987, pág. 127; MATTEO RESCIGNO, “I gruppi di società nel diritto italiano”, *Jus*, 1989, 2-3, pág. 180; ANDREW HICKS, pág. 59 (que destaca os factos de a subsidiária não ter “existência económica separada”, “escritórios ou pessoal separados” e a comunhão de administradores com a *holding company*); NICCOLÒ ABRIANI, págs. 91, 103 (*accentramento direzionale, gestione centralizzata*), 109, 293; PABLO GIRGADO PERANDONES, *La empresa de grupo...* cit., págs. 398-399, ID., *La responsabilidad de la sociedad matriz...* cit., págs. 184, 190-191; NURIA LATORRE CHINER, págs. 126-127; M.^a ISABEL CANDELARIO MACÍAS, “Es válido el sistema vigente de responsabilidad de los administradores respecto a las sociedades bursátiles? (A propósito del proyecto de Ley núm. 137-1, 29 de marzo de 2003”, *RDBB*, 2003, págs. 146-147 (e 148 e ss, para a responsabilidade do órgão de administração da sociedade

É neste recinto de condutas *patológicas* de influência *sem arrimo na lei* que se encontra terreno fértil para examinar e qualificar administradores de facto (*maxime*, indirectos) das sociedades dependentes filiais nas sociedades dominantes e nos seus órgãos de administração ⁸⁴. Essa qualificação – sem-

matriz pelo exercício da “direcção unitária”); JOSÉ EMBID IRUJO, “La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima tras la ley de transparencia”, *RCDI*, 2004, págs. 2406-2407; MIRIAM LOZANO SAIGÍ, “Aproximación jurídica a la figura y régimen de responsabilidad del administrador de hecho”, *RJC*, 2005, 4, pág. 1068; FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, “Ámbito subjetivo de la responsabilidad”, *La responsabilidad de los administradores*, Dirección: Ángel Rojo/Emilio Beltrán, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 71; MONICA FUENTES NAHARRO, págs. 275, 281, 282; NICCOLÒ ABRIANI/PAOLO MONTALENTI, “Gli amministratori. L’amministrazione: vicende del rapporto, poteri, deleghe e invalidità delle deliberazioni”, *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Gastone Cottino, volume IV, tomo I, *Le società per azioni*, CEDAM, Padova, 2010, pág. 595 e ns. (82) e (83); LUIS HERNANDO CEBRIÁ, págs. 151, 155, 156-157. Para a questão do ónus da prova relativa à instrumentalização volitiva qualificada da sociedade dependente pela dominante, especialmente para a coincidência de titularidade dos cargos de administração e forte participação societária, v. ORLANDO VOGLER GUINÉ, págs. 319 e ss, 323.

⁸⁴ Na doutrina estrangeira, v. ADRIENNE HONORAT, “Jurisprudence en matière de faillites – Cour de Cassation Com. 31 janv. 1978”, *Rec. Dalloz*, 1978, Informations Rapides, pág. 286; GÉRARD NOTTÉ, *Les dirigeants de fait des personnes morales de droit privé*, Tome 1, Thèse pour le Doctorat en Droit, Université de Paris I, Panthéon, Sorbonne, 1978, págs. 205 e ss, em esp. 209-210 (repressão do abuso e ilegitimidade no poder de direcção entre sociedades coligadas), 220 e ss, em esp. 225-226 (em que admite uma certa inadaptação da figura à realidade dos grupos), 229 e ss, 246 (sociedade *holding* como *dirigeant occulte*); PIERRE-OLIVIER GEHRIGER, págs. 51, 61-63, 105 e ss, 168; MAX ALBERS-SCHÖNBERG, págs. 42-43, 57 e ss, 121; ANDREAS VON PLANTA, *Die Haftung des Hauptaktionärs*, Helbing & Lichtenhahn, Basel und Frankfurt am Main, 1981, págs. 88-87; FERNAND DERRIDA, “Cour d’Appel d’Aix-en-Provence, 26 mai 1981”, *Rec. Dalloz*, 1983, Informations Rapides, pág. 61 (conjugando dependência económica entre as sociedades e a faculdade de impor juridicamente as decisões à sociedade dominada); URSULA STEIN, págs. 186-187 – colocando a tónica na necessidade de suprir a “lacuna de responsabilidade” decorrente da subjugação dos administradores da sociedade dependente à vontade da sociedade dominante e do grupo (num “poder de direcção extenso”) e, assim, em particular, corrigir a inexistência da intervenção da sua própria medida de diligência e da pouca ou nenhuma informação para testar a legalidade do conteúdo das instruções recebidas; FRANCO BONELLI, “Imprese collegate (o di gruppo): la responsabilità di chi esercita la direzione unitaria (art. 3, decimo comma della legge Prodi)”, *Fall.*, 1984, págs. 579 e ss, ID., “La responsabilità della società controllante per gli illeciti delle proprie controllate”, *Dir. comm. intern.*, 1987, *Giurisprudenza commerciale*, págs. 349 e ss, em esp. 351-353, 355 (aplicação das obrigações legais para a gestão correcta da sociedade controlada à sociedade dominante, que, através dos seus administradores, exerce, com “abuso da posição dominante”, a direcção unitária, suportando assim “os riscos e os custos da *ilegitimidade*” “independentemente da ‘qualificação formal’ e das

‘formas’ ou ‘modalidades’ da gestão”); ANDREW WILKINSON, “Piercing the corporate veil and the Insolvency Act 1986”, *Comp. Lawyer*, 1987, volume 8, 1, pág. 127; GÜNTHER ROTH, págs. 430 e ss, em esp. 431 (responsabilidade por uma actuação ou *comportamento* desaprovado ou abusivo no seio da direcção do grupo também se aplica a uma “direcção alargada e duradoura” ou uma influenciação prejudicial da gestão da dominada); HUGH COLLINS, “Ascription of legal responsibility to groups in complex patterns of economic integration”, *MLR*, 1990, págs. 741-742; LAURENT LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, Bibliothèque de droit privé, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1990, pág. 65 (“influência predominante sobre a actividade e o desenvolvimento da sua filial” e “autoridade sobre os seus responsáveis”); ALONSO UREBA, “Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima”, *RDM*, 1990, págs. 674-675; JACQUES DUPICHOT, “La responsabilité des dirigeants de société en droit français : principes directeurs”, *Die Haftung der Leitungsorgane von Kapitalgesellschaften: Verhandlungen der Fachgruppe für Vergleichendes Handels- und Wirtschaftsrecht anlässlich der Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung in Würzburg vom 13.-16.9.1989*, Prof. Dr. Karl Kreuzer (Hrsg.), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1991, págs. 161; DANIEL D. PRENTICE, “Group indebtedness”, *Groups of companies*, edited by Clive M. Schmitthoff/Frank Wooldridge, Sweet & Maxwell, London, 1991, págs. 78-79 (“uma vez que será extremamente difícil para a sociedade dominante, particularmente se a sociedade dominada é totalmente participada, refutar a conclusão de que a subsidiária actua de acordo com as suas instruções”); KLAUS HOPT, págs. 103-104 (segundo o art. 9º do Projecto de Nona Directiva); ANDREW HICKS, “Advising on wrongful trading: Part 2”, *Comp. Lawyer*, 1992, pág. 59; FABRIZIO GUERRERA, *Illecito e responsabilità nelle organizzazione collettive*, Giuffrè Editore, Milano, 1991, pág. 431 (“nos casos de ingerência sistemática e tirânica da controlante na esfera gestonária da controlada, com a consequente exautoração dos órgãos institucionais desta [última]”, pode encontrar-se “uma solução plausível na doutrina do administrador de facto”); JOHN DONALDSON [*et all.*], *Shadow directors*, Financial Law Panel, London, 1994, págs. 9-10; GUIDO ROSSI, “Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere”, *Riv. Soc.*, 1995, págs. 1149 e ss, em esp. 1151; STEPHEN GIRVIN, “Statutory liability of shadow directors”, *Jur. Rev.*, 1995, pág. 421 – para evitar a responsabilidade da sociedade-mãe que dá instruções à sociedade-filha como *shadow director* é necessário assegurar que aos administradores da *subsidiary company* é dado espaço suficiente para tomar as suas próprias decisões sem “interferência ou prescrição” por parte do *board* da sociedade-mãe; ALEXANDER VOGEL, *Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, faktisches oder kundgegebenes Organ der Tochtergesellschaft mit einer rechtsvergleichenden Übersicht über andere Konzernhaftungsansätze*, Verlag Paul Haupt, Bern-Stuttgart-Wien, 1997, págs. 389 e ss (acentuando a determinação efectiva da vontade da sociedade dependente na esfera de funções administrativas); MANUEL MARÍA SÁNCHEZ ÁLVAREZ, “Grupos de sociedades y responsabilidad de los administradores”, *RDM*, 1998, págs. 134-135, 141, figurando o administrador de direito da dominante como administrador de facto da dominada na qualidade de “administrador do grupo”, respondendo solidariamente com os administradores de direito da dominada pelos danos causados à sociedade, sócios e terceiros; NICCOLÒ ABRIANI, págs. 90 e ss (que limita a responsabilidade à patologia de sujeição extra-institucional a directivas da dominante no âmbito da gestão centralizada), 275 e ss, 285, 293; PAOLO MONTALENTI, “L’abuso della personalità giuridica”, *Persona giuridica, gruppi di società*,

corporate governance. Studi in tema di società per azioni, CEDAM, Padova, 1999, pág. 43; JOHN H. FARRAR/BRENDA HANNIGAN, *Farrar's Company Law*, 4th ed., with contributions by Nigel E. Furey and Philipp Wylie, Butterworths, London-Edinburgh-Dublin, 1998, págs. 337-338; ADOLFO RUIZ DE HUIDOBRO, "Cuestiones sobre la responsabilidad de los administradores en los grupos de sociedades. Particular referencia a la teoría del administrador de hecho", *Derecho de sociedades. Libro homenaje al Professor Fernando Sánchez Calero*, Volumen II, McGraw Hill, Madrid, 2002, págs. 1314 e ss (para a responsabilidade criminal); ANTONIO PERDICES HUETOS, "Significado actual de los «administradores de hecho»: los que administran de hecho y los que de hecho administran. A propósito de la STS de 24 septiembre 2001", *RdS*, 2002, 1, pág. 286; MASSIMO FRANZONI, *Gli amministratori e i sindaci*, Le società – Trattato diretto da Francesco Galgano, UTET, Torino, 2002, pág. 19; PABLO GIRGADO PERANDONES, *La responsabilidad de la sociedad matriz... cit.*, págs. 167 e ss, em esp. 169, 175-176, 183-184, 188 (só nos encontramos na presença de administração de facto quando "o grau de controlo do administrador da dominante sobre a filial suponha uma capacidade real de gestão desta"), 190-191 (requer uma "alta centralização" do grupo e, portanto, uma "imersão do administrador da dominante em todas as actividades gestoras da sociedade", mas, acrescenta, "o 'acto' de gestão ordinária não lhe interessa, mas sim aquele que possa ter uma repercussão na política do grupo"), 199 e n. (356); JUSTINO DUQUE DOMÍNGUEZ, "El tráfico de acciones realizado por los administradores de sociedades anónimas cotizadas pertenecientes a un grupo de sociedades", *RdS*, 2003, 1, págs. 61-62; BRENDA HANNIGAN, *Company law*, Oxford University Press, Oxford, 2003, pág. 142 (na dependência do "level of control" que se demonstre); PAUL DAVIES, *Introduction to company law*, Oxford University Press, Oxford, 2002, págs. 104-105, ID., *Gower and Davies' principles of company law*, 7th ed., Sweet & Maxwell, London, 2003, págs. 197-198; NURIA LATORRE CHINER, págs. 122 e ss (mas descartando os administradores das sociedades dominantes como administradores indirectos ou ocultos, pois estes não cabem na sua concepção restrita de administrador de facto, apenas, directo: cfr. págs. 130-131, 151-152); JOSÉ EMBID IRUJO, "La responsabilidad de los administradores...", *loc. cit.*, págs. 2403 e ss, em esp. 2407-2408 – trata-se de saber se, cruzando "o funcionamento efectivo do grupo, dentro da sua particular configuração, assim como a posição que corresponda aos administradores das diversas sociedades integrantes e, em última instância, à própria sociedade dominante", "os administradores da dominada são meros receptores de instruções, degradando-se o seu papel, de facto, em meros executores de uma vontade alheia, ou se, ao invés, podem assumir de maneira efectiva a gestão de uma sociedade, no âmbito, claro está, da direcção unitária do grupo", direcção esta cujo exercício tem como "portadores materiais" os administradores da sociedade dominante (antes, em "El buen gobierno corporativo y los grupos de sociedades", *RDM*, 2003, págs. 974 e ss, anunciava a responsabilidade por actuação fáctica sempre que os traços típicos se concretizassem na "circunstância de uma sociedade vir submetida a um poder de direcção externo" em que, "ao lado dos administradores legais", "encontremos outros sujeitos que, de maneira directa, contínua e sistemática, influenciam o seu comportamento quotidiano"); FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, págs. 70 e ss; HOLGER FLEISCHER, págs. 527-528, em esp. para a responsabilidade por retardamento na insolvência das filiais, na sequência do já citado Roth, mas em sentido problematizador e rejeitando, em princípio, no direito alemão dos grupos, uma responsabilidade *geral* da sociedade-mãe como órgão de facto da sociedade filial; FERNANDO SÁNCHEZ CALERO,

Los administradores en las sociedades de capital, Thomson Civitas, Madrid, 2005, pág. 338; MIRIAM LOZANO SAIGÍ, pág. 1068; DIDIER PORACCHIA, “Action en comblement de passif et direction de fait par personne interposée – Note sous Cour de cassation (com.) 2 novembre 2005”, *Rev. Soc.*, 2006, págs. 406 e ss, em esp. 407; ROY GOODE, *Principles of corporate insolvency law*, Thomson-Sweet & Maxwell, London, 2005, págs. 514-515; ROBERT PENNINGTON, *Company law*, 8th ed., Oxford University Press, Oxford, 2006, págs. 647-648, 903; MÓNICA FUENTES NAHARRO, págs. 261 e ss, 279 e ss (para as situações em que a sociedade matriz, para além de “administrar o grupo” no seu conjunto, passa a administrar, *também*, cada uma das sociedades que o compõem); ALONSO UREBA/JUANA PULGAR EZQUERRA, págs. 23-24, 28 e ss (exigem que se prove que a sociedade matriz assumiu directamente a gestão efectiva da filial em atenção a interesses que são alheios à dependente, “de forma pública (externa) e transparente, “com conhecimento e consentimento da filial” – afastam a condição de administrador indirecto, ou seja, sempre que se recorre à pessoa interposta dos administradores da filial que actuam na relação com terceiros); LUIS HERNANDO CEBRIÁ, págs. 155 e ss (centrando-se no “abuso efectivo” de uma “administração de facto plena” no exercício de direcção unitária do grupo no interesse próprio da sociedade matriz ou de outra sociedade do grupo, caso em que a autonomia jurídica da sociedade dominada se torna meramente formal).

Para a responsabilidade por “direcção unitária” que não seja ilegitimamente conformada: contra a administração de facto – PIETRO ABBADESSA, “I gruppi di società nel diritto italiano”, *I gruppi di società. Ricerche per uno studio critico*, a cura di Antonio Pavone La Rosa, Società Editrice Il Mulino, Bologna, 1982, n. (86) – pág. 182 (já que não existe “a participação dos órgãos de governo do complexo em todas as decisões que a controlada é chamada a tomar”, que é “o comportamento típico do administrador de facto”); GIULIANA SCOGNAMIGLIO, “La responsabilità della società capogruppo: problemi ed orientamenti”, *Riv. dir. civ.*, 1988, I, págs. 370 e ss, em esp. 377 e n. (38) – ou só para casos extremos ou limite; MATTEO RESCIGNO, págs. 179-180; PIER GIUSTO JAEGGER, “«Direzione unitaria» di gruppo e responsabilità degli amministratori (Ancora sull’art. 3, ult. cpv., della legge sull’amministrazione straordinaria)”, *Riv. Soc.*, 1985, pág. 824. Por seu turno, ainda em Itália, GIUSEPPE GUIZZI, “Problemi in tema di gestione delle società di capitali: quale responsabilità per gli amministratori di fatto?”, *Dir. giur.*, 2001, págs. 30 e ss, não encontra na administração de facto a resposta mais satisfatória para a responsabilidade dos administradores das sociedades-mãe dos grupos pelo exercício do poder de direcção, tendo em conta a responsabilidade pela violação dos “deveres de protecção” perante as sociedades controladas enquanto “sujeitos terceiros”.

Na jurisprudência estrangeira, v., para a França, **Cour de Cassation de 31 de Janeiro de 1978**, (responsabilidade pessoal como gerentes de facto dos gerentes da sociedade-mãe; in *Rec. Dalloz*, 1978, Informations Rapides, pág. 286); **Cour d’Appel d’Aix-en-Provence de 26 de Maio de 1981** (sujeição de uma sociedade com base em “influência dominante” sobre a filial; rejeição de outra por falta de “dependência” dos administradores da filial e participação na respectiva direcção; in *Rec. Dalloz*, 1983, Informations Rapides, pág. 60); **Cour d’Appel de Paris, em 7 de Fevereiro de 1997, 23 de Maio de 1997 e 15 de Janeiro de 1999** (responsabilidade de sociedades-mãe que tomam decisões sobre a política de gestão das filiais com toda a independência: cfr. JACQUES MESTRE/DOMINIQUE VELARDOCCHIO, *Lamy Sociétés Commerciales*, Lamy, Paris, 2003, pág. 268); **Cour de Cassation de 2 de Novembro de 2005**

pre condicionada, caso a caso, pelo concurso dos pressupostos de relevância da administração de facto⁸⁵ – permite conferir mais um instrumento para a reconhecida lacuna no nosso regime jurídico para as relações intersocietárias previstas nos arts. 486º e 487º e, não obstante as reconhecidas dificulda-

(julgou-se positivamente a qualidade de administrador de facto da sociedade accionista quase maioritária e um dos administradores da sociedade-mãe das sociedades filiais (detidas a mais de 90%), por, através dessa interposta sociedade-mãe e do seu director financeiro e do seu director geral, se ter imiscuído directamente na gestão das filiais e retirado toda a sua autonomia; in *Rev. Soc.*, 2006, pág. 398, ss); para a Inglaterra, o famoso *Re Hydrodam (Corby) Ltd*, de **17 de Dezembro de 1993**, pela **Chancery Division** (responsabilidade como *shadow director* de *parent company* [*Eagle Trust plc*], e não dos seus *directors* que actuaram enquanto membros do órgão da sociedade dominante – não poderiam ser “administradores na sombra” *ipso facto* –, em face de uma “*indirect wholly-owned subsidiary*” [*Hydrodam (Corby) Ltd*, que tinha duas sociedades como *appointed directors*]; in *BCLC*, 1994, 2, pág. 180, ss, em esp. 183-184); implicitamente, num caso de possível responsabilidade por *fraudulent trading* da *parent company* que subscrevia “letras de conforto” a favor da subsidiária e induzia o seu conselho de administração a continuar activamente a actividade da sociedade, v. *Re Augustus Barnett & Son Ltd*, da **Chancery Division**, de **2 de Dezembro de 1985** (in *BCLC*, 1986, pág. 170, ss, em esp. 172-173).

Esta configuração é já uma tendência que também se começa a decalcar perfeitamente na doutrina portuguesa: referida à fundamentação da *responsabilidade* da própria *sociedade* como administradora de facto, v. COUTINHO DE ABREU/ELISABETE RAMOS, pág. 41 (“uma sociedade-sócio dominante – no contexto de ‘relações de domínio’ – dá instruções que os administradores da sociedade dominada costumam acatar”), n. (93) – pág. 55 (“quando exerce efectivamente influência sobre a dominada, [a sociedade dominante é] administrador na sombra”); MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, págs. 454-455, 465 e ss; COUTINHO DE ABREU, “Diálogos com a jurisprudência, II – Responsabilidade...”, *loc. cit.*, págs. 63-64 (que realça a insusceptibilidade de o art. 83º, n.º 4, satisfazer os interesses dos credores da sociedade dependente, pois, “dada a completa perda de autonomia da administração (...), não é possível precisar os singulares actos praticados em prejuízo da dominada determinados pela dominante”); ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Código das Sociedades Comerciais... cit.*, sub art. 486º, pág. 1234, anot. 32; ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, págs. 612-613 (recorrendo ao art. 80º e ponderando a qualidade de administrador de facto dos administradores da sociedade-mãe que directamente tiverem dado as ordens ou instruções). Por seu turno, DIOGO PEREIRA DUARTE, *Aspectos do levantamento... cit.*, págs. 336 e ss, reconhece que a transferência de poderes de administração para a sociedade dominante com a postergação do interesse da sociedade dependente na imposição de actos concretos prejudiciais (por força da definição de uma política global para o grupo sob direcção unitária) é administração de facto, mas ancora a responsabilidade da sociedade dominante e dos seus administradores em “abuso de controlo” (e da personalidade colectiva da sociedade dependente) e, portanto, aplicação directa do art. 334º do CCiv. (em esp. págs. 338-340).

⁸⁵ V. *supra*, ponto 1.

des probatórias⁸⁶, alegar a tutela dos sócios minoritários e dos credores das sociedades sob influência por actuações (nomeadamente se violadoras da integridade patrimonial) causalmente imputadas à actuação da dominante e danosas para as suas esferas jurídicas.⁸⁷

⁸⁶ FABRIZIO GUERRERA, *Illecito e responsabilità... cit.*, págs. 432-433: “o exercício da influência dominante raramente se formaliza em actos deliberativos ou de impulso, ou ainda deixa traços documentais”, o que, segundo o Autor, se superaria com o uso das fontes de prova presuntiva (referência a práticas empresariais ou administrativas consolidadas, à dúplice investidura orgânica ou funcional dos protagonistas, à impossibilidade de explicar o motivo inspirador de certos comportamentos orgânicos a não ser por se revelarem “hetero-determinados”, etc.).

⁸⁷ Para algumas comunicações doutrinárias mais relevantes sobre a assunção (e responsabilização em termos societários) do sócio maioritário ou dominante/controlador (também em domínio intersocietário) como administrador de facto (e das suas realidades fácticas), pelas quais orientei a minha apreciação (entre múltiplas outras alusões esparsas nos Autores consultados), v. NORBERT REICH, “Die zivil- und strafrechtliche Verantwortlichkeit des faktisches Organmitgliedes im Gesellschaftsrecht“, *DB*, 1967, 39, pág. 1665 (salientando então já a violação da separação de competências do sócio e do órgão administrativo no exercício do poder típico de administração); DOMINIQUE RANDOUX, “Note Cour de Cassation (Ch. com.), 25 octobre 1977”, *Rev. Soc.*, 1978, Jurisprudence, págs. 296-297; PIERRE-OLIVIER GEHRIGER, págs. 44 e ss; MAX ALBERS-SCHÖNBERG, pág. 41; ANDREAS VON PLANTA, págs. 82-83, 83-84, 90 e ss; GÉRARD NOTTÉ, págs. 114 e ss (que alude à tentação de ver o sócio maioritário como um “*dirigeant de fait virtuel*”); JEAN-MARIE MACQUERON, *La notion de dirigeant de fait (Étude de la jurisprudence française de ses origines à 1981)*, Thèse pour le doctorat de troisième cycle, Université de Haute-Normandie, U.E.R. de Droit, D.E.A. “Affaires Internationales“, Rouen, 1982, págs. 103-104; URSULA STEIN, págs. 154-155, 161, 177 e ss, 188 e ss; PETER ULMER, “Der Gläubigerschutz im faktischen Konzern...“, *loc. cit.*, págs. 414-415; GIOVANNI LO CASCIO, “La responsabilità dell’amministratore di fatto di società di capitali“, *Giur. comm.*, 1986, I, pág. 198; GÜNTHER ROTH, págs. 426 e ss, em esp. 430 (que enfatiza o sócio com participação de capital determinante e afasta o sócio sem influência por ter participação minoritária ou sem titularidade do direito de voto, bem como o “sócio passivo” por decisão própria); HORST KONZEN, “Geschäftsführung, Weisungsrecht und Verantwortlichkeit in der GmbH und GmbH & KG“, *NJW*, 1989, pág. 2985; LAURENT LEVENEUR, pág. 66; FABRIZIO GUERRERA, *Illecito e responsabilità... loc. cit.*, págs. 427 e ss, 445 e ss (em esp. 447, 449), ID., *La responsabilità “deliberativa”... cit.*, págs. 123 e ss, 130 e ss, 136 e ss, 146 e ss, 381 e ss, 386 e ss; LAURENT LEVENEUR, págs. 56, 66; OLIVER DRENNAN, “Shadow directorship – defining the “Eminence Grise”“, *InsPL*, 1993, pág. 177; YVES GUYON, “Sommaires de Jurisprudence. SARL. Associé. Dirigeant de fait (non)“, *Rev. Soc.*, 1996, págs. 596-597, ID., *Droit des affaires*, Tome 2, *Entreprises en difficultés. Redressement judiciaire – Faillite*, 7^e ed., Ed. Economica, Paris, 1999, pág. 436; PEARLIE KOCH, “Shadow director, shadow director, who art thou?“, *Co. secur. law journal*, 1996, pág. 345 (sublinhando o “*command factor*” da prossecução dos seus próprios interesses como decisivo para a administração de facto do

3.2. Diferente do domínio-dependência, mesmo que facticamente qualificado, é a relação interssocietária de *grupo* “de direito”, seja fundada em contrato de subordinação⁸⁸, seja fundada em domínio total de participação⁸⁹ – onde se integra unipessoalidade anónima (originária e superveniente) e quotista

“*substantial shareholder*”); NICCOLÒ ABRIANI, págs. 76 e ss, 236; ULRICH EHRICKE, “Zur Begründbarkeit der Durchgriffshaftung in der GmbH, insbesondere aus methodischer Sicht”, *AcP*, 1999, págs. 296-297; PAOLO CECCHI, *Gli amministratori di società di capitali*, Giuffrè Editore, Milano, 1999, págs. 697 e ss; RICHARD SMERDON [et alii], *Palmer’s Company Law Manual*, Sweet & Maxwell, London, 2000, pág. 198; ANTONIO PERDICES HUETOS, pág. 286; MARKUS GEIßLER, pág. 1112 (realça que o poder legal de os sócios quotistas instruírem em qualquer momento a gestão, mesmo que um poder intensamente exercido, não pode conduzir imediatamente à responsabilização como administrador de facto, sob pena de revogação do modelo de organização da GmbH); CÁNDIDO PAZ-ARES, pág. 78; JOSÉ LUIS DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho de las sociedades*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 2002, págs. 50 (destacando a virtualidade da figura do administrador de facto para aplacar os “abusos de posição dominante” do sócio de controlo, desde que se verifiquem os seus requisitos, em vez de uma mais radical declaração de responsabilidade ilimitada), 78 e ss; PABLO GIRGADO PERANDONES, *La responsabilidad de la sociedad matriz...* cit., págs. 186-187; NURIA LATORRE CHINER, págs. 122 e ss; MARC DINKHOFF, págs. 18, 34 e ss (em esp. 37-38), 70 e ss (em esp. 72-73), 117-118, 175; JOHN LOWRY/ALAN DIGNAM, *Company law*, 2nd ed., LexisNexis Butterworths, 2003, pág. 264; MIRIAM LOZANO SAIGÍ, págs. 1066-1067; JOHN H. FARRAR, *Corporate governance. Theories, Principles and Practice*, 2nd ed., Oxford University Press, Australia, 2005, pág. 98; ULRICH HAAS, “Der Entwurf des «MoMiG» und weitergehende Vorschläge zur Bekämpfung des Missbrauchs der GmbH”, *GmbHHR*, 2006, pág. 733; HANSCRISTOPH GRIGOLEIT, págs. 116, 117-118; ALONSO UREBA/JUANA PULGAR EZQUERRA, págs. 30 e ss; UWE H. SCHNEIDER, *sub* § 43, págs. 2228, 2229-2230, *Rdn.* 22, 24-25, págs. 2231-2232, *Rdn.* 26; LUTZ STROHN, “Existenzvernichtungshaftung, §§ 30, 31, 43 GmbHG und § 64 S. 3 GmbHG – Koordinierungsbedarf?”, *ZHR*, 2009, págs. 593-594; DETLEF KLEINDIECK, “Haftung der Geschäftsführer. § 43”, in MARCUS LUTTER/PETER HOMMELHOFF, *GmbH-Gesetz Kommentar*, 17. völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2009, pág. 1001, *Rdn.* 2; WOLFGANG ZÖLLNER/ULRICH NOACK, *sub* § 43, págs. 880, 881-882, *Rdn.* 3; ULRICH HAAS/HILDEGARD ZIEMONS, págs. 488-489, *Rdn.* 29; WOLFGANG ZÖLLNER, “Schlussanhang. Die GmbH...”, *loc. cit.*, págs. 1954 e ss, *Rdn.* 76 e ss, em esp. *Rdn.* 83. Na doutrina nacional, v. COUTINHO DE ABREU/ELISABETE RAMOS, pág. 41, RICARDO COSTA, “Responsabilidade civil societária...”, *loc. cit.*, págs. 28, 30, n. (4) – pág. 29, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, págs. 465-467, 471-473.

⁸⁸ Arts. 493^o-508^o, 483^o, n.º 1.

⁸⁹ Arts. 488^o-491^o, 483^o, n.º 1.

(somente a derivada)⁹⁰. Diferente porque o exercício de uma intervenção extrassocietária (directa ou indirecta) por parte da sociedade dominante ou directora em relação às *matérias de gestão* da sociedade dominada ou dirigida é admitido pela lei como uma forma de *subordinação legitimamente forte e incondicionada*, cobrada através de um *poder legal e ilimitado (em princípio) de direcção vinculante*: o órgão de administração da sociedade directora ou dominante tem (no âmbito dos seus poderes de gestão e representação) o *direito* de emitir instruções à administração da sociedade totalmente dominada ou dependente e esta encontra-se *vinculada* às instruções emitidas *directamente* pela sociedade directora ou dominante, mesmo para conteúdos prejudiciais e desvantajosos para o interesse social dessa subordinada ou dominada (e excepcionadas as situações de ordens e directivas ilícitas, a começar pelo desrespeito de normas imperativas do direito societário⁹¹ e a acabar na violação de disposições estatutárias⁹² ou até do próprio “regulamento da administração”), desde que sirvam os interesses das directoras ou dominantes ou interesses de (se existirem) outras sociedades dos respectivos grupos⁹³ – art. 503º (e art. 491º, para

⁹⁰ A relação de grupo por domínio total não termina se 90% ou mais das participações representativas do capital social da sociedade dominada não deixar de pertencer à sociedade dominante, directa ou indirectamente: arts. 489º, n.º 4, al. c), 488º, n.º 3, 483º, n.º 2.

⁹¹ Exemplos em ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades...* cit., pág. 734.

⁹² Nomeadamente as que resultam da limitação do objecto social respeitante à sociedade dirigida – neste sentido, MARIA AUGUSTA FRANÇA, pág. 44, ENGRÁCIA ANTUNES, *últ. ob. cit.*, págs. 735-736, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Código das Sociedades Comerciais anotado e regime jurídico dos procedimentos administrativos de dissolução e de liquidação de entidades comerciais (DLA)*, coord.: António Menezes Cordeiro, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, *sub art. 503º*, pág. 1306, anot. 26.

⁹³ Logo, aqui poderemos referir o “interesse de grupo” como “(simplificadora) locução-resumo” desses interesses, “justificadores do sacrificio dos interesses da sociedade subordinada (ou totalmente dominada)” “numa subordinação para fins (fundamentalmente unilaterais)”: COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade...* cit., págs. 269-270, e *Curso...*, vol. II cit., págs. 191-192 (o Professor coimbrão não vê como legítimo o significado de “um interesse comum a todas as sociedades do grupo, interesse pelo qual se deveria pautar o comportamento dos órgãos de cada uma delas”). No mesmo sentido de não identificar uma coordenação entre as sociedades para fins comuns e não haver um verdadeiro e próprio “interesse de grupo”, distinto dos interesses das sociedades componente do grupo e que estivesse na titularidade do grupo de sociedades (que não tem personalidade jurídica), v. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *A responsabilidade civil dos administradores nas sociedades em relação de grupo*, Almedina, Coimbra, 2007, págs. 92 e ss, em esp. págs. 103, onde a Autora faz coincidir o “interesse do grupo” com o interesse da sociedade directora em “obter o

a remissão para o domínio total) ⁹⁴. Esta actuação dos administradores da sociedade directora ou dominante não é, por via desse *poder legal de direcção*, ilícita, mesmo que vise uma actuação que um gestor criterioso e ordenado, num cenário de independência estrita, não adoptaria; antes é *consentida pelo ordenamento*, que reconhece *em termos amplos* a actuação *unilateral* sobre a gestão da sociedade subordinada ou dominada e, por esse caminho, uma *legitimação normativa à conduta externa dos administradores da sociedade subordinante ou*

êxito económico do grupo”, e 177. V. ainda MARIA AUGUSTA FRANÇA, págs. 45-46, 54, 97, que hesita entre a “consideração global de todas unidades do grupo”, que “passam a ser organizadas e coordenadas globalmente em função de um novo interesse”, e a realização do interesse da sociedade superior que “se prolonga à dimensão do grupo”. Em sentido diverso, colocando a tónica no “interesse conjunto das sociedades que formam o grupo”, v. ELISEU FIGUEIRA, págs. 50, 51, 52 e, aparentemente, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, págs. 406-407 (“interesse comum desse grupo”), 416, 427 (a aparência resulta do exposto na n. (103) – págs. 424-425). Mais claro ainda – “interesse do grupo, que supera o interesse isolado de cada membro” –, OLIVEIRA ASCENSÃO, “Invalidades das deliberações dos sócios”, *Problemas do direito das sociedades*, IDET, Almedina, Coimbra, 2002, pág. 393. Quanto a esse “interesse de grupo” (primordialmente referido ao interesse próprio da sociedade directora ou dominante) como limite ao direito de dar instruções, v. desenvolvidamente ENGRÁCIA ANTUNES, *últ. ob. cit.*, págs. 738 e ss, 894-895 (e 648).

No ambiente europeu, o *Report of the Reflection Group on the future of EU Company Law*, de 5/4/2011 (in http://ec.europa.eu/internal_market/company/docs/modern/reflectiongroup_report_en.pdf), recomendou à Comissão Europeia que se empreendesse – quase cegamente – na legislação o “interesse do grupo” como *standard* – especialmente em atenção a uma base ou actividade empresarial “*cross-border*” –, com os fins de promover a “flexibilidade da gestão dos grupos”, de acondicionar o *direito mas também o dever* de a sociedade-mãe gerir o grupo e sociedades que o compõem “de acordo com o interesse global do grupo” e de tornar mais claro em que medida os administradores das dominadas terão em conta esse interesse na aprovação de operações e transacções dentro do agrupamento. Assim o “interesse de grupo” seria um “*safe harbour*” para os administradores de ambas as sociedades dominantes e dominadas contra a responsabilidade por, na emissão e acatamento de instruções, se terem guiado pela existência do grupo como “*unitary business entity*” e por um adequado equilíbrio entre proveitos e custos na análise do interesse de cada uma das sociedades. De todo o modo, sempre que a sociedade unipessoal fosse parte de um grupo de sociedades, o *Reflection Group* propõe medidas para salvaguardar os interesses da dominada e seus *stakeholders* (nomeadamente os seus credores). Nesta medida, v., em esp., págs. 60 e ss, 67, 79-80.

⁹⁴ As contrapartidas desse poder, para a tutela dos interesses das sociedades subordinadas e totalmente dominadas, dos seus sócios “livres” e dos seus credores, estão nos arts. 501^o, 502^o e, justamente, 504^o, n.º 2.

*dominante*⁹⁵ e ao acatamento irrecusável (em regra) por parte dos administradores da sociedade subordinada ou dominada⁹⁶.

⁹⁵ Que – ainda que não necessariamente – poderá estar *internamente* legitimada em deliberações dos sócios ou do sócio ou do órgão de fiscalização da sociedade directora ou dominante, que promovam ou consintam, legal e/ou estatutariamente, os actos direccionados à gestão das sociedades filhas, por força dos arts. 246º-259º, 405º, n.º 1-373º, n.º 2, 442º, n.º 1 (para o conselho geral e de supervisão).

E, já agora, as instruções que o art. 503º legitima são independentes (e fogem do relevo jurídico que aí se autonomiza) da actuação deliberativa única, *maioritária* ou *controladora* da sociedade directora ou dominante na assembleia das sociedades dirigidas, e, portanto, da relação que essas deliberações tenham, igualmente, sobre a actuação dos administradores ou gerentes das sociedades dirigidas. Mas é óbvio que esta distinção será menos relevante (e até, por vezes, superficial) quando a sociedade dominada é unipessoal e o poder de decisão instrutória da administração se possa absorver no poder deliberativo do sócio (desde que se respeitem as fronteiras no relacionamento desse poder com as atribuições do órgão de administração) – a propósito, v. ENGRÁCIA ANTUNES, *últ. ob. cit.*, págs. 890-891, n. (1769) – pág. 896.

⁹⁶ Neste sentido, um dever legal específico de *cumprimento* ou *execução* que impende sobre os administradores ou gerentes das sociedades dirigidas nas relações de “grupo de direito”, fundado no art. 503º, n.ºs 1 e 3. Porém, o dever geral de cuidado dos administradores ou gerentes dessas sociedades é especialmente composto por um subdever (com forte vertente *informativa*) de *controlo da licitude* das instruções e de *ponderação dos interesses* servidos por essas mesmas instruções (art. 503º, n.º 2), susceptível de erigir um direito de *rejeição*, sob pena de responsabilidade (art. 504º, n.º 3, *a contrario sensu*).

Restringindo esse direito apenas aos casos em que o controlo feito conduza a uma ilicitude *patente* ou *manifesta*, como a melhor solução (“conquanto não ideal”) para evitar uma “instância de supervisão (e de veto) ‘de segunda linha’ em matéria de gestão da sociedade subordinada”, no seguimento da recusa aceite no § 308 (2) da AktGesetz para a ilicitude da instrução que não serve os interesses da «empresa dominante» ou das empresas associadas no grupo (cfr., nomeadamente para a problematização de um acréscimo de informação da sociedade dominante, VOLKER EMMERICH/JÜRGEN SONNENSCHNEIN, págs. 358-359, HANS-GEORG KOPPENSTEINER, “§ 308. Leitungsmacht”, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 6, §§ 15-22 AktG, §§ 291-328 AktG und Meldepflichten nach §§ 21 ff. WpHG, SpruchG, 3. Auflage, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-München, 2004, págs. 922-923, *Rdn.* 65 e ss, THOMAS RAISER/RÜDIGER VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften. Ein Handbuch für Praxis und Wissenschaft*, 4., neubearbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2006, pág. 783, *Rdn.* 43), v. ENGRÁCIA ANTUNES, *últ. ob. cit.*, págs. 757-758. Seguindo esta proposta apenas para o “controlo de mérito” da instrução (“dada a margem de liberdade de que dispõem na sua emissão os administradores da sociedade directora”), e não quando em causa esteja um “puro controlo da legalidade”, v. ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Código das Sociedades Comerciais anotado e regime jurídico dos procedimentos administrativos de dissolução e de liquidação de entidades comerciais (DLA)*, coord.: António Menezes Cordeiro, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, *sub art.* 504º, pág. 1312, anot. 27 (e, mais detalhadamente, em *A responsabilidade dos administradores... cit.*, págs. 164 e ss). Aparentemente limitando ainda menos esse poder-dever

Porém, o órgão de administração da sociedade subordinada ou dominada não se extingue nem deixam os seus membros de serem titulares dos direitos e obrigações atribuídos pela lei (nomeadamente o poder de representar a sociedade, que não pode ser apropriada pelos administradores da sociedade *instrutora*⁹⁷) e pelos estatutos; muito menos os administradores ou gerentes da subordinante ou dominante vêem a sua posição jurídica ocupada ou substituída (em termos formais)⁹⁸; em resumo, a configuração orgânica da subordinada ou dominada mantém-se e a titularidade jurídico-formal dos seus administradores conserva-se. Estes encontram-se, isso sim, sujeitos a exercerem as suas funções de acordo com a vontade, *ilimitadamente heterónoma e expressa fora dos canais deliberativos próprios do respectivo tipo de sociedade*, da sociedade directora ou dominante – em rigor, num *encadeamento de administração para administração*, de acordo com a vontade dos seus administradores ou gerentes (mesmo que sem qualquer ligação genética na vontade propulsora ou anuência dos sócios ou sócio da sociedade que dirige).

Esse é, aliás, o ponto fulcral: essa legitimação de *intervenção externa* alarga-se a qualquer forma declarativa (expressa, como sejam as deliberações do órgão de administração, ou mesmo tácita) e a qualquer conteúdo e objecto (“alta direcção”, gestão corrente, gestão extraordinária)⁹⁹, permitindo, no limite,

de recusa, nos casos de ponderação do interesse do grupo, somente a “situações flagrantes e clamorosas, dadas as características da actividade dos administradores”, v. MARIA AUGUSTA FRANÇA, págs. 89 e ss, em esp. pág. 93.

⁹⁷ Isto é, esta sociedade instrutora pode emitir instruções que impliquem o exercício de poderes representativos da sociedade *instruída*, desde que sejam convenientes à implementação da sua gestão, mas esses poderes continuam a estar exclusivamente no naipe de competências conservados pelos administradores ou gerentes das sociedades subordinadas ou dominadas.

⁹⁸ MARIA AUGUSTA FRANÇA, pág. 97, RAÚL VENTURA, “Contrato de subordinação entre sociedades (arts. 493º a 508º)”, *Novos estudos sobre sociedades anónimas e sociedades em nome colectivo. Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 1994 (reimp. 2003), pág. 118, ENGRÁCIA ANTUNES, *últ. ob. cit.*, págs. 646-647.

⁹⁹ “É indiferente a forma ou natureza que revistam em concreto tais instruções”: “poderão revestir a forma de ordens específicas” (“ordens prejudiciais, ordens não prejudiciais”), “de directivas genéricas, mas também a de meras recomendações, sugestões ou conselhos” ou “autorizações”; “poderão revestir forma oral ou escrita; poderão ir endereçadas à prática de determinado acto ou categoria de actos ou simplesmente à omissão de outros por parte da administração da subordinada; poderão revestir um carácter geral (quanto tenham por objecto a definição das linhas gerais da estratégia económico-empresarial da sociedade subordinada ou a sua planificação de médio e longo prazo) ou um carácter particularizado (caso se tradu-

dirigir e instruir por completo e sem qualquer respeito pela autonomia da administração da subordinada ou dominada. Para tanto, estes administradores (da dominante ou directora) devem colocar-se, em primeiro lugar, na posição *superior* de administradores norteados pelo interesse (ou interesses) destilados das sociedades que fazem parte do “grupo” (não se tratará de se guiarem por interesse “comum” a todas as sociedades) ou (se não houver mais sociedades coligadas) do interesse da sua própria sociedade vista enquanto *integrada economicamente* em grupo; a sua actuação é conduzida com referência a uma diligência *grupal*. Depois, esses mesmos administradores devem colocar-se na posição que *substancialmente* pertence aos administradores das sociedades instruídas para cumprirem a diligência que se lhes exige, sendo indispensável, por ex., que tenham acesso à mesma informação que está ao alcance dos membros dessa administração da sociedade subordinada ou dominada¹⁰⁰ ou que se informem dos conflitos de interesses que se colocam na gestão das dominadas.¹⁰¹ Assim se poderá compreender o art. 504º, n.ºs 1 – «Os membros do órgão de administração da sociedade directora devem adoptar, relativamente ao grupo, a diligência exigida por lei quanto à administração da sua própria sociedade.» – e 2 – «Os membros do órgão de administração da sociedade directora são responsáveis também para com a sociedade subordinada, nos termos dos arts. 72º a 77º desta lei, com as necessárias adaptações (...)» – por um lado, e, por outro, o n.º 3 desse mesmo art. 504º – «Os membros do

zam numa determinada medida concreta de gestão, v.g., celebração de um negócio específico, contratação ou despedimento de determinado trabalhador, etc.”: ENGRÁCIA ANTUNES, *últ. ob. cit.*, págs. 646, 724-725, 726-727 (mais desenvolvidamente), 892.

¹⁰⁰ Neste sentido, RAÚL VENTURA, *últ. est. e loc. cits.*, págs. 120-121, destacando o “poder de informação” como poder “necessariamente instrumental” do “poder de dar instruções”. No mesmo enquadramento, ENGRÁCIA ANTUNES, *últ. ob. cit.*, n. (1405) – pág. 725, alude a uma *pretensão jurídica de informação*, como “mecanismo instrumental e coadjuvante destinado a obter do órgão de administração da sociedade subordinada todos os esclarecimentos e informações que se mostrem relevantes ou pertinentes à direcção da empresa plurissocietária, sem que lhe possam ser opostos os constrangimentos gerais fixados na matéria, v.g., os limites impostos pelos arts. 215º e 291º, n.º 4...”.

¹⁰¹ V., em conclusão próxima, ENGRÁCIA ANTUNES, “The governance of corporate groups”, *DSR*, 2012, vol. 7, pág. 38 – nos grupos de direito, “os direitos e os deveres ordinários dos membros do seu conselho de administração sofrem igualmente uma transformação, tornando-se então «multidimensionais»: tal como ao administrador de uma sociedade singular se exige que gira com diligência e cuidado a actividade social, também o administrador de uma *parent corporation* está vinculado a uma gestão ordenada e diligente do *grupo como um todo*” (enfatizei).

órgão de administração da sociedade subordinada não são responsáveis pelos actos ou omissões praticados na execução de instruções lícitas recebidas». ¹⁰² No seu conjunto, este preceito, como consequência da *deslocação de competência efectiva do poder de direcção* sobre a gestão alheia para a sociedade directora ou dominante *institucionaliza a deslocação de responsabilidade* para os administradores dessas sociedades, como salienta Herbert Wiedemann (*Verlagerung der Verantwortlichkeit*) ¹⁰³.

Chegados aqui, e sem qualquer nexos formal que se sustente num modo de designação como administradores de direito, propendo a ver nos administradores das sociedades directoras ou dominantes (em princípio, totalmente) em “grupos de direito” a qualidade de administradores de facto das sociedades subordinadas ou dominadas *por expresso reconhecimento da lei*, sem qualquer outro requisito extra para o ser e, assim, adquirir relação administrativa orgânica com as sociedades que *também gerem a título legítimo nos termos da lei* ^{104-105 106-107}.

¹⁰² No resumo de COUTINHO DE ABREU: “Os administradores de sociedade totalmente dominante ou de sociedade directora têm deveres de cuidado e de lealdade, naturalmente, para com elas. Mas *também para com as sociedades totalmente dominadas ou as sociedades subordinadas*” (*Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, 2.ª ed., Cadernos n.º 5 – IDET, Almedina, Coimbra, 2010, n. (68) – pág. 35; sublinhei).

¹⁰³ *Gesellschaftsrecht...* cit., págs. 349-350, em relação aos §§ 308-309 da AktGesetz, que foram a inspiração directa dos nossos arts. 503º e 504º (v., em acrescento, VOLKER EMMERICH/ JÜRGEN SONNENSCHNEIN, págs. 346 e ss, 359 e ss, UWE HÜFFER, *Aktiengesetz*, 9., neuarbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2010, *sub* § 308, págs. 1582 e ss, *Rdn.* 10 e ss, *sub* § 309, págs. 1589 e ss, *Rdn.* 9 e ss).

¹⁰⁴ Nas relações de grupo verticais ou piramidais, a administração de facto será directa ou indirecta sobre a sociedade do nível imediatamente a seguir (sociedade-filha); será sempre indirecta sobre as sociedades do nível ou dos níveis inferiores (sociedades-neta), neste caso sempre que estas sejam alvo de instruções por parte da sua sociedade-mãe mas provindas da sociedade de topo ou do nível superior (ainda que intermédio).

À categoria legal de administradores de facto vão também recortados os administradores delegados a quem se transmite o poder de direcção e do coligado direito de emitir instruções, desde que fixado nos termos dos arts. 261º, n.º 2, e 407º (sobre o ponto, v. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades...* cit., págs. 722-723, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Código das sociedades comerciais...* cit., *sub* art. 503º, pág. 1304, anot. 6); aos administradores delegantes pode ser sindicado um juízo de culpa *in eligendo e in instruendo*. Já o mesmo não se passa com os mandatários e procuradores que possam ser investidos nesse poder de instruir as sociedades subordinadas ou dominadas, em concreto para a realização de certos actos e sob a superintendência dos administradores ou gerentes que os nomeiam.

Por fim, não parece que possam ser administradores de facto *ope legis* aqueles que, passando por cima dos administradores ou gerentes das sociedades dirigidas (ou seja, do exclusivo destinatário das ordens e directrizes), emitem instruções directamente sobre directores, colaboradores, trabalhadores subordinados, procuradores e mandatários dessas sociedades – essa actuação escapa à legitimidade da lei e ao regime de controlo de licitude e ponderação que assiste aos administradores receptores das instruções. Então, apenas poderão ser qualificados como administradores de facto de acordo com o *processo de qualificação* de qualquer outro sujeito como administrador de facto.

Esta configuração não deixa de ser confortável para enquadrar a vulgarização das “administrações comuns” (total ou parcialmente) nos “grupos de direito”, nomeadamente quando o domínio assenta em unipessoalidade originária ou superveniente – aí não teremos administradores de direito de duas ou mais sociedades, teremos somente *administradores*, em qualidade ambivalente, da sociedade dirigida, independentemente da personalização e organicidade em que cada uma das sociedades ou as várias sociedades se enraízam e funcionam.

A favor de um “equivalente funcional” da emissão de instruções emanadas da sociedade directora ou dominante na simultaneidade de administradores ou da “existência de uma verdadeira instrução” aquando da actuação do administrador da sociedade directora ou dominante no órgão de administração da sociedade dirigida, v., respectivamente, ENGRÁCIA ANTUNES, *ibid.*, n. (1418) – pág. 730, n. (1757) – pág. 892 (com chamada de atenção para as incompatibilidades: arts. 254º, 398º, n.º 1, 425º, n.º 6, al. b), 428º), ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *A responsabilidade dos administradores...* cit., pág. 113, ID., *Código das Sociedades Comerciais...* cit., sub art. 503º, pág. 1305, anot. 15.

¹⁰⁵ Importante consequência aplicativa desta configuração é a convocação dos arts 78º e 79º para esses administradores, que se encontram excluídos da letra do art. 504º, n.º 2.

Mas essa configuração como administradores de facto não bane o regime especial do art. 504º, n.º 2, que dá legitimidade processual activa em acção de responsabilidade a qualquer sócio *livre* da sociedade dirigida, em contraponto ao regime de acção social *ut singuli* do art. 77º.

¹⁰⁶ Não deixa de ser próxima, mas sem a consequência dogmática e aplicativa que se explicita no texto, a posição de ENGRÁCIA ANTUNES, *últ. ob. cit.*, pág. 647, quando admite que, *funcionalmente*, o conselho de administração ou a gerência da sociedade-mãe passa a operar como *um verdadeiro órgão de administração* da empresa de grupo. A págs. 749, o mesmo Autor confirma que “o órgão de administração da sociedade directora vai ingressar *funcionalmente*, não apenas na posição jurídico-activa (exercício ‘indirecto’ das competências de gestão e representação social) mas também jurídico-passiva (responsabilidade perante a sociedade e os sócios), que é desempenhada usualmente pelo órgão de administração de uma sociedade independente – sendo-lhe por isso *aplicáveis*, ‘mutatis mutandis’, *as disposições legais que disciplinam tal posição*” (sublinhei).

Antes, perspicaz mas longínqua da tese exposta, MARIA AUGUSTA FRANÇA, págs. 97-98, assegurava que o órgão da sociedade superior, ao tomar as decisões de gestão de todo o grupo de acordo com critério do gestor criterioso e ordenado, actua “*quase como um verdadeiro órgão*” desta nova organização (destaquei), embora não pudesse ser considerado um órgão das sociedades inferiores, uma vez que actuava por intermédio dos seus órgãos de administração. Mais próxima, no tempo e no conteúdo, ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *A responsabi-*

4. Sócio “influenciador” no art. 83º

A hipótese de *influenciação pelo sócio* é pressuposta como *espécie peculiar* pelo art. 83º, n.º 4, quando determina que o sócio «que tenha possibilidade, ou por força de *disposições contratuais* ou pelo *número de votos de que dispõe*, só por si ou juntamente com pessoas a quem esteja ligado por acordos parassociais, de destituir ou fazer destituir gerente, administrador, director ou membro do órgão de fiscalização e *pelo uso da sua influência determine essa pessoa a praticar ou omitir um acto* responde solidariamente com ela, caso esta, por tal acto ou omissão, incorra em *responsabilidade para com a sociedade ou os sócios*, nos termos desta lei». É uma prescrição que, consensualmente, se vê a sancionar a actuação do sócio *controlador* da administração¹⁰⁸ por culpa *in instruendo*. *V.g.*, quando, através de *ordens e imposições directas* (e desrespeitadoras, portanto, do circuito legal de repartição de competências), leva o administrador formalmente designado (e/ou o administrador de facto que age directamente¹⁰⁹) a praticar ou omitir acto que se veio a demonstrar ilícito e danoso¹¹⁰. Ou ainda aquele ou aqueles sócios que determinam os administradores a solicitar deliberações aos sócios, nas quais se aprovam, com o seu voto, actuações ou autorizações para comportamentos e/ou negócios prejudiciais para a socie-

lidade dos administradores... cit., pág. 144, viu no art. 504º, n.º 2, uma solução excepcional nos termos da qual, “por causa da relação jurídica estabelecida entre dois sujeitos, emergem (*ex lege*, portanto) *deveres para um terceiro, estranho a essa relação*”.

¹⁰⁷ Reconhecendo-se que as relações grupais são uma estrutura especialmente idónea para o florescimento – e até admissão positiva (no sentido visto para os “grupos de direito”) – de administração de facto das sociedades dominadas, subordinadas e dependentes, a definição última envolve a resposta a uma questão assaz discutida. Quem pode ser qualificado como administrador de facto: a sociedade dominante enquanto pessoa colectiva ou os seus administradores e gerentes, através dos quais actua e se representa essa sociedade? Ou ambos? Para a minha resposta (ou respostas), v. RICARDO COSTA, *Os administradores de facto...* cit., págs. 297 e ss.

¹⁰⁸ Para desenvolvimentos e alargamentos (a terceiros com ligação jussocietária) da condição de “sócio” como autor do exercício da influência, v. RUI PEREIRA DIAS, *Responsabilidade por exercício de influência...* cit., págs. 44 e ss. Restritivo: ENGRÁCIA ANTUNES, *últ. ob. cit.*, pág. 590.

¹⁰⁹ RUI PEREIRA DIAS, *últ. ob. cit.*, págs. 92-93.

¹¹⁰ ENGRÁCIA ANTUNES, *últ. ob. cit.*, pág. 591, TERESA ANSELMO VAZ, pág. 376, COUTINHO DE ABREU/ELISABETE RAMOS, pág. 51, RUI PEREIRA DIAS, *últ. ob. cit.*, pág. 102.

dade¹¹¹. Nesta medida, pode esse sócio, sozinho ou por actuação concertada no perímetro de vínculos parassociais¹¹², ainda ser qualificado como administrador de facto *indirecto*, ou seja, como sócio que, não exercendo directamente funções de gestão, dirige os administradores que as desempenham e, por isso, eventualmente sujeito, se observar certas condições, à responsabilidade *ex arts. 72º e ss*¹¹³.

A influência pressuposta no art. 83º, n.º 4, pode abrir caminho, *primo conspectu*, à sobreposição do sócio com a de sócio administrador de facto – por isso referi há muito que a lei, neste particular, apresenta um *afloramento* de regulação da figura¹¹⁴ e outros Autores já admitiram que “o sócio influenciador da administração (...) pode ser qualificado como administrador de facto, mais especificamente administrador na sombra”¹¹⁵.¹¹⁶

¹¹¹ É a hipótese trazida para o direito português por COUTINHO DE ABREU/ELISABETE RAMOS, págs. 51 e ss; favorável, RUI PEREIRA DIAS, *últ. ob. cit.*, pág. 102.

¹¹² Especialmente os acordos que regulem o exercício do direito de voto (“sindicatos de voto”): cfr. *supra*, n. 41.

¹¹³ RICARDO COSTA, *A sociedade por quotas unipessoal... cit.*, n. (951) – pág. 719, ID., “Artigo 84º”, *loc. cit.*, pág. 974 e n. (33), COUTINHO DE ABREU/ELISABETE RAMOS, n. (71) – pág. 43.

¹¹⁴ RICARDO COSTA, “Responsabilidade civil societária...”, *loc. cit.*, n. (10) – pág. 35.

¹¹⁵ COUTINHO DE ABREU/ELISABETE RAMOS, n. (93) – pág. 55. No mesmo sentido, MENEZES CORDEIRO, “Capítulo VII – Responsabilidade civil pela constituição, administração e fiscalização da sociedade. Introdução”, *Código das Sociedades Comerciais anotado e regime jurídico dos procedimentos administrativos de dissolução e de liquidação de entidades comerciais (DLA)*, coord.: António Menezes Cordeiro, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2011, pág. 276, anot. 42.

¹¹⁶ No direito alemão, cujo § 117 foi a inspiração (ainda que o preceito germânico seja, activa e passivamente, mais extenso e pormenorizado) para o nosso art. 83º, n.º 4 – ordenamento onde o influenciador foi etiquetado como verdadeiro “quase-órgão” (*Quasi-Organ*) por força da usurpação do poder de direcção: HANS-JOACHIM MERTENS, “§ 117. Schadensersatzpflicht”, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 1, §§ 1-147 AktG, Herausgegeben von Wolfgang Zöllner, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1985, pág. 1124, *Rdn.* 8, HANS-CRISTOPH VOIGT, *Haftung aus Einfluss auf die Aktiengesellschaft (§§ 117, 309, 317 AktG)*, Verlag C. H. Beck, München, 2004, págs. 58-59 –, esta sobreposição foi realçada (tendo em conta o sócio “instigador” como aquele que induz “de facto” os actos de gestão): v. PETER SCHLECHTRIEM, “Schadenersatzhaftung der Leitungsorgane von Kapitalgesellschaften”, *Die Haftung der Leitungsorgane von Kapitalgesellschaften: Verhandlungen der Fachgruppe für Vergleichendes Handels- und Wirtschaftsrecht anlässlich der Tagung der Gesellschaft für Rechtsvergleichung in Würzburg vom 13.-16.9.1989*, Prof. Dr. Karl Kreuzer (Hrsg.), Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1991, págs. 13-14, e MICHAEL KORT, “Die Haftung des Einflussnehmers auf

No entanto, a identificação do sócio influenciador – e uma eventual responsabilidade conjuntiva – não é certa se formos exigentes na tarefa de qualificação do administrador de facto. Aparentemente, a tutela do art. 83º, n.º 4, *não exigirá tanto* como se poderá (e urgirá) demandar à identificação e à caracterização juridicamente relevante da administração de facto: (i) a actuação e o voto do sócio através de deliberações gestionárias lícitas (na relação interorgânica, sem administração de facto) são veículo para a influência sancionada no art. 83º¹¹⁷, desde que haja ilicitude (independentemente da tomada em si da deliberação) no acto ou omissão determinados (por imposição ou autorização) ao administrador ou gerente¹¹⁸; (ii) os meros conselhos, reco-

Kapitalgesellschaften in ausländischen Rechtsordnungen – Vorbild für ein neues Verständnis von § 117 AktG”, AG, 2005, págs. 454-455, 459.

¹¹⁷ Desde 2005 que o § 117 (7) da AktGesetz deixou de excluir a influência danosa para a sociedade através do «exercício do direito de voto na assembleia geral» (por revogação do respectivo n.º 1 através do art. 1º, n.º 3, da UMAG [*Gesetz zur Unternehmensintegrität und Modernisierung des Anfechtungsrecht, vom 22. September 2005*]), afastando-se uma espécie de privilégio que nutria os grandes accionistas – v. por todos MICHAEL KORT, *Großkommentar Aktiengesetz*, §§ 95-117, Begründet von W. Gadow und E. Heinichen, 4., neubearbeitete Auflage, Herausgegeben von Klaus J. Hopt/Herbert Wiedemann, 24. Lieferung, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 2005, sub § 117, págs. 1508 e ss, em esp. pág. 1512, *Rdn.* 247-248, UWE HÜFFER, sub § 117, pág. 587, *Rdn.* 13.

Inspiração para o art. 83º, n.º 4, foi também o direito brasileiro na sua LSAB: falo do art. 117 (responsabilidade do «accionista controlador» [definido no art. 116] por «exercício abusivo de poder»), §§ 1º, al. e), e 2º. Para o efeito, nomeadamente, de «induzir, ou tentar induzir, administrador ou fiscal a praticar acto ilegal», a doutrina societária é quase sempre omissa sobre os meios de exercício da influência. Porém, os Autores mais consagrados admitem o relevo do abuso ou desvio de poder através de deliberação tomada em assembleia – MODESTO CARVALHOSA, sub art. 117, págs. 505-506, 509 (quando se refere à “anulação das *decisões*, atos e negócios realizados contrariamente à lei e aos interesses de terceiros”: sublinhei); FÁBIO KONDER COMPARATO/CALIXTO SALOMÃO FILHO, págs. 392-393, 403 (a deliberação “não se pode considerar o ato como praticado pela própria sociedade”; “o desvio de poder (...) desnatura a legitimidade da decisão colectiva, malgrado a sua regularidade formal, paralisando, portanto, aquela atribuição de efeitos dos atos praticados”).

¹¹⁸ Favoráveis: ELISEU FIGUEIRA, pág. 48 (aparentemente), COUTINHO DE ABREU/ELISABETE RAMOS, pág. 51. Contra: TERESA ANSELMO VAZ, pág. 376; aparentemente, RUI PEREIRA DIAS, *Responsabilidade por exercício de influência...* cit., pág. 102 (só a “incitação antes da assembleia” é o acto ilegítimo), não obstante a n. (38) – pág. 36. Por seu turno, CARNEIRO DA FRADA, “Acordos parassociais ‘omnilaterais’”, *DSR*, 2009, vol. 2, pág. 117 e n. (30), só admite a influência que tenha sido exercida “de forma ilegítima do ponto de vista jussocietário”, tendo em conta que, para o Autor, o art. 83º, n.º 4, comprova que o exercício de influência sobre a conduta de um administrador não implica “qualquer

mendações e pareceres contam para a determinação do comportamento do administrador que se fiscaliza no art. 83º¹¹⁹; (iii) a influência do art. 83º, n.º 4, não está restringida a actos de maior dignidade na dicotomia essencial “alta direcção” vs “gestão corrente”; (iv) a influência não tem que ser sistemática e habitual, basta ser pontual e episódica¹²⁰.

Por fim, no que toca ao que o art. 83º, n.º 4, poderá *exigir mais*, também não é certo que a responsabilidade solidária do sócio abranja todas as possíveis modalidades de influência e, por isso, é ponderável que se afaste – por inexistência do *grau exigível de determinação na vontade para a prática ou omissão do acto* – quando o administrador de direito induzido actue com a manutenção, total ou parcial (mas significativa), da sua vontade própria^{121, 122}.

reprovação e/ou reacção da ordem jurídica enquanto não representar um prejuízo para a sociedade ou os demais sócios”.

Estamos perante uma actuação que nos remete para uma responsabilidade enquanto sócio vinculado ao respeito pelo seu *dever de lealdade*: COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II cit., págs. 283-284, COUTINHO DE ABREU/ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, pág. 53, RUI PEREIRA DIAS, “Artigo 83º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. J. M. Coutinho de Abreu, Volume I (Artigos 1º a 84º), Almedina, Coimbra, 2010, págs. 954, 955-956. Na Alemanha, por todos, v., para a influência prejudicial do accionista, BRUNO KROPFF, “§ 117 Schadenersatzpflicht”, *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 3, §§ 76-117 AktG, MitbestG, § 76 BetrVG 1952, Herausgegeben: Bruno Kropff, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck/Verlag Franz Vahlen, München, 2004, pág. 1281, *Rdn.* 5.

¹¹⁹ É a posição de ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades...* cit., pág. 591, COUTINHO DE ABREU/ELISABETE RAMOS, págs. 51 e ss. Já RUI PEREIRA DIAS, *Responsabilidade por exercício de influência...* cit., pág. 102, admite como determinantes os conselhos e recomendações que sejam “emitidos num ambiente em que sejam verdadeiramente *condicionantes*” da actuação do administrador.

¹²⁰ RUI PEREIRA DIAS, *últ. ob. cit.*, págs. 102-103.

¹²¹ A integridade do processo de actuação volitiva dos administradores é uma das finalidades da norma, à imagem do que se sustenta unanimemente no direito societário alemão: URSULA STEIN, pág. 188, BRUNO KROPFF, pág. 1281, *Rdn.* 2, HANS-CRISTOPH VOIGT, pág. 46, MICHAEL KORT, pág. 1457, *Rdn.* 6, UWE HÜFFER, *sub* § 117, pág. 584, *Rdn.* 1.

Sobre as variantes da influência sobre o administrador, v. RICARDO COSTA, *Os administradores de facto...* cit., págs. 654 e ss.

¹²² Para a reflexão positiva sobre esta não coincidência e insusceptibilidade de solução completa dos problemas colocados pelo administrador de facto, v., entre nós, RUI PEREIRA DIAS, *últ. ob. cit.*, págs. 130 e ss, em esp. 133 (destaca-se que não se exige ao sócio influenciador “autonomia decisória”, uma vez que se admite que o sócio pode agir *determinado* por um terceiro), e, no direito alemão, URSULA STEIN, págs. 175, 188 (insusceptibilidade de aplicação analógica do § 117, em particular quando se afasta por completo a vontade do conselho), HOLGER FLEISCHER, pág. 525, HANS-CRISTOPH VOIGT, págs. 201 e ss, 365.

5. Sócio “interveniente” no art. 40º

O art. 40º estabelece a responsabilidade pelos negócios realizados em nome de uma sociedade por quotas, anónima ou em comandita por acções «no período compreendido entre a celebração do contrato de sociedade e o seu registo definitivo»: para além da sociedade – ente juridicamente subjectivado em centro autónomo de imputação de interesses, direitos e obrigações, ainda que desprovido de personalidade jurídica¹²³–, solidariamente (entre si e com a sociedade) «todos os que no negócio agirem em representação» da sociedade¹²⁴. Como sujeitos que celebram os negócios imputados à sociedade pré-registada incluem-se um conjunto amplo de *agentes* que agem em representação da sociedade, tenham ou não poderes estritos de representação orgânica da sociedade¹²⁵– os administradores ou gerentes de direito (desde nesse período já designados)¹²⁶; os procuradores e os mandatários nomeados pela sociedade (em princípio pelos administradores ou gerentes formais); os

¹²³ Desenvolvidamente, RICARDO COSTA, *A sociedade por quotas unipessoal...* cit., págs. 482 e ss, em esp. 487-488 (com as indicações de suporte).

¹²⁴ RICARDO COSTA, *últ. ob. cit.*, págs. 495-496, em esp. n. (585).

¹²⁵ A letra da lei parece induzir esta compreensão. A doutrina maioritária acompanha: FAZENDA MARTINS, *Os efeitos do registo e das publicações obrigatórias na constituição das sociedades comerciais*, Lex, Lisboa, 1994, págs. 62 e ss, ao referir-se às qualidades de “membro de órgão da sociedade” e “agentes” da sociedade e ao defender a inoponibilidade a terceiros da falta de qualidade de membro de órgão da sociedade; PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Do capital social. Noção, princípios e funções*, Studia Iuridica 33, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pág. 109 e n. (375): “Responsável será quem age em representação da sociedade...”, “tenha ou não poderes de representação (seja ou não gerente ou administrador)...”; COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, volume II cit., pág. 126 e n. (257): “responsabilidade de sócios e/ou de quem actua em nome da sociedade”; RICARDO COSTA, *últ. ob. cit.*, pág. 503. ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito das sociedades...* cit., págs. 201-202 e n. (415) – “abrangendo-se em abstracto qualquer sócio ou terceiro (mandatário ‘ad hoc’) que tenha actuado munido de poderes de representação voluntária da sociedade”; aparentemente, ELISABETE RAMOS, “Artigo 40º – Responsabilidade ilimitada e solidária das pessoas que actuaram ou autorizaram o negócio”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. J. M. Coutinho de Abreu, Volume I (Artigos 1º a 84º), Almedina, Coimbra, 2010, págs. 578-579.

¹²⁶ Restringindo a disciplina do art. 40º, para a sociedade anónima, aos “administradores, entretanto nomeados”, v., minoritário, NOGUEIRA SERENS, *Notas sobre a sociedade anónima*, Studia Iuridica 14, 2.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1997, pág. 27.

trabalhadores que actuam sob a direcção dos administradores ou gerentes formais; *o ou algum ou alguns dos sócios-não administradores ou gerentes da sociedade*. Estes sócios *actuantes*, ainda que chamados a responder no âmbito de uma actuação representativa na relação com terceiros, podem ser reputados como administradores ou gerentes de facto dessas sociedades e, como tal, submetidos à condição de quem se encontra desprovido da qualidade formal de administrador ¹²⁷.

Mas não só. A responsabilidade ilimitada e solidária estende-se aos «sócios que tais negócios autorizaram»; ou seja, aos sócios que consentiram, expressa ou tacitamente, na realização de tais actos de gestão ¹²⁸. Também os sócios *autorizantes* podem vir a ser julgados administradores ou gerentes de facto, sobretudo por via da sua actuação sobre os agentes actuantes nas operações sociais celebradas antes do registo definitivo. ¹²⁹

¹²⁷ Neste sentido, COUTINHO DE ABREU, *últ. ob. cit.*, n. (257) – pág. 126.

Para esta compreensão, v., em Itália (para o art. 2331, § 2º, do CCIt.), CARLO GIANNATASIO, “Azione sociale di responsabilità nei confronti dell’amministratore di fatto di una società per azioni”, *Giust. civ.*, 1972, pág. 247, MARINA SPIOTTA, “Fallimento, amministratore di fatto, responsabilità: osservazioni sul tema”, *Giur. It.*, 2006, pág. 980, e, ainda que somente com alusão implícita, NICCOLÒ ABRIANI, pág. 273, NICCOLÒ ABRIANI/PAOLO MONTALENTI, pág. 592; na Alemanha, para a determinação da fórmula *Handelnden* do § 11 (2) da GmbHG, v. (o mais claro) PETER ULMER, “Erster Abschnitt. Errichtung der Gesellschaft”, in MAX HACHENBURG, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) – Großkommentar*, herausgegeben von Peter Ulmer, Erster Band, Allgemeine Einleitung, §§ 1-34, 8., neuarbeitete Auflage, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1992, *sub* § 11, pág. 531, *Rdn.* 107; v. ainda ROBERT WEIMAR, “Grundprobleme und offene Fragen um dem faktischen GmbH-Geschäftsführer (I)”, *GmbHR*, 1997, 11, pág. 478. Porém, NORBERT REICH, pág. 1663, via a questão na perspectiva de dispensar a construção do “membro de órgão de facto” para a aplicação directa das normas disciplinadoras do órgão social ainda que no estado de *Vorgesellschaft*.

¹²⁸ Consentimento que não se presume na economia dos tipos sociais abrangidos pelo art. 40º: v. ELISABETE RAMOS, “Artigo 40º...”, *loc. cit.*, pág. 579.

¹²⁹ V. ainda os arts. 38º, n.ºs 1 e 2 (para as sociedades em nome colectivo), e 39º, n.ºs 1 a 3 (para as sociedades em comandita simples) – por todos, ELISABETE RAMOS, “Artigo 38º”, págs. 567-569, 570, “Artigo 39º”, págs. 572 e ss, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. J. M. Coutinho de Abreu, Volume I (Artigos 1º a 84º), Almedina, Coimbra, 2010.

6. Sócio comanditário

Nas sociedades em comandita, a regra legal supletiva é a de só os sócios comanditados ¹³⁰ poderem ser gerentes (art. 470º, n.º 1) ¹³¹. ¹³² Além do mais, pode o contrato de sociedade autorizar a gerência (constituída só por sócios comanditados) a delegar os seus poderes em sócio comanditário ou terceiro estranho à sociedade ¹³³. Neste quadro, o comanditário que não seja gerente nem delegado da gerência e que sistematicamente realize actos de administração e/ou se intrometa na gestão dos gerentes (sócios comanditados ou não), poderá vir a ser visto como administrador informal e responder pela *assunção de facto* da qualidade de administrador ¹³⁴.

Abreviaturas e Siglas

AcP	Archiv für die civilistiche Praxis
AG	Die Aktiengesellschaft
AktGesetz	Aktiengesetz
BCLC	Butterworths Company Law Cases

¹³⁰ Desde logo, são estes que «respondem pelas dívidas da sociedade nos mesmos termos que os sócios da sociedade em nome colectivo» (art. 465º, n.º 1, com remissão para o art. 175º).

¹³¹ Não se trata de os sócios comanditados *serem necessariamente gerentes de direito* por força da qualidade de sócios dessa estirpe, ao invés do que acontece com os sócios das sociedades em nome colectivo (art. 191º, n.º 1, 2.ª parte: também regra supletiva).

¹³² Supletiva pois a 2.ª parte desse n.º 1 permite que o contrato de sociedade atribua a atribuição da gerência a sócios comanditários.

¹³³ V. os n.ºs 2 e 3 do art. 470º.

¹³⁴ Assim: RENZO COSTI, *L'azionista accomandatario*, CEDAM, Padova, 1969, págs. 270-271, FRANCESCO GALGANO, *La società in accomandita per azioni*, Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, diretto da Francesco Galgano, volume VIII, CEDAM, Padova, 1985, pág. 17.

No direito francês, a qualificação do comanditário como administrador de facto é, para efeitos de responsabilidade, desvalorizada pela doutrina: GÉRARD NOTTÉ, págs. 116-117, e JEAN-MARIE MACQUERON, pág. 102, tendo em conta que a interdição de gerir a sociedade imposta aos comanditários [cfr., actualmente, os arts. L. 222-6 – não podendo ser gerente, responde solidariamente com os comanditados pelas obrigações sociais decorrentes dos actos proibidos – e L. 226-2, § 2º do CComFr.], uma vez violada, produziria um mal-entendido junto de terceiros sobre os seus direitos na sociedade.

BFD	Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra
Bus. Lawyer	The Business Lawyer
CComFr.	Código de Comércio Francês
CCIt.	Código Civil Italiano
CI	Contratto e Impresa
CIRE	Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
CJ	Colectânea de Jurisprudência
Comp. Lawyer	The Company Lawyer
Co. secur.	
law journal	Company and securities law journal
CVM	Código dos Valores Mobiliários
DB	Der Betrieb
Dir. comm. int.	Diritto del commercio internazionale – Pratica internazionale e diritto interno
Dir. fall.	Il diritto fallimentare e delle società commerciali
Dir. giur.	Diritto e giurisprudenza – Rassegna di dottrina e di giurisprudenza civile
Dir. Imp.	Diritto dell’Impresa
DSR	Direito das Sociedades em Revista
Fall.	Il fallimento e le altre procedure concorsuali
Foro It.	Il Foro Italiano
Giur. comm.	Giurisprudenza commerciale
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GmbHR	GmbH-Rundschau – Gesellschafts- und Steuerrecht der GmbH und GmbH & Co.
Giur. It.	Giurisprudenza Italiana
InsLP	Tolley’s Insolvency Law & Practice
Jur. Rev.	The Juridical Review – The Law Journal of Scottish Universities
Jus	Jus – Rivista di scienze giuridiche
LSAB	Lei das Sociedades por Ações Brasileira
LSCE	Ley de Sociedades de Capital
LSRLE	Ley de las Sociedades de Responsabilidad Limitada (revogada)
MLR	The Modern Law Review
NJW	Neue Juristische Wochenschrift

NStZ	Neue Zeitschrift für Strafrecht
Quad. giur. imp.	Quaderni giuridici dell'impresa
Rec. Dalloz	Recueil Dalloz Sirey de doctrine, de jurisprudence et de législation
RCDI	Revista Critica de Derecho Inmobiliario
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDE	Revista de Direito e Economia
RDES	Revista de Direito e de Estudos Sociais
RDM	Revista del Derecho Mercantil
RdS	Revista de Derecho de Sociedades
Rev. Soc.	Revue des Sociétés
RGICSF	Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (DL n.º 398/92, de 31 de Dezembro)
Riv. dir. civ.	Rivista di diritto civile
Riv. Not.	Rivista del Notariato
Riv. Soc.	Rivista delle Società
RJASegR	Regime das condições de acesso e de exercício da actividade seguradora e resseguradora (DL n.º 94-B/98, de 17 de Abril)
RJC	Revista Jurídica de Catalunya
RJConc	Regime jurídico da concorrência (Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho)
ROA	Revista da Ordem dos Advogados
SQU	Sociedade por quotas unipessoal
ZGR	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht/ /Wirtschaftsrecht
ZIP	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht