

**RICARDO ALBERTO SANTOS COSTA**

**OS ADMINISTRADORES DE FACTO  
DAS SOCIEDADES COMERCIAIS**

**Coimbra  
2012**



***Dissertação para Doutoramento em Ciências Jurídico-Empresariais  
apresentada na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra,  
sob a orientação do Senhor Professor Doutor Jorge Manuel Coutinho de Abreu***

O Autor beneficiou do apoio financeiro da *Fundação para a Ciência e a Tecnologia*, através da Bolsa de Doutoramento com a referência SFRH/BD/30384/2006, no âmbito de ações de formação avançada financiadas pelos programas PIDDAC, POS\_C e POPH/QREN/FSE.



UNIÃO EUROPEIA  
Fundo Social Europeu



## SIGLAS DE REVISTAS E PUBLICAÇÕES PERIÓDICAS

<b>AAMN</b>	Anales de la Academia Matritense del Notariado, Madrid (Editoriales de Derecho Reunidas)
<b>AC</b>	Aranzadi Civil, Pamplona (Aranzadi Editorial)
<b>AcP</b>	Archiv für die civilistische Praxis, Tübingen (J.C.B. Mohr/Paul Siebeck; Mohr Siebeck GmbH & Co. KG)
<b>ADC</b>	Anuario de Derecho Civil, Madrid (Instituto Nacional de Estudios Jurídicos)
<b>ADSTA</b>	Acórdãos doutriniais do Supremo Tribunal Administrativo, Rio de Mouro (Simões Correia Editores)
<b>AG</b>	Die Aktiengesellschaft, Köln (Verlag Dr. Otto Schmidt)
<b>All E. R. Rep.</b>	The All England Law Reports Reprint, London (Butterworth & Co. Publishers Ltd.)
<b>Ann. dir. proc. pen.</b>	Annali di diritto e procedura penale, Torino (UTET)
<b>Ant. Acs. STA e TCA</b>	Antologia de Acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo e do Tribunal Central Administrativo, Coimbra (Livraria Almedina)
<b>Archiv. civ.</b>	Archivio civile – Rivista mensile di dottrina, giurisprudenza e legislazione, Piacenza (Editrice La Tribuna)
<b>A.2d</b>	Atlantic Reporter Second Series, St. Paul/Minnesota (West Publishing Co.)
<b>BBTC</b>	Banca, Borsa e Titoli di Credito, Milano (Giuffrè Editore)
<b>BCC</b>	British Company Cases, Oxfordshire (CCH Editions)
<b>BCLC</b>	Butterworths Company Law Cases, London (Butterworths)
<b>BFD</b>	Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Coimbra (Faculdade de Direito)
<b>BICAM</b>	Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid, Madrid
<b>BOA</b>	Boletim da Ordem dos Advogados, Lisboa (Centro Editor Livreiro da Ordem dos Advogados)
<b>Bol. APECA</b>	Boletim APECA – Associação Portuguesa das Empresas de Contabilidade e Administração, Maia
<b>Bull. Joly</b>	Bulletin Joly, Paris (Joly Éditions)
<b>Bull. Joly Soc.</b>	Bulletin Joly Sociétés, Paris (Joly Éditions)
<b>Bus. Lawyer</b>	The Business Lawyer, Chicago (American Bar Association)
<b>CadOD</b>	Cadernos O Direito
<b>CadMVM</b>	Cadernos do Mercado dos Valores Mobiliários, Lisboa (CMVM)
<b>U. S. Reports</b>	United States Reports, Supreme Court – Cases argued and adjudged in the Supreme Court of United States, New York and Albany (Banks & Brothers, Law Publishers)
<b>CDP</b>	Cadernos de Direito Privado, Braga (CEJUR)
<b>CFILR</b>	Company Financial and Insolvency Law Review, Oxford (Mansfield Press/Hart Pub.)
<b>Ch. App.</b>	Chancery Appeals, London
<b>CI</b>	Contratto e Impresa, Padova (CEDAM)

<b>CJ</b>	Colectânea de Jurisprudência, Coimbra (Associação de solidariedade social “Casa do Juiz”)
<b>CJ/ASTJ</b>	Colectânea de Jurisprudência/Acórdãos do Supremo Tribunal de Justiça, Coimbra (Associação de solidariedade social “Casa do Juiz”)
<b>Comp. Lawyer</b>	The Company Lawyer, London (Longman)
<b>Contratti</b>	I contratti – Rivista di dottrina e giurisprudenza, Milano (IPSOA Editore)
<b>Corr. giur.</b>	Il Corriere giuridico – Mensile di giurisprudenza, legislazione e opinione, Milano (IPSOA Editore)
<b>Co. secur. law journal</b>	Company and securities law journal, Sydney (Law Book Company)
<b>CTF</b>	Ciência e Técnica Fiscal, Lisboa (Direcção-Geral das Contribuições e Impostos, Ministério das Finanças)
<b>DBank</b>	Die Bank – Zeitschrift für Bankpolitik und Praxis, Köln (Bank-Verlag GmbH)
<b>DB</b>	Der Betrieb, Düsseldorf (Handelsblatt)
<b>Dir. giur.</b>	Diritto e giurisprudenza – Rassegna di dottrina e di giurisprudenza civile, Napoli (Jovene Editore)
<b>Dir. Imp.</b>	Diritto dell’Impresa, Napoli (Edizioni Scientifiche Italiane)
<b>DJ</b>	Direito e Justiça, Lisboa (Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa)
<b>DJCL</b>	Delaware Journal of Corporate Law, Wilmington (Widener University – School of Law)
<b>Dig. Disc. Priv.</b>	Digesto delle Discipline Privatistiche – Sezione Commerciale, Torino (UTET)
<b>Dir. comm. int.</b>	Diritto del commercio internazionale – Pratica internazionale e diritto interno, Milano (Giuffrè Editore)
<b>Dir. fall.</b>	Il diritto fallimentare e delle società commerciali, Padova (Ed. Antonio Milani)
<b>DN</b>	Derecho de los Negocios, Madrid (La Ley)
<b>DP</b>	Droit et patrimoine – Le journal des notaires et des avocats
<b>DSR</b>	Direito das Sociedades em Revista, Coimbra (Almedina)
<b>DStR</b>	Deutsches Steuerrecht, München-Frankfurt (Verlag C.H. Beck)
<b>Dr. Sociétés</b>	Droit des Soiétés, Paris (Édition du Juris-Classeur)
<b>ED</b>	Enciclopedia del Diritto, Milano (Giuffrè Editore)
<b>EFM</b>	European Financial Management, Oxford (Blackwell Publishing)
<b>EG</b>	Enciclopedia Giuridica, Roma (Istituto della Enciclopedia Italiana)
<b>Fallimento</b>	Il fallimento e le altre procedure concorsuali, Padova (Ed. Antonio Milani)
<b>Fed. Cas.</b>	The Federal Cases, St. Paul/Minnesota (West Publishing Co.)
<b>F.Supp.</b>	Federal Supplement, St. Paul/Minnesota (West Publishing Co.)
<b>FI</b>	Il Foro Italiano, Roma (Società Editrice del “Foro Italiano”)
<b>Fiscalidade</b>	Fiscalidade – Revista de Direito e Gestão Fiscal, Lisboa (Ensinus – Estudos Superiores/ISG/Coimbra Editora)
<b>Fisco</b>	Fisco – Doutrina – Jurisprudência – Legislação, Lisboa (Edifisco)
<b>Foro Pad.</b>	Il Foro Padano, Varese (La tipografica Varese)

<b>Foro It.</b>	Il Foro Italiano, Roma (Società Editrice de “Il Foro Italiano”)
<b>F. Supp.</b>	Federal Supplement, St. Paul/Minnesota (West Publishing Co.)
<b>F.2d</b>	The Federal Reporter Second Series, St. Paul/Minnesota (West Publishing Co.)
<b>F.3d</b>	Federal Reporter Third Series (Thomson West)
<b>Fed. Cas.</b>	The Federal Cases – Comprising cases argued and determined in the Circuit and District Courts of the United States, St. Paul (West Publishing Co.)
<b>Gazz. Palais</b>	La Gazette du Palais, Paris
<b>Giur. comm.</b>	Giurisprudenza commerciale – Società e Fallimento, Roma/Milano (Ed. Giuffrè)
<b>Giust. civ.</b>	Giustizia civile, Roma (Ed. Giuffrè)
<b>Giust. pen.</b>	La giustizia penale – Rivista critica di dottrina, giurisprudenza, legislazione, Roma (Città di Castello)
<b>Giur. It.</b>	Giurisprudenza italiana, Torino (UTET)
<b>GmbHHR</b>	GmbH-Rundschau – Gesellschafts- und Steuerrecht der GmbH und GmbH & Co., Köln (Verlag Dr. Otto Schmidt)
<b>HKLJ</b>	Hong Kong Law Journal, Hong Kong (Faculty of Law, University of Hong Kong)
<b>ICCLR</b>	International Company and Commercial Law Review, London (Sweet & Maxwell)
<b>IJDG</b>	International Journal of Disclosure and Governance, London (Henry Stewart Publications/Palgrave Macmillan)
<b>InsLP</b>	Tolley’s Insolvency Law & Practice, London (Tolley Publishing)
<b>JBlätter</b>	Juristische Blätter, Wien/New York (Springer Verlag)
<b>JBL</b>	The Journal of Business Law, London (Sweet & Maxwell, Ltd.)
<b>JBFLP</b>	Journal of Banking and Finance Law and Practice, Auckland (Law Book Company)
<b>JCP</b>	Juris-Classeur Périodique. La semaine juridique, Paris (Éditions Techniques; LexisNexis)
<b>JIBL</b>	Journal of International Banking Law, Oxford (ESC Publishing)
<b>Journ. Tribunaux</b>	Journal des Tribunaux, Bruxelles (Maison Ferd. Larcier S.A.)
<b>JP</b>	The Justice of the Peace, London (Richard Shaw Bond)
<b>JR</b>	Jurisprudência das Relações – Acórdãos das Relações de Lisboa, Porto e Coimbra, Coimbra (Ed. do Autor Albano Cunha)
<b>Jur. Rev.</b>	The Juridical Review – The Law Journal of Scottish Universities, Edinburgh (W. Green, The Scottish Law Publisher)
<b>Jus</b>	Jus – Rivista di scienze giuridiche, Milano (Facoltà di Giurisprudenza dell’Università Cattolica di Milano)
<b>JZ</b>	Juristenzeitung, Tübingen [J.C.B. Mohr (Paul Siebeck)]
<b>Law Quart. Rev.</b>	The Law Quarterly Review, London (Stevens & Sons Limited)
<b>Law Rep. AC</b>	The Law Reports of the Incorporated Council of Law Reporting for England and Wales – Appeal Cases, London (Butterworth & Co. Publishers)
<b>Law Rep. Ch. D.</b>	The Law Reports – Chancery Division, Cases determined by the Chancery Division of the High Court of Justice and by the Chief Judge in Bankruptcy and by the Court of Appeal on Appeal from the Chancery Division and the Chief Judge and in Lunacy, London (William Clowes and Sons)

<b>Law Rep. K. B.</b>	The Law Reports – King’s Bench Division and on Appeal therefrom in the Court of Appeal, decisions on Crown Cases reserved and decisions of the Railway and Canal Commission, London (William Clowes and Sons)
<b>Law Rep. Q. B.</b>	The Law Reports – Court of Queen’s Bench, London (William Clowes and Sons)
<b>MCLQ</b>	Maritime and Commercial Law Quarterly, London (Lloyd’s of London Press)
<b>MLJ</b>	The Malayan Law Journal, Kuala Lumpur-Singapura (Malayan Law Journal PTE Ltd)
<b>MLR</b>	The Modern Law Review, Oxford (Basil Blackwell Ltd.)
<b>N.E.2d</b>	North Eastern Reporter Second Series, St. Paul/Minnesota (West Publishing Co.)
<b>NILQ</b>	Northern Ireland Legal Quarterly, Belfast (SLS Legal Publications)
<b>NJW</b>	Neue Juristische Wochenschrift, München/Frankfurt a. M. (C.H.Beck’sche Verlagsbuchhandlung; Verlag C. H. Beck)
<b>NNDI</b>	Novissimo Digesto Italiano, Torino (Unione Tipografico – Editrice Torinese)
<b>NStZ</b>	Neue Zeitschrift für Strafrecht, Leipzig (Verlag C. H. Beck)
<b>Nuova riv. dir. comm.</b>	Nuova rivista di diritto commerciale. Diritto dell’economia. Diritto sociale, Padova (CEDAM)
<b>Nuova giur. civ. com.</b>	La nuova giurisprudenza civile comentata, Padova (CEDAM)
<b>N.Y.S.2d</b>	New York Supplement Second Series, St. Paul Minnesota (West Publishing Co./West Group)
<b>PAffiches</b>	Les petites affiches, Paris (Journaux Judiciaires Associés)
<b>PCC</b>	Palmer’s Company Cases, London-Edinburgh (Stevens & Sons-W. Green & Son)
<b>P.2d</b>	Pacific Reporter/West’s Pacific Report Second Series, St. Paul/Eagan/Minnesota (West Publishing Co./West Group)
<b>PF</b>	Prim@ Facie, Revista da Pós-Graduação em Ciências Jurídicas, João Pessoa (Universidade Federal da Paraíba)
<b>QL</b>	Questões Laborais, Coimbra (Associação de Estudos Laborais, Coimbra Editora)
<b>Quad. giur. imp.</b>	Quaderni giuridici dell’impresa, Roma (Edindustria)
<b>RAJ</b>	Repertorio de Jurisprudencia [antes Repertorio Cronologico de Jurisprudencia], Pamplona (Editorial Aranzadi)
<b>Rass. dir. civ.</b>	Rassegna di diritto civile, Napoli (Edizioni Scientifiche Italiane)
<b>RB</b>	Revista da Banca, Lisboa (Associação Portuguesa de Bancos)
<b>RCDP</b>	Rivista Critica del Diritto Privato, Bologna (Società Editrice Il Mulino)
<b>RCEJ</b>	Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas, Porto (Instituto Superior de Contabilidade e Administração do Porto/Instituto Politécnico do Porto)
<b>Rec. Dalloz</b>	Recueil Dalloz Sirey de doctrine, de jurisprudence et de législation, Paris (Dalloz)
<b>Rec. droit pénal</b>	Recueil de droit pénal, Paris (Éditions juridiques de droit pénal et de droit européen)
<b>RD Banc. Fin.</b>	Revue de Droit Bancaire et Financier, Paris (Éditions du JurisClasseur/LexisNexis)



---

<b>RDBB</b>	Revista de Derecho Bancario y Bursátil, Madrid (Centro de Documentación Bancaria y Bursátil)
<b>RDES</b>	Revista de Direito e de Estudos Sociais, Coimbra (Livraria Almedina)
<b>RDM</b>	Revista del Derecho Mercantil, Madrid
<b>RDP</b>	Revista de Derecho Privado, Madrid/Caracas (Editorial Revista de Derecho Privado)
<b>RdS</b>	Revista de Derecho de Sociedades, Pamplona (Editorial Aranzadi)
<b>Resp. civ. prev.</b>	Responsabilità civile e previdenza – Rivista Bimestrale di dottrina, giurisprudenza e legislazione, Milano (Giuffrè Editore)
<b>Rev. Soc.</b>	Revue des Sociétés/Journal des Sociétés, Paris (Dalloz)
<b>Rev. trim. dr. civ.</b>	Revue trimestrielle de droit civil, Paris (Sirey)
<b>Rev. trim. dr. comm.</b>	Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique, Paris (Sirey)
<b>RFDUL</b>	Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa (Lex)
<b>RFDUP</b>	Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto, Coimbra (Coimbra Editora)
<b>RGD</b>	Revista General de Derecho, Valencia (Foro R.G.D, Estudios Jurídicos)
<b>Riv. crit. dir. priv.</b>	Rivista critica del diritto privato, Bologna (Società Editrice Il Mulino)
<b>Riv. dir. civ.</b>	Rivista di diritto civile, Padova (CEDAM)
<b>Riv. dir. comm.</b>	Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni, Roma (Francesco Vallardi)
<b>Riv. dir. imp.</b>	Rivista di diritto dell'impresa, Napoli (Edizioni Scientifiche Italiane)
<b>Riv. dir. proc. civ.</b>	Rivista di diritto processuale civile, Padova (Casa Editrice Dott. Antonio Milani)
<b>Riv. Not.</b>	Rivista del Notariato, Roma/Milano (Ed. Giuffrè)
<b>Riv. Soc.</b>	Rivista delle Società, Milano (Ed. Giuffrè)
<b>Riv. trim. dir. proc. civ.</b>	Rivista trimestriale di diritto e procedura civile, Milano (Giuffrè Editore)
<b>RIW</b>	Recht der Internationalen Wirtschaft, Frankfurt am Main (Verlag Recht und Wirtschaft)
<b>RJC</b>	Revista Jurídica de Cataluña, Barcelona (Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona/Academia de Jurisprudencia y Legislación)
<b>RJDA</b>	Revue de Jurisprudence de Droit des Affaires, Paris (Éditions Francis Lefebvre)
<b>RJN</b>	Revista Jurídica del Notariado, Madrid
<b>RLJ</b>	Revista de Legislação e de Jurisprudência, Coimbra (Coimbra Editora)
<b>ROA</b>	Revista da Ordem dos Advogados, Lisboa (Ordem dos Advogados Portugueses)
<b>RT</b>	Revista dos Tribunais, Porto (Sá Carneiro)
<b>RVEH</b>	Revista Valenciana de Economía y Hacienda, Valencia (Instituto Valenciano de Investigaciones Económicas)

---

<b>SchwAk</b>	Schweizerische Aktiengesellschaft, Zürich (Schulthess Polygraphischer Verlag AG)
<b>SchwTr</b>	Der Schweizer Treuhänder – Monatsschrift für Revision und Rechnungswesen, Unternehmens- und Steuerberatung, Zürich (Treuhänder-Kammer)
<b>SI</b>	Scientia Iuridica, Braga (Associação Jurídica de Braga)
<b>Società</b>	Le Società – Rivista di diritto e pratica commerciale, societaria e fiscale, Milano (IPSOA)
<b>So.2d</b>	Southern Reporter Second Series, St. Paul/Minnesota (West Publishing Co.)
<b>S.W.2d</b>	South Western Reporter Second Series, St. Paul/Minnesota (West Publishing Co.)
<b>Temi</b>	«Temi» –Rivista di giurisprudenza italiana, Milano (Istituto Editoriale Cisalpano)
<b>TennLR</b>	Tennessee Law Review, Knoxville (University of Tennessee College of Law)
<b>UChLR</b>	The University of Chicago Law Review, University of Chicago
<b>U. S.</b>	United States Reports – Supreme Court, New York and Albany (Banks & Brothers, Law Publishers)
<b>UWA Law Review</b>	The University of Western Australia Law Review, Perth (Faculty of Law, The University of Western Australia)
<b>VirginiaLRev</b>	Virginia Law Review, Virginia (University of Virginia, The Virginia Law Review Association)
<b>VUWellR</b>	Victoria University of Wellington Law Review, Wellington (Faculty of Law)
<b>Vita Not.</b>	Vita Notarile. Esperienze giuridiche, Palermo (Edizioni Giuridiche Buttitta)
<b>YaleLJ</b>	The Yale Law Journal, New Haven (The Yale Law Journal Company – Yale University)
<b>ZGR</b>	Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht, Berlin-New York (Walter de Gruyter & Co.; De Gruyter Rechtswissenschaften Verlags-GmbH)
<b>ZHR</b>	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht/Wirtschaftsrecht, Heidelberg; Frankfurt am Main (Verlagsgesellschaft – Recht und Wirtschaft mbH; Verlag Recht und Wirtschaft GmbH)
<b>ZIP</b>	Zeitschrift für Wirtschaftsrecht, Köln (RWS Verlag Kommunikationsforum)

**ABREVIATURAS**

<b>Ac./Acs.</b>	Acórdão/Acórdãos
<b>AktG</b>	Aktiengesellschaft (Alemanha)
<b>AktGesetz</b>	Aktiengesetz (Alemanha)
<b>Al./Als.</b>	Alínea/Alíneas
<b>Anot. / Anots.</b>	Anotação/Anotações
<b>AP</b>	Audiencia Provincial (Espanha)
<b>Art./arts.</b>	Artigo/artigos
<b>BayObLG</b>	Bayerisches Oberstes Landesgericht (Baviera, Alemanha)
<b>BGB</b>	Bürgerliches Gesetzbuch (Alemanha)
<b>BGH</b>	Bundesgerichtshof (Alemanha)
<b>Cap.</b>	Capítulo
<b>CAct</b>	Companies Act (Reino Unido)
<b>CCiv.</b>	Código Civil (Portugal)
<b>CCBr.</b>	Código Civil (Brasil)
<b>CCIt.</b>	Código Civil (Itália)
<b>CCom.</b>	Código Comercial (Portugal)
<b>CComEsp.</b>	Código de Comercio (Espanha)
<b>CComFr.</b>	Código de Comércio (França)
<b>CDCBr.</b>	Código de Defesa do Consumidor (Brasil)
<b>Cfr.</b>	Confira
<b>cit./cits.</b>	citado(a)/citados
<b>CIRE</b>	Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
<b>CIRS</b>	Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Singulares
<b>CIRC</b>	Código do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Colectivas
<b>CMVM</b>	Comissão do Mercado de Valores Mobiliários (Portugal)
<b>CNVM</b>	Comisión Nacional del Mercado de Valores (Espanha)
<b>Coord.</b>	Coordenação, Coordenador(a)
<b>CP</b>	Código Penal (Portugal)
<b>CPC</b>	Código de Processo Civil (Portugal)
<b>CPCI</b>	Código de Processo das Contribuições e Impostos (revogado)
<b>CPEREF</b>	Código dos Processos Especiais de Recuperação da Empresa e de Falência (revogado)
<b>CPI</b>	Código da Propriedade Industrial
<b>CPT</b>	Código de Processo Tributário
<b>CRCiv.</b>	Código do Registo Civil
<b>CRCom.</b>	Código do Registo Comercial
<b>CSBelg.</b>	Código das Sociedades (Bélgica)
<b>CSC</b>	Código das Sociedades Comerciais
<b>CT</b>	Código do Trabalho
<b>DelawareGCL</b>	Delaware General Corporate Law
<b>DCGKodex</b>	Deutscher Corporate Governance Kodex (2002)
<b>DGRNE</b>	Dirección General de los Registros y del Notariado (Espanha)
<b>DL</b>	Decreto-Lei
<b>Ed./Éd.</b>	Edição, Edition/Édition
<b>E. g.</b>	<i>Exempli gratia</i>

<b>Em esp.</b>	Em especial
<b>EGP</b>	Estatuto do Gestor Público (DL n.º 71/2007, de 27 de Março)
<b>EPE</b>	Entidade pública empresarial
<b>EROCC</b>	Estatuto dos Revisores Oficiais de Contas (DL n.º 487/99, de 16 de Novembro)
<b>Est.</b>	Estudo
<b>EUA</b>	Estados Unidos da América
<b>GmbH</b>	Gesellschaft mit beschränkter Haftung (Alemanha)
<b>GmbHG</b>	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Alemanha)
<b>HGB</b>	Handelsgesetzbuch (Alemanha)
<b>InsAct</b>	Insolvency Act (Reino Unido)
<b>InsO</b>	Insolvenzordnung (Alemanha)
<b>IPCG</b>	Instituto Português de <i>Corporate Governance</i>
<b>L</b>	Lei
<b>LConcE</b>	Ley Concursal (Espanha)
<b>LFit.</b>	Disciplina del falimento, del concordato preventivo e della liquidazione coatta amministrativa (Italia)
<b>LGT</b>	Lei Geral Tributária
<b>LSAB</b>	Lei das Sociedades por Ações (Brasil)
<b>LSAE</b>	Ley de Sociedades Anónimas (Espanha, revogada)
<b>LSCE</b>	Ley de Sociedades de Capital (Espanha)
<b>LMVE</b>	Ley del Mercado de Valores (Espanha)
<b>loc./locs.</b>	local/locais
<b>LSQ</b>	Lei das Sociedades por Quotas (revogada)
<b>LSRLE</b>	Ley de las Sociedades de Responsabilidad Limitada (Espanha, revogada)
<b>LUCh</b>	Lei uniforme relativa ao cheque
<b>LULLiv</b>	Lei uniforme relativa às letras e livranças
<b>Ob. cit.</b>	Obra citada
<b>OCDE</b>	Organização de Cooperação e de Desenvolvimento Económico
<b>OLG</b>	Oberlandesgericht (Alemanha)
<b>n./ns.</b>	nota/notas
<b>n.º</b>	número
<b>NRAU</b>	Novo Regime do Arrendamento Urbano (L n.º 6/2006, de 27 de Fevereiro)
<b>Pág./Págs.</b>	Página/Páginas
<b>Por ex.</b>	Por exemplo
<b>Reimp.</b>	Reimpressão
<b>Res.</b>	Resolução
<b>RJASegR</b>	Regime das condições de acesso e de exercício da actividade seguradora e resseguradora (DL n.º 94-B/98, de 17 de Abril)
<b>RJConc</b>	Regime jurídico da concorrência (Lei n.º 18/2003, de 11 de Junho)
<b>RJIFNA</b>	Regime Jurídico das Infracções Fiscais Não Aduaneiras (DL n.º 20-A/90, de 15 de Janeiro, revogado)
<b>RGICSF</b>	Regime Geral das Instituições de Crédito e Sociedades Financeiras (DL n.º 398/92, de 31 de Dezembro)
<b>RGIT</b>	Regime Geral das Infracções Tributárias (art. 1.º, n.º 1, da Lei n.º 15/2001, de 5 de Junho)

---

<b>RJPADL</b>	Regime jurídico dos procedimentos administrativos de dissolução e de liquidação de entidades comerciais, Anexo III ao Decreto-Lei n.º 76-A/2006, de 29 de Março (artigo 1.º, n.º 3)
<b>RMBCA</b>	Revised Model Business Corporation Act, EUA (Committee on Corporate Laws of the Section of Business Law/American Bar Foundation)
<b>RRME</b>	Reglamento del Registro Mercantil (Espanha)
<b>RSEE</b>	Regime do Sector Empresarial do Estado (Decreto-Lei n.º 558/99, de 17 de Dezembro)
<b>RSEL</b>	Regime do Sector Empresarial Local (Lei n.º 53-F/2006, de 29 de Dezembro)
<b>sec./secs.</b>	secção/secções
<b>seg./ss</b>	seguinte/seguintes
<b>Sez.</b>	sezione
<b>SGPS</b>	Sociedade(s) Gestora(s) de Participações Sociais
<b>SQU/SQUs</b>	Sociedade por quotas unipessoal/Sociedades por quotas unipessoais
<b>STA</b>	Supremo Tribunal Administrativo
<b>StGB</b>	Strafgesetzbuch (Alemanha)
<b>TCA</b>	Tribunal Central Administrativo
<b>TCEE</b>	Tratado de Roma
<b>TS</b>	Tribunal Supremo (Espanha)
<b>Últ.</b>	Último (a)
<b>V.</b>	Veja
<b>V. g.</b>	<i>Verbi gratia</i>
<b>v/vs</b>	<i>versus</i>



## MODO DE CITAÇÃO

A apresentação das notas de fundo de página observará os seguintes critérios essenciais:

1. Os *Autores* serão citados pelo nome mais conhecido ou divulgado e, depois da primeira referência, será citado apenas o seu nome quando desse Autor for consultado uma única obra, monografia, artigo de obra colectiva ou de revista;

2. Os *Autores* são citados, em regra, pela ordem cronológica da data da publicação das respectivas obras ou artigos; as excepções a este critério justificar-se-ão sempre que a relevância dos Autores e dos seus escritos seja indiscutível para a compreensão lógica do ponto ou matéria discutidos nesse momento da investigação ou quando a sua citação corresponda a passagens de texto.

3. Os *títulos de obras, monografias e obras colectivas* serão referenciados na íntegra e acompanhados pela data quando forem indicados pela primeira vez e, depois, só pelo título, que será abreviado quando isso se justifique em virtude da sua extensão;

4. Os *títulos de obras, monografias, obras colectivas e revistas* serão apresentados em itálico (e no caso das últimas, através do uso de siglas) e os *títulos de partes de obras colectivas* e de *artigos de revistas* serão apresentados entre vírgulas altas;

5. Os *artigos de obras colectivas e revistas* serão referenciados pelo nome do Autor, seguido do respectivo título e obra colectiva ou revista onde se inserem e data, quando forem descritos pela primeira vez; nas indicações posteriores serão citados pelo nome do Autor, seguido ou não pelo título do artigo, em conformidade com os critérios expostos em 1. e 3. \*

\* Foram consultados artigos, obras e monografias até Abril de 2012. \*





*Uma vez feita uma coisa, não pode valer muito;  
é uma obra humana, com todas as imperfeições do humano.*

**JORGE LUIS BORGES**



## **PARTE I**

---

### **O ADMINISTRADOR DE FACTO COMO PROBLEMA**

### **E DESAFIO AO DIREITO**

**SUMÁRIO:** **1.** As sociedades comerciais e o seu órgão de administração na transformação e dinâmica do direito das sociedades. — **2.** A identificação da figura do administrador de facto como relação ou situação carente de tratamento jurídico. — **3.** A recepção jusnormativa do administrador de facto no direito português. 3.1. Exame prévio. 3.2. Relevância no direito fiscal. 3.3. Relevância no direito penal comum. 3.4. Relevância no direito da insolvência. 3.5. Reflexos das previsões do administrador de facto. — **4.** Os cenários hermenêuticos para a delimitação e o ajustamento da posição societária do administrador de facto. — **5.** A “doutrina do administrador de facto” no contexto das técnicas sancionatórias da elisão da responsabilidade civil societária dos administradores; os progressos do direito italiano, britânico e espanhol vs a inação do direito societário português.

## 1. As sociedades comerciais e o seu órgão de administração na transformação e dinâmica do direito das sociedades

As sociedades comerciais são entidades dotadas de personalidade jurídica. Como entidades *construídas* pelo direito *sub specie personae juris* necessitam de órgãos que, com estabilidade e permanência, exerçam a sua actividade, prossigam o seu fim e formem a sua vontade, enquanto *agir próprio* do ente personalizado. Os gerentes e administradores são precisamente os membros do órgão encarregado do funcionamento interno da sociedade, da gestão dos negócios e actividades sociais e da representação da sociedade em face de terceiros (a *administração* e a *representação sociais*). Ligam-se à sociedade por um nexo de *organicidade* (*Organschaft*) que nos conduz à existência de um *elenco de funções e competências* do órgão de administração, atribuídas pela lei às pessoas titulares ou membros do órgão como detentoras da habilitação para levar a cabo essas competências *próprias e distintivas* em relação aos outros órgãos da sociedade. A imputação dessas funções e competências ganha corpo numa “listagem” de poderes, obrigações e vínculos, que dão conteúdo à chamada *posição jurídica* ou *estado jurídico* ou *cargo* do administrador<sup>1, 2</sup>

A transformação estrutural do esquema organizatório das sociedades de capitais (por acções, em particular) que chegaram até ao momento presente – a

---

\* Salvo indicação em contrário, todos os preceitos referidos sem menção de proveniência são do CSC.

<sup>1</sup> Nesta designação incluem-se tanto os “administradores” das sociedades anónimas como os “gerentes” dos restantes tipos sociais.

<sup>2</sup> Sobre o conceito de órgão e titular-membro de órgão (na terminologia alemã: *Organträger*, *Organwalter*, *Amtsträger*) e a inerente relação orgânica ou de organicidade, em confronto com a teoria da representação (e as teorias da personalidade jurídica colectiva associadas), v., com indicações das referências históricas e evolutivas da literatura, WERNER FLUME, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, Erster Band, Zweiter Teil, *Die juristische Person*, 1983, págs. 377 e ss, 398 e ss, GUSTAVO MINERVINI, “Alcune riflessioni sulla teoria degli organi delle persone giuridiche private”, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, págs. 940 e ss, PAOLO GRECO, *Le società nel sistema legislativo italiano. Lineamenti general*, 1959, págs. 234 e ss, JOSÉ GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades*, Tomo I, *Parte general. Sociedades colectivas y comanditarias*, 1976, págs. 303 e ss; MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica*, vol. I, *Sujeitos e objecto*, 1992, págs. 114-115, 118 e ss, FERRER CORREIA, *Lições de direito comercial*, vol. II, *Sociedades comerciais. Doutrina geral*, 1968, págs. 321-322, 328-329, BRITO CORREIA, *Os administradores de sociedades anónimas*, 1993, págs. 201 e ss, 214 e ss, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Os poderes de representação dos administradores de sociedades anónimas*, 1998, págs. 43 e ss, PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de gestão dos administradores de sociedades anónimas*, 2012, págs. 52 e ss. Para uma súmula do conteúdo desse nexo de organicidade, v. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. II, *Das sociedades*, 2011, pág. 208: “os órgãos são parte componente das sociedades, a vontade e os actos daqueles são a vontade e os actos destas, a estas são os mesmos referidos ou imputados”.

charneira decisiva terá sido a acentuação do *Führerprinzip* na *Aktiengesetz* alemã de 1937<sup>3</sup> – foi marcada pela *inversão da relação de competências* entre a assembleia dos sócios e o órgão administrativo, que passou a concentrar *em termos genéricos* os poderes de gestão<sup>4</sup>. A assembleia deixou de ser o órgão soberano, onde se depositam todos os poderes sociais, delegados em maior ou menor medida nos administradores, vistos como simples executantes (“mandatários”, portanto) da vontade dos sócios – a ela se passaram apenas a reconhecer as competências explicitamente e especialmente previstas pela lei. O ideal *democrático* de sociedade (anónima, em esp.), assente numa igualdade de direitos de todos os sócios e numa participação intensa de todos eles, através do exercício do direito de voto nas assembleias da decisão, não resistiu à indiferença dos “proprietários” em relação aos negócios sociais, à pulverização ou

---

<sup>3</sup> V., *colorandi causa*, HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht. Eine Lehrbuch des Unternehmens- und Verbandsrechts*, Band I – Grundlagen, 1980, pág. 30.

<sup>4</sup> Sobre as razões históricas desta centralização (ou recentralização, uma vez que essa concentração de poderes na gestão caracterizara numa primeira fase a vida das companhias coloniais privilegiadas dos sécs. XVII e XVIII, com excepção das inglesas: ALBERTO VIGHI, “Notizie storiche sugli amministratori ed i sindaci delle società per azioni anterior al codice di commercio francese (Contributo alla storia delle società per azioni”, *Riv. Soc.*, 1969 (1898), págs. 676 e ss; também para a nossa experiência, v. RUI MARCOS, *As companhias pombalinas. Contributo para a história das sociedades por acções em Portugal*, 1997, *passim*, em esp. págs. 49 e ss, 59-60, 63 e ss, 82-83, 142 e ss, 167 e ss, 590 e ss, 685 e ss, 758 e ss) e a sua estabilização no moderno direito societário das anónimas, v., como boas amostras, FRANCESCO GALGANO, *Le società di capitali nel XX secolo*, 1989, págs. 12 e ss, JOSÉ MARÍA GONDRA, “El control del poder de los directivos de las grandes corporaciones. La historia de un problema recurrente en una pieza esencial del sistema económico”, *RDM*, 2008, págs. 841 e ss (com preciosas indicações da evolução nos EUA e na Europa), em esp. 863-864, 871 e ss; PEDRO MAIA, *Função e funcionamento do conselho de administração da sociedade anónima*, 2002, págs. 12 e ss, 109 e ss (em esp. 118-119), 121 e ss, COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais*, 2010, págs. 45 e ss (“a maior ou menor centralização dos poderes societários no órgão de administração ao longo dos tempos deveu-se, fundamentalmente, à existência ou não de accionistas de controlo e à possibilidade maior ou menor (...) de os accionistas intervirem na vida societária”: pág. 49).

Para um elenco das vantagens associadas à separação entre a qualidade de sócio e a presença na gestão orgânica da sociedade, v., na nossa doutrina, NOGUEIRA SERENS, “Pessoas colectivas – administradores de sociedades anónimas?”, *RB*, 1994, págs. 75-76: (em relação ao art. 390º, n.º 3) “essa necessidade de os administradores serem independentes, (...) associada à crescente especialização e complexidade das tarefas de gestão, se não é incompatível com um sistema em que só os sócios podem aceder ao conselho de administração da sociedade, encontra uma resposta mais adequada se não se exigir aos administradores a qualidade de accionistas”; DIOGO PEREIRA DUARTE, *Aspectos do levantamento da personalidade colectiva nas sociedades em relação de domínio. Contributo para a determinação do regime da empresa plurissocietária*, 2007, págs. 89 e ss: em síntese, “profissionalização das estruturas de gestão” e “uma maior eficiência ao nível das decisões na condução dos negócios sociais”; aferição pelos sócios dos benefícios da gestão, podendo destituir os administradores em face da monitorização da sua actividade, o que leva a que se defendam no sentido de evitar “riscos excessivos enquanto agentes da sociedade”; esta aversão ao risco permite que a regra da responsabilidade limitada (*recte*, irresponsabilidade) não se transforme em risco de dano para os terceiros credores da sociedade; os insucessos da gestão poderão colocar em risco a posição dos administradores, uma vez que podem levar a diminuir o valor das participações sociais, o que conduzirá à mudança dos seus titulares, que poderão desejar uma nova administração numa nova correlação de forças no seio da sociedade – logo, frutifica a “maximização da correcção na administração da sociedade”.

fragmentação do “capital” e à deserção das reuniões magnas (com enfoque nas sociedades de grandes dimensões), com excepção daquelas em que se decidia sobre a repartição do dividendo. De tal sorte que a competência *geral* em matéria de gestão e funcionamento interorgânico da sociedade estabilizou-se, por via directa e autónoma, no órgão de administração, depositário exclusivo de uma função exercida tendencialmente com independência formal em relação aos sócios enquanto tais, salvo os poderes sobre a administração expressamente reservados para a assembleia (legal ou estatutariamente, particularmente sob a forma de autorizações para o cumprimento de actos de gestão) ou, como acontece na nossa sociedade por quotas, o poder de emitir, por via deliberativa e espontânea, as directivas de actuação dos administradores nas matérias de gestão da actividade social. Abandonou-se a apelidada “soberania da assembleia” – esta não avoca para si a administração sem mais, no contexto da pretendida separação de poderes entre órgãos <sup>5</sup>; não emite instruções vinculantes nos assuntos da gestão; não revoga os actos da administração; não abdica dos administradores sem a observância do expediente próprio de destituição; etc. – em favor de uma estrutura organizatória tendencialmente neutral e autoritária que privilegia a função *empresarial* dos administradores e dá à assembleia, acima de tudo, uma capacidade de *verificação retrospectiva* dos reflexos concretos dessa função <sup>6</sup>.

A *institucionalização do desinteresse dos sócios* <sup>7</sup> solidificou o poder da “tecnoestrutura”, colocada no *centro da organização societária* em face da dispersão dos capitais investidos e a mobilização de grupos de accionistas que controlam a

---

<sup>5</sup> O que contribuiu para fazer vacilar a concepção rigorosamente *ex contractu* da relação administrador-sociedade (de acordo com o esquema fundamental do mandato, inspirado no *Code de Commerce* de 1807), cuja regulamentação passou a repousar a título directo e decisivo nas leis e codificações societárias da Europa do século XX (por ex.: VINCENZO ALLEGRI, “Gli amministratori”, *Diritto commerciale*, 1993, págs. 264, 286), e para estabelecer um regime especial de *responsabilidade social* dos administradores, centrado numa posição jurídica de carácter orgânico que deriva (no fundamental) da lei e dos estatutos (ilustrativo: ALONSO UREBA, “Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima”, *RDM*, 1990, págs. 640 e ss).

<sup>6</sup> ROBERTO WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, 1974, págs. 78-79.

<sup>7</sup> SALVATORE PESCATORE, “Gestione e certezza”, *Strutture societarie e autonomia contrattuale – Saggi*, 2009, pág. 191.

Nas págs. 192-193, o Autor conclui: “O relevo da estrutura organizativa, através da qual se exerce a empresa, acelerou, assim, o processo de *atenuação da propriedade*. (...) Na empresa capitalística – nomeadamente naquela de grandes dimensões, e, entre estas, seja como for, nas cotadas em bolsa –, a organização, entendida como coordenação de normas imperativas que distribuem os poderes necessários, torna sempre mais ténues os [poderes] dos accionistas. (...) Explica-se deste modo a substituição do *modelo do direito de propriedade* por aquele do *acto de destinação da empresa*” (sublinhei).

sociedade, assente num conjunto de especialistas profissionais dotados de conhecimentos técnicos específicos e investida com autonomia nos mais amplos poderes e competências de *agir* na gestão<sup>8</sup>.<sup>9</sup> Para os sócios e para a assembleia reserva-se a *fiscalização*, mesmo que indirecta e *a posteriori* – precipitada fundamentalmente na avaliação global dos resultados da gestão, que é sindicada

---

<sup>8</sup> A conhecida formulação inerente à “revolução dos *managers*” – JOHN BURNHAM, *The managerial revolution*, 1945, *passim*, mas, para o desenvolvimento de um critério *funcional* de *manager*, págs. 63 e ss, em esp. 68-71, 83 e ss; JOHN GALBRAITH, *O novo estado industrial*, 1973 (ed. americana 1967), págs. 73 e ss, 85 e ss, 96-97 (tecnoestrutura compreende “todos os que contribuem com conhecimentos ou experiência especializada para a tomada de decisão em grupo”, “a inteligência orientadora, o cérebro da empresa”) – foi recolhida comumente pela doutrina societária: por ex., v. FRANCESCO GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, volume III, *L’impresa e le società*, tomo 2, *Le società di capitali e le cooperative*, 1999, págs. 32-33, 35-36, 37-38. Criticamente, ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e estrutura do estabelecimento comercial*, I, *O problema da empresa como objecto de negócios*, 1967, n. (117) – págs. 303-304.

<sup>9</sup> V. RUDOLF WIETHÖLTER, *Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft im amerikanischen und deutschen Recht*, 1961, págs. 206 e ss, JEAN PAILUSSEAU, *La société anonyme. Technique d’organisation de l’entreprise*, 1967, págs. 93 e ss, 232 e ss, PIETRO ABBADESSA, *La gestione dell’impresa nella società per azioni. Profili organizzativi*, 1975, págs. 5 e ss, VINCENZO CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell’impresa e competenze dell’assemblea nella società per azioni*, 1985, págs. 1 e ss.

Fora do estrito domínio do órgão de administração, o fenómeno de descentralização de funções identifica-se (mesmo a níveis internos mais sub-hierarquizados ou em domínios externos) na especialização crescente de tarefas e na sua distribuição por *auxiliares e colaboradores*, em princípio fiscalizados pelos administradores (ou a sua actuação por eles ratificada), sendo o “director geral” aquele que mais perto se coloca hierarquicamente do órgão de administração na assunção de uma esfera de competências integrada por funções que correspondem, na origem, à administração – v., como exemplos, FERNANDO RODRÍGUEZ ARTIGAS, “Notas sobre el régimen jurídico del director general de la S. A.”, *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, vol. III, 1971, págs. 117-118, 127-128, ALESSANDRO BORGIOIOLI, *I direttori generali di società per azioni*, 1975, págs. 10 e ss. À tradicional “relação bilateral” entre sócios e administradores (ou entre proprietários e *managers*), em que repousa a dissociação entre “propriedade e controlo” da riqueza concentrada e gerada pela actividade social, sucedeu uma “relação trilateral” entre sócios, administradores e *dependentes* da sociedade, que implica um reforço indirecto da posição dos administradores, chamados a realizar um “papel de coordenação e de mediação entre os interesses dos portadores de capital e daqueles portadores da força de trabalho”: FRANCESCO GALGANO, *últ. ob. cit.*, volume III *cit.*, págs. 37-38, 39.

Uma outra transferência de poderes se veio a produzir, por seu lado, no interior do próprio órgão de administração, quando se opta por atribuir poderes de gestão (e de representação, se for o caso) a certos administradores através das formas de *delegação orgânica* consagradas na lei (para o CSC, arts. 261º, n.º 2, e 407º). Aqui já pertence a um círculo ainda mais reduzido de pessoas (os administradores delegados) o efectivo *management* inerente a essa “tecnoestrutura”, ainda que com poderes menos amplos, mais circunscritos e, teoricamente, exercidos com menor grau de independência; ainda assim, nas sociedades anónimas (em especial as “abertas”), com um conselho de administração numeroso e pouco ágil para adoptar as decisões que a gestão social diária exige, são os conselheiros delegados e as “comissões executivas” que ocupam o centro do sistema das funções directivas e mais próximos estão dos sócios ou grupo de sócios que controlam a sociedade. Sobre o tema, v. EDUARDO POLO, *Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima*, in *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dirigido por Rodrigo Uría, Aurelio Menéndez y Manuel Olivencia, tomo IV, 1992, pág. 465, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Os poderes de representação...* *cit.*, pág. 344, FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, “Régimen interno y delegación de facultades en el consejo de administración de la sociedad anónima”, *Derecho de sociedades. Libro homenaje al Professor Fernando Sánchez Calero*, Volumen II, 2002, pág. 1751, MASSIMO FRANZONI, *Della società per azioni*, Tomo III, *Dell’amministrazione e del controllo. 1. Disposizioni generali. Degli amministratori. Art. 2380-2396*, Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, a cura di Francesco Galgano, Libro Quinto – Del lavoro, 2008, *sub art.* 2381, pág. 81, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Administradores-delegados e comissões executivas. Algumas considerações*, 2011, págs. 7-8.



aquando do relato anual das “contas”, e na avaliação das opções de gestão, que se transporta para a legitimidade própria em decidir sobre acções de responsabilidade – mas impede-se que ela se afeioe a qualquer forma de *subordinação* ou supremacia de natureza hierárquica ou outra.<sup>10</sup>

Os poderes dos sócios, vertidos oficialmente nas competências do órgão “*deliberativo-interno*”<sup>11</sup>, deixaram, portanto, de ser ilimitadamente soberanos. Ainda assim, falamos *dos sócios*, aqueles que, independentemente das variações nos tipos sociais acerca da sua possibilidade de intervenção na gestão, delimitam *ab initio* – com a designação – e *a final* – com a destituição, proveniente da tomada de fiscalização sobre a sua conduta (e, ainda, o eventual exercício de acção de responsabilidade), e a possibilidade de designação de novos administradores (para além das faculdades no domínio da sua remuneração)<sup>12</sup> – o espaço de actuação dos administradores e gerentes. Estes, em rigor, acabam por sofrer, na relação com os sócios (tendencialmente) *nomeadores*, de uma espécie de *subordinação mitigada*, que não convém perder de vista, até porque explica em grande parte, aquando da *perversão do modelo legal*, a *subordinação confidencial mas efectiva* que esbate ou suprime a autonomia decisória e executiva que marca por princípio o exercício da função administrativa.

Por sua vez, a concentração de poderes no órgão administrativo não impede que um certo *tipo de personalismo e de proximidade com os sócios* na gestão seja mais marcada nas sociedades por quotas e nas sociedades anónimas “fechadas”, ao invés de uma estrutura mais hierarquizada e *notoriamente mais abstracta da pluralidade de sócios*, dispersos e abstencionistas, nas sociedades anónimas “abertas” e presentes nos mercados da negociação mobiliária. Naquelas a administração tende a ser

---

<sup>10</sup> A sedimentação desta distribuição de competências entre os dois principais órgãos da sociedade tem óbvias vantagens quanto à certeza e segurança jurídicas proporcionadas no campo das relações internas e externas da sociedade. E, como bem salienta ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “Artigo 192º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord.: J. M. Coutinho de Abreu, Volume III (Artigos 175º a 245º), 2011, pág. 139, “protege também interesses de terceiros e em particular dos credores da sociedade. Desde logo, para responsabilizar é necessário identificar quem tem competência para fazer o quê. Quanto à representação da sociedade, é evidente que os terceiros ficam mais protegidos se souberem com quem devem tratar para que a sociedade se vincule”.

<sup>11</sup> COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II cit., pág. 57.

<sup>12</sup> Em geral, isto é, para a compreensão do segmento do art. 980º do CCiv. que se refere ao «exercício em comum de certa actividade económica», “a sociedade está organizada de modo a assegurar-se a todos os sócios uma qualquer participação, ainda que apenas indirecta, na *condução* da actividade em causa (*maxime*, através da designação dos que a irão dirigir) ou, pelo menos, na supervisão ou controlo da mesma”: VASCO LOBO XAVIER, *Sociedades comerciais. Lições aos alunos de Direito Comercial do 4º ano jurídico*, 1987, pág. 13.

informal, com decisões desprovidas do procedimento colegial e orientadas para o consenso, seja este interno, seja este obtido na confluência de vontades com os sócios. Nas últimas, porém, a *separação entre a propriedade social e o controlo ou domínio da exploração da actividade social* – ou, numa outra enunciação, entre o *capital sem poder e a gestão sem capital* <sup>13</sup> – é mais nítida e tende a precipitar mecanismos de gestão de timbre formal e colegial, despreocupados com o acordo de propósitos dos accionistas (mesmo que, hoje, se veja um acréscimo de conciliação com os interesses dos chamados “investidores institucionais” <sup>14</sup>).

Mesmo assim, a importância e a função que as sociedades comerciais entregam hoje ao órgão administrativo, nomeadamente na sociedade anónima (todavia menos, como veremos, na sociedade por quotas), em prejuízo dos sócios (ou sócio) e do espaço e procedimento de expressão da sua vontade – a assembleia –, nem sempre se realiza como *idealmente* os desenhos legais pretendem. Com efeito, essa pretensa neutralidade e autoridade própria são esbatidas quando vemos que os administradores e toda a restante classe de *managers* não orgânicos se acabam por ligar através de um cordão umbilical ao sócio ou ao grupo de sócios que efectivamente dominam a sociedade – que, como “porta-vozes” ou “protectores” da propriedade (sem estarem presentes no órgão administrativo), determinam e/ou instruem (mais ou menos) “confidencialmente” ou “secretamente” (fora das assembleias e dos respectivos procedimentos de deliberação sobre matérias de gestão e, assim, escapando à fiscalização das minorias) a “política empresarial” a ser actuada pelos administradores <sup>15</sup> –, ou, depois, esses mesmos administradores

---

<sup>13</sup> RUDOLF WIETHÖLTER, pág. 210 (“*die Trennung von nicht regierendem Kapital und kapitalloser Regierung*”).

<sup>14</sup> O que marcará um “novo paradigma” para a anónima: PEDRO MAIA, *Voto e corporate governance. Um novo paradigma para a sociedade anónima*, volume II, 2009, págs. 1198 e ss.

<sup>15</sup> V. HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht...* cit., págs. 351-352 (que se refere a uma “quase-autonomia” aquando desse condicionamento nas sociedades com uma ampla base de accionistas); FRANCESCO GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, volume III cit., pág. 36 (que salienta o facto de os administradores deverem a sua eleição e a sua própria remuneração ao “grupo de comando”, para além de dele dependerem para serem reconfirmados aquando da caducidade do cargo).

Por cá, reflectiram estes contributos ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, *A administração das sociedades por quotas e anónimas – Organização e estatuto dos administradores*, Livraria Petrony, Lisboa, 1990, pág. 292; COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade (As empresas no direito)*, 1996, págs. 239-240, acentuando, em vez da contraposição entre os sócios e os especialistas e/ou administradores, tendo em conta que os *managers* continuam basicamente como “funcionários do capital”, a outra contraposição entre os “accionistas” que compõem o “grupo de controlo da sociedade – e que são, frequentemente, uma restrita minoria não só numérica mas também de capital –” e a “massa inumerável dos accionistas estranhos ao grupo de controlo”, ID., *Governança das sociedades comerciais* cit., pág. 57; ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Os poderes de representação...* cit., págs. 15-16. Mais proximamente, COUTINHO DE ABREU, “Notas sobre o

acabam por ser, mediante a aquisição de relevantes cotas das participações sociais das sociedades administradas, um ou o bloco principal da classe que detém a propriedade.<sup>16</sup> Sob formas mais ou menos reconstruídas, a moderna “empresa corporativa” continua a estar vezes demais submetida ao poder desse “grupo intermédio” (*mediary group*) fora do esquema jurídico (*extra-legal*), pelo menos distinto da colectividade dos sócios enquanto tal, que ADOLF BERLE, Jr. e GARDINER MEANS popularizaram – numa acepção que perdura para enquadrar a dissociação entre a “propriedade”, dispersa e desorganizada, e o “controlo” da gestão, verdadeiramente escolhida e dominada por um reduzido número de “proprietários” – como o “grupo de controlo”. Ou seja, o conjunto de sócios em cujas mãos repousa na prática a eleição (ou a própria integração) dos administradores (ou a sua maioria) e/ou o exercício de pressão que influencia a sua eleição e a indução das políticas a seguir<sup>17</sup>. Em rigor, sempre que este “grupo” ou “bloco de controlo” existe e exerce efectivamente o *domínio*, sendo a assembleia praticamente uma caixa de ressonância dos arranjos e dos acordos (também parassociais) que se ajustam fora dela, apenas subsiste uma “separação parcial” entre propriedade e controlo; quando esse “grupo” ou “controlo” não existe ou não se consegue organizar concertadamente, então sim os

---

poder nas sociedades anónimas”, *O direito e o futuro. O futuro do direito*, 2008, pág. 343, diferencia nitidamente entre as “sociedades [anónimas ou por acções] em que a propriedade das acções é difusa, dispersa, sem accionistas dominantes”, em que “os administradores (a ‘tecnoestrutura’), actuando sem suficiente controlo-fiscalização dos accionistas (‘proprietários’ absentistas ou racionalmente apáticos) e detendo o controlo-domínio de facto da empresa social”, e as “sociedades com accionistas dominantes (sem vincada separação entre ‘propriedade’ e ‘controlo’)”, em que “os administradores – quando não sejam aqueles ou seus representantes – possuem muito menor poder e liberdade (são influenciados e fiscalizados pelos sócios dominantes, que podem demiti-los)”.

<sup>16</sup> Para desenvolvimentos sobre as realidades práticas de indissociação e profissionalização do *management* e as dificuldades e debilidades da fiscalização dos “tecnocratas” (administradores ou não) que realizam funções administrativas, v. ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER, *Werbung, Konzerngewalt und rechte der Aktionäre*, 1958, págs. 59 e ss, 69 e ss, RUDOLF WIETHÖLTER, págs. 213 e ss, GASTONE COTTINO, *Diritto societario*, 2006, págs. 382 e seg.

<sup>17</sup> *The modern corporation and private property*, 1932, págs. 1 e ss, 47 e ss, em esp. 69 e ss (para as diferentes formas de “control” que se separam da “ownership” na *public (publicly held) corporation*, até ao limite da dispersão que funda o “management control” sem qualquer constrição: [p]ropriedade da riqueza sem controlo apreciável e controlo da riqueza sem propriedade apreciável parecem ser as consequências lógicas do desenvolvimento corporativo”), 119 e ss, e, em esp., 232-233, 239. Entre nós, COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade...* cit., págs. 236-237 e n. (615), encontrou em Adam Smith e Karl Marx pensamentos antecipadores da dissociação entre propriedade e controlo consagrada por Berle e Means.

Sobre o debate da conflitualidade entre *shareholders* e *managers* motivado pela tese de Berle/Means e os remédios aduzidos para induzir os *corporate managers* a satisfazer os interesses dos sócios, v. por todos WILLIAM KLEIN/JOHN COFFEE, Jr., *Business organization and finance. Legal and economic principles*, 2007, págs. 178 e ss, 195 e ss.

administradores e aqueles que actuam sob sua direcção e supervisão passam a ser os *key players* no processo de tomada de decisão imputável à sociedade <sup>18</sup>.

Afora isso, numa perspectiva (digamos) *fisiológica*, o ordenamento pressupõe que as decisões relativas à condução da sociedade encontrem um referente *formal* nos órgãos que resultam do estatuto organizativo de cada um dos tipos. Porém, não solicita que os processos de formação da vontade social sejam completamente herméticos entre os órgãos, de tal forma que o impulso e o desenvolvimento de cada um deles apenas ocorram naqueles centros de competência e através dos mecanismos *típicos* predispostos pela lei para o seu funcionamento. É muito provável que essa *rigidez* não se encontre (ou não se consiga) nas realidades empresariais complexas, em que múltiplos sujeitos ou estruturas técnicas, a montante ou a jusante da organização societária *tout court*, concorram *ab externo* para a determinação e actuação do interesse social <sup>19</sup>, sem que, com isso, se comprometa a independência *abstracta* das escolhas dos órgãos – para o caso, o administrativo –, uma vez que esse concurso não se afigura suficiente para atacar a autonomia compatível com o poder decisório e executivo sobre a gestão – desde logo a possibilidade de recusar ou filtrar as pressões e as recomendações de todos esses “centros de influência externa”, mesmo que endossocietários (sócios, clientes, financiadores, *partners* comerciais, etc.). Com isto queremos assinalar desde já que a contribuição destes sujeitos, mesmo que incisiva e reiterada, na paternidade e nas motivações da acção dos administradores ou gerentes não vulnera (pelo menos em abstracto) a sua *soberania*, tendo em conta que o ordenamento societário não protege de forma absoluta e incondicionada essa referida autonomia (mais ou menos ampla conforme os tipos sociais). O que em nenhum caso poderá o ordenamento admitir é que essa contribuição se plasme numa transferência do governo da sociedade para fora do competente órgão social e/ou se traduza numa submissão *de facto* do órgão de administração e de representação a esses *sujeitos ou centros de influência externa ao órgão*, atacando o núcleo mínimo e insuprimível da sua sobrevivência e, por isso, a

---

<sup>18</sup> STEPHEN BAINBRIDGE, *Corporate law*, 2009, págs. 72-73.

<sup>19</sup> Segundo o mesmo STEPHEN BAINBRIDGE, *Corporation law and economics*, 2002, pág. 517, a grande virtude da “*Berle-Means corporation*” (portanto, assente na divisão entre *propriedade* e *controlo*) é ter fornecido uma estrutura hierárquica de tomada de decisão ajustada à operatividade da “*large business enterprise*”, “com numerosos trabalhadores, *managers*, sócios, credores, e outros *inputs*”.

compatibilidade com os princípios essenciais do modelo societário (ainda que variáveis tipologicamente).<sup>20</sup>

Seja como for, a imputação ao órgão de administração de um papel primordial nas escolhas decisórias inerentes ao cumprimento do objecto social é algo de coerentemente assumido, mesmo que vivamos um tempo de *dúvidas* sobre esse poder – nomeadamente por se ter tornado oligárquico – e, conseqüentemente, de *maior exigência e fiscalização* no desempenho do papel de *governança* a cargo dos administradores. Um tempo em que o rigor e a transparência são pedidos para criar confiança, conquistar capitais para as sociedades-organizações e fazer levitar as cotações dos respectivos títulos; um tempo em que essas virtudes são associadas ao administrador que, como se vulgarizou dizer, se compromete em *criar valor*, qual medida da sua capacidade e, por arrasto, do juízo sobre a sua responsabilidade<sup>21</sup>.

Não surpreende, perante a confluência desses vários fenómenos, que se aviste novamente um desejo de recrudescer *oficialmente* a importância dos sócios e da assembleia na dialéctica com os administradores, de tal modo que se encete recuperar a atribuição do primado do interesse e vontade dos sócios no âmbito da organização societária – como que reprimando a velha fórmula, justa ou injustamente *démodé*, da assembleia enquanto “*órgão soberano*” ou, pelo menos, *proeminente* – e se assinale o abdicar do *radicalismo* do princípio da actuação gestória (em regra) exclusiva dos administradores. Não se trata somente de revigorar o poder de os sócios fiscalizarem genericamente a actividade dos administradores – traduzido na possibilidade subsequente de destituir e responsabilizar os administradores pelas suas condutas –, mas antes de *orientar prescritivamente ou sob autorização prévia* a gestão da empresa social. Neste enquadramento se devem oferecer hermeneuticamente os nossos arts. 259º; 405º, n.º 1, e 373º, n.ºs 2 e 3; 442º, n.ºs 1 (tratando-se do conselho geral e de supervisão da anónima, em conjugação com o art. 435º, n.º 1) e 2, à luz de uma espécie de uma nova *democratização* da sociedade (anónima, em particular), em nome da última palavra entregue aos sócios (não só autorizando ou vetando, mas até impondo) sobre as escolhas administrativas que, tendo em conta a sua dimensão e o seu potencial de risco, se reflectem criticamente sobre a estrutura económica, patrimonial e financeira bem como sobre a política

---

<sup>20</sup> FABRIZIO GUERRERA, *La responsabilità “deliberativa” nelle società di capitali*, 2004, págs. 149 e ss.

<sup>21</sup> FRANCESCO FERRARA Jr./FRANCESCO CORSI, *Gli imprenditori e le società*, 2006, pág. 578.

empresarial da sociedade, na qual estão confiadas expectativas de ganho por intermédio do acréscimo de valor das participações sociais.<sup>22</sup>

---

<sup>22</sup> Assaz eloquente nessa revalorização do papel dos sócios nas matérias da gestão tem sido a sinalização da jurisprudência alemã, acompanhada pela doutrina, que bem pode ser tida em conta nessa tendência. Refiro-me às duas pronúncias do **BGH** no caso da “*sociedade Gelatine*” (ambas de **26 de Abril de 2004**; in *ZIP*, 2004, pág. 1001, ss; in *AG*, 2004, pág. 384, ss, em esp. págs. 387-388), que, seguindo e delimitando o precedente do famigerado caso da “*sociedade Holz Müller*” (**BGH** de **25 de Fevereiro de 1982**: in *AG*, 1982, pág. 158, ss; obrigação de o *Vorstand*, de acordo com a diligência exigida [*Sorgfaltspflicht*], submeter a consulta preventiva da assembleia assuntos que incidam profundamente sobre os direitos de participação dos accionistas, sobre a propriedade das suas participações e sobre os seus interesses patrimoniais [*schwerwiegender Eingriff in die rechte und Interessen der Aktionäre; so tief in die Mitgliedsrechte der Aktionäre und deren im Anteilseigentum verköpertes Vermögensinteresse eingreifen*: ponto 1 do Sumário e pág. 160], restringindo-se (*in casu*, a transferência pela administração da actividade mais valiosa da sociedade para uma sociedade dominada) a discricionariedade de solicitação prevista no § 119 (2) da *AktGesetz* [a “*doutrina Holz Müller*”], preceito esse que foi inspiração para o nosso art. 373º, n.º 3), vieram (sempre a propósito de decisões tomadas pelo conselho de administração de sociedade dominante envolvendo sociedades filiais) consagrar um princípio de que existem transacções (num montante correspondente a uma percentagem qualificadamente relevante do activo patrimonial) e matérias fundamentais – relativas ao património da sociedade e à estrutura da organização societária – que, ainda que pertençam à esfera de competência dos administradores e ao seu poder de representação, correspondem a particulares “competências não escritas da assembleia” (formulação acentuada nos trabalhos de MARCUS LUTTER, a começar em *Die Rechte der Gesellschafter beim Abschluß fusionsähnlicher Unternehmensverbindungen*, 1974: v., por ex., as apreciações de PETER ULMER, “*Ungeschriebene Mitwirkungsbefugnisse der Hauptversammlung? Eine Buchbesprechung*”, *AG*, 1975, págs. 15-16), desde que *excepcional e restritamente* comportem modificações que são próximas ou equivalentes nos seus efeitos às que são deliberadas através de alteração dos estatutos, e que, por isso, exigem uma aprovação da assembleia com uma maioria qualificada dos votos. Para as fundamentar sugere-se a analogia decorrente da conjugação das normas que, isoladamente ou em conjunto, determinam a competência dos sócios para deliberarem essas matérias de modificação estrutural sujeitas ao poder deliberativo dos sócios. Para desenvolvimentos, e ainda referência a uma outra pronúncia contígua do **BGH** (caso “*Macroton*”, de **25 de Novembro de 2002**: in *AG*, 2003, pág. 273, ss; a retirada da cotação e negociação em bolsa dos títulos [*delisting*] implica uma decisão da assembleia dos accionistas uma vez que, para além da linha do caso “*Holz Müller*” em sede de distribuição orgânica de competências, contende com a tutela constitucional da propriedade sobre as acções e com a protecção do respectivo valor), v., entre outros e com diálogos, HOLGER FLEISCHER, “*Ungeschriebene Hauptversammlungszuständigkeiten im Aktienrecht: von ‘Holz Müller’ zu ‘Gelatine’*”, *NJW*, 2004, págs. 2335 e ss, em esp. 2236 quando desmistifica a ideia de que os sócios têm défice de informação relevante para as decisões de investimento e “*management*”; JOACHIM JAHN, “*BGH setzt ‘Holz Müller-Doktrin’ enge Grenzen*”, *AG*, 2004, págs. R219-R220; MATHIAS HABERSACK, “*Mitwirkungsrechte der Aktionäre nach Macroton und Gelatine*”, *AG*, 2005, págs. 137 e ss, em esp. 142-143 para a justificação do método da analogia como fundamento dogmático-interpretativo para a aquiescência dos sócios; THOMAS LIEBSCHER, “*Ungeschriebene Hauptversammlungszuständigkeiten im Lichte von Holz Müller, Macroton und Gelatine*”, *ZGR*, 2005, págs. 1 e ss, em esp. 20 e ss; KARSTEN SCHMIDT, “*La junta general en la Ley alemana de sociedades anónimas y en la reforma del Derecho de sociedades anónimas*”, *Derecho de sociedades anónimas cotizadas (Estructura de gobierno y mercados)*, tomo I, 2006, págs. 38 e ss, Autor que, dando conta das suas preocupações de insegurança jurídica, sublinha que o indeferimento das pretensões nos casos “*Gelatine*” contribuíram para densificar por alto o limite crítico das “*situações Holz Müller*” que mobilizariam as faculdades “não escritas” de participação dos sócios; para uma visão rápida, THOMAS RAISER/RÜDIGER VEIL, *Recht der Kapitalgesellschaften. Ein Handbuch für Praxis und Wissenschaft*, 2006, págs. 222 e ss, em esp. 224-225 para a delimitação (como consequência da orientação dos casos “*Gelatine*”) da importância do negócio ou da operação (especialmente de alienação ou reestruturação de partes ou ramos da empresa) a autorizar no limiar dos 75-80% de percentagem de afectação ou perda do património global ou do volume de vendas da sociedade. Em sentido adverso a essas competências ou faculdades e ao método da analogia, mas reconhecendo a necessidade de limitar as competências excessivas do *Vorstand* para a protecção individual dos direitos dos accionistas e dos seus interesses patrimoniais, UWE HÜFFER, *Aktiengesetz*, 2010,

Neste tempo de limbos e evoluções, a dinâmica *plurifuncional* da organização interna e de relacionamento externo das sociedades veio ainda colocar a nu, designadamente em várias situações *anómalas e patológicas*, a ambiguidade do termo «administrador» e «gerente» no órgão de administração e representação – tradicionalmente considerados como uma categoria *formalizada e institucionalizada* – e trouxe uma certa indeterminação de *quem faz o quê e como o faz* em sede de gestão da sociedade. Uma parte significativa dos problemas que essa dinâmica suscita nas sociedades (por quotas e anónimas, fundamentalmente, como formas sociais *mais ou menos elásticas* à disposição das empresas) podem hoje ser vistos como a consequência natural de um “divórcio entre norma jurídica e realidade societária”,

---

*sub* § 119, págs. 638 e ss, *Rdn.* 16 e ss (com outras referências), em esp. *Rdn.* 18; igualmente crítico, tendo por base a contrariedade da distribuição legal de competências entre a assembleia e a administração ao procedimento da analogia, v. HANS-GEORG KOPPENSTEINER, “Vorbemerkungen vor § 291”, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 6, §§ 15-22 AktG, §§ 291-328 AktG und Meldepflichten nach §§ 21 ff. WpHG, SpruchG, 2004, págs. 290 e ss, *Rdn.* 32 e ss (para uma síntese, cfr., do Autor, *Os grupos no direito societário alemão*, 2006, págs. 27-29).

Relevantes apoios tem merecido essa concepção no direito italiano: VINCENZO CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa...* cit., págs. 62-63, Autor para quem a importância das operações justificaria a chamada a título excepcional da intervenção dos sócios nas matérias atinentes à gestão (“quando estejam em jogo escolhas que, pelas dimensões económicas, o grau de risco potencial ou a relevância no plano da política empresarial, se destinam a modificar de modo radical a estrutura da empresa social, a sua actividade, e as modalidades previstas para a realização do objecto social”), e, mais recentemente, “I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario”, *Giur. comm.*, 2003, págs. 541 e ss, enfatizando a necessidade de autorização das operações de “interesse primordial” pelo facto de as suas consequências produzirem efeitos particularmente relevantes nos direitos dos sócios e no valor da respectiva participação social (v. *g.*, negócios sobre toda ou uma parte relevante da empresa ou a transmissão de uma participação que tenha os mesmos efeitos económicos de uma transmissão de empresa) e, conseqüentemente, delineando a falta de submissão à deliberação dos sócios como fonte de responsabilidade dos administradores; com recurso à analogia (*legis* ou *iuris*) com as normas que conferem poderes próprios à assembleia (fusão, cisão, transformação, alienação de elementos essenciais do património, etc.); CARLO ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, 2003, págs. 94 e ss, atribuindo “*potere di voce*” aos accionistas sempre que se proceda à “modificação das condições globais de risco a que é exposto o património social (e portanto o investimento dos sócios)”; GIUSEPPE PORTALE, “Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione”, *Il nuovo diritto delle società – Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, volume 2, *Assemblea – Amministrazione*, 2006, págs. 23 e ss, em esp. 25, 30, 33, Autor que, fora do trâmite circunscrito das decisões autorizadoras, na analogia funda mesmo competências gestórias “implícitas” mas “directas” para as operações (i) com “relevância económica” e “capacidade de atingir com profundidade a estrutura organizativa da empresa social e os direitos dos sócios” (fusão, cisão, transformação em *holding*, alienação de elementos essenciais), e (ii) que expõem a sociedade e a empresa social a um “risco não controlável” ou a um risco de todo o património social sofrer perdas (estipulação de contratos de domínio, aquisição de empresas com assunção de grande passivo e comprometedor da sobrevivência da sociedade, prestação de fianças *omnibus*); IVAN DEMURO, *Le decisioni dei soci sugli argomenti sottoposti alla loro approvazione nella s.r.l.*, 2008, págs. 27 e ss. Porém, desfavorável, PIETRO ABBADESSA, “La competenza assembleare in materia di gestione nella s.p.a.: dal codice alla riforma”, *Amministrazione e controllo nel diritto delle società – Liber Amicorum Antonio Piras*, 2010, págs. 14, 15, que não vê lacuna legislativa na competência geral dos administradores que precise de ser integrada por interpretação analógica e julga grave a incerteza conferida a uma área tão sensível como a da repartição de competências no interior da organização societária.

que origina uma crise no equilíbrio orgânico e de interesses do modelo legal, sem que novos contra-pesos se tenham estabelecido para corrigir os desvios ou para neutralizar os seus efeitos <sup>23</sup>. <sup>24</sup> Desse divórcio e dessa crise se trata igualmente sempre que as competências de administração da sociedade se encontrarem factualmente protagonizadas por quem não é (ou deixou de ser ou não é por um certo tempo) administrador de acordo com a forma – *com a norma legal*, portanto – ou cuja designação não respeitou os procedimentos da lei – logo, *ainda a norma*.

O mais natural é a hesitação tomar conta de quem pretende aferir se este sujeito é – ou ainda é – administrador daquela sociedade. E, de imediato, faz-nos baloiçar entre uma concepção *estricta* que reserva tal denominação aos membros do órgão *investidos* do poder de decisão e de representação através de uma *qualificação formalmente perfeita* e, de outra banda, uma concepção *mais generosa* que poderia alcançar todos aqueles que dispõem de um *poder* (de actuação e de decisão) no seio da corporação social <sup>25</sup>. Ao fim e ao cabo, poderá discutir-se se o centro de imputação de poderes e deveres funcionais que é o órgão de administração (enquanto *órgão* que é) se pode referir ainda a alguém que nunca foi, deixou de ser ou não é (ou acabou por nunca o ser) formalmente *titular do órgão* – isto é, não é o sujeito provido no órgão através de um título existente, vigente e regularmente constitutivo da relação jusadministrativa com a sociedade.

Assim se desfere o tiro de partida para a investigação.

---

<sup>23</sup> ÁNGEL ROJO, “La facultad de cooptación del consejo de administración”, *RDM*, 1988, pág. 426.

<sup>24</sup> Torna-se manifesto que tais distorções – sob o prisma da organização interna e da coordenação dos poderes orgânicos – são mais relevantes nas sociedades de “estrutura complexa”, em que aos órgãos sociais é atribuída uma particular esfera de competência direccionada para a consecução da actividade social, sendo que as funções respectivas não são atribuídas singular, solidária e indistintamente a qualquer sócio, mas são distribuídas sem que para tal interesse a condição de sócio. E praticamente irrelevantes são nas sociedades de “estrutura simples”, justamente aquelas (de feição personalística, como é a sociedade em nome colectivo) em que a actividade social se realiza, em regra e em primeira linha, pelos sócios, através do simples exercício dos seus direitos e obrigações, ou seja, sem uma separação bem nítida entre os cargos sociais – o caso mais evidente é o exercício da gerência, nesse tipo social, por todos os sócios, a não ser que (na hipótese mais importante) haja estipulação convencional em contrário (art. 191<sup>o</sup>, n.ºs 1 e 3). Para essa dicotomia societária, v. ARTURO DALMARTELLO, *I rapporti giuridici interni nelle società commerciali*, 1937, págs. 18 e ss, 134, JOSÉ GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades*, Tomo I cit., pág. 302.

<sup>25</sup> Assim, quanto ao conceito de *dirigeant* no direito societário francês, YVES GUYON, “Remarques critiques sur la terminologie du droit français des sociétés”, *Mélanges Jean-Pierre Sortais*, 2002, pág. 299.



## 2. A identificação da figura do administrador de facto como relação ou situação carente de tratamento jurídico

Não se desdenha reafirmar (ou relembrar) que a sociedade comercial, como pessoa jurídico-colectiva, não é um ente ou sujeito dotado de existência *naturalística*. É um ente ou sujeito criado e reconhecido pelo ordenamento em razão do seu poder normativo. Portanto, a sua estrutura, a sua organização e as suas formas de declaração e de expressão são necessariamente o resultado de mecanismos formais predispostos pela lei, enquanto criadora que esta é da entidade personificada. De tal modo que a lei, criando a *estrutura organizada*, não pode não satisfazer a exigência fundamental de assegurar as condições e os instrumentos indispensáveis para o funcionamento da pessoa jurídica societária. Para esse funcionamento, é absolutamente imprescindível o órgão que gere e faz actuar a sociedade e, com referência ao seu complexo de funções e poderes, as pessoas singulares(-titulares) <sup>26</sup> que dão corpo à actividade jurídica adequada à prossecução dos seus fins.

Sob este prisma, a constituição do vínculo de administração nas sociedades comerciais é disciplinada por normas – inderrogáveis por razões de “coerência tipológica” – que prescrevem *modelos* ou *modos* (formais e/ou procedimentais) *de designação* do titular do cargo administrativo, insusceptíveis de serem integrados ou alterados, na sua essencialidade, pela autonomia negocial <sup>27-28</sup>. Com efeito, a

---

<sup>26</sup> Ou pessoas colectivas intervindo através de pessoas singulares (sobre o tema, v. *infra*, Parte II, ponto 7.2.).

<sup>27</sup> Sensivelmente nestes termos, FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto» e funzione amministrativa nelle società di capitali”, *Riv. dir. comm.*, 1999, pág. 137, que, na respectiva n. (20), alicerça a inadmissibilidade de modos de constituição “alternativa” da relação de administração na tutela dos interesses dos sócios e dos terceiros, de maneira que não lhes seja submetida, sob o perfil do momento genético e do pressuposto subjectivo, a aplicação do estatuto do administrador, e no intento de se evitar a criação de incerteza nos processos de produção interna e externa da acção colectiva(-societária). Também ALDO SCHERMI, “Annotazioni sull’amministratore di fatto di società per azioni”, *Giust. civ.*, 2000, pág. 81, faz menção de a complexa estrutura orgânica da sociedade anónima ser determinada, tipicamente, por uma normatividade fundamentalmente inderrogável, tanto em matéria de estruturação dos órgãos e correspondentes funções como em sede de génese, constituição e funcionamento de cada um deles, “salvo a regulamentação daqueles aspectos marginais da estrutura orgânica deixados à escolha discricionária em sede de formação do acto constitutivo”. Esta escolha ocupa um dos *planos* do acto constitutivo onde residem “as regras estatutárias destinadas a regular a actividade da estrutura criada e que lhe são, por isso mesmo, dirigidas”, como são as “regras que estruturam os órgãos sociais (por exemplo: o número de administradores e a duração da função, a distribuição de competências internas ao órgão”, as “cláusulas sobre a repartição de competências entre eles ou sobre a representação e vinculação da sociedade”, as “cláusulas que directa ou indirectamente vinculam a sociedade a certas regras de actuação”: neste sentido, v. CASSIANO DOS SANTOS, *Estrutura associativa e participação societária capitalística. Contrato de sociedade, estrutura societária e participação do sócio nas sociedades capitalísticas*, 2006, págs. 549-550).

<sup>28</sup> O CSC “normativiza” esses modelos nos arts. 191º, n.ºs 1 a 3, para as sociedades em nome colectivo; 470º, n.ºs 1 e 2, para as sociedades em comandita simples (que, por intermédio da remissão feita pelo art. 474º, partilha, subsidiariamente, das regras aplicáveis às sociedades em nome colectivo); 252º, n.ºs 1º a 3º (e 246º, n.º 2, al. b), e 270º-E, n.º 1, no que respeita à designação “deliberativa”, 253º, n.º 3, 2.ª parte, para as sociedades por quotas plurais e unipessoais (quanto a estas, ainda o art. 270º-G); e 390º, n.ºs 4 e 5, 391º, n.ºs 1º a 5º (e 373º, n.º 2), 392º, 393º e 394º, no caso dos administradores *comuns*, e 425º, n.ºs 1, 4 e 8, 426º, 437º, n.º 2, no caso dos administradores *executivos* (no sentido de titulares do “conselho de administração executivo”, formulação que utilizarei para os rotular: arts. 278º, n.º 1, al. c), 424º, ss; v. PEDRO MAIA, *Voto e corporate governance...* cit., volume I, 2009, n. (11) – págs. 33-34, COUTINHO DE ABREU, *Corporate governance em Portugal*, 2010, n. (26) – pág. 19), para as sociedades anónimas e as sociedades em comandita por acções (por via da norma remissiva do art. 478º), e, finalmente e ainda para estes últimos tipos de sociedades se constituídas «com apelo à subscrição pública»/«com o capital aberto ao investimento do público» (arts. 279º, ss; 7º, 13º, n.º 1, al. a), 108º, ss, 168º, do CVM), o art. 281º, n.º 7, al. b). Residualmente, v. o art. 83º, n.º 1 (relacionado em particular com o art. 252º, n.º 2, *in fine*) – nomeação por sócio com direito especial.

A esmagadora parte desses modelos traduzem designações *endógenas* à própria sociedade (a cargo de sócios e órgãos sociais); a nomeação judicial e a nomeação por parte do Estado ou entidade pública a ele equiparada por lei (por ex., a designação de administradores pelo Banco de Portugal e pelo Instituto de Seguros de Portugal para as «instituições de crédito» e para as «empresas de seguros» que se encontrem nas situações de gravidade excepcional previstas pela lei: respectivamente, arts. 143º do RGICSF e 117º do RJASegR) são designações *exógenas* de entidades alheias à sociedade.

Ao dizermos que a autonomia negocial não intervém, realço que ela não pode alterar as determinações legais imperativas, mas isso não implica que a autonomia dos interessados não pode intervir na designação de administradores *de acordo com a lei*, seja por via estatutária, seja por via da celebração de acordos parassociais. A título de confirmação, veja-se, para a sociedade por quotas, o art. 252º, n.º 2, 2.ª parte (complementado pelo art. 24º, n.ºs 1 e 5): «(...), se não estiver prevista no contrato [de sociedade] outra forma de designação» (por ex.: atribuição a um ou vários sócios o direito especial de designarem um ou vários gerentes: cfr. o n.º 1 do art. 83º), e, para a sociedade anónima e igualmente para a sociedade por quotas, o n.º 1 dos arts. 390º e 252º, que autoriza os estatutos a indicar o *número* de gerentes e administradores e – não me parece irrazoável, desde que não puramente arbitrário – os *requisitos de designação para sócios e estranhos à sociedade*, como qualificações académicas e obtenção de determinada formação profissional, currículo, experiência de trabalho e funções em certas actividades económicas, domicílio, etc. Sobre a validade das cláusulas que seleccionam os administradores em razão de determinadas qualidades e situações (matéria que não é consensual), v., entre nós, PEDRO MAIA, *ibid.*, pág. 66; para a designação dos membros do *Vorstand* pelo *Aufsichtsrat* na sociedade anónima alemã, CRISTOPH SEIBT, “§ 76 Leitung der Aktiengesellschaft”, in KARSTEN SCHMIDT/MARCUS LUTTER, *Aktiengesetz kommentar*, I. Band, §§ 1–149, 2008, pág. 883, *Rdn.* 25, UWE HÜFFER, *sub* § 76, pág. 397, *Rdn.* 26, e, para o *Geschäftsführer* na *GmbH*, REINHARD MARSCH-BARNER/HANS DIEKMANN, “Bestellung und Abberufung des Geschäftsführers”, *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrecht*, Band 3, *Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, 2009, pág. 822, *Rdn.* 13-14, DETLEF KLEINDIEK, “Erster Abschnitt. Errichtung der Gesellschaft. § 6. Geschäftsführer”, in MARCUS LUTTER/PETER HOMMELHOFF, *GmbH-Gesetz Kommentar*, 2009, pág. 259, ss, *Rdn.* 33, ss.

O estudo vai centrar-se nas sociedades de capitais (por quotas e anónimas: para a bondade da qualificação “capitalística”, por mim antes adoptada e agora reiterada, v. RICARDO COSTA, *A sociedade por quotas unipessoal no direito português. Contributo para o estudo do seu regime jurídico*, 2002, n. (201) – págs. 233-236). É vulgar esta opção em trabalhos desta natureza e as razões são por demais conhecidas – entre elas a mais sofisticada organização legal da programação das operações e actividades sociais, que levou a doutrina a referir-se a estas como “tipos sociais superiores” (PAOLO SPADA, *La tipicità della società*, 1974, pág. 218). Há que juntar um argumento adicional, que deriva de uma realidade inquestionável: a *organização* das sociedades de capitais – isto é, a distribuição de funções através da qual se conferem a determinados organismos os poderes necessários para formar a vontade da sociedade e para lhe dar execução – atinge um “maior desenvolvimento e estruturação”, quando comparada com “uma forma ainda rudimentar ou embrionária nas sociedades de pessoas” (FERRER CORREIA, *Lições...*, vol. II cit., pág. 319). O modelo de designação administrativa nas sociedades de pessoas assenta na regra da aquisição automática da qualidade de administrador (*rectius*, gerente) por mero efeito da condição de sócio (de responsabilidade ilimitada em face dos credores sociais, o que restringe a regra aos sócios comanditados nas sociedades em

disciplina das funções (poderes e deveres) dos administradores e gerentes tem como pressuposto que o sujeito administrador tenha sido regularmente investido da função, de acordo com as formas previstas na lei <sup>29</sup>, não bastando simplesmente que exerça em concreto as tarefas de administração e gestão da sociedade <sup>30</sup>. <sup>31</sup> Em princípio, só as pessoas regularmente nomeadas ou eleitas – logo, *autorizadas* a exercer as competências administrativas – apresentam a qualidade de administradores ou gerentes: são os *administradores de direito*.

Porém, se o poder(-*competência*) de administração e representação das sociedades não pode ser exercido senão pelos órgãos previstos na lei <sup>32</sup> (*rectius*, pelas pessoas constituintes desses órgãos) <sup>33</sup>, não é de todo pouco usual encontrarmos na

---

comandita). É esta, aliás, uma das marcas do carácter personalístico dessa subespécie “doutrinal” das sociedades comerciais (v. por todos COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II cit., págs. 67-68). Ora, perante a matriz do modelo – ainda que enriquecido supletivamente pelo ensejo de exclusão estatutária da assunção do cargo pelo sócio (art. 191º, n.º 1, 1.ª parte), pela possibilidade de ser deliberada por unanimidade a designação de não-sócios (191º, n.º 2), pela faculdade de o negócio constituinte estatuir que, sendo sócio uma pessoa colectiva, esta nomeie como gerente uma pessoa singular (não sócia, portanto: art. 191º, n.º 3), ou, nas sociedades em comandita, permitir a atribuição da gerência a sócios comanditários (art. 470º, n.º 1, 2.ª parte) –, afigura-se manifesto que, pelo menos para uma das vias possíveis de aparecimento do administrador de facto, justamente a que brota de *deformações no processo formativo de designação* dos administradores, a configuração e o relevo da administração de facto nas sociedades em nome colectivo e nas sociedades em comandita simples são claramente menos densos. Em pólo oposto, as formas de nomeação (e de substituição) dos administradores nas sociedades por quotas e nas sociedades anónimas prestam-se a uma maior *vulnerabilidade* ritual-procedimental.

<sup>29</sup> O substrato da investidura formal dos administradores, em rigor, não resultará apenas da observância da modalidade de designação prevista e admitida por lei ou pelo estatuto da sociedade. Nesse processo formal poderemos ainda incluir o elenco de *requisitos pessoais* tocantes à ausência de incapacidades e incompatibilidades originárias – capacidade jurídica plena (arts. 252º, n.º 1, 390º, n.º 3, 425º, n.º 6, al. d); v. *infra*, n. 830); inexistência de inibição decorrente de insolvência culposa (art. 189º, n.º 2, al. c), CIRE); inexistência de incompatibilidades (no CSC, v. art. 425º, n.º 6, als. a) a c); para mais incompatibilidades e impedimentos, societários e gerais, v. *infra*, ns. 831 e ss) – e a *publicitação* da designação (arts. 3º, n.º 1, al. m), 15º, n.ºs 1 e 2, 70º, n.º 1, CRCCom.).

<sup>30</sup> É a posição dos cépticos em admitir a chamada do regime do administrador para a esfera da administração de facto: v., por ex., ALESSANDRO NIGRO, “Sull’azione di responsabilità del curatore di società a responsabilità limitata fallita contro l’amministratore di fatto” (*Osservaz.* a Trib. Milano, 19 gennaio 1967), *Foro It.*, 1967, págs. 858-859.

<sup>31</sup> Veremos que há que distinguir entre essas duas faces do conjunto da administração em sentido amplo, uma vez que *gerir a empresa* explorada pela sociedade não esgota a função administrativa nem esta coincide na íntegra com aquela gestão – v. *infra*, Parte II, ponto 11.

<sup>32</sup> Por todos COUTINHO DE ABREU, *últ. ob. cit.*, pág. 57.

<sup>33</sup> Como consequência ainda do princípio da *taxatividade* dos tipos legais de sociedades comerciais (ou *tipologia taxativa*, como defendem PAULO CÂMARA, *Parassocialidade e transmissão de valores mobiliários*, 1996, pág. 313; ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Cláusulas do contrato de sociedade que limitam a transmissibilidade das acções. Sobre os arts. 328º e 329º do CSC*, 2006, págs. 41-42; e, ainda que como sucedâneo de *tipicidade taxativa*, CASSIANO DOS SANTOS, *Estrutura associativa...* cit., pág. 205; com referência a princípio de *tipicidade*, v. 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, 2011, sub art. 252º, pág. 735, anot. 5), que veda a faculdade de se adoptar uma regulamentação estatutária sobre a estrutura organizativa da sociedade que fosse

prática societário-comercial o exercício de funções de administração das sociedades *fora do âmbito da configuração formal do modelo(-instrumento) que a lei fornece* aos sujeitos habilitados para esse exercício. Da experiência da vida <sup>34</sup> e das decisões judiciais comprovamos a fertilidade desse exercício ferido no título e/ou na *legitimidade formal* e a urgência em clarificar a sua regulação.

Em grande parte, tais comportamentos (ou situações) bosquejam a inclinação gradual para a translação (ou até assunção) das funções de administração, ou pelo menos de uma parte delas, do órgão de administração desenhado pelo legislador para (e por) pessoas e centros de poder estranhos à estrutura formal do ente (*id est*, ao órgão competente) – neste sentido: *extra-institucionais* –, com a consequente alteração dos modelos fisiológicos de desenvolvimento da actuação colectiva <sup>35</sup>. Esta

---

incompatível com os tipos legais ou com o tipo legal assinalado nos estatutos sociais (característico de um sistema de *Typenzwang*), como seria a atribuição desse poder a órgão diferente do previsto imperativamente na lei, por ex. com “regras de organização, funcionamento e competência idênticas às previstas na lei” para o órgão de outro tipo social, ou a partilha desse poder com outro órgão, fora dos casos previstos legalmente: COUTINHO DE ABREU, *últ. ob. cit.*, pág. 75. Mas isso não obsta a ver nos tipos de sociedades comerciais um claro exemplo de um “tipo aberto”: “respeitando-se embora o modelo legal, há ainda um amplo campo para a fixação pelas partes de aspectos juridicamente relevantes”; “o carácter aberto do tipo não é incompatível com a vigência de um *numerus clausus*: este exige que se respeitem as formas de sociedades estabelecidas por lei, mas não exclui que, nos quadros de uma forma legal, se estabeleçam afastamentos das regras supletivas” – OLIVEIRA ASCENSÃO, *A tipicidade dos direitos reais*, 1968, págs. 61 e ss, em esp. 64.

Sobre o importante tema, v., entre muitos outros (mas alguns destes correspondem à dogmática clássica de referência), OTTMAR KUHN, *Strohmanngründung bei Kapitalgesellschaften*, 1964, págs. 36-37, 185-186 (e *passim*), ARNOLD KOLLER, *Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht*, 1967, págs. 85 e ss, 96 e ss, 113 e ss, 135 e ss, HARM PETER WESTERMANN, *Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaft*, 1970, págs. 112 e ss (com recorte conclusivo na pág. 122), PAOLO SPADA, *La tipicità della società cit.*, págs. 1 e ss, 6 e ss (em esp. 18-20), e n. (33) – págs. 20-21 (e *passim*), LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *La atipicidad en derecho de sociedades*, 1977, págs. 78 e ss, 213 e ss, 235 e ss, JUSTINO DUQUE DOMÍNGUEZ, “Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas”, *Derecho de sociedades anónimas*, I, *La fundación*, Estudios coordinados por Alberto Alonso Ureba [et alii], 1991, págs. 92 e ss. Entre nós, mais desenvolvidamente, COUTINHO DE ABREU, *ibid.*, págs. 72 e ss, CASSIANO DOS SANTOS, *ibid.*, págs. 203 e ss, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “Contrato de sociedade: vícios e invalidade”, *BFD*, 2010, págs. 126 e ss.

Tal como já aflorei *supra*, n. 27, é aceite, agora em geral, que a tipicidade taxativa ou a tipologia legal das sociedades comerciais persegue um objectivo de segurança jurídica, protecção da confiança e transparência nos esquemas predispostos para a constituição e ordenação das sociedades (uma vez que transcende a esfera jurídico-pessoal dos intervenientes), desde logo por se orientar para a tutela dos interesses dos sócios individualmente ponderados e dos terceiros em cujas esferas jurídicas se produzirão efeitos nas relações travadas com as sociedades (nomeadamente os seus credores potenciais): v. ARNOLD KOLLER, pág. 98, HARM PETER WESTERMANN, *ibid.*, págs. 125 e ss, LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *ibid.*, págs. 85 e ss, 201-202.

<sup>34</sup> JEAN-MARIE MACQUERON, *La notion de dirigeant de fait (Étude de la jurisprudence française de ses origins à 1981)*, 1982, pág. 4, chega a aludir mesmo (talvez exageradamente) a “uma realidade económica quotidiana”.

<sup>35</sup> Cfr. GIUSEPPE SBISÀ, “Patti parasociali e responsabilità degli amministratori”, *CI*, 1996, pág. 448 (“Na realidade actual assiste-se ao multiplicar de pólos decisórios estranhos à estrutura típica da sociedade”); NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, 1998, pág. 1, seguido por

*irregularidade*, caracterizada pela “inobservância da normatividade reguladora da administração social”<sup>36</sup>, é mais um reflexo da dissociação entre a *norma legal*

JOSÉ LUIZ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho de las sociedades*, 2002, págs. 22-23, 29, e NURIA LATORRE CHINER, “El administrador de hecho en las sociedades de capital”, *Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado. I Congreso argentino-español de derecho mercantil*, 2003, pág. 971.

Na realidade, Abriani vincula a figura do administrador de facto ao fenómeno da progressiva *difusão do poder da empresa* fora das fronteiras formais indicadas pelo modelo legal das sociedades de capitais, adoptando, dessa maneira, a “feliz expressão” de PAOLO MONTALENTI, “La traslazione dei poteri di gestione nei gruppi di società”, *CI*, 1987, págs. 436 e ss, em esp. pág. 440. Neste estudo, analisa-se, no seio dos grupos de sociedades, a coordenação e a racionalização da função gestória mediante a atribuição convencional (com os denominados *management contracts* ou *agreements*) de poderes de gestão pelos órgãos de administração a sociedades controladas, em regra totalitariamente, pela sociedade-mãe ou pela própria sociedade administrada, nomeadamente para o desempenho por conta daquela de funções técnicas da gestão diária (*day-to-day management*).

Também neste filão explicativo se encontra o chamado “descentramento organizativo” das sociedades (sobretudo nas de dimensões apreciáveis), enquanto fórmula agregadora da repartição de tarefas e da distribuição de poderes administrativos em prestadores de “trabalho gestório” não-administradores (para o efeito, agentes “extra-orgânicos”: directores ou “dirigentes”, procuradores ou mandatários, trabalhadores assalariados, etc.): FABRIZIO GUERRERA, *Illecito e responsabilità nelle organizzazione collettive*, 1991, págs. 383 e ss, em esp. 385. Serão esses agentes (e colaboradores) que protagonizam um *controlo sobre a empresa social* (em contraponto ao controlo da ou sobre a sociedade) – GUIDO ROSSI, *Persona giuridica, proprietà e rischio d'impresa*, 1967, págs. 121-122 – e que, de acordo com doutrina precedente de pendor institucionalista, até dariam lugar a um *órgão* da empresa social (GIUSEPPE FANELLI, *La delega di potere amministrativo nella società per azioni*, 1952, n. (26) – págs. 27-28). Muito próximo se coloca, em Espanha, JAVIER JUSTE MENCÍA, “En torno a la aplicación del régimen de responsabilidad de los administradores al apoderado general de la sociedad. Nota a las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1998 y 7 junio de 1999 y de la Audiencia Provincial de Valencia de 27 de septiembre de 1999”, *RdS*, 2000, pág. 455, que destaca, a propósito dos poderes administrativos atribuídos ao “director geral” das sociedades, uma “deslocação do centro de decisão empresarial, a partir do lugar de onde a lei teoricamente o situa, também no plano da responsabilidade, para outros postos administrativos”. Em França, este mesmo enquadramento surge na explicação da administração de facto – “a realidade do poder no seio da empresa não se deixa enclausurar na grelha de análise civilista do mandato social”; “a dicotomia tayloriana entre aqueles que comandam e aqueles que executam é hoje, mais do que nunca, uma visão deformada, estranha à vida das empresas, grandes ou pequenas”: CLAUDE CHAMPAUD/DIDIER DANET, “Sociétés et autres groupements. Dirigeant de fait. Contrat de travail, Absence de lien de subordination – Versailles, 8 févr. 1994 (15<sup>e</sup> ch.)”, *Rev. trim. dr. comm.*, 1994, pág. 280; especialmente nas grandes “empresas”, são inúmeros aqueles que participam directa ou indirectamente na gestão comercial ou financeira e que exercem, mais ou menos, funções de autoridade: JEAN-LOUIS RIVES-LANGE, “La notion de dirigeant de fait au sens de l'article 99 de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens”, *Rec. Dalloz*, 1975, pág. 42. Esta é uma observação comum nos EUA, nomeadamente para a *publicly held corporation*: por todos, ROBERT HAMILTON, *Cases and materials on corporations, including partnerships and limited liability companies*, 2001, págs. 644-645. Entre nós, v. neste encaixe COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., págs. 43-44, quando destaca a possibilidade e a necessidade prática (sobretudo nas sociedades de grandes dimensões) de os administradores delegarem em não-administradores o exercício dos poderes de gestão de que são titulares (trabalhadores assalariados, mandatários ou procuradores, empresários, singulares ou colectivos, a quem são confiadas funções auxiliares na sociedade, sociedades outorgantes daqueles “contratos de gestão de empresa”). Voltaremos ao ponto, *supra*, Parte III, ponto 11.2.1.

<sup>36</sup> NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, 2003, pág. 18.

A literatura (mesmo quando trata em particular da administração fáctica) realça que as situações ou relações de facto são precisamente aquelas cuja irregularidade advém de não serem estabelecidas ou geradas de acordo com as regras estabelecidas pela lei para as situações de direito de que são derivadas ou próximas, logo, *não autorizadas*: cfr. GÉRARD NOTTÉ, *Les dirigeants de fait des personnes morales de droit privé*, 1978, pág. 2, LAURENT LEVENEUR, *Situations de fait et droit privé*, 1990, pág. 3, CLAUDE

enquanto *modelo* ou *estalo*, que ampara o nascimento e o desenvolvimento das relações, das situações e das posições jurídicas – e, com essa norma, do ou dos princípios societários através dos quais se estruturam e ordenam a organização das actividades económicas –, e a existência de *relações* ou *situações de facto* surgidas *fora dos muros* do sistema legal – e que por este não podem ser simplesmente rejeitadas ou desconhecidas –, propícias à evicção das sujeições (inderrogáveis) da lei <sup>37</sup>. Se um sujeito exerce aquelas funções *sem estar regularmente investido(-designado) por alguns daqueles modelos para desempenhar os poderes correspondentes a tais funções*, então, numa primeira aproximação, encontramos um administrador “*de facto*”. <sup>38-39</sup>

---

CHAMPAUD/DIDIER DANET, “Sociétés et autres groupements. Gérant de SARL. Article 52 de la loi du 24 juillet 1966. Gérant de fait. Non application. Irresponsabilité de droit du gérant de fait – Paris, 3<sup>e</sup> ch. B, 17 oct. 1991”, *Rev. trim. dr. comm.*, 1992, pág. 396, ROBERT WEIMAR, “Grundprobleme und offene Fragen um den faktischen GmbH-Geschäftsführer (I)”, *GmbHR*, 1997, pág. 473.

<sup>37</sup> Neste sentido, v., significativamente, OLIVARES JAMES, “El torno a los administradores de hecho en la sociedad anónima”, *AAMN*, 1978, pág. 270; GÉRARD NOTTÉ, *Les dirigeants de fait...* cit., págs. 60 e ss; CLAUDE CHAMPAUD/DIDIER DANET, “Sociétés et autres groupements. Gérant de SARL. Article 52 de la loi du 24 juillet 1966. Gérant de fait...”, *loc. cit.*, pág. 396, ID., “Sociétés et autres groupements. Dirigeant de fait. Définition – CA Versailles, 13<sup>e</sup> ch., 6 avr. 1998”, *Rev. trim. dr. comm.*, 1998, pág. 861.

<sup>38</sup> E nesta “primeira aproximação” encontramos o primeiro risco da figura: iludir essas normas inderrogáveis em sede de designação do administrador e de relevo do momento genético da relação orgânica com a sociedade – v. FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, pág. 168, PAOLA FERRARI BRAVO, “Gli amministratori”, *Le società di capitali*, a cura di Giorgio Schiano di Pepe, 1999, pág. 466, ALDO SCHERMI, “Annotazioni sull’amministratore di fatto...”, *loc. cit.*, págs. 81-82 – e caucionar um importante desvio (ou deformação) aos princípios legais de organização e de relacionamentos de poder no âmbito da sociedade – neste sentido, para o direito suíço, PIERRE-OLIVIER GEHRIGER, *Faktische Organe im Gesellschaftsrecht. Unter Berücksichtigung der strafrechtlichen Folgen*, 1979, pág. 27. Relacionando essa dissociação na génese da *direction de fait* com as insuficiências da função de fiscalização a cargo dos órgãos respectivos no seio das sociedades, v. GÉRARD NOTTÉ, *Les dirigeants de fait...* cit., págs. 157-158 – veja-se, no direito português, que tal órgão não existe (tipicamente) nas sociedades em nome colectivo e nas sociedades em comandita simples e não tem que existir sempre conselho fiscal ou fiscal único nas sociedades por quotas (arts. 262<sup>o</sup>, 413<sup>o</sup>, n.º 1, al. a)).

Seja como for, não é de todo este o momento para me abalançar em concretizar mais uma *noção* do sujeito(-problema) que ocupará a investigação. Oportunidades haverá para ela – melhor, *parcelas* dela – nos aparecer como preocupação central. Entretanto, recorro que não é este o primeiro ensejo com que me confronto com a inevitabilidade de traçar um “reconhecimento mínimo” da figura. E até avancei com uma primeira definição, fundamentalmente apropriada à compreensão da personagem em sede de SQU, isto é, num quadro de domínio do sócio único sobre a gerência da sociedade unipessoal: “aquele que, não obstante não ter sido designado formalmente para o competente órgão social, participa em concreto na gestão social e influencia contínua e sistematicamente os processos decisórios e próprios dos gerentes legítimos” (RICARDO COSTA, *A sociedade por quotas unipessoal...* cit., n. (951) – pág. 718).

<sup>39</sup> Não resisto a fazer uma observação adicional. Assim como MARIO STELLA RICHTER Jr., “*Trasferimento del controllo*” e *rapporti tra soci*, 1996, págs. 3-5, sustentou para as locuções “transferência”, “cessão”, “aquisição” do “controle”, da “participação de controle” ou do “pacote de controle” de uma sociedade, também “administração de facto” designa mais do que a procura de um *instituto*, antes uma *área problemática*, pois nela se evoca e levanta uma *série de problemas*.

Muito do discurso posterior poderá acentuar, para alguma doutrina, a impropriedade e (até) equivocidade da expressão “administrador de facto”. Em particular, alguns afirmam que a única espessura colocada pela figura se esgota na responsabilidade civil de quem se intrometa na gestão da sociedade como se fosse administrador. Logo, não se procura – nem se poderia – equiparar o administrador de facto ao administrador de direito e qualificá-lo enquanto tal. Bastaria enquadrar os efeitos do exercício de certos poderes. A ser assim, melhor seria referir-mo-nos a “responsável de facto pela administração”<sup>40</sup>, tanto mais que, independentemente dos diversos instrumentos técnicos prefigurados pelos estudiosos e pelos decisores para *envolver* a administração de facto, ressalta sempre uma preocupação essencial. E essa é justamente a de evitar que o defeito ou o vício da investidura formal constitua o meio, talvez preordenado, através do qual aquele que efectivamente gere os negócios sociais consiga subtrair-se à aplicação das severas regras com que a lei disciplina a responsabilidade dos administradores. Mais do que isso. A tradicional dificuldade em (re)construir a génese do encargo administrativo (com a natureza particular de estar destinado a “durar” no tempo e de se preencher de conteúdos variavelmente ligados ao interesse da sociedade administrada) e justificar os (respectivos) reflexos no plano organizativo da sociedade fez, portanto, que o tema do administrador de facto coincidissem prevalentemente ou exclusivamente com o *determinar-lhe e sancionar-lhe a responsabilidade*. Por outras palavras, apenas existiria *um problema* de responsabilidade a cargo de quem, de facto, se tenha imiscuído na gestão como se fosse administrador<sup>41</sup>.

---

<sup>40</sup> MICHELLE MOZARELLI, “Amministratori di fatto: fine di una contesa”, *Giur. comm.*, 2001, pág. 574, n. (55) – pág. 577, que não nega, porém, a “formidável força evocativa” da fórmula tradicional.

<sup>41</sup> Assim fora sentenciado por GASTONE COTTINO, *Le società. Diritto commerciale*, vol. I, tomo 2, 1999, pág. 411 (no seguimento das edições anteriores), que afirmava mesmo que “não existe o administrador de facto”, pois a relação de administração implicaria sempre uma investidura formal do acto constitutivo ou da assembleia; seguido por CESARE SILVETTI/GINO CAVALLI, *Le società per azioni*, Tomo II, *Gli organi e il controllo giudiziario*, 1983, pág. 274, VINCENZO FERRO, “Responsabilità dell’amministratore di fatto”, *Fall.*, 1996, pág. 910, PAOLO CECCHI, *Gli amministratori di società di capitali*, 1999, pág. 687, DARIO LATELLA, “I cosiddetti rapporti contrattuali di fatto”, *LEXfor*, Lezione di Diritto Civile, 2000, pág. 3, MICHELLE MOZARELLI, pág. 574. Mais tarde, Cottino, em *Diritto societario*, Quinta edizione del *Diritto Commerciale*, vol. I, tomo 2, 2006, pág. 389, admitia já que era “controverso” que se pudesse admitir a figura, nomeadamente perante as “fortes reservas” em fazer a *passagem* de um problema de responsabilidade para uma equiparação entre o administrador de facto e o administrador que age na base de uma investidura formal do acto constitutivo ou da assembleia.

Em sentido análogo encontrei, na Alemanha, WOLFGANG ZÖLLNER/ULRICH NOACK, “Abschnitt Drei. Vertretung und Geschäftsführung”, in ADOLF BAUMBACH/ALFRED HUECK, *GmbH-Gesetz: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, 2010, sub § 43, pág. 879-880, Rdn. 3, para quem uma figura jurídica homogênea de “administrador de facto” não existe, ainda que possa ser chamada para a resolução de *problemas concretos de aplicação de normas*, como a da responsabilidade orgânica dos administradores, e, em França, NATHALIE DEDESSUS-LE-MOUSTIER, “La responsabilité du dirigeant de fait”, *Rev. Soc.*, 1997, pág. 511 (“as consequências ligadas a esta qualificação têm como único objecto comprometer a responsabilidade do administrador de facto em razão da sua actividade”). Em Inglaterra, esta compreensão contamina redutoramente a própria definição da figura que alguma doutrina lhe imputa:

Em bom rigor, porém, a figura surge como primeira descrição para preservar a vinculação da sociedade no que toca aos negócios celebrados por quem não estava intitulado para o fazer, sanando o defeito na designação do sujeito que actua em nome da sociedade: esta é a conclusão da investigação comparatística empreendida. Seja nos EUA – onde se encontra a origem do *de facto director* no início do século XIX –, seja (ainda que menos acentuadamente) em Inglaterra – que ao *de facto director* se refere três décadas antes do final do mesmo século –, a doutrina dos *de facto directors* fundou-se, em casos de *necessidade* (*score of necessity*), no interesse público de assegurar a eficácia em relação a terceiros (*em princípio, desconhecedores da situação*) dos actos daqueles que actuam como administradores formais, ainda que a sua designação sofresse vícios ou fosse, pura e simplesmente, inexistente ou já extinta<sup>42</sup>.

A expressão (enquanto tal), decorrido todo este tempo, não é combatida e mantê-la-ei como a designação preferencial, consagrada que está por um uso que tem dois séculos. Compreende-se. Em geral, é tendência antiga juntar a locução “de facto” ao termo típico que caracteriza o instituto objecto de *deformação*, disciplinado pela lei, precisamente para identificar fenómenos que, se lembram a situação de direito correlativa, não se identificam com ela, todavia, por lhes *faltar um elemento ou pressuposto da sua constituição ou por apresentarem um qualquer vício genético ou funcional*. Nestes termos omitem o cumprimento das formalidades, substanciais ou de controlo, em hipóteses previstas pela lei para o instituto típico; essa omissão dá-lhes a etiqueta de *fattispecie* imperfeita<sup>43</sup>, como é a administração de facto das sociedades comerciais.

\*

No nosso particular, como já dei conta, a cunhagem pioneira da denominação clássica encontra-se no hemisfério anglo-americano. O mais longe que almejei recuar na

---

“alguém que assumiu o estatuto e funções de um administrador social *de tal modo que o torna responsável como se fosse um administrador de iure*” (BRENDA HANNIGAN, *Company law*, 2003, pág. 139, destaquei).

<sup>42</sup> Sobre este escopo do “*de facto director principle*” ou “*rule*”, que se afastaria das questões de “*internal management*”, v., entre outros (para os EUA), GEORGE W. FIELD, *A treatise on the law of private corporations*, 1877, pág. 198, VICTOR MORAWETZ, *A treatise on the law of private corporations*, vol. II, 1886, págs. 604-605, ARTHUR W. MACHEN, Jr., *A treatise on the modern law of corporations (with reference to formation and operation under general laws)*, volume II, 1908, pág. 1224, WILLIAM L. CLARK, Jr., *Handbook of the law of private corporations*, by I. Maurice Wormser, 1916, pág. 611, COLOMBIA LAW REVIEW, “*Doctrine of the facto directors*”, 1916, págs. 404-405, 407, HOWARD SPELLMAN, *A treatise on the principles of law governing corporate directors*, Prentice-Hall, 1931, págs. 20-21, WILLIAM GRANGE, *Corporation law for officers and directors. A guide to correct procedure*, 1935, págs. 376-377. Mais recentemente, a conclusão é a mesma: LAURA HUNTER DIETZ [et alii], *American jurisprudence – A modern comprehensive text statement of american law*, volume 18B, *Corporations*, 2004, pág. 257: “A *de-facto director doctrine* foi erguida para se aplicar a terceiros que contratam com a sociedade e desconhecem o verdadeiro *status* do administrador de facto”; FRANCIS C. AMENDOLA [et alii], *Corpus Juris Secundum – A contemporary statement of american law*, volume 19, 2007, pág. 45.

<sup>43</sup> V. VINCENZO FRANCESCHELLI, *I rapporti di fatto. Ricostruzione della fattispecie e teoria generale*, 1984, págs. 9-10, 211-213, 216.



busca da fórmula *de facto director* foi na jurisdição dos EUA. Os primeiros casos reflectem a aplicação da doutrina dos “funcionários públicos fácticos” (*de facto public officers*) aos administradores, colaboradores e funcionários das sociedades <sup>44</sup>, de tal modo que os actos societários (*corporate*) que fossem irregulares por não corresponderem aos ditames jurídicos de nomeação válida de tais sujeitos ou tal nomeação estivesse caduca pelo decurso do tempo ou extinta seriam “validados” na esfera de poderes que lhes estavam atribuídos (ainda que essa importação fosse afastada em casos de usurpação ou de instalação no cargo por sua própria vontade, sem qualquer aquiescência ou indução da sociedade, pois só estas traduziriam uma espécie de presunção de uma eleição válida); os seus actos e negócios vinculavam a sociedade como se fossem *de jure directors*. Aliás, os administradores também eram denominados na categoria de *de facto officers*, justamente porque as regras construídas judicativamente aplicavam-se indiferentemente a todas as funções administrativas. <sup>45</sup>

Elucidativa e, aparentemente, cabouqueira foi a pronúncia em *Baird against Bank of Washington*, do **Supreme Court of Pennsylvania**, de **13 de Setembro de 1824**, em que um administrador de um banco nomeado invalidamente (eleição para uma vaga feita por uma minoria dos treze administradores) contou depois, como *officer de facto*, para a maioria de administradores necessários para tornar válida e eficaz a aceitação de uma garantia de um devedor <sup>46</sup>.

---

<sup>44</sup> Algumas das decisões mais citadas qualificaram como *de facto officer* quem actuou como juiz à luz do reconhecimento público e de autoridade em *policy court*: casos *Flavius A. Brown vs John O’Connell*, do **Supreme Court of Errors of Connecticut, Hartford and Tolland**, em **Fevereiro de 1870** (in [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com) [1870 *Conn. Lexis* 18; originalmente: 36 *Conn.* 432]); *The State vs Anthony Carrol*, do **Supreme Court of Errors of Connecticut, New Haven and Middlesex**, em **Setembro de 1871** (in [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com) [1871 *Conn. Lexis* 59; originalmente: 38 *Conn.* 449]), sendo este o mais citado nas decisões proferidas durante o séc. XX.

Outras relevantes: *James Hamilton vs Frank Kassafer et al.*, do **Supreme Court of Oregon**, de **28 de Novembro de 1887** (in [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com) [1887 *Ore. Lexis* 104; originalmente: 15 *Ore.* 456]); *August Herbst, Sr., et al. vs G. E. Held et al.*, do **Supreme Court of Iowa, des Moines**, de **Outubro de 1922** (in [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com) [1922 *Iowa Sup. Lexis* 449; originalmente: 194 *Iowa* 679; 190 *N.W.* 153]).

<sup>45</sup> V., sempre com abundante jurisprudência, JOSEPH ANGEL/SAMUEL AMES, *Treatise on the law of private corporations aggregate*, 1855, págs. 318-319, 321, HENRY TAYLOR, *A treatise on the law of private corporations, having capital stock*, 1884, págs. 127 e ss, CHARLES FISK BEACH, Jr., *Commentaries on the law of private corporations, whether with or without capital stock, also of joint-stock companies*, vol. I, 1891, págs. 389-390, CHARLES ELLIOT, *A treatise on the law of private corporations*, 1900, págs. 581-582, WILLIAM L. CLARK/WILLIAM L. MARSHALL, *A treatise on the law of private corporations*, vol. III, 1901, págs. 2305 e ss, ARTHUR MACHEN, Jr., págs. 1224 e ss, 1229-1231, COLUMBIA LAW REVIEW, “*Doctrine of the facto directores*” cit., págs. 405 e ss, WILLIAM COOK, *A treatise on the law of corporations having a capital stock*, 1923, págs. 2933 e ss, HOWARD SPELLMAN, págs. 21-22, WILLIAM GRANJE, pág. 377, HENRY BALLANTINE, *Ballantine on Corporations*, 1946, pág. 150. Mais próximo, por todos, WILLIAM MEADE FLETCHER, *Fletcher Cyclopedia of the law of private corporations*, volume 2, revised by Victoria A. Braucher, Thomas Evans and Gail A. O’Gradney, 1998, págs. 210-211.

<sup>46</sup> In [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com) (1824 *Pa. Lexis* 86; originalmente: 11 *Serg. & Rawle* 411).

Expressamente favoráveis, pois reveladora de um princípio de tutela de terceiros, “*who had a previous right to the act, or had paid a valuable consideration for it*”, v., por todos, JOSEPH ANGEL/SAMUEL AMES, págs. 319-320.

Os arestos posteriores confirmaram a inoponibilidade dos actos de quem apresentasse irregularidades ou omissão da nomeação ou caducidade ou extinção dessa mesma nomeação-título mas actuasse “*under claim and color of right*” (*colorable right*) e gozasse, portanto, de reputação como *director* ou *officer* junto de terceiros e do público em geral, ainda que não o fosse – ou já não o fosse – “*in point of law*”<sup>47</sup>. De entre a variada e constante jurisprudência, destaco: *The trustees of Vernon Society vs Jesse Hills*, do **Supreme Court of Judicature of New York**, de **Agosto de 1826**<sup>48</sup>; *Mccall against The Byram Manufacturing Company*, do **Supreme Court of Errors of Connecticut**, de **Junho de 1827** (para um “*de facto secretary*”) <sup>49</sup>; *Atlantic, Tennessee and Ohio Railroad Company a. WM. Johnston and others*, do **Supreme Court of North Carolina**, de **Janeiro de 1848**<sup>50</sup>; *Henry t. Hall, et al., vs Edward Carey*, do **Supreme Court of Georgia**, de **Julho de 1848**<sup>51</sup>; *Thorington vs Gould*, do **Supreme Court of Alabama**, de **Dezembro de 1877**<sup>52</sup>; *Anglo-Californian Bank vs Mahoney Min. Co.*, do **Circuit Court do District of California**, em **26 de Setembro de 1878**<sup>53</sup>, confirmado, sob a descrição *Mining Company vs Anglo-Californian Bank*, no **Supreme Court of the United States** em **Outubro de 1881**<sup>54</sup> – tratava-se da actuação de administradores respeitante a operações bancárias depois de ser declarada judicialmente a invalidade da sua designação (e a sua remoção do cargo) mas antes de ser registada pelo “*clerk of the court*”; *The Mechanicals National Bank of Newark vs The H. C. Burnet Manufacturing Company and William S. Squier*, do **Court of Chancery of New Jersey**, de **Fevereiro de 1880**<sup>55</sup>; *Zearfoss v. Farmers & Mechanics Institute of Northampton County/Richards vs Same*, em decisão de **20 de Março de 1893**

---

<sup>47</sup> Assumindo a falta dos requisitos de notoriedade no exercício dos negócios sociais e/ou o carácter usurpador da actuação, negou-se a qualidade fáctica em algumas decisões: a título exemplificativo, v. *The Litchfield Iron Company vs Bennett et al.*, do **Supreme Court of Judicature of New York**, de **Maió de 1827** (in [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com) [1827 N.Y. Lexis 149; originalmente: 7 Cow. 234]); *Johnston and others vs Jones and others*, do **Court of Chancery of New Jersey**, de **Outubro de 1872** (in [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com) [1872 N.J. Ch. Lexis 1; originalmente: 23 N.J. Eq. 216]); *Orr Water Ditch Company vs Reno Water Company*, do **Supreme Court of Nevada**, em **Maió de 1882** (in [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com) [1882 Nev. Lexis 28; originalmente: 17 Nev. 166; 30 P. 695]); *Re Campbell County Hardware Co.*, do **District Court, E. D. Tennessee**, de **19 de Novembro de 1924** (in *F.2d*, 1927, pág. 78, ss). Para uma decisão infirmando a validade dos actos praticados por administradores de facto nas relações internas com “*stockholders*” – ou seja, fugindo à regra de protecção dos interesses de terceiros –, na medida em que destruíam ou afectavam os seus direitos ou lhes impunham responsabilidades (no caso, a exigência de “*payment of subscriptions to the capital stock*”), v. *Moses vs Tompkins; Moses vs Woodson*, do **Supreme Court of Alabama** em **Dezembro de 1887** (in [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com) [1887 Ala. Lexis 289; originalmente: 84 Ala. 613; 4 So. 673]).

<sup>48</sup> In [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com) [1826 N.Y. Lexis 4; originalmente: 6 Cow. 23].

<sup>49</sup> In [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com) [1827 Conn. Lexis 17; originalmente: 6 Conn. 428].

<sup>50</sup> In [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com) [1848 N.C. Lexis 197; originalmente: 70 N.C. 348].

<sup>51</sup> In [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com) [1849 Ga. Lexis 88; originalmente: 5 Ga. 239].

<sup>52</sup> In [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com) [1877 Ala. Lexis 128; originalmente: 59 Ala. 461].

<sup>53</sup> In *Fed. Cas.*, 1984, Book 1, pág. 919, ss.

<sup>54</sup> In *U. S. Reports*, 1890, Vol. XIV, pág. 192, ss.

<sup>55</sup> In [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com) [1880 N.J. Ch. Lexis 153; originalmente: 32 N.J. Eq. 236].

do **Supreme Court of Pennsylvania** <sup>56</sup>; *A. L. Stetson vs The Northern Investment Company et al.*, do **Supreme Court of Iowa, des Moines**, de **Janeiro de 1898** <sup>57</sup>; *Werle vs Northwestern Flint & Sandpaper Company and others*, do **Supreme Court of Wisconsin**, de **3 de Outubro de 1905** <sup>58</sup>; *Anna Hachemeister et al. vs George F. Trommer et al.*, no **Court of Appeals of New York**, de **9 de Janeiro de 1912** <sup>59</sup>; *Consumers Salt Company et al. vs J. R. Riggins*, do **Supreme Court of California**, de **4 de Dezembro de 1929** <sup>60</sup>; *Rutherford vs Watson*, em **28 de Maio de 1932** pelo **Court of Civil Appeals of Texas** <sup>61</sup>.

\*\*

Em Inglaterra, o berço terá sido, antes do último quartel do século XIX, a decisão respeitante à **Court of Appeal in Chancery** (em recurso da decisão do *Master of the Rolls* do **Chancery Court**), em *Re County Life Assurance Company*, de **28 de Janeiro de 1870** <sup>62</sup>. Em causa a subscrição de uma apólice de seguro por três sujeitos que não tinham sido nomeados (“*legally appointed*”) administradores da sociedade seguradora – entre eles, o “*managing director*” e um sócio –, não obstante a anterior deliberação dos administradores nomeados de a sociedade não prosseguir a sua actividade (sem que promovessem a sua extinção). Sumariou o tribunal: “*A stranger effected a policy at the company’s office, which was signed by three of the de facto directors, and sealed with what purported to be the company’s seal*”. E decidiu “*that the policy was binding on the company*”.

Podemos depois ver a figura empregue nas decisões proferidas em *Mahony (Public Officer of National Bank of Ireland) vs East Holyford Mining Co., Ltd.*, da **House of Lords**, de **12 de Julho de 1875** <sup>63</sup>, em *Pulbrook vs Richmond Consolidated Mining Company*, da **Chancery Division** do **High Court of Justice**, de **6 de Agosto de 1878** <sup>64</sup>, e em *Re Canadian Land Reclaiming and Colonizing Company. Coventry and Dixon’s Case*, da mesma **Chancery Division** e do **Court of Appeal** do **High Court of Justice**, de, respectivamente, **29 de Janeiro e 24 de Abril de 1880** <sup>65, 66</sup>.

A primeira denominou como *de facto directors* as três pessoas que ocuparam o lugar de administradores de uma sociedade, duas delas sendo sócios, sem qualquer acto de nomeação promovido pelos subscritores iniciais da sociedade (como previsto pelos

---

<sup>56</sup> In *www.lexisnexis.com* (1893 Pa. Lexis 911; originalmente: 154 Pa. 449; 26 A. 210).

<sup>57</sup> In *www.lexisnexis.com* (1898 Iowa Sup. Lexis 335; originalmente: 104 Iowa 393; 73 N.W. 869).

<sup>58</sup> In *www.lexisnexis.com* (1905 Wisc. Lexis 191; originalmente: 125 Wis. 534; 104 N.W. 743).

<sup>59</sup> In *www.lexisnexis.com* (1912 N.Y. Lexis 741; originalmente: 204 N.Y. 30; 97 N.E. 593).

<sup>60</sup> In *www.lexisnexis.com* (1929 Cal. Lexis 423; originalmente: 208 Cal. 537; 282 P. 954).

<sup>61</sup> In *S.W.2d*, 1932, volume 52, pág. 85, ss, em esp. 90.

<sup>62</sup> In *Ch. App.*, vol. V, 1870 (?), pág. 288, ss.

<sup>63</sup> In *All E. R. Rep. 1874-1880*, 1964, pág. 427, ss.

<sup>64</sup> In *Law Rep. Ch. D.*, vol. IX, 1878, pág. 610, ss.

<sup>65</sup> In *Law Rep. Ch. D.*, vol. XIV, 1880, pág. 660, ss.

<sup>66</sup> Note-se que a expressão é usada na segunda e terceira sentenças por George Jessel, o juiz (*Master of the Rolls*) titular da **Chancery Division** em ambos os processos.

estatutos). O caso relata os pagamentos feitos através da conta bancária da sociedade mediante o saque de cheques pelos administradores de facto, que, por sua vez, foram pagos pelo banco a favor da sociedade na medida em que acreditara que quem assinara os cheques eram administradores devidamente nomeados – “[...] actuaram como administradores da sociedade e mais ninguém protestara ou reclamara agir como administrador (...)”, sem que os restantes sócios “de alguma forma tenham repudiado os seus actos ou discordado de eles ocuparem a posição que assumiram” e sem que alguém, tendo eles assumido, “com exclusão de todos os outros, as funções executivas da sociedade”, tivesse lidado com qualquer outra pessoa ou “questionado a sua autoridade”<sup>67</sup>.

A segunda persistiu em crismar aquele que é “impropriamente eleito” como *de facto director*: a este propósito, não se julgou existir qualquer falha nas condições de eleição de Mr. Pulbrook que lhe retirasse a legitimidade para processar os outros administradores sociais com o fim de os impedir de o excluir da administração.

As últimas duas trouxeram discursos inovadores na matéria da responsabilidade. Nelas verificou-se que, no processo de liquidação (*winding up*) da sociedade <sup>68</sup>, o liquidatário pediu que dois sujeitos (Coventry e Dixon) – que foram nomeados pelo *board of directors*, aceitaram a nomeação e participaram em todas as suas reuniões – fossem condenados a, em alternativa, contribuir para os bens da sociedade no valor das acções que deviam ter adquirido (em concreto, 100) para, de acordo com os estatutos, terem sido eleitos como *directors* ou pagar uma compensação pela violação (*misfeasance*) da cláusula estatutária que exigia a qualidade de accionista para se qualificarem como administradores. Para este último efeito, discutiu-se se Coventry e Dixon, não tendo sido “adequadamente eleitos” e, por isso, não sendo *de iure directors*, poderiam ser considerados *directors* à luz da sec. 165 do *Companies Act* de 1862, cuja aplicação permitiria condená-los por *misfeasance* para com a sociedade. O **High Court** respondeu afirmativamente à possibilidade de responsabilizar por acção ou por omissão o *de facto director* do mesmo modo e com a mesma extensão como se fossem *de iure directors* e enunciou pela primeira vez que à pessoa que assumia a actuação como administrador e

---

<sup>67</sup> Cfr. *All E. R. Rep. 1874-1880* cit., págs. 429, 430, 435. De acordo com a doutrina, esta resolução judicial é um *leading example* da protecção conferida pelos tribunais aos *outsiders* que se relacionam com administradores de facto na ignorância de que o seu título não existe ou é viciado: v., por todos, ROBERT PENNINGTON, *Directors' personal liability*, 1987, pág. 27, ID., *Company Law*, 2006, págs. 132-133.

<sup>68</sup> Para a caracterização deste processo à luz do direito actual (secs. 73 e ss do InsAct de 1986), centrado em duas modalidades essenciais conforme a sociedade seja solvente ou insolvente e em duas formas de prossecução (*voluntary* ou *compulsory/by the court*), e enquanto fase prévia à *dissolution* que extingue por fim a sociedade, v. por todos BRENDA HANNIGAN, *Company law* cit., págs. 789 e ss, 832 e ss.

podia vincular a sociedade – uma primeira definição de *de facto director*<sup>69</sup> – não era tolerável alegar que não estava devidamente habilitado para ocupar tal posição<sup>70, 71</sup>

Tal qualificação, à primeira vista, não deixará de poder ser vista como uma *contradictio in terminis*<sup>72</sup>, já que administrador poderia apenas ser considerado quem age tendo por base (nas formas essenciais) uma designação *expressa* do acto

---

<sup>69</sup> Que fez naturalmente o seu curso: v., para exemplo, em sede de vinculação de quem estava “*de facto* agindo como administrador” ao dever de elaborar e certificar as contas da «*New Par Consols, Limited*» num processo de *winding up*, a decisão do **Court of Appeal**, de **29 de Janeiro de 1898** (in *Law Rep. Q. B.*, 1898, vol. I, pág. 573, ss, em esp. pág. 576). Porém, num caso em que estava em causa a actuação, como administradores, dos sócios (cônjuges) que controlavam a sociedade, a denominação não foi seguida para tais sujeitos: *Duck vs Tower Galvanizing Company*, da **King’s Bench Division**, de **2 de Maio de 1901** (in *Law Rep. K. B.*, 1901, vol. II, pág. 314, ss, em esp. 317-318); mas a doutrina implicitamente coloca tal decisão na configuração de tais sócios “representantes” como *de facto directors* – ROBERT PENNINGTON, *últ. ob. cit.*, pág. 133.

<sup>70</sup> Cfr., em particular, *Law Rep. Ch. D. cit.* 1880, págs. 664-665, 670.

O **Court of Appeal**, ainda que abstractamente a actuação como administrador sem a adequada qualificação fosse considerável como *misfeasance*, não reconheceu, porém, que estivesse demonstrado qualquer prejuízo ou perda para a sociedade resultante do que os administradores de facto tivessem feito ou omitido durante o período de desrespeito estatutário das condições de nomeação como administrador.

<sup>71</sup> O *Coventry and Dixon’s Case*, em primeira instância, apoiou-se na decisão *Gibson vs Barton*, do **Court of Queen’s Bench**, de **24 de Abril de 1875** (in *Law Rep. Q. B.*, vol. X, 1875, pág. 329, ss). No sentido de responsabilizar *criminalmente* um (assim chamado) *manager de facto* de uma sociedade – tratava-se do *secretary* da sociedade, que, todavia, não fora designado administrador pelos *articles of association* ou delegado pelos administradores para tratar dos negócios da sociedade – pela falta de envio anual de uma lista dos membros da sociedade ao registo da *joint stock companies* (nos termos das secs. 26 e 27 do *Larceny Act* de 1861 – *Act of 25 & 26 Vict. c. 89*) –, sustentou-se que o referido secretário se apropriou das funções administrativas sem que o *board* o permitisse (em especial para convocar assembleias de sócios) e arvorou-se, por isso, à condição de *manager* por sua própria conta e risco (ou por seu próprio erro: “*manager de son tort*”, “*manager in his own wrong*”), de modo que não podia depois eximir-se de suportar as responsabilidades do cargo em consequência do seu erro com o pretexto de não ter sido legalmente designado (v. págs. 335-339, 341). Igualmente nesta decisão podemos encontrar a menção a, por um lado, actos que devem ser realizados *somente pelos* administradores e, por outro, a actos assumidos *em vez dos* administradores. Na mesma linha, vemos depois *The King vs Lawson*, da **King’s Bench Division/High Court of Justice**, de **21/31 de Janeiro de 1905**, incluindo o *manager de facto* no espectro de aplicação da sec. 84 do *Larceny Act* – *24 & 25 Vict. c. 96* (in *Law Rep. K. B.*, vol. I, 1905, pág. 541, ss); mas antes, exigindo para a aplicação dos ilícitos criminais previstos nas secs. 81 e 83 *Larceny Act* a prova de que a pessoa julgada – que fora designada informalmente como administrador pelos administradores existentes da sociedade e actuara genericamente nessa qualidade, em especial assinando cheques e documentos e fazendo parte das reuniões dos administradores – tivesse sido devidamente designada como administrador, chegando ao veredicto de *not guilty*, v. *Reg. vs Atkins* do **Justice of the Peace**, de **24 de Maio de 1900** (in *JP*, vol. LXIV, 1900, pág. 361). Para uma crítica decorrente da aconselhada aplicação dessas normas incriminadoras às pessoas que de facto gerem a sociedade, ainda que não tenham sido devidamente nomeadas, v. CECIL TURNER, *Russel on crime*, volume 2, 1958, pág. 1273 e n. (62).

<sup>72</sup> GASTONE COTTINO, *Diritto societario cit.*, pág. 389, VINCENZO FERRO, “Responsabilità dell’amministratore di fatto”, *loc. cit.*, pág. 910, ANDREA PERRONE, “Un revirement della Cassazione sulla responsabilità dell’amministratore di fatto. Il commento”, *Corr. Giur.*, 1999, pág. 1402, MICHELLE MOZARELLI, pág. 574, MARINA SPIOTTA, “Note Tribunale Milano, 21 maggio 2008”, *Giur. It.*, 2008, pág. 2742.

Será destino (inevitável?) das minhas investigações de fôlego tratar destes fenómenos societários: sobre esta mesma qualificação para a sociedade unipessoal, v. RICARDO COSTA, *A sociedade por quotas unipessoal... cit., passim*, em esp. págs. 25-26 e n. (1), 329, ID., *Unipessoalidade societária*, 2003, págs. 41, 44-45.

constituente da sociedade ou da assembleia de sócios. Mas, se obnubilarmos os pruridos formais, também o será alguém que se recorta na privação da *titularidade formal* desses poderes directivos e organizativos de gestão e na subsistência *funcional* de um desenvolvimento efectivo da actuação *própria* dos administradores.<sup>73</sup> Seja como for, observa-se uma *anormalidade* no exercício das funções administrativas<sup>74</sup> susceptível de induzir o jurista numa dose apreciável de *imprecisão*<sup>75</sup>, o que, num conspecto mordaz, até se repercute em considerável *nervosismo* em relação aos que se encontram no terreno da anormalidade<sup>76</sup>.

---

<sup>73</sup> Se lançarmos mão de uma análise focada na empresa *em sentido subjectivo* – como sujeito jurídico que exerce uma actividade económica (cfr. COUTINHO DE ABREU, *Curso de direito comercial*, vol. I, *Introdução, actos de comércio, comerciantes, empresas, sinais distintivos*, 2011, pág. 218); como acepção susceptível de designar, em geral, todos os sujeitos produtivamente relevantes: pessoas singulares, sociedades comerciais, sociedades civis, associações, fundações, cooperativas, entidades públicas e organizações de interesses não personificadas (cfr. MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito comercial*, 2007, pág. 282) –, não é à empresa titulada por pessoas singulares (aquelas que conhecemos por “empresários individuais ou singulares”) que se desafia surpreender uma administração fáctica. Neste campo é frequente e de múltiplas feições uma direcção dos negócios da empresa por quem não é dela titular. No âmbito da empresa *explorada por forma não societária* (e comercial) sabemos todos que é comum a “delegação” *ad hoc* de poderes para certo tipo de relações, mais ou menos estáveis e prolongadas no tempo; a atribuição dos poderes funcionalmente adequados para o exercício do governo empresarial a “gerentes de comércio” – «(...) todo aquele que, sob qualquer denominação, consoante os usos comerciais, se acha proposto para tratar do comércio de outrem no lugar onde este o exerce ou noutra qualquer” (art. 248º CCom.), cujo mandato, «(...) enquanto não for registado, presume-se geral e compreensivo de todos os actos pertencentes e necessários ao exercício do comércio para que houvesse sido dado...» (art. 249º CCom.) –, a “auxiliares” – encarregados pelos comerciantes «do desempenho constante (...) de algum ou alguns dos ramos do tráfico a que se dedicam» (art. 256º CCom.) – e a “caixeiros” – autorizados «a fazer operações do seu comércio» (art. 257º CCom.) –, bem como a convenção de mandatos para a prática de actos comerciais por conta do comerciante-mandante (arts. 231º e 233º, CCom.). Com outorga expressa desses poderes ou não, o certo é que na empresa-pessoa singular o desempenho da actuação administrativa e representativa não está fixada nas fronteiras de um *órgão provido* para tal efeito e espraia-se por sujeitos com posição equiparável à do empresário. É, portanto, diferente o plano de actuação do empresário-pessoa colectiva societária e daqueles que, em relação a ela, agridem ou desrespeitam a aptidão para actuar no âmbito das fronteiras do órgão.

Questão diversa é indagar se a actividade de direcção (consustanciada na prática de actos de comércio) desses (ou outros) sujeitos, no seio de uma intromissão em empresa individual onde um outro sujeito é o proprietário (e se exclui ou é excluído da sua exploração), é feita pessoalmente (de forma independente e não subordinada) e a título de profissão habitual (e assim é apreendida pelos terceiros que acompanham a gestão da empresa). Se o for, tal como é destacado no direito francês (LAURENT LEVENEUR, págs. 45-46), esse indivíduo reunirá as condições para ser qualificado como comerciante, à luz do art. 13º, 1º, do CCom.

<sup>74</sup> Será este, de acordo com JESÚS QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anonima. Aspectos sustantivos*, 1985, pág. 351, o denominador comum das várias situações que se identificam sob o conceito de administrador de facto.

<sup>75</sup> Esta é a observação que comunga a doutrina de varios hemisférios: GÉRARD NOTTÉ, “La notion de dirigeant de fait au regard du droit des procédures collectives”, *JCP*, Éd. CI, 1980, pág. 77, DIETRICH KRATZSCH, “Das «faktische Organ» im Gesellschaftsrecht. Grund und Grenzen einer strafrechtlichlen Garantenstellung”, *ZGR*, 1985, págs. 513-514, 515, KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht*, 2002, pág. 419, JOSÉ EMBID IRUJO, “La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima tras la ley de transparencia”, *RCDI*, pág. 2394.

<sup>76</sup> Acerca do risco (e consequente “nervosismo”) de se ser considerado administrador de facto no que concerne à aplicação da disciplina do administrador, *maxime*, a sua responsabilidade, as suas inibições e

A “administração de facto” é, naturalmente, uma fórmula que, de acordo com GUSTAVO MINERVINI, sempre encerrou “uma série de equívocos, terminológicos e de conceitos” <sup>77</sup>. Para além de uma *menor consideração* pelo direito (desproporcionada em relação à proliferação na prática e ao encontro de um prolixo círculo de pessoas *potencialmente* abrangidas numa posição de administração informal ou viciada) <sup>78</sup>, vemos que essas fragilidades impediram que, como aduzem os alemães, se obtivessem conclusões seguras sobre, por um lado, *os pressupostos do nascimento da situação de administrador de facto* (ou, se se quiser, *as características dos comportamentos*, em princípio irregulares, para gerar uma posição *relevante* no plano do direito das sociedades) e, por outro, *as consequências jurídicas* da aquisição da qualidade (ou da definição) de administrador de facto <sup>79</sup>. Em outros termos, mais simples e incisivos, refiro-me a conclusões sobre a *determinação jurídica* do conceito de administrador de facto – em refracção da dogmática de CASTANHEIRA NEVES – enquanto específica estrutura *jurídica* da relação societária de administração, posta em confronto com a relação que merece a predicação “de direito” e subsistente com um relevo jurídico distinto do que resulta dos princípios e critérios normativos positivos: *rectius*, com uma *juridicidade concreta e real* que não se exprime através dos esquemas oficiais da lei e do direito (logo, não coincide com a juridicidade legalmente positiva) mas que se exhibe em si mesma e se impõe pela sua “autónoma constituição na vida social” <sup>80</sup>.

De tal modo que os esforços para um ajuste dogmático da noção de administrador de facto quase nunca foram prosseguidos continuamente e com frutos

---

os seus impedimentos negociais com a sociedade, v. PETER FIDLER, “Banks as shadow directors”, *JIBL*, 1992, pág. 97. Na falta de disposição legal, alguma doutrina enfatiza que cabe ao julgador responder a essa anormalidade, isto é, “organizar a resposta” a quem se posiciona “à margem da leis e [suas] regulamentações organizatórias” (CLAUDE CHAMPAUD/DIDIER DANET, “Sociétés et autres groupements. Gérant de SARL. Article 52 de la loi du 24 juillet 1966. Gérant de fait...”, *loc. cit.*, pág. 396).

<sup>77</sup> *Gli amministratori di società per azioni*, 1956, pág. 108.

<sup>78</sup> MARC DINKHOFF, *Der faktische Geschäftsführer in der GmbH*, 2003, pág. 187.

<sup>79</sup> URSULA STEIN, *Das faktische Organ*, 1984, págs. 30, 197, MARC DINKHOFF, págs. 129, 130, HOLGER FLEISCHER, “Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit faktischer Organe”, *AG*, 2004, pág. 517.

<sup>80</sup> *Questão-de-facto – Questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica)*, I, *A crise*, 1967, págs. 28 e ss, em esp. 34-35, 36-40, 40-41 (= “A distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito e a competência do Supremo Tribunal de Justiça como tribunal de «revista»”, *Digesta. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, 1995, págs. 502 e ss), em análise das “distinções entre entidades (ou objectivações) juridicamente conformadas e conceptualizadas, mas em que um dos termos distinguidos recebe a designação «de facto» por razões particulares (juridicamente particulares)”, como são as “universalidades de facto”, as “sociedades de facto”, os “herdeiros de facto”, a posse como “situação jurídica de facto”, o “estado matrimonial de facto” ou as “relações contratuais fácticas”. Ao Mestre voltarei *infra*, Parte III, ponto 12.2.

visíveis e estabilizados <sup>81</sup>, sem que o direito positivo *especial* incrementasse, em contraponto, uma eficácia directa e autónoma à figura; normal foi que, com tal omissão, se difundissem reservas e dúvidas sobre a *valência jurídica* do “*facto*” em concreto existente na realidade societária <sup>82</sup>.

Acresce que tais anormalidade e equívocidade se reflectem num panorama rico em *variedade tipológica*, que torna heterogéneos o padrão essencial e os atributos de sistematização da figura <sup>83</sup> e dificulta a respectiva conceitualização pelo legislador <sup>84</sup>, em face de uma figura que, *prima facie*, é inulteriormente “anfibilógica”<sup>85</sup>. Aquele que actua desprovido de uma designação(-investidura) formal inatacável e, afastando-se do “tipo” *legal* ou *ideal* de funcionamento da pessoa colectiva societária <sup>86</sup>, se insere no âmbito de competência do órgão administrativo pode apresentar essa irregularidade através de múltiplas variantes de “patologia formativa da relação gestória” <sup>87</sup>. A doutrina tem assinalado essa diversidade de *desvios* às regras basilares de organização societária desde logo pelo *nível de intensidade* da influência exercida pelos factores extra-institucionais que determinam as escolhas gestórias. E assim veremos a representação desse papel em cenários com diferentes traços de preterição ou transgressão das regras que distinguem a estrutura organizatória das sociedades: sujeitos terceiros (abstraindo por agora da sua qualidade) a intrometerem-se (abusivamente) na gestão num contexto de “instrumentalização total” da organização corporativa e patrimonial da sociedade, ou a condicionarem sistematicamente a actividade de gestão dos órgãos institucionais do ente societário, ou a revelarem episódios ocasionais ou isolados de ingerência no

---

<sup>81</sup> Esclarecedores: UWE W. SCHNEIDER, “§ 6 Geschäftsführer”, *Scholz Kommentar zum GmbH-Gesetz mit Anhang Konzernrecht*, I. Band, §§ 1-44, 2000, pág. 398, *Rdn.* 49, MARKUS GEISLER, “Die Haftung des faktischen GmbH-Geschäftsführers”, *GmbHR*, 2003, pág. 1107, WOLFGANG ZÖLLNER/ULRICH NOACK, “Abschnitt Drei. Vertretung und Geschäftsführung”, *loc. cit.*, sub § 43, págs. 879-880, *Rdn.* 3.

<sup>82</sup> Neste sentido, v. LUCA STANGHELLINI, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto*, 1997, págs. 284-285.

<sup>83</sup> ROBERT WEIMAR, “Grundprobleme und offene Fragen... (I)”, *loc. cit.*, n. (1) – pág. 474, MARKUS GEISLER, pág. 1108.

<sup>84</sup> Neste sentido, PABLO GIRGADO PERANDONES, *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, 2002, pág. 181.

<sup>85</sup> 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, pág. 280, FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, “Ámbito subjetivo de la responsabilidad”, *La responsabilidad de los administradores*, Dirección: Ángel Rojo/Emilio Beltrán, 2005, pág. 61.

<sup>86</sup> GÉRARD NOTTÉ, *Les dirigeants de fait...* cit., pág. 8.

<sup>87</sup> FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, pág. 139.



exercício da tarefa da administração <sup>88</sup>. Essa multiplicidade de situações e esta diversidade de actuações comporta inevitavelmente uma outra agrura: atingir o *círculo de pessoas (Kreis von Personen)* aferido com vista a ser mobilizado pelo conceito de administrador de facto <sup>89</sup>, que ocupará a Parte II do trabalho.

Numa verificação quase intuitiva, essas formas descortinam-se nevrálgicamente em função de *haver ou não* intervenção dos instrumentos legais de nomeação dos administradores. Isto é, ou *houve intervenção* das formas prescritas pelo direito societário, *mas foi desviada pelo facto de o procedimento de nomeação se ter esgotado, ser imperfeito ou afectado por vícios mais ou menos graves* (invalidade ou, até, inexistência) – vícios que deformam o modelo legal e colocam em discussão a *legitimidade* ou mesmo a efectividade da integração do administrador irregularmente nomeado na organização societária –, ou *se prescindiu pura e simplesmente de qualquer pronúncia* que habilitasse o sujeito a incorporar-se na organização societária – caso em que ele se encontra *radicalmente privado de legitimação orgânica* <sup>90</sup>.

Posto isto, o primeiro (e, *naturaliter*, prévio) elemento de caracterização do administrador de facto é de carácter puramente *negativo*: o administrador de facto diferencia-se do administrador de direito por *carecer de uma investidura formal (válida, eficaz e vigente) para o cargo* – ou porque não existiu de todo, existindo antes, como a denominou DANIEL TRICOT, uma “auto-investidura” <sup>91</sup>, ou porque não foi válida e eficazmente conferida, ou porque perdeu a sua vigência – e, por conseguinte, de *legitimidade formal ou oficial para o exercício das funções de administração* que na realidade leva a cabo <sup>92</sup>. Consequentemente, a *disparidade* – ou *distanciamento* – entre

---

<sup>88</sup> Cfr. NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., págs. 1-2, NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., pág. 2.

<sup>89</sup> URSULA STEIN, *Das faktische Organ* cit., pág. 34.

<sup>90</sup> Acima de tudo, v. FABRIZIO GUERRERA, *últ. est. e loc. cits.*, mas também GÉRARD NOTTÉ, *Les dirigeants de fait...* cit., págs. 62-63 (o administrador de facto ou é nomeado irregularmente ou nem sequer há nomeação : não subsiste um “ponto de vista único” para agregar as formas de conduzir a uma *direction de fait*); JESÚS QUIJANO GONZALEZ, *La responsabilidad civil de los administradores...* cit., pág. 351; FRANCESCO FERRARA Jr./FRANCESCO CORSI, *Gli imprenditori e le società*, 1999, pág. 584; ELISABETTA VALERIO, “Una svolta giurisprudenziale in tema di amministratore di fatto?”, *Società*, 2001, pág. 1050; MARC DINKHOFF, pág. 13; MARKUS GEISLER, pág. 1108; NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., pág. 56 (“o administrador de facto é, de certo modo, o resultado de um procedimento de designação inválido ou da inexistência absoluta do mesmo”); ID., “El concepto de administrador de hecho en el nuevo artículo 133.2 LSA”, *RDM*, 2004, págs. 873-874.

<sup>91</sup> “Les critères de la gestion de fait”, *DP*, 1996, pág. 27.

<sup>92</sup> Cfr., com matizes comuns sobre este ponto, GÉRARD NOTTÉ, *Les dirigeants de fait...* cit., págs. 62-63, GÜNTHER ROTH, “Die Haftung als faktischer Geschäftsführer im Konkurs der GmbH”, *ZGR*, 1989, pág. 423, LAURENT LEVENEUR, págs. 52-53, NATHALIE DEDESSUS-LE-MOUSTIER, pág. 510, MARC DINKHOFF,

administrador de direito e administrador de facto resulta das *fontes dos respectivos poderes*: reconhecemos sempre o administrador de facto naquele que não respeitou estritamente as regras de atribuição e organização dos poderes no seio da sociedade e não beneficia de uma designação obtida de acordo com as condições legais e estatutárias previstas no procedimento dessa designação<sup>93, 94</sup>

O que serve igualmente para assinalar desde já que, sem *investidura irrepreensível*, reside nas funções desempenhadas na sociedade a base para a identificação da administração de facto. Essa base é o *exercício da actividade de administração tipicamente atribuída à administração de direito*, pois existe com esta uma *analogia substancial* no plano da *actividade-relação* que os administradores de facto protagonizam em face da sociedade e dos terceiros que com ela se relacionam. De tal forma que a noção de administrador de direito também se alcança pela mobilização (negativa) desta realidade: administrador de direito é aquele que se encontra *legalmente* investido nas suas funções, *sem que seja necessário exibir que participa na gestão*<sup>95</sup>, que é justamente o que deve revelar – e exigir-se – para os administradores de facto.

---

págs. 20, 21, NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...cit.*, pág. 224, JOSÉ LUIZ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho... cit.*, pág. 37.

<sup>93</sup> Cfr. GÉRARD NOTTÉ, *Les dirigeants de fait... cit.*, pág. 62, NATHALIE DEDESSUS-LE-MOUSTIER, “La responsabilité du dirigeant de fait”, *Rev. Soc.*, 1997, págs. 500, 510, NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho... cit.*, pág. 56, JUSTINO DUQUE DOMÍNGUEZ, “El tráfico de acciones realizado por los administradores de sociedades anónimas cotizadas pertenecientes a un grupo de sociedades”, *RdS*, 2003, pág. 62.

<sup>94</sup> Se assim é, a relevância das normas previstas para a organização das sociedades poderia consentir a exclusão de qualquer mérito à figura, visto que só quem seja formalmente administrador poderia ser avassalado à conseqüente disciplina. Deveria colocar-se a figura, portanto, no âmbito do *não direito* ou, em alternativa, visualizar uma relação de facto *irrelevante* para o direito (era a hipótese de princípio avistada por MASSIMO FRANZONI, *Gli amministratori e i sindaci*, *Le società – Trattato diretto da Francesco Galgano*, 2002, pág. 18). Mas, como veremos já, não é assim. O que, para LUIGI SALVATO, “Il «revirement» della Suprema Corte in materia di responsabilità dell’amministratore di fatto. Il commento”, *Società*, 2001, pág. 814, precipita um resultado especialmente perigoso para a *imperatividade* da disciplina organizatória das sociedades de capitais, uma vez que lhes estamos a determinar uma “alteração do arranjo tipológico”. O risco é o de fazer malograr a vicissitude genética da relação de administração que está vinculada à vontade da assembleia (ou, adito eu, do acto constituinte). E será grave tal risco. A alteração obtida, no prisma do Autor, poderá ser sancionada exclusivamente se houver *erros na gestão* (com as dificuldades notoriamente relacionadas ao exercício da acção de responsabilidade), o que não pode subvalorizar os perigos advenientes da multiplicação de sociedades que operam com desdém pelas regras e os eventuais prejuízos ao desenvolvimento de uma concorrência correcta.

<sup>95</sup> Nesta linha, entre outros, JEAN-PIERRE SORTAIS, “Note Cour d’Appel de Paris (3<sup>e</sup>Ch., sect. A), 20 février 1978”, *Rev. Soc.*, 1979, Jurisprudence, pág. 128, e JEAN-MARIE MACQUERON, pág. 7. Em geral para a diferenciação entre a relação de direito e a relação de facto no que respeita à dispensa ou não de *execução* da actuação ou conteúdo *típicos*, v. VINCENZO FRANCESCHELLI, *I rapporti di fatto... cit.*, págs. 225 e ss.

Da razoabilidade desta base levantam-se de imediato as dificuldades (e as respostas) a que me devo abalçar. Em primeiro lugar, a de saber se *toda ou só uma parte dessa actividade típica* serve para qualificar juridicamente o administrador de facto como sujeito (eventualmente) equivalente ao administrador de direito. Depois, e em consequência, a de compreender se há ou não há uma *sobreposição* integral (pelo menos em potência) da actuação do administrador de facto (desde que qualificado, isto é, *legitimado* para o efeito de aplicação das normas societárias) em relação às funções legais do homónimo formalmente instituído.<sup>96</sup>

Para chegar a tais respostas, nunca devemos perder de vista que o que *separa* os administradores de facto dos administradores *in nomine* é a *forma* – ou, nas palavras de GÉRARD NOTTÉ e NICCOLÒ ABRIANI, *a ilegitimidade da administração de facto é acima de tudo formal*, assente na ausência de designação *regular* e no contraste com as regras imperativas que presidem à estrutura e às competências institucionais-orgânicas das sociedades<sup>97</sup>. Ilegitimidade é, portanto, *a falta de qualidade do sujeito que o habilita a agir no âmbito da situação ou posição jurídica de administrador*, decorrente da inexistência, extinção ou inaptidão do *facto legitimador* dessa qualidade (que corresponde à *titularidade formal* de membro do órgão de administração)<sup>98</sup>. Essa negatividade não ressalta ao primeiro olhar: os

---

<sup>96</sup> Sobre esta matéria, v. *infra*, os pontos 11. a 13. do cap. 2º da Parte III.

<sup>97</sup> GÉRARD NOTTÉ, *Les dirigeants de fait...* cit., pág. 63, NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., págs. 277-278.

Ainda em Itália, ALESSANDRO BORGIOIOLI, “Amministratori di fatto e direttori generali”, *Giur. comm.*, 1975, pág. 611, enfatizou a impossibilidade de identificar o administrador de direito e o administrador de facto “em razão do carácter formal do cargo dos administradores, tal como ele resulta delineado pelo direito positivo”. Com teorização coincidente, 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, 2009, pág. 276, anot. 39: “[a]dministrador de facto traduz a situação na qual uma pessoa, sem decorrência de uma qualquer designação *legítima*, exerce as funções de administrador” (itálico da minha responsabilidade).

<sup>98</sup> É particularmente sob este prisma que o conceito de legitimidade é aqui chamado – logo, tal como mobilizado por MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português. I. Parte geral*, tomo IV, *Exercício jurídico*, 2005, págs. 15 e ss, em esp. 20-21 e 26.

Não se espelha uma noção civil-negocial de legitimidade que faz reclamar desde logo uma (ou a) “posição” para que um sujeito se assuma relacionalmente parte ou interveniente num negócio jurídico – “um modo de ser para com os outros” resultante de “uma relação entre o sujeito e o conteúdo do acto” (MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica*, vol. II, *Facto jurídico, em especial negócio jurídico*, 1992, págs. 118-119, CARLOS MOTA PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 4.ª ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, 2005, pág. 260) ou uma “particular posição da pessoa perante concretos bens, interesses ou situações jurídicas que lhe permite agir sobre eles”: PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria geral do direito civil*, 2010, págs. 93, 430-431 (com realce para a quase sempre coincidência com a *titularidade* (normalmente, “quem tem legitimidade para exercer um direito, para cumprir um dever, para dispor de um bem ou para agir sobre

administradores de facto e de direito intervêm ambos na administração e (sem entrar por ora em mais pormenores) gerem a sociedade. Porém, os primeiros apresentam uma relação *sem* forma ou *com* forma irregular (ou, *rectius*, ineficaz *lato sensu*), extinta ou caduca<sup>99</sup> – razão pela qual o ordenamento se inibe de lhes reconhecer, em princípio, os mesmos efeitos jurídicos que imputa ao administrador formal<sup>100</sup>, tendo em conta que a situação ou posição jurídica de administrador só é actuável pelo sujeito que disponha de *especial habilitação jurídica*<sup>101</sup> –, enquanto que os segundos não ostentam qualquer defeito na habilitação formal para o exercício desses poderes – o que supõe que eles observam as condições para o serem e que o processo de designação legalmente previsto para o tipo social considerado foi respeitado<sup>102</sup>. O que os *aproxima* é, ao invés, a *substância*<sup>103</sup>: a actuação *funcional* do administrador de facto, para que este o seja, deve ser semelhante ou, pelo menos, equivalente à do administrador desenhado pelo legislador<sup>104</sup>.

---

um interesse são os seus titulares”); OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil. Teoria geral*, volume II, *Acções e factos jurídicos*, 1999, págs. 91-92. Mais acomodada à (i)legitimidade formal do administrador é a construção de CARVALHO FERNANDES, *Teoria geral do direito civil*, I, *Introdução. Pressupostos da relação jurídica*, 2001, págs. 137-138: “susceptibilidade de certa pessoa (...) cumprir uma vinculação resultante de uma relação existente entre essa pessoa e (...) a vinculação em causa”.

<sup>99</sup> Em termos genéricos, tal como sublinha HENRI TEMPLE, *Les sociétés de fait*, 1975, pág. 60, quando trata da *ligação do facto material à lei por um vínculo imperfeito*, ou o laço de forma nunca foi atado ou esse laço existiu no seu contorno mas posteriormente revelou-se nulo. Daí que houvesse quem (OLIVARES JAMES, pág. 270), partindo de a relação jurídica não ser outra coisa que não uma relação de facto que adquire significado jurídico ao ser reconhecida pelo direito objectivo, reclamasse ser indubitável que o simples facto em si – ou elemento material da relação – pudesse existir mesmo que não existisse o elemento formal.

<sup>100</sup> NURIA LATORRE CHINER, “El concepto de administrador de hecho...”, *loc. cit.*, pág. 865.

<sup>101</sup> MENEZES CORDEIRO, *últ. ob. cit.*, pág. 15.

<sup>102</sup> Cfr. LAURENT LEVENEUR, págs. 52-53, JOSÉ LUIZ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., págs. 34-35, 37.

<sup>103</sup> Ou, se se quiser, a *efectividade* de ser um “meio paralelo que evolui fora do que o direito não pode ou não quis regulamentar”: neste sentido, JEAN-MARIE MACQUERON, pág. 6.

<sup>104</sup> Assim, de forma incisiva, NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., págs. 56, 150, ID., “El concepto de administrador de hecho...”, *loc. cit.*, págs. 864-865.

Comunga, por isso, de um traço comum às outras relações de facto: a sua familiaridade com a relação de direito tem que ver com a substância da relação e não com momento da sua formação; a situação de facto imita a situação de direito no seu momento funcional (a situação de facto expõe os mesmos elementos da *fattispecie* típica da situação de direito correspondente), e não no seu momento genético, que falta ou está viciado, o que a faz desigualar pela dificuldade em determinar juridicamente o momento inicial da relação ou, ainda que individualizado, pelo seu valor meramente “histórico” ou “existencial” para a validação temporal da relação de facto (cfr. VINCENZO FRANCESCHELLI, *I rapporti di fatto...* cit., págs. 222-223, 228 e 234; em sentido crítico deste princípio de indeterminabilidade do momento genético das relações de facto, submissível aos comuns meios de prova, v. LUCA STANGHELLINI, págs. 60-61).

E entendamo-nos desde já: é esta aproximação substancial à administração de direito que demanda um *revestimento jurídico* à administração de facto <sup>105</sup>; é essa identidade funcional que baseia uma possível *aliança* entre o facto em bruto e a “estrutura jurídica” idealmente construída <sup>106</sup>; é esse desempenho de tarefas que poderá nutrir uma *factualidade com poder legitimador* suficiente para suprir a ilegitimidade formal.

Razão está com quem, por isso, coloca a administração de facto numa zona intermédia entre o *direito* e o *não direito* (ou *facto juridicamente irrelevante*). Na verdade, “entre aquilo que é «direito» e aquilo que é «facto», entre aquilo que é regulado pela lei e aquilo que não parece sê-lo, entre matrimónio e não-matrimónio, entre sociedade e não-sociedade, entre contrato e não-contrato, é individualizável uma série de fenómenos, de situações, de relações que, ainda que não expressamente regulados por uma norma jurídica, ainda que não constituindo uma «*fattispecie*» típica – e por isso, em si mesmo, definidos «de facto» –, se podem relevar, quase em contradição com a sua mesma qualificação e a sua origem, produtores de efeitos jurídicos” <sup>107</sup>.

---

<sup>105</sup> Isto é, como salienta OLIVARES JAMES, págs. 270-271, o “elemento material da relação”, mesmo sem forma jurídica, pode ser suporte suficiente para criar “situações, qualidades e titularidades que serão de facto e por tal carentes de determinação jurídica”, tanto mais que “estas situações criam aparências que despertaram legítimas expectativas” por, ao menos aparentemente, em nada se diferenciarem da “relação regular”.

<sup>106</sup> RENÉ SAVATIER, “Réalisme et idéalisme en droit civil d’aujourd’hui. Structures matérielles et structures juridiques”, *Le droit privé français au milieu du XX siècle. Études offertes à Georges Ripert*, tome 1, 1950, págs. 75 e ss, 91-92.

Neste particular reside, desde já, a qualidade do administrador irregular como *situação* ou *relação de facto*, identificada pela falta de uma “condição de formalismo”, entendida em sentido amplo (que abrange a fiscalização, a formalidade, a publicidade), e, ainda que exterior ao fundo da relação, impeditiva do reconhecimento pela lei. É por aqui que a técnica imaginada pelo direito positivo é golpeada, não obstante o substrato da situação de direito correspondente permanecer intacto. É o entendimento de ROGER HOUIN, “Rapport général sur les situations de fait”, *Travaux de l’Association Henri Capitant*, vol. XI (1957), 1960, pág. 324, e HENRI TEMPLE, pág. 60. Recolhendo nos “fenómenos fácticos” conhecidos no ordenamento (comerciantes de facto, sócios de facto, sociedades de facto, sede social de facto, funcionários de facto, etc.) a partilha de uma “racionalidade comum” assente na falta de título formal de quem se comporta de uma determinada forma para actuar assim, v., entre outros, GIUSEPPE SBISÀ, págs. 459-460 (“situações que, no seu modo de apresentação na realidade, reflectem as características concretas da figura jurídica, mas dela diferem por qualquer aspecto formal”); CLAUDE CHAMPAUD/DIDIER DANET, “Sociétés et autres groupements. Gérant de SARL. Article 52 de la loi du 24 juillet 1966. Gérant de fait...”, *loc. cit.*, pág. 396; ANTONIO PERDICES HUETOS, pág. 280.

<sup>107</sup> VINCENZO FRANCESCHELLI, *I rapporti di fatto...* cit., pág. 9.

Estamos perante uma situação de facto ainda não “recolhida” e prevista pelo ordenamento, mas à qual se admitem efeitos jurídicos *limitados*, que a consolidam na fronteira entre o direito e o facto puro: assim, JEAN NOIREL, “Le droit civil contemporain et les situations de fait”, *Rev. trim. dr. civ.*, 1959, págs. 467 e 480.

A nossa figura não é uma situação que corresponda ao arquétipo normativo (a quem deve o nome que precede o predicado “de facto”), já que se caracteriza à partida pela ausência de todas ou algumas das condições requeridas na lei para o estabelecimento de uma relação orgânica de administração <sup>108</sup>. Mas não poderá ser vista como uma *relação* ou *situação de facto* pura (sem valor jurídico) <sup>109</sup>, uma mera *simplificação* da construção jurídica <sup>110</sup>, na medida em que, justamente pela sua sobreposição ou aproximação com a administração *de iure*, lhe devemos reconhecer aptidão para produzir uma série de consequências jurídicas relevantes – gradualmente mais atendidas pela lei, *com o que se extingue a situação como meramente de facto para o ordenamento jurídico, e, praeter legem*, reconhecidas pelos tribunais <sup>111</sup> –, próprias da situação de direito regular de que são uma cópia informal e não correspondente ou não conforme <sup>112</sup>.

---

<sup>108</sup> Ainda VINCENZO FRANCESCHELLI, *últ. ob. cit.*, pág. 106, salienta que a relação de facto constitui a projecção “de facto” de um instituto típico, que a autonomia privada ou o viver social constituem por imitação dele. De tal forma que “ao administrador de sociedade regularmente nomeado corresponde o *administrador de facto*, isto é, quem de facto exerce funções administrativas” sem ter os requisitos exigidos para tal.

<sup>109</sup> A situação de facto – referida pela doutrina francesa, entre outras, às circunstâncias do “governo de facto”, do “funcionário de facto” (na via jurídica *pública*), do “domicílio de facto”, do “concubinato” ou “união de facto”, da “filiação de facto”, da “separação de facto”, da “tutela de facto” (na via jurídica *civil*), da “sociedade de facto”, da “falência de facto” ou do “dirigente social de facto”, estas na via jurídica *comercial* (a estratificação tripartida é da autoria de HENRI TEMPLE, págs. 33 e ss), mas ainda poderíamos adicionar a “ocupação sem título”, o “mandato aparente”, a “relação de trabalho de facto”, a “sociedade de facto”, etc. – tem como característica fulcral a ausência, por qualquer razão, de reconhecimento pelo direito; “é uma espécie de *Ersatz* [substituto], uma espécie de duplicado de uma situação jurídica bem conhecida e bem regulamentada pela lei”, à qual “falta uma das condições legais para aceder, em princípio, à via do direito”: ROGER HOUIN, “Rapport général sur les situations de fait”, *loc. cit.*, pág. 322; “uma cópia inepta, deformada, de contornos imprecisos, da situação de direito que repousa sobre as mesmas estruturas materiais dela”, que “à nascença não observou a intervenção de um estatuto jurídico válido” (JEAN NOIREL, “Le droit civil contemporain...”, *loc. cit.*, págs. 459 e 460); uma “figuração infiel do direito” (JEAN-MARIE MACQUERON, pág. 6); uma “situação aparente” necessitada de requalificação (CLAUDE CHAMPAUD/DIDIER DANET, “Sociétés et autres groupements. Gérant de SARL. Article 52 de la loi du 24 juillet 1966. Gérant de fait...”, *loc. cit.*, pág. 396).

<sup>110</sup> Na linguagem crítica de RENÉ SAVATIER, págs. 80 e ss.

<sup>111</sup> O mesmo ROGER HOUIN, “Rapport général sur les situations de fait”, *loc. cit.*, págs. 322, 324, 325, 326 e 327-328, observava que é à jurisprudência que cabe o papel de utilizar a situação de facto como um meio de completar a sua falta de reconhecimento pela “lei escrita” (ignorância promotora de consequências incómodas) e transformá-la, numa certa medida, em situação jurídica, ladeando a lei, indo para além da lei, de modo que se produza às vezes alguns efeitos jurídicos a uma situação que por definição é ilegal (efeitos relativos, bem entendido, à situação regular – não se trata de solicitar a aplicação de institutos gerais como a responsabilidade civil extra-negocial, o abuso de direito, o enriquecimento sem causa, a gestão de negócios ou outros que acodem à ilicitude). (Também o seu compatriota JEAN NOIREL, “Le droit civil contemporain...”, *loc. cit.*, págs. 464 e 497, entendia ser a jurisprudência encarregada de operar o controlo da penetração do direito nas situações de facto.) É neste plano, por isso, que reside o *valor jurídico* da situação de facto, reflectido para o Autor, numa construção essencialmente de base jurisprudencial, sob a forma da “inoponibilidade de uma irregularidade”: “[r]econhecer uma situação de facto é impedir que alguém invoque a irregularidade de certa situação para se opor a que ela produza certos efeitos da situação de direito”.

Neste sentido, o facto *material* <sup>113</sup> – administrar sem nomeação ou com nomeação irregular ou extinta <sup>114</sup> – apresenta duas faces.

Decorre de uma violação das regras pré-estabelecidas pelos esquemas formais determinados pela lei quando ele mesmo se desenvolve, assumindo um carácter de *anti-juricidade*. Como tal se qualificará “*de facto*” pela negação do direito e como acrescento à qualificação impressa pela lei. E “*de facto*” ainda por imitar e reproduzir nas suas componentes *materiais* a espécie tomada em conta pela lei, ainda que subsistindo razão para rejeitar a sua imediata recondutibilidade ao esquema normativo <sup>115</sup>.

Foi assim mesmo que FRANCESCO MESSINEO caracterizou as *relações de facto*: as que fogem à previsão da lei ou são privadas dos requisitos por ela fixados. E, todavia, não poderiam estar sem que lhes seja provida disciplina, apenas pela

---

Esta iniciativa do *jugador* em dar à situação de facto um alcance análogo ao da situação de direito – no pressuposto de lhe reconhecer a presença de uma ligação com a lei: assim, as situações de facto são verdadeiras “criações jurisprudenciais”, uma vez que, e sigo JEAN-MARIE MACQUERON, pág. 6, *o facto* é “verificado e soberanamente apreciado pelo juiz”, que “deve reconstruir todos os elementos que deseje conservar e lhe faça produzir efeitos de direito” – é, por isso, o motor da plantação de um regime jurídico habilitado a suprir a (perigosamente dilatada) disparidade entre a “ordem jurídica formal” e a “ordem jurídica material”; a situação de facto situa-se na margem excedentária da última em relação à primeira – e a previsível diminuição (e até ruína) da eficácia normativa da lei (neste sentido, cfr. HENRI TEMPLE, págs. 52, 55-56, 61). Não obstante, acrescente-se que, de acordo com VINCENZO FRANCESCHELLI, “Premesse generali per uno studio dei rapporti di fatto”, *Rass. dir. civ.*, 1981, págs. 695-696 e 698-699, esse método jurisprudencial de recorrer à norma da situação típica (critério da “norma-limite”: identificar a norma que seria aplicável se a relação fosse de direito) para resolver os problemas colocados pela situação de facto não significa ainda *equiparar* ambas as situações. A equiparação será o ponto de chegada do processo de reconhecimento/recepção da situação e só poderá ser feita mediante a vontade expressa do legislador. Mas, e agora no plano *normativo*, é o mesmo Autor que sentencia ter um “conteúdo suicida” uma equiparação total (ao contrário de uma equiparação “limitada e legimitadora”). Tal opção era sinónimo da desistência da defesa do instituto típico e da renúncia a pretender a observância da forma requerida para o instituto típico. E um *legislador razoável* não estaria disposto a empreender este “desaparecimento” do instituto típico. Não se despreze, contudo, e a meu ver, que ao mesmo *legislador razoável* não será indiferente para essa equiparação a ambição de a situação típica ter *eficiência normativa*, que será degradada se a operatividade da sua disciplina puder ser subvertida pela mera ignorância das condições formais para a sua instauração.

<sup>112</sup> Trecho igualmente subsidiário da reflexão de LAURENT LEVENEUR, págs. 4, 8, 47, 52, que é comum ser seguida pela doutrina monográfica: NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., págs. 14-15, JOSÉ LUIZ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., pág. 33, NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., pág. 55.

<sup>113</sup> Esta é a condição de existência obrigatória para haver situação de facto, sob pena de não se soerguerem quaisquer problemas jurídicos: neste sentido, HENRI TEMPLE, págs. 58-59. O que também quer significar que a omissão não suscita a intervenção do direito.

<sup>114</sup> A que se acrescentarão outros factos materiais de quem assim administra, ponderados pelo julgador no momento de fundar a sua convicção sobre a existência de administração de facto, enquanto correspondentes ao “campo de actuação da direcção” (neste sentido, v. JEAN-MARIE MACQUERON, pág. 18, que exemplifica jurisprudencialmente com a intervenção constante na gestão de uma sociedade proporcionada pelo exame das suas contas e consequentes pagamentos das facturas apresentadas à sociedade, retirada em proveito próprio de fundos da sociedade, etc.).

<sup>115</sup> GIUSEPPE SBISÀ, pág. 460.

circunstância de que não se enquadram com os pressupostos legais. Ignoradas pelo ordenamento jurídico, estas relações *praeter legem* – porque se desenvolvem em deformação da lei e dando lugar a espécies não previstas por ela, ainda que, como será mais razoável, sem se considerarem ilegais como se fossem *contra legem* – seriam postas em vantagem, as mais das vezes, de quem as coloca em acção. É aconselhável que elas se subjuguem à disciplina da lei, se bem que tal disciplina possa ser diversa (no sentido de não integralmente coincidente) da estabelecida para a correspondente figura *legal*.<sup>116</sup>

De feição que as relações de facto não escapam à obtenção de um carácter jurídico, “no sentido que ingressam no mundo do direito e são matéria de disciplina jurídica”<sup>117</sup>. E mesmo que tenhamos que reconhecer que a sua *juridicidade* seja de grau inferior à situação de direito – a situação de facto é, na comparação, uma “relação de conteúdo menor”<sup>118</sup> –, com referência às suas consequências e não *in se e per se*<sup>119</sup>, a asserção deve manter-se. O *facto* não é durante a sua existência disciplinado pela norma jurídica nos seus elementos e momentos (nem subjectivamente por negócio jurídico celebrado pelas partes interessadas), porém deve constituir uma realidade relevante para o direito positivo em face da normatividade jurídica reguladora da correspondente relação de direito (ainda que, porventura, não na plenitude dos seus efeitos jurídicos<sup>120</sup>): o *jurídico* surge como um *posterius* em relação ao *facto*<sup>121-122</sup>.<sup>123</sup>

---

<sup>116</sup> Cfr. *Manuale di diritto civile e commerciale (codici e norme complementari)*, volume I, *Introduzione (L'ordinamento giuridico italiano). Dottrine generali*, 1957, pág. 126, onde se refere expressamente como exemplo o *amministratore di fatto*.

<sup>117</sup> FRANCESCO MESSINEO, *ob. e pag. cit.*

<sup>118</sup> VINCENZO FRANCESCHELLI, “Premesse generali...”, *loc. cit.*, pág. 696.

<sup>119</sup> O que já acontece quando sucede a lei equiparar a relação em si mesmo à relação de direito, por ex., com o objectivo de lhe imputar os efeitos virados para o futuro: VINCENZO FRANCESCELLI, *últ. est. e loc. cit.*, pág. 697.

<sup>120</sup> É esta a opinião que vi como proliferada. Dois protagonistas bastam, por agora, para a representar. “A situação de facto relacionada com a lei por um laço de imperfeição não pode, assim, pretender ocupar o mesmo lugar que a situação de direito” (HENRI TEMPLE, págs. 61-62), pois, se se deseja assegurar a eficácia da norma que disciplina a situação regular, o único meio de ter êxito é não acomodar a não ser a ela o inteiro benefício do regime que a lei organiza. Além do mais, se a relação de facto, imperfeita por natureza, constitui um *minus* em relação à relação de direito isso significa que “o sistema de normas ditado para o instituto típico não poderá por regra ser aplicado na sua plenitude”, bem como ilustra que “a relação de facto não poderá por regra produzir os mesmos efeitos da relação de direito” (VINCENZO FRANCESCHELLI, *últ. est. e loc. cit.*).

<sup>121</sup> A interrogação surge sem mais: se a administração de facto produz, ou deve produzir, efeitos jurídicos, é, então, facto jurídico? Instintivamente, diria que sim. Mas, analisando mais de perto a categoria, afirmarei que a situação de facto, mesmo se impura nesta acepção – e, *prima facie*, facto *jurídico* por se lhe deverem reconhecer reflexos de ordem jurídica –, não deve sequer, numa análise mais apurada, ser



assimilada na categoria de *simplex acto jurídico* (para o conceito, v., entre outros, MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica*, vol. II cit., págs. 1, 8-10, PEDRO PAIS VASCONCELOS, *Teoria geral do direito civil*, 2008, págs. 403 e ss). Esta subcategoria dos factos jurídicos demarca-se pela nota de os respectivos efeitos jurídico-normativos não serem determinados pela actuação volitiva, mas antes, uma vez em concurso concreto a ocorrência de determinadas circunstâncias, por imposição da lei. Ainda assim, o motor da produção desses efeitos *ex lege* será normalmente (ou eventualmente) o conteúdo da vontade dos sujeitos actuantes, que apresentará concordância com a “formatação” legal, cuja consequência jurídica, de todo o modo, se aplicará sem dependência da intencionalidade e da finalidade com que são praticados pelo(s) seu(s) autor(es). Mesmo que a confrontemos com as *operações reais* ou *materiais* (há a produção de um resultado a que a ordem jurídica liga certos efeitos), mesmo aqui não há assimilação: sendo pura, a situação de facto é uma estrutura material (a fórmula é usual na doutrina francesa: cfr., entre outros, JEAN NOIREL, “Le droit civil contemporain...”, *loc. cit.*, pág. 458, LAURENT LEVENEUR, pág. 3) ignorada pelo direito (por aqui chegada ao *facto neutral ajurídico*), e, não o sendo (melhor: não o devendo ser), enfrenta a ausência de um *molde jurídico* que se lhe aplique a partir do momento da sua prática. Em palavras bem simples, diríamos que não é ainda um facto jurídico, antes um facto que *se assume* como jurídico pela sua própria consistência. (A este propósito, cfr. MARIO ROTONDI, “Considerazioni in «fatto» e in «diritto», *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, págs. 954-955, que reclama, na zona de contraposição entre o facto e o direito, não ser suficiente entender o facto como comportamento susceptível de uma valoração jurídica, ou fonte de uma mudança de uma situação jurídica pré-existente e instituída por outra norma; também se deverá ver o facto a gerar *pela sua própria força* direito objectivo ou subjectivo.) É óbvio que se a lei regulariza a situação de facto ou lhe atribui directamente os mesmos efeitos da situação de direito a que se simetriza, a situação não deixa de ser fáctica, mas essa elevação converte-a numa situação juridicamente relevante.

Parece mesmo que este acerto é desnecessário na hipótese do nosso estudo. Em rigor, diríamos que a relação *jurídica complexa* de administração societária, “com direitos e deveres recíprocos, respeitantes, por exemplo, à gestão e representação, às remunerações, aos períodos de trabalho” (COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II cit., pág. 581), se precipita, em relação ao administrador (ou ao sócio), numa *posição jurídica*, idónea a uniformizar o conjunto de direitos, de obrigações e de sujeições, referidos ou não a uma relação jurídica, previsto no poder-dever geral de administrar e representar a sociedade: v. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria geral...* cit., págs. 241-242. Ou, numa outra perspectiva dogmática, surge entender a administração como *situação jurídica* privada, que “coloca o administrador numa teia de direitos simples, de direitos funcionais e de deveres”, ou seja, um *status* ou *estado* resultante de “uma qualidade ou prerrogativa que implica e condiciona a atribuição de uma massa prévia de elementos juridicamente relevantes”: MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, I volume, *Das sociedades em geral*, 2007, págs. 879-880 – portanto, “uma realidade autónoma, de cariz societário, com factos constitutivos múltiplos”, com o conteúdo a derivar “da lei, dos estatutos e de deliberações sociais, podendo, ainda, ser conformado por contrato ou por decisões judiciais”; em complemento, v., do mesmo Autor, *Tratado de direito civil português. I. Parte geral*, tomo 1, *Introdução. Doutrina geral. Negócio jurídico*, 1999, págs. 99 e ss, *Tratado de direito civil português. I. Parte geral*, tomo 3, *Pessoas*, 2004, págs. 307-308, “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)*, coordenação: António Menezes Cordeiro, 2011, pág. 274, anot. 24 (o estado ou *status* “equivale a uma qualidade pessoal, acessível por diversas vias e que, quando concretizada, determina a aplicação de regras complexas”). Nessa posição complexa se englobarão tanto situações activas (v. g., o direito à remuneração: arts. 255º, 399º e 429º) como passivas (fundamentalmente, a posição do administrador é normativamente tratada pelo CSC como um feixe de deveres – cfr. MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, 1997, págs. 33 e ss –, a começar pela obrigação de não exceder na sua actuação o objecto social ou outros limites fixados pelo acto constituinte ou por deliberações sociais – art. 6º, n.º 4). Ora, se a *posição jurídica típica* se desvirtuou e aparece sob a forma de posição *atípica* (por omissão ou irregularidade *lato sensu*), há que lhe dar um cunho ainda assim jurídico, mediante o preenchimento do seu conteúdo activo e passivo. Mas esse conteúdo, como veremos e já anunciei perfunctoriamente, só se deverá afigurar como núcleo problemático uma vez determinados os pressupostos para que essa posição atípica sofra um processo de legitimação que a coloque a par da posição jurídica típica.

<sup>122</sup> V., para este ponto, SALVATORE ROMANO, “Osservazioni sulle qualifiche «di fatto» e «di diritto», *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, volume IV, *Diritto privato – Diritto ecclesiastico – Altre scienze giuridiche*, 1940, págs. 151-152, 153-154. Desta leitura resulta que a ilicitude que nos interessará tratar é a

Pois bem.

A configuração da actividade administrativa realizada por quem não está *legitimado* não pode deixar de ter *cobertura jurídica*, pois esta será a *solução global* para resolver os problemas conexos às relações espoletadas no âmbito da sociedade por quem *ilegitimamente* assume os poderes administrativos. Decerto que poderíamos enfrentar *singularmente* essa actuação, considerando selectivamente os efeitos que se prefigurassem em cada uma das relações produzidas pela administração não legítima: por ex., aceitando os efeitos *positivos* para a sociedade, como associados a uma gestão *útil e necessária*, e refutando os efeitos *negativos*, com a oposição da sua ineficácia enquanto provenientes de actos realizados por um sujeito desprovido de poderes no âmbito da organização societária. Esta seria uma opção que não parece sustentar-se. Domiciliaríamos irresistivelmente a situação de administração de facto da sociedade no campo da ambiguidade (ou até do mero arbítrio <sup>124</sup>), onde valorações *a posteriori* e *ad hoc* enfraqueceriam uma situação de verdadeira e efectiva actividade de natureza gestonária.

A aptidão para *esta* situação de facto ser *juridicizada globalmente* terá duas virtudes primárias. Por um lado, pode socorrer interesses da sociedade, de terceiros<sup>125</sup> e (inclusivamente) dos ou de alguns dos sócios, do próprio sujeito

---

que é tratada pelas normas que configuram e fazem valer a situação de facto como se fosse conforme ao direito até ao momento em que (ou desde que) a sua anti-juridicidade não seja legalmente pronunciada. Uma norma, portanto, que “acasala” o facto ilícito com a situação lícita. Claro que, indo para além das palavras do Autor italiano, a ilicitude continuará a ser “acasalada” se interpretarmos a norma reguladora da situação regular como apta a receber a situação irregular no seu âmbito de aplicação, desde que reconhecido antecipadamente um complexo de requisitos prévios.

<sup>123</sup> Vendo na consolidação (reconhecendo efeitos ou criando regimes próprios) das situações de facto o risco de destruir a ordem jurídica, mesmo que os comportamentos não tenham qualquer carácter ilícito ou imoral, na medida em que se habitua os indivíduos a desconhecer os princípios e os esquemas legais, v. JEAN NOIREL, “Le droit civil contemporain...”, *loc. cit.*, págs. 487-487.

<sup>124</sup> GÉRARD NOTTÉ, “La notion de dirigeant de fait...”, *loc. cit.*, pág. 77.

<sup>125</sup> A acentuação do momento funcional (executar actos de administração) como precípua para a configuração do administrador de facto faz-nos de imediato intuir, tal como observou VINCENZO FRANCESCHELLI, *I rapporti di fatto...* cit., págs. 333-335, que é sobretudo aos terceiros que entram em contacto com a relação de facto e com os sujeitos que a corporizam (à sua tutela, à oponibilidade da própria relação no seu confronto) que a juridicidade da administração de facto (ou a sua regulação positiva pelo ordenamento) se refere. E porquê? Também será intuitivo captar que a relação de facto é, no seu momento funcional, mais ou menos longo e distendido no tempo, é arduamente distinguível da correspondente relação de direito, muitas vezes independentemente do comportamento ou atitude das partes envolvidas (na circunstância: sociedade e pessoa que a administra de facto; mas o mesmo se passa para “quem vive em união de facto”, que se apresenta aos terceiros como cônjuge, para a “marca de facto”, que desenvolve a sua função sem ser registada, à “sociedade de facto”, que actua e se relaciona com os terceiros como se fosse regular, etc.). Logo, ao terceiro a relação de facto aparece as mais das vezes como se fosse de direito, tanto mais que, na vida quotidiana e nas vinculações económico-sociais de desenvolvimento comum, o terceiro

envolvido no “*facto*”, e mesmo da salubridade do comércio jurídico <sup>126</sup>. Digamos que por este prisma se faz um recurso de carácter positivo à figura do administrador de facto. Por outro lado, arvora-se como instrumento negativo contra os que se colocaram voluntariamente numa posição irregular e merecem ser sancionados pela não conformidade com o direito.

Razão tem, por isso, quem topa que o correcto enquadramento jurídico do fenómeno (e a reconstrução do complexo regime da espécie) não se restringe ao *facto* da assunção de competências gestórias – aqui estamos no plano da apreensão dessa *conduta na gestão dos negócios da sociedade* – e deve averiguar a participação do sujeito desprovido de legitimidade formal no plano da *relevância da actividade desenvolvida para a organização social*. Nestes termos, não basta olhar para os comportamentos não formalizados, e partir deles para a construção dogmática da figura. O fecho do círculo exige que se integre a avaliação da conduta gestória com o patamar do relevo organizativo da actividade desenvolvida. Isto significa que é ademais imprescindível verificar a *atitude* da disciplina da *função administrativa*, entendida globalmente, quando se projecta para lá do círculo dos titulares do órgão legalmente investido para a tarefa <sup>127</sup>. É este o espaço de sindicância dos restantes *pressupostos de aquisição relevante da qualidade ou condição de administrador de facto* (a que dedicarei o ponto 11. do Capítulo 1º da Parte III).

Afirmar isto é quanto chega para vislumbrar que a analogia substancial no plano dos componentes intrínsecos da *fattispecie* implica que não será indiferente ao nosso estudo encontrar resposta para a possível aplicação à actuação gestória *não legítima* (a *cópia* <sup>128</sup>) de uma parte e/ou partes da disciplina prevista para a correspondente posição de direito (o *original*) <sup>129</sup>. Desafio colocado pela *impureza* da

---

não se vai certificar da natureza da relação nem da sua correcta formação (em consonância, aliás, com as exigências de celeridade e agilidade do tráfico). Em antecipação de razões, conclui-se que para o terceiro há uma *aparência* e uma *confiança* que se afigura importante proteger – por isso, haverá que ajuizar com outro cuidado o relevo da actuação externa na qualificação do administrador de facto (v. *infra*, Parte III, ponto 14.).

<sup>126</sup> Esta é a grande justificação para a aceitação da figura nos tribunais norte-americanos, tanto para *directors* como para *de facto officers*: “*the justice and necessities of society*” (por todos, WILLIAM MEADE FLETCHER, *Fletcher Cyclopedia...* cit., pág. 210). Tal significaria que se construiu um princípio para realizar a justiça entre as partes “em cada caso concreto” (ROBERT STEVENS, *Handbook on the law of private corporations*, 1949, pág. 746).

<sup>127</sup> Neste pedaço acudi a FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, págs. 133-134.

<sup>128</sup> Ou “contrafigura”, nas palavras de JOSÉ EMBID IRUJO, “La responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, pág. 2396.

<sup>129</sup> É precisamente este um dos grupos das “relações de facto”, produtivas de efeitos jurídicos, ainda que não estando expressamente disciplinados pelo legislador, que é apontado por VINCENZO

situação e ele será mesmo o derradeiro trajecto da investigação: encontrar o *estatuto jurídico* da administração de facto *não regulada em lei societária* (o que farei na Parte III, no capítulo dedicado ao “Perfil aplicativo” da figura – capítulo 2º).

Certo que o galopante *trend* do hermeneuta ou do ordenamento para reconhecer à relação de facto uma certa eficácia jurídica – fornecendo ao julgador os meios interpretativos susceptíveis de habilitar a intervenção do esquema normativo do instituto típico *ou*, num estágio ulterior da sua admissão, disciplinando-a por incorporação na lei reguladora desse instituto típico – não pode deixar de traduzir um enfraquecimento da tutela da forma (em sentido amplo): uma depauperação da incidência da ordem formal na vida da relação ou uma “degradação da estrutura ideal”<sup>130</sup>. Reconhecer efeitos à administração de facto, assim, significa *atenuar o conteúdo do processo de designação dos administradores*. Mas não podemos ajuizar que isso demonstre uma tão grave crise do direito; pior será, acima de tudo, tolerar um *tratamento desigual* na comparação com o administrador de direito<sup>131</sup>; antes estaremos, acima de tudo, perante um “*alargamento efectivo* do âmbito de aplicação do instituto típico, entendido como resposta normativa a determinadas exigências estimadas como merecedoras de tutela”<sup>132</sup>.

É este percurso, merecedor de uma verdadeira “reflexão sobre a *praxis*” – nas palavras de ORLANDO DE CARVALHO, inerência do direito mercantil<sup>133</sup> –, que a presente investigação não pode deixar de enfrentar.<sup>134</sup>

---

FRANCESCHELLI, *I rapporti di fatto...* cit., págs. 108, 109, 118, e LUCA STANGHELLINI, págs. 15 e 159: aquelas que nascem por *imitação da relação de direito* correspondente (na hipótese, pelo desenrolar de officios de administração da sociedade).

<sup>130</sup> Nas palavras de RENÉ SAVATIER, pág. 78.

Todavia, ainda que mais frequente, nem sempre a situação de facto deriva de uma desconformidade com uma “condição de forma”; pode ser que surja depois da falta de uma “condição de fundo”: cfr. LAURENT LEVENEUR, pág. 3, que dá o exemplo da anulação do casamento por vício de consentimento.

<sup>131</sup> MARC DINKHOFF, pág. 24.

<sup>132</sup> VINCENZO FRANCESCHELLI, “Premessi generali...”, *loc. cit.*, págs. 697-698.

<sup>133</sup> *Critério e estrutura...* cit., n. (64) – pág. 178.

<sup>134</sup> *Prima facie*, a administração de facto seria posição juridicamente irrelevante enquanto não ingressasse em alguma *fattispecie* prevista pelo ordenamento jurídico. Mas a sua relação com o *nomen* e a regulação de um instituto típico – a administração de direito – coloca-a num outro plano.

Primeiro: a situação de administração de facto é socialmente relevante no plano jussocietário após a execução dos actos próprios da administração de direito que a caracterizam. Segundo: tem uma valência autónoma e implicará (muitos dos) efeitos jurídicos da posição correspondente expressamente disciplinada (a administração de direito), o que se imputará como responsabilidade essencial da jurisprudência, por impulso da doutrina (v. *supra*, n. 111). Terceiro: se a administração de facto é ou for, *partim* ou *in totum*, merecedora da atribuição de eficácia jurídica por acção positiva da lei, então assistir-se-á à transformação da situação de facto em situação reconhecida e organizada pelo direito. Uma *recepção*, portanto, operada por intervenção do legislador (e é esta intervenção, em múltiplos casos, que assegura “a admissibilidade e a

### 3. A recepção jusnormativa do administrador de facto no direito português

#### 3.1. Exame prévio

No plano da *recepção* do administrador de facto das sociedades comerciais na *norma legal* <sup>135</sup>, não se pode afirmar que a figura seja ignorada. Antes se pode declarar

---

licitude das relações de facto” no ordenamento, tal como declarou VINCENZO FRANCESCHELLI, “Premesse generali...”, *loc. cit.*, pág. 693): ou pela inclusão da noção fáctica no corpo da lei (cristaliza-se a situação de facto pelo atendimento da sua definição), ou pela flexibilização do texto legal a fim de o avizinhar com o concreto (absorve-se a situação de facto pela imputação do mesmo regime da situação de direito) – sobre o tema, v. ROGER HOUIN, “Rapport général sur les situations de fait”, *loc. cit.*, pág. 323, JEAN NOIREL, “Le droit civil contemporain...”, *loc. cit.*, pág. 467, HENRI TEMPLE, págs. 60-61, 63. Se este processo de recepção da situação de facto é levado às suas últimas consequências, ou seja, *se se lhe atribuem os mesmos efeitos que se atribuem à situação de direito*, podemos decretar, no seguimento de VINCENZO FRANCESCHELLI, “Premessi generali...”, *loc. cit.*, págs. 698, 699-700, que *a relação de direito absorve em si mesmo a sua projecção de facto*. Estaremos assim perante uma *nova* situação de direito, um instituto novo de “constituição alternativa”: ou surge por cumprimento das formalidades ainda prescritas pela lei ou pelo perdurar de um certo comportamento no tempo. Por isso, noto, esta nova faceta da situação jurídica não corresponde a ser administração de direito: esta forma-se pelo caminho formalmente legítimo, já é situação jurídica desde a sua origem e é uma outra situação. (Neste contexto se compreende VINCENZO FRANCESCHELLI, *I rapporti di fatto...* *cit.*, págs. 12-13: “A juridicidade da relação pode assim revelar-se, no momento final e conclusivo do processo de recepção, como o efeito da força criadora do próprio facto que se transforma um meio ou causa de formação da norma jurídica”.) Se assim não for, ou seja, se a situação de facto não é ou não for recepcionada pela lei, merecerá ser considerada como produtora de consequências jurídicas próprias (ainda que limitadas, à partida) com o recurso aos resultados interpretativos que as propiciem.

No seu resultado terminal, verifique em sentido oposto a esta construção HENRI TEMPLE, págs. 63-64. A seu ver, não é suficiente que um texto (legal) determine todo ou parte do regime da situação de facto para a transformar em situação de direito. Isso seria confundir a noção de situação de facto com o seu regime, quando é de entender que a situação de facto tem autonomia e singularidade enquanto a sua definição se opuser à lei e os seus efeitos não forem totalmente codificados, e mesmo quando se integra completamente no corpo da lei. Diria que só em parte assiste razão ao Autor gaulês. Já pressentimos que, enquanto não houver regulação da situação de facto *enquanto tal* (o que não é absurdo fundamentalmente como meio repressivo), ela, enquanto situação irregular, não tem efeitos jurídicos *próprios*: os seus efeitos são (normalmente) os das situações regulares chegadas (por todos, LAURENT LEVENEUR, pág. 4). Na realidade, se a situação de facto se apreende pelas faltas no procedimento normal de constituição da situação de direito, é pelo regime *actual* desta situação (pervertida) que iniciamos o caminho da sua *tutela* jurídico-normativa. Isto é, não tanto pela definição, apreendida em traço grosso *a contrario*, mas pelo estatuto, mais ou menos completo em função do que se aproveita da situação já tipicizada. Não obstante, isso não preclude a tarefa de identificar os traços necessários para estarmos em face de uma situação de facto, nem afasta a urgência em *definir* quem está incluído nesta situação *agora subsumida na hipótese legal*. Esta definição é o esteio da sua singularidade (e ainda de alguma diminuição em face da situação de direito: por ex., é ao interessado que caberá demonstrar, em matéria de ónus probatório, a situação e os seus requisitos de existência: assim, VINCENZO FRANCESCHELLI, “Premessi generali...”, *loc. cit.*, págs. 699-700) e só ela permitirá a aplicação do regime.

<sup>135</sup> É o plano de *consolidação legal* da administração de facto, onde temos hoje outras tradicionais situações de facto a beneficiarem de recepção pelo ordenamento jurídico.

A mais solidificada talvez seja a “união de facto”, enquanto forma de modalidade de concubinato *qualificado*, respeitante à comunhão de leito, mesa e habitação em condições de vida semelhantes àquelas em que vivem os cônjuges mas sem a chancela (ainda que com a aparência externa, em que terceiros podem confiar) do casamento (cfr. FRANCISCO PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, *Curso de direito da família*, volume I, *Introdução. Direito matrimonial*, com a colaboração de Rui Moura Ramos, 2008 (reimp. 2011), pág. 52, FERNANDO FERREIRA-PINTO, *O direito e os casais*, 2005, pág. 99). A atenção a esta relação parece ter começado no art. 1860º, n.º 1, al. c), do CCiv., que corresponde ao actual art. 1871º, n.º 1, al. c).

Hoje, no CCiv., espria-se pelos arts. 495º, n.º 3 (tal como resultou da L n.º 23/2010, de 30 de Agosto), 1911º, resultante da L n.º 61/2008, de 31 de Outubro (antes só no n.º 3, de acordo com o DL n.º 496/77, de 25 de Novembro), 2019º, e 2020º, na redacção resultante, primeiro, desse diploma de 1977, e, depois, na que entrou em vigor, para o seu n.º 1, com a L n.º 23/2010; 1072º, n.º 2, al. b), 1093º, n.ºs 1, al. a), e 2, e 1106º, n.ºs 1, al. a), e 2, depois da L n.º 6/2006 (NRAU) [a propósito do regime arrendatício, v. ainda os arts. 45º, n.º 2, al. b), e 57º, n.º 1, al. b), do NRAU]. A L n.º 7/2001, de 11 de Maio (*Medidas de protecção das uniões de facto*), que sucedeu à L n.º 135/99, de 28 de Agosto, e em vigor com a redacção conferida pela Lei n.º 23/2010, veio institucionalizar juridicamente as uniões de facto entre pessoas de sexo diferente ou do mesmo sexo (arts. 1º e 2º) e estabelecer um conjunto amplo de efeitos pessoais e patrimoniais (arts. 3º a 7º): para a versão anterior a 2010, v. FRANCISCO PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, págs. 60 e ss, 63 e ss, 69 e ss, em esp. págs. 78-79 e 88 e ss; para a actual versão, marcada pela igualação das uniões independentemente do sexo, FRANÇA PITÃO, *Uniões de facto e economia comum*, 2011, págs. 101 e ss, 115 e ss, 153 e ss, 179 e ss. O certo é que subsiste um denominador tradicional de progressão dos efeitos que ao longo do tempo vêm sendo reconhecidos aos conviventes em união de facto (ou em «condições análogas às dos cônjuges»), que começam na CRP (art. 36º, n.º 4), passam pela *Lei da Nacionalidade* (art. 3º, n.º 3, da L n.º 37/81, de 3 de Outubro, na redacção conferida pela L Orgânica n.º 2/2006, de 17 de Abril), ainda pelo CP, CPP, CIRS, CT, e se multiplicam, no que respeita ao (assim chamado por RITA LOBO XAVIER, “Novas sobre a união “more uxorio” em Portugal”, *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, 2002, pág. 1400) “estatuto «social» da união de facto” (invocar a relação perante terceiros, em oposição ao “estatuto «privado» relativo aos direitos e deveres recíprocos), no direito administrativo e da segurança e protecção social (v., por último, os arts. 4º e 5º da L n.º 23/2010): SOFIA OLIVEIRA PAIS/ANTÓNIO FRADA DE SOUSA, “A união de facto e as uniões registadas de pessoas do mesmo sexo – uma análise de direito material e conflitual”, *ROA*, 1999, págs. 703 e ss, FRANÇA PITÃO, págs. 217 e ss, 271 e ss; muito desenvolvida e pormenorizadamente, NUNO SALTER CID, *A comunhão de vida à margem do casamento: entre o facto e o direito*, 2005, págs. 502 e ss.

Muito próxima é a outra situação de facto do âmbito “parafamiliar” que encontrou juridificação concentrada: a “vida em economia comum” (classicamente interiorizada na disciplina do arrendamento: v. agora os arts. 1093º, n.ºs 1, al. a), e 2, 1106º, n.ºs 1, al. b), e 2, do CCiv., e 45º, n.º 2, al. c), do NRAU). Esse instrumento regulador é a L n.º 6/2001, de 11 de Maio (*Medidas de protecção das pessoas que vivam em economia comum*), que a define no respectivo art. 2º, n.º 1: «(...) a situação de pessoas que vivam em comunhão de mesa e habitação há mais de dois anos e tenham estabelecido uma vivência em comum de entreatajuda ou partilha de recursos». Não exige, por isso, convivência marital e relacionamento sexual estável entre si (comunhão de leito), distinguindo-se da “união de facto” (por ex., abrange a comunhão de residência e recursos entre avós e netos). Mas aqueles que vivem em união de facto vivem necessariamente em economia comum (o inverso já não é assim), o que justifica que o art. 1º, n.º 3, da L n.º 6/2001 mande aplicar (cumulativamente) o seu regime (mais fraco e menos amplo) à «coabitação em união de facto». Para desenvolvimentos, v. FRANCISCO PEREIRA COELHO/GUILHERME DE OLIVEIRA, págs. 94 e ss, FRANÇA PITÃO, 291 e ss, 309 e ss.

Uma outra, mais próxima da nossa órbita comercialista, é a “marca de facto”, entendida como livre ou não registada no CPI. Como se poderá confirmar em COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. I cit., págs. 370, 401 e ss, beneficia, desde logo, do direito de prioridade para efectuar o registo (cfr. art. 11º, CPI) durante prazo não superior a seis meses (art. 227º, CPI); também se deverá advogar a recusa do registo de marca idêntica ou confundível com marca de facto sempre que haja o reconhecimento de que o requerente pretenda fazer concorrência desleal ou, mesmo que sem intenção, essa seja possível (arts. 239º, n.º 1, al. e), 317º, n.º 1, e al. a), 266º, n.º 1, CPI); criticamente sobre esta excessiva tutela do titular da marca de facto, COUTO GONÇALVES, *Direito de marcas*, 2003, págs. 165 e ss. As marcas de facto, quando são “notoriamente conhecidas” em Portugal e de “prestígio”, gozam da protecção e da repressão reservadas, respectivamente, pelos arts. 241º e 242º, e, para ambas, pelos arts. 266º, n.ºs 1 e 2, 323º, als. d) e e), 324º, sempre do CPI. Para a tutela dos logótipos não registados, v., na mesma linha de “recusa do registo de logótipo que reproduza ou imite logótipo anteriormente usado mas não registado” (isto é, do registo de logótipo confundível com anterior “logótipo de facto”) com base na possibilidade de actos futuros de concorrência desleal, os arts. 304º-I, n.ºs 1, al. e), e 2, e 304º-R, n.º 1 (segui novamente COUTINHO DE ABREU, *ibid.*, n. (14) – pág. 358).

Ainda outra, também admitida avulsamente pela lei: a “relação laboral de facto”, existente, de acordo com a doutrina, “[s]empre que uma situação jurídica laboral não tem por base um contrato de trabalho e, apesar disso, há direitos e obrigações recíprocos para os intervenientes, como os que emergem de um vínculo de trabalho”: v. PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do trabalho*, 2010, págs. 475 e ss. Alguns

que se encontra um *reconhecimento relativo* no nosso ordenamento: uma positivação em mais do que uma área legal, que corta com um estatuto meramente extra-normativo e dependente em exclusivo da ponderação jurisprudencial.

Essa positivação, todavia, não acontece no CSC, que não se refere *ex professo* ao administrador de facto. Antes se pode entender que algumas das suas normas a ele se podem reconduzir ou até mesmo incluir no seu *Tatbestand*. Em particular, pode admitir-se que haja afloramentos da figura nos arts. 80º («As disposições respeitantes à responsabilidade dos gerentes ou administradores aplicam-se a *outras pessoas a quem sejam confiadas funções de administração*»), 83º, n.º 4 («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 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 sócios, nos termos desta lei»), bem como no art. 504º, n.º 2 («Os membros do órgão de administração da sociedade directora são responsáveis para com a sociedade subordinada, nos termos dos artigos 72º a 77º desta lei, com as necessárias adaptações; (...)»), em face do seu n.º 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

---

preceitos que possibilitam esse enquadramento ou reconhecimento: o art. 122º, n.º 1, do CT («O contrato de trabalho declarado nulo ou anulado produz efeitos como válido em relação ao tempo em que seja executado») – aparentemente concordante, ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, *Direito do trabalho*, 2010, pág. 192 e n. (3), 342 e ss; desfavoráveis à recondução dos contratos de trabalho inválidos a relações laborais de facto: JOSÉ ANDRADE MESQUITA, *Direito do trabalho*, 2003, págs. 347-348, ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do trabalho*, Parte II, *Situações laborais individuais*, 2010, págs. 215-216; considerando a “imagem da relação laboral de facto” superada pelas “regras que norteiam as consequências da invalidez dos contratos”, MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito do trabalho*, 1991 (reimp. 1994), pág. 591; o art. 147º, n.º 2, al. c), do CT, ao converter em contrato de trabalho sem termo um contrato de trabalho a termo incerto sempre que o trabalhador continue ao serviço do empregador «decorridos quinze dias após a verificação do termo», implica que a relação laboral persistente durante esse período ocorrido intercorrentemente após a cessação da causa da contratação a termo possa corresponder a vínculo de trabalho de facto (igualmente contra, no direito anterior: JOSÉ ANDRADE MESQUITA, págs. 348-349, que defende “um regime especial de cessação *ad nutum*”, semelhante ao do período experimental ou da comissão de serviço); igual juízo pode ser feito para o período de dez dias após a cessação do contrato de utilização de trabalho temporário e a sua conversão em contrato de trabalho sem termo com o utilizador (art. 178º, n.º 4, CT); a relação de trabalho em vigor entre a propositura de uma providência cautelar preventiva de suspensão do despedimento (*ex art. 386º CT*), declarada procedente, e a sentença que declara, na acção principal de impugnação, a licitude do despedimento – ainda contrário para estas duas últimas circunstâncias, JOSÉ ANDRADE MESQUITA, págs. 349 e ss (que, para explicitar tais soluções, opta pela “*pós-eficácia contratual legalmente consagrada*”).

própria sociedade») <sup>136</sup>. Estas normas devem ser objecto da hermenêutica adequada no contexto global da administração de facto e das suas espécies. E, mais do que isso, uma exegese mais atenta e pormenorizada de outros normativos – a empreender no presente estudo – podem conduzir-nos ao remate *em sentido actualista* de *verdadeiras refracções legais* do administrador de facto (porventura mais límpidas) em outras vicissitudes da constituição e da operatividade da relação administrativa das sociedades comerciais.

Pelo contrário, o número de disposições legislativas que de forma expressa se aplicam na hipótese da administração de facto das sociedades tem aumentado em outros sectores do nosso ordenamento positivo, no essencial para a submeter às *responsabilidades* próprias dos administradores formais no exercício da gestão. É um legado pioneiramente instalado por normas do direito tributário – actualmente, arts. 24º, n.º 1, LGT; 8º, n.ºs 1 e 2, RGIT –, que se alastrou ao direito da falência – arts. 126º-A, 126º-B e 126º-C, CPEREF – e depois da insolvência, onde se ditaram com o CIRE efeitos de outra natureza (reconfigurados com a Lei n.º 16/2012, de 20 de Abril) – arts. 186º, n.ºs 1 a 3, 189º, n.ºs 2 e 4; mas veja-se, em sede de responsabilidade civil societária, o art. 82º, n.º 3, als. *a)* e *b)*, e, no que toca à responsabilidade por informações no “processo especial de reabilitação”, o art. 17º-D, n.º 11 – e ao direito penal (arts. 227º, 227º-A, 228º e 229º, CP).

A linha condutora das intervenções do(s) legislador(es) entrega-se ao movimento generalizado do direito estrangeiro em verter a *assimilação* cada vez mais pronunciada do administrador de facto ao administrador de direito. Traduz a preocupação em evitar que os sujeitos com um poder efectivo de gestão na sociedade não fujam dos efeitos previstos na *disciplina pertinente da responsabilidade*, com base no incumprimento dos formalismos jurídico-mercantis, legais e/ou estatutários, na matéria própria da designação dos administradores <sup>137</sup>. É, não obstante, só nesta sede da responsabilidade que se acentua normativamente o predomínio do aspecto *funcional* em detrimento da vertente formal, a fim de “atacar” aquele que se destaca por actuar como se fosse administrador.

---

<sup>136</sup> Trata-se de uma norma da disciplina dos grupos constituídos por “contrato de subordinação” e aplicável aos grupos constituídos por “domínio total” (art. 491º).

<sup>137</sup> Assim também se regista no ordenamento do vizinho ibérico: NURIA LATORRE CHINER, “El concepto de administrador de hecho...”, *loc. cit.*, pág. 857.



Olhando para o ordenamento societário, falta, manifestamente, norma expressa que, ao menos para certos efeitos, equipare a posição de *quem exerce de facto a função administrativa* à do administrador regular e validamente nomeado. Deixam-se sem tratamento os pressupostos da constituição por via de facto da relação de administração (ainda que não seja imprescindível uma tomada de posição da lei), a eficácia e a vinculação à sociedade dos negócios celebrados, os direitos(-poderes) e as obrigações convocados ao estatuto legal dos administradores formais, a remuneração e a compensação dos prejuízos sofridos no âmbito do exercício de funções administrativas, a participação na actividade deliberativa do órgão de administração, etc., entre tantos outros problemas que seria relevante decidir no contexto de actuação fáctica de *sujeitos que efectivamente administram* ao serviço e por conta das sociedades. É, além disso, uma figura – arrisco dizê-lo – praticamente desconhecida nos nossos tribunais quanto à vivência das sociedades comerciais, *pelo menos na concepção precisa do que é um administrador de facto*. É esta lacuna que cumpre desvelar. Para isso, não podemos deixar de discorrer preambularmente sobre a aceitação juspositiva da figura nos ordenamentos fiscal e penal. Assim como, mais do que tudo, não estamos manifestamente em condições de ignorar o *postulado de equipolência entre administrador de direito e de facto*, que (ainda mais depois da revisão em 2012 do CIRE) se acentuou em normas sectoriais do regime da insolvência (com particular enlevo na matéria da responsabilidade), com óbvias ressonâncias *sistemáticas* no direito das sociedades.

### **3.2. Relevo no direito fiscal**

O direito fiscal promoveu a extensão da responsabilidade tributária subsidiária do administrador de direito por dívidas da sociedade (devedor principal e originário) ao administrador que exerça de facto funções de administração.<sup>138</sup>

O art. 24<sup>o</sup>, n.º 1, da LGT<sup>139</sup> preceitua que «os administradores, directores e gerentes e outras pessoas que exerçam, *ainda que somente de facto*, funções de

---

<sup>138</sup> Esta responsabilidade subsidiária justifica-se por duas ordens de razões: primeiro, em função da posição dos sujeitos na sociedade-sujeito passivo, que lhes permite influenciar e determinar o cumprimento das obrigações tributárias, designadamente a que consiste na obrigação principal do pagamento do imposto devido; segundo, tendo em conta o intuito de penalizar a actuação dos administradores e gerentes que não respeitam um dever de actuação no exercício da administração (art. 64<sup>o</sup> CSC) – nestes sentidos, por todos, JOSÉ COSTA ALVES, “A responsabilidade tributária dos titulares dos corpos sociais e dos responsáveis técnicos”, *RFDUP*, 2006, págs. 378-379.

<sup>139</sup> Na redacção conferida pela Lei n.º 30-G/2000, de 29 de Dezembro.

administração ou gestão em pessoas colectivas e entes fiscalmente equiparados são subsidiariamente responsáveis em relação a estas e solidariamente entre si» pelas dívidas tributárias descritas nas respectivas als. a) e b) <sup>140</sup>. O membro do órgão de administração e/ou o administrador de facto não é o devedor originário da dívida, mas responde com o seu património no cumprimento da dívida tributária por efeito do acto-mecanismo da «reversão do processo de execução fiscal» instaurado contra o sujeito passivo originário (art. 23º, n.º 1, ss, LGT) <sup>141</sup>. O mesmo é feito pelo art. 8º, n.ºs 1, 2 e 3, do RGIT, em sede de responsabilidade pelo pagamento de multas e coimas aplicadas por infracções tributárias <sup>142</sup>.

---

<sup>140</sup> O preceito não está conformado às actuais formas de organização da sociedade anónima: deixou de ser «director» o administrador das sociedades de tipo germânico com conselho de administração executivo (arts. 278º, n.º 1, al. c), 424º e ss); não se faz referência ao “administrador-auditor” que faz parte da comissão de auditoria nas sociedade de tipo “monístico” (arts. 278º, n.º 1, al. b), 423º-B e ss): favorável à sua responsabilização tributária subsidiária, ELISABETE RAMOS, *O seguro de responsabilidade civil dos administradores (Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura)*, 2010, págs. 74 e ss.

<sup>141</sup> Sobre a caracterização e as condições da «reversão» – no que mais importa, impõe o n.º 2 do art. 23º da LGT a «fundada insuficiência dos bens penhoráveis do devedor principal e dos responsáveis solidários, sem prejuízo do benefício da excussão» –, bem como a identificação de outras formas de responsabilidade tributária subsidiária que a implica, v. JOAQUIM FREITAS DA ROCHA, *Lições de procedimento e processo tributário*, 2011, págs. 319 e ss, e, mais desenvolvidamente, TÂNIA MEIRELES DA CUNHA, “O momento da reversão da execução fiscal contra os responsáveis subsidiários”, *CTF* n.º 416, 2005, págs. 130 e ss, JOAQUINA COELHO, *Responsabilidade tributária dos administradores ou gerentes das sociedades comerciais*, 2009, págs. 77 e ss, PAULO MARQUES, *Responsabilidade tributária dos gestores e dos técnicos oficiais de contas. A reversão do processo de execução fiscal*, 2011, págs. 35 e ss, 53 e ss.

<sup>142</sup> Sem curar deste preceito, remeto, em sede de explicação do regime, para, *colorandi causa*, JORGE LOPES DE SOUSA/MANUEL SIMAS SANTOS, *Regime geral das infracções tributárias anotado*, 2003, sub art. 8º, págs. 93 e ss, anots. 2, 3, 5 e 6, JOÃO RICARDO CATARINO/NUNO VICTORINO, *Infracções tributárias. Anotações ao regime geral*, 2012, sub art. 8º, págs. 112 e ss.

De todo o modo, note-se que, em termos de constitucionalidade, esta norma tem suscitado grande discussão. O Ac. n.º **129/2009**, de **12 de Março**, do **TC** (in [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)) não julgou inconstitucionais as normas do art. 8º, n.º 1, do RGIT, no que respeita à compatibilidade com os arts. 30º, n.º 3 (intransmissibilidade das penas), e 32º, n.º 2 (presunção de inocência), da CRP da responsabilidade (qualificada como civil delitual) de administradores e gerentes pelo não pagamento de coimas aplicadas a pessoas colectivas em processo de contra-ordenação, contrariando a tese do **STA** de que a reversão para os administradores e gerentes da sociedade devedora seria uma transmissão da sanção (*rectius*, responsabilidade) aplicada em processo contra-ordenacional (v., por ex., o Ac. de **27 de Fevereiro de 2007**: in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), processo 01057/07). No entanto, depois, os Acs. n.ºs **24/2011** e **26/2011**, de **12 de Janeiro**, e **85/2011**, de **15 de Fevereiro**, do mesmo **TC** (na sequência, aliás, do extenso Ac. n.º **481/2010**, de **9 de Dezembro**, que visou o art. 7º-A do RJIFNA, ao qual sucedeu justamente, na normatividade sob apreciação, o art. 8º do RGIT; em sentido contrário, antes, v. o Ac. n.º **150/2009**, tirado a 25 de Março, e n.º **234/2009**, de **12 de Maio**) julgaram inconstitucional esse art. 8º por violação dos princípios da culpa, da igualdade e da proporcionalidade (e, no entendimento da declaração de voto de Rui Moura Ramos, por violação do princípio do processo equitativo e do direito de audiência e defesa); para essa consideração, v. os Acs. do **STA** de **14 de Abril** e de **8 de Setembro de 2010** (in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), respectivamente, processos 064/10 e 0186/10). Porém, mais recentemente, o **TC** (demonstrando, em Plenário, a clara divisão na instância sobre a matéria) voltou a optar pela não inconstitucionalidade do art. 8º, n.º 1, do RGIT, no Ac. n.º **437/2011**, de **3 de Outubro**, “quando interpretado no sentido de que consagra uma responsabilidade pelas coimas que se efectiva pelo mecanismo da reversão da execução fiscal, contra gerentes ou administradores da sociedade devedora”, e (ainda) do art. 7º-A do RJIFNA, no Ac. n.º **561/2011**, de **22 de Novembro**.

São regimes que simbolizam a tradição de o ordenamento tributário, em sede de responsabilidade, *chamar em pé de igualdade* com os administradores de direito aqueles que exercem funções de administração sem que disponham de uma nomeação formal ou nominal (como se timbrou) para o efeito. O normativo da LGT exprime, na realidade, o segundo regime, depois da inequívoca redacção conferida ao art. 13º, n.º 1, do CPT, pelo art. 52º da Lei n.º 52-C/96, de 27 de Dezembro <sup>143</sup>, a prescindir da existência de administração nominal ou de direito como pressuposto legal da responsabilidade tributária dos administradores. Ademais, foi o último de uma série de regimes tributários <sup>144</sup> que fizeram emergir uma outra discussão, em torno da necessidade, para decretar a responsabilidade dos *administradores formalmente designados*, do *efectivo exercício* do cargo.

Em rigor, são questões *diversas* e que devem ser bem destrinçadas. A segunda delas, discutida a indispensabilidade da verificação cumulativa da qualidade de administrador de direito e de facto, coloca-nos sempre sempre *na órbita da administração de direito*, a fim de *definirmos a exigência para a sua responsabilidade*. E, não obstante o consenso jurisprudencial em pedir essa cumulação, a doutrina não

---

<sup>143</sup> Desde 1997 que essa norma passou a referir-se aos administradores que exercem funções de administração «ainda que somente de facto», o que explicitou com clareza o facto de a sua versão primitiva integrar a menção de «outras pessoas que exerçam funções de administração» (não alterou, portanto, o regime legal: assim, JORGE LOPES DE SOUSA, *sub art. 204º*, anot. 22, pág. 990). Tratou-se, de acordo com ALFREDO JOSÉ DE SOUSA/JOSÉ DA SILVA PAIXÃO, *Código de Processo Tributário. Comentado e anotado*, 1998, *sub art. 13º*, anot. 8, pág. 53, “de dar guarida ao princípio de direito fiscal de que este se preocupa ou tem em vista, primordialmente, a *realidade económica*, independentemente da roupagem que a revista. (...) O que importa é que essas pessoas tenham efectivamente desempenhado as respectivas funções”, mesmo que não tivessem a qualidade jurídica de administrador.

<sup>144</sup> A matéria da responsabilidade dos titulares dos órgãos sociais, no exercício dos poderes de gestão e representação, pelo incumprimento do dever tributário de pagamento de impostos e contribuições foi objecto de várias respostas ao longo do tempo: o art. 1º do Decreto n.º 17730, de 7 de Dezembro de 1929; o art. 16º do CPCI (e a sua aplicação às contribuições do regime geral de previdência e a determinadas multas por incumprimento de obrigações acessórias pelos arts. 4º do DL n.º 512/76, de 3 de Julho, e 13º do DL n.º 103/80, de 9 de Maio); o artigo único do DL n.º 68/87, de 9 de Fevereiro (que submete tal responsabilidade ao regime do art. 78º do CSC); e, antes da LGT, o art. 13º do CPT.

Para uma síntese e problematizações dos seus embaraços – nomeadamente, tal como resume PUPO CORREIA, “Sobre a responsabilidade por dívidas sociais dos membros dos órgãos da sociedade”, *ROA*, 2001, pág. 693, a determinação das dívidas abrangidas, a natureza das entidades cujos gestores são responsabilizados, o âmbito temporal de formação e exigibilidade das dívidas, os fundamentos da responsabilidade dos titulares dos órgãos sociais, o ónus da prova do pressuposto da culpa dos responsáveis-, v., entre outros, PAULO DE PITTA CUNHA/JORGE COSTA SANTOS, *Responsabilidade tributária dos administradores e gerentes*, 1999, págs. 11 e ss, 25 e ss, JORGE LOPES DE SOUSA, *Código de Procedimento e de Processo Tributário anotado*, 2002, *sub art. 204º*, págs. 981, ss, anots. 17, ss, MARIA DULCE SOARES, “A responsabilidade dos administradores e gerentes pelas dívidas tributárias”, *Jurisprudência fiscal anotada – Supremo Tribunal Administrativo*, 2002, págs. 68 e ss, TÂNIA MEIRELES DA CUNHA, *Da responsabilidade dos gestores de sociedades perante os credores sociais: a culpa nas responsabilidades civil e tributária*, 2009, págs. 107 e ss.

se pôs de acordo. Fragmentou-se entre as vozes que (desde sempre) consideram ser indispensável esse exercício *substancial* das funções administrativas como requisito para a declaração de responsabilidade e as vozes (minoritárias) que não o requisitam.

Estas últimas vozes esgrimmem argumentos válidos, como a seu tempo confirmarei <sup>145</sup>. O administrador de direito que não exerce funções – em particular, por inércia ou desinteresse, mas também por “acordo entre os diversos gerentes ou administradores”, “exercício absorvente de outra actividade profissional”, abandono de facto da administração não formalizado pelas vias previstas por lei (em esp. mediante renúncia) <sup>146</sup> – revela nessa *omissão* um “abandono ilegítimo” do “poder-dever” que lhe foi conferido (e por si aceite) de zelar pela “boa administração” com o cuidado exigível. Se assim foi (e, nesse contexto, deixou de pagar os impostos relativos ao exercício do cargo: art. 32º da LGT), estaremos perante um facto ilícito, culposo e, assim, contributivo para a insuficiência patrimonial <sup>147</sup> e/ou para a falta de pagamento <sup>148</sup>. Em suma, “o não exercício da administração ou gerência de facto não afasta a responsabilidade do administrador ou gerente, salvo quando não lhe for imputável” <sup>149</sup>. <sup>150</sup>

---

<sup>145</sup> Para a distinção entre administrador de direito *activo* ou *efectivo* e *omissivo*, v. *infra*, Parte III, ponto 11.1.3.

<sup>146</sup> DIOGO LEITE DE CAMPOS, “A responsabilidade subsidiária, em direito tributário, dos gerentes e administradores das sociedades”, *ROA*, 1996, pág. 489.

<sup>147</sup> A al. a) do art. 24º, n.º 1, da LGT refere-se à responsabilidade por dívidas tributárias quando «tiver sido por culpa sua [dos administradores ou gerentes] que o património da sociedade se tornou insuficiente para a sua satisfação». Aqui está consagrada a demanda de uma culpa efectiva pelo facto de o património social se ter tornado insuficiente.

<sup>148</sup> A al. b) do art. 24º, n.º 1, da LGT estabelece essa mesma responsabilidade «pelas dívidas tributárias cujo prazo legal de pagamento ou entrega tenha terminado no período do exercício do seu cargo, quando não provem que não lhes foi imputável a falta de pagamento». Nesta parte decreta-se uma presunção ilidível de culpa pelo não cumprimento das dívidas tributárias, cujo afastamento, “enquanto prova da ausência de culpa, revela-se uma verdadeira *diabolica probatio* para os administradores ou gerentes e, por isso mesmo, demasiado onerosa” (CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, 2009, pág. 282, Autor que duvida da conformação com os princípios da igualdade e da proporcionalidade – “a solução mais acertada seria a que equipara o regime da responsabilidade dos administradores e gerentes no direito fiscal à do direito das sociedades, constante do art. 78º do Código das Sociedades, que vigorou entre 1987 e 1990”).

Sobre a elucidação do requisito da culpa para ambas as als. do art. 24º, n.º 1, da LGT, v., *ex multis*, SOFIA VASCONCELOS CASIMIRO, *A responsabilidade dos gerentes, administradores e directores pelas dívidas tributárias das sociedades comerciais*, 2000, págs. 73 e ss, 97-98, 119 e ss, 137 e ss, MARIA DULCE SOARES, págs. 78 e ss, TÂNIA MEIRELES DA CUNHA, *Da responsabilidade dos gestores...* cit., págs. 141 e ss, 190 e ss, SÉRGIO VASQUES, *Manual de direito fiscal*, 2011, págs. 351 e ss.

<sup>149</sup> ANTÓNIO LIMA GUERREIRO, *Lei Geral Tributária anotada*, 2001, sub art. 24º, anot. 9, págs. 144-145. V. também JOSÉ COSTA ALVES, pág. 397; COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, 2010, págs. 109-110 (“Como não responsabilizar administradores que violam sistematicamente os seus deveres legais gerais (art. 64º, 1, CSC, art. 32º, da LGT)?”, pergunta o Autor em referência aos administradores “tão-só nominais” que não exercem “gerência efectiva”); JOAQUINA COELHO, págs. 44-45, 53, 55-56, 61-62; FRANCISCO BISPO, *Responsabilidade tributária dos administradores das*

Não é este, de todo o modo, o entendimento dos Autores (nomeadamente menos próximos) que fazem a maioria: não basta a mera qualidade de administrador ou gerente para basear a responsabilidade subsidiária, uma vez que sem exercício funcional não se pode formular um juízo de culpa imputável ao agente nem subsiste nexo de causalidade entre a sua actuação e a situação de insuficiência patrimonial da sociedade; a ele não se pode imputar responsabilidade pela falta de pagamento de dívidas fiscais que, sem um exercício efectivo (pelo menos parcial) da administração,

---

*sociedades declaradas insolventes*, 2009, págs. 57 e ss, em esp. 60-61; PAULO MARQUES, págs. 186-187 (pois a expressão legal «ainda que somente de facto» “significa apenas que o gerente de facto para ser responsabilizado não necessita de ser simultaneamente gerente de direito”), 190-191 (também há responsabilidade dos gestores fundada na culpa *in ommittendo* ou *in vigilando*), 193, 195. Já PAULO DE PITTA E CUNHA/JORGE COSTA SANTOS, pág. 79, em interpretação do art. 13º do CPT, expõem ser “menos justificada” a exclusão dos gerentes e administradores meramente nominais da esfera dos responsáveis tributários perante uma norma que fazia depender a responsabilidade de um comportamento ilícito, culposo e causador da insuficiência do património social para saldar as dívidas fiscais da sociedade; porém, “de qualquer modo, o legislador optou inequivocamente por não os incluir nessa esfera”.

Por sua vez, a necessidade de reunião da gerência de direito com a gerência de facto foi criticada, no âmbito da vigência do art. 16º do CPCI, pelas alegações de TEIXEIRA RIBEIRO, “Anotação – Supremo Tribunal Administrativo, Acórdão de 3 de Maio de 1989”, *RLJ* n.º 3791, 1990-1991, págs. 41-42, em matéria de administração colegial e respectiva solidariedade no pagamento das dívidas tributárias (mantida pelo n.º 1 do art. 24º da LGT). Nesta situação, será preciso que cada um dos administradores exerça todas ou parte (em caso de distribuição pelos vários administradores) das funções deliberativas e executivas próprias da administração. Mas cada um deles não é apenas responsável pelas dívidas ao Estado imputáveis a actos da sua administração, é responsável por todas elas, imputáveis a actos da sua administração e a actos da administração dos restantes administradores. Assim, perguntava o Professor coimbrão, “se se entende que um gerente de direito e de facto é responsável não só pelos actos da sua administração, mas ainda pelos actos da administração dos outros gerentes, *porque não há-de entender-se que um gerente apenas de direito seja responsável pelos actos de administração de outros gerentes, que sejam gerentes de facto?* (destaquei). A doutrina argumenta, todavia, que, ainda que seja a solidariedade a regra em relação ao exercício de funções durante o mesmo período de tempo, se deve admitir a limitação da responsabilidade a um ou alguns deles, se houver uma distribuição interna de deveres, que deverá ser feita por escrito, fixa e vinculativa, de acordo com a qual o cumprimento dos deveres fiscais é atribuído a um ou alguns representantes da sociedade: neste sentido, ANA PAULA DOURADO, “Substituição e responsabilidade tributária”, *CTF* n.º 391, 1998, págs. 77-78.

<sup>150</sup> Advirta-se que esta posição foi sufragada pela disciplina que se seguiu ao CPCI, que abriu um hiato no denominador comum do CPCI, do CPT e da LGT em matéria de exigência de uma administração efectiva. Na realidade, o DL n.º 68/87 excluiu esse exercício efectivo uma vez que permitiu a responsabilidade tributária dos administradores meramente nominais: a) o preâmbulo desse diploma sentenciava que “o titular de um cargo directivo que não o exerce efectivamente estará, com isso, pelo menos numa perspectiva virtual, a inobservar um dever de vigilância, não justificando, pois, um regime de favor”; b) a aplicação do art. 78º implicava a impossibilidade de exclusão dos administradores de direito que não exerciam de facto; c) o diploma deixou de responsabilizar automática e indiscriminadamente os administradores, como antes se fazia, sem atendimento da censurabilidade dos seus actos e omissões; d) se a responsabilidade é aquiliana, a omissão continuada do administrador meramente nominal viola os mais elementares deveres de cuidado e é causa adequada da insuficiência do património social para saldar as dívidas fiscais (argumentos apreendidos em PAULO DE PITTA E CUNHA/JORGE COSTA SANTOS, págs. 78-79).

não podia sequer conhecer em referência ao «período de exercício do seu cargo»<sup>151,152</sup>

Foi esta a linha adoptada tradicionalmente pela jurisprudência superior, que durante largo tempo sustentou uniformemente duas teses sobre esta responsabilidade *ex lege* de objecto tributário: 1.<sup>a</sup> – a imputação culposa da responsabilidade pelas dívidas tributárias implica o desempenho fáctico das funções de administração

---

<sup>151</sup> Cfr. uma vez mais esta fórmula nas als. *a)* e *b)* do art. 24º, n.º 1, da LGT.

<sup>152</sup> É a posição tradicionalmente proposta pela doutrina para as várias disciplinas surgidas ao longo do tempo, com vista à *restrição subjectiva* e *moderadora* da responsabilidade dos “gestores”, fundada na existência de uma conexão temporal entre a sua actuação e a dívida tributária pela qual esses “gestores” seriam responsáveis.

V., entre (outros) menos e mais recentes (acompanhando a evolução legislativa e as pronúncias judiciais nesta matéria), ANTÓNIO BRAZ TEIXEIRA, “A responsabilidade das pessoas colectivas e dos seus órgãos pelas dívidas de imposto”, *CTF*, 1967, págs. 55-56; ALBERTO XAVIER, *Manual de direito fiscal*, 1974, pág. 389; RUY DE ALBUQUERQUE/MENEZES CORDEIRO, “Da responsabilidade fiscal subsidiária: a imputação aos gestores dos débitos das empresas à Previdência e o artigo 16º do Código de Processo das Contribuições e Impostos”, *CTF*, 1986, págs. 158-159, 162-164 (realçando a efectividade de funções no domínio “especializado” desta espécie de obrigações – o discurso é para as contribuições devidas à Segurança Social – ou, pelo menos, intervenientes na formação da vontade colectiva nesse campo); RUI BARREIRA, “A responsabilidade dos gestores de sociedades por dívidas fiscais”, *Fisco*, 1990, págs. 4-5; ANA PAULA DOURADO, “A responsabilidade tributária dos gerentes: pressupostos”, *Fisco*, 1993, pág. 40; SALDANHA SANCHES/RUI BARREIRA, “Culpa no incumprimento e responsabilidade dos gerentes”, *Fisco*, 1995, págs. 98-99; MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil...* cit., pág. 61; DIOGO LEITE DE CAMPOS/MÓNICA LEITE DE CAMPOS, *Direito tributário*, 1997, págs. 347-348; ALFREDO JOSÉ DE SOUSA/JOSÉ DA SILVA PAIXÃO, *sub art. 13º*, anot. 8, págs. 52-53; PAULO DE PITTA CUNHA/JORGE COSTA SANTOS, págs. 75-77; ANTÓNIO CARVALHO MARTINS, *Responsabilidade dos administradores ou gerentes por dívidas de impostos*, 1999, págs. 95, 108; RUI CORREIA DE SOUSA, *Lei Geral Tributária. Anotada e comentada e legislação complementar*, 1999, *sub art. 23º*, n.ºs 1, 2 e 3, pág. 66; ISABEL MARQUES DA SILVA, “A responsabilidade tributária dos corpos sociais”, *Problemas fundamentais do direito tributário*, 1999, pág. 130; SÉRGIO VASQUES, “A responsabilidade dos gestores na Lei Geral Tributária”, *Fiscalidade*, 2000, págs. 50-51, 54-55 (com a seguinte referência a um aresto de **13 de Março de 1996** do **STA** [*Caso Construções S. Tiago Lobão*; in *www.dgsi.pt*, processo 019483]: “(...) a lei não exige que o gerente, para ser responsável pelas dívidas da sociedade ao Estado, exerça uma administração continuada, o que exige é que ele pratique, durante o período a que as dívidas de impostos respeitam, actos vinculantes da sociedade. É gerente efectivo ou de facto o sócio da sociedade que actua no exercício das suas actividades, tomando decisões exteriorizando a vontade da sociedade perante os empregados e os clientes, fazendo uso efectivo dos poderes de administração”); DIOGO LEITE DE CAMPOS/BENJAMIM SILVA RODRIGUES/JORGE LOPES DE SOUSA, *Lei Geral Tributária. Comentada e anotada*, 2000, *sub art. 24º*, anot. 6, pág. 132; SOFIA DE VASCONCELOS CASIMIRO, págs. 62-63, 82-83 (e respectivas ns., onde se respigam outras menções bibliográficas), 100; PEDRO SOUSA E SILVA, “A responsabilidade tributária dos administradores e gerentes na Lei Geral Tributária e no novo CPPT”, *ROA*, 2000, pág. 1452; PUPO CORREIA, “Sobre a responsabilidade...”, *loc. cit.*, pág. 696; JORGE LOPES DE SOUSA, *sub art. 204º*, anot. 26, págs. 996-997; TÂNIA MEIRELES DA CUNHA, *Da responsabilidade dos gestores...* cit., n. (382) – pág. 124; aparentemente, ABÍLIO MORGADO, “Responsabilidade tributária: ensaio sobre o regime do artigo 24º da Lei Geral Tributária”, *CTF* n.º 415, 2005, págs. 115-116, 117-118, 119-120, que destaca a imputação a título de responsabilidade tributária como o resultado de “acções ou omissões de quem desempenha funções de administração ou gestão”; JOÃO SANTOS CABRAL, “A responsabilidade tributária subsidiária do administrador de facto”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, *Studia Iuridica* 95, Ad Honorem – 4, Volume I, 2009, págs. 255 e ss, em esp. 258, 287, 289.

durante o período da verificação do facto tributário <sup>153</sup> e/ou do pagamento voluntário (doutrina do *duplo requisito*), pelo que a omissão da concretização do dever de controlo e actuação da e na vida da sociedade (inerentes ao cargo de administrador nominal) não era motivo para justificar essa responsabilidade <sup>154</sup>; 2.<sup>a</sup> – presume-se que aquele que é designado para o cargo de administrador (com inscrição no registo comercial) o exerce de forma efectiva, cabendo ao gestor(-responsável subsidiário), em sede de oposição, afastar a presunção (entendida maioritariamente como judicial ou natural, mas por vezes como presunção legal *iuris tantum* <sup>155</sup>) da existência de gestão de facto. <sup>156</sup>

---

<sup>153</sup> A doutrina mais atenta à necessidade de conjugação das als. do art. 24º da LGT verifica que a respectiva al. a) abrange não só dívidas constituídas no período de exercício do cargo mas vencidas num momento em que o administrador já não exercia funções, mas também as “dívidas tributárias da sociedade cujo facto constitutivo ocorreu antes de iniciarem funções e que só se venceram depois de terminadas as suas funções”, ainda que neste lote de obrigações seja “difícil à Administração fazer prova do nexo causal entre o comportamento do gerente e a insuficiência do património social para o cumprimento da dívida e da sua culpa nessa insuficiência, já que não se situam no domínio temporal de actuação do gerente nenhum dos dois momentos fundamentais da relação jurídica de imposto” (ISABEL MARQUES DA SILVA, págs. 132-134, destaquei), e até as dívidas em que tanto o facto constitutivo como o vencimento acontecem depois de cessar o exercício das funções administrativas (neste sentido, v. SOFIA VASCONCELOS CASIMIRO, n. (207) – págs. 125-126; MARIA DULCE SOARES, págs. 84 e ss, com alerta para a especificidade dessa circunstância, operativa em tese “porquanto, fluindo a vida das empresas de uma forma contínua e criando-se as obrigações para a sociedade independentemente de quem no momento ocupa o cargo na sociedade, é perfeitamente possível que, quando ocorre o facto gerador de uma dívida, haja uma insuficiência do património com origem em actos praticados por um gestor que já não era titular do cargo” (sublinhei)). Sistemáticamente e com jurisprudência, TÂNIA MEIRELES DA CUNHA, *Responsabilidade tributária subsidiária – Apontamentos*, 2008, págs. 152 e ss. Contra esse alargamento da responsabilidade, v. PUPO CORREIA, “Sobre a responsabilidade...”, *loc. cit.*, pág. 697.

<sup>154</sup> Sobre o ponto, interessa ainda apreender a posição do TC. Em matéria da eventual violação do princípio da igualdade por se excluir da responsabilidade os administradores meramente nominais, os Acs. n.ºs **328/94**, de **13 de Abril** (mas v. a declaração de voto de vencido de Luís Nunes de Almeida), e **379/2000**, de **13 de Julho** (in [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)), fizeram saber que é razoável e justificada a diferença de tratamento em face do gerente “efectivo”, uma vez que, quando o gerente meramente nominal não exerce de facto as funções de administração, não se pode dizer que a concreta condução dos negócios da sociedade (em particular para daí se extrair a inobservância de deveres legais) se deve a qualquer actuação da sua parte. V. ainda os Acs. n.ºs **576/99** e **577/99**, de **20 de Outubro**, do mesmo TC (nomeadamente para a declaração de voto de vencido de Paulo Mota Pinto). Para uma crítica severa deste entendimento, à luz de disposições legais precedentes, v. PAULO DE PITTA E CUNHA/JORGE COSTA SANTOS, págs. 108 e ss.

<sup>155</sup> Neste último sentido, v. o Ac. do TCA de **18 de Junho de 2002** (in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), processo 6083/01, págs. 3-4/8).

<sup>156</sup> Para um elenco de decisões judiciais, v. PAULO DE PITTA CUNHA/JORGE COSTA SANTOS, n. (116) – pág. 76, DIOGO LEITE DE CAMPOS/BENJAMIM SILVA RODRIGUES/JORGE LOPES DE SOUSA, *sub art.* 24º, págs. 138-139, 141, 142, SOFIA VASCONCELOS CASIMIRO, n. (80) – págs. 64-65, n. (111) – págs. 82-83, TÂNIA MEIRELES DA CUNHA, *Responsabilidade tributária... cit.*, págs. 145-146, 147-148, ID., *Da responsabilidade dos gestores... cit.*, pág. 136 e n. (421). Em jurisprudência recente, v., a título de exemplo, o STA em **23 de Fevereiro de 2010** (in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), processo 3706/09) e o TCA Norte de **8 de Março de 2012** (in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), processo 02707/06.0BEPRT).

O panorama jurisprudencial modificou-se, para esta segunda orientação, quando o **STA** (em recurso por oposição de julgados) se pronunciou no Ac. de **28 de Fevereiro de 2007** em sentido oposto à presunção (automática ou mecânica, muito menos legal) da gestão de facto com base na gerência de direito, fazendo com que a administração fiscal ficasse onerada com a prova da administração de direito e da gestão efectiva (ainda que, para isso, possa recorrer a presunções judiciais) <sup>157</sup>. Não obstante, esse rumo não parece ter sido interiorizado como consensual por decisões posteriores, que, mesmo que em parte, se inclinam para reipristinar o ditame anterior <sup>158</sup>.

A outra faceta da normatividade da LGT, a que se refere «às pessoas que exerçam, ainda que somente de facto, funções de administração» <sup>159</sup>, coloca-nos, essa sim, na *órbita* da administração de facto *tout court*, desempenhada por quem não é administrador de direito – o que convém distinguir do administrador de direito *activo* ou *efectivo*.

Para essa *verdadeira* administração de facto, despontam os quesitos principais: na ausência de uma designação formal, quem pode ser e o que necessita fazer esse sujeito não designado (ou designado com mácula) para lhe ser atribuída a “marca” de administrador de facto? <sup>160</sup>

---

<sup>157</sup> In *www.dgsi.pt*, processo 01132/06, Pleno da secção de Contencioso Tributário, em esp. pontos II e V do Sumário e págs. 6 e ss/10.

Seguidores: **STA, 10 de Dezembro de 2008, 11 de Março de 2009, 3 de Dezembro de 2010 e 18 de Janeiro de 2012** (in *www.dgsi.pt*, respectivamente processos 709/08, 045/09, 04296/10 e 01030/10); **TCA Sul de 23 de Fevereiro de 2010** (in *www.dgsi.pt*, processo 03352/09); **TCA Norte de 27 de Março de 2008** (in *www.dgsi.pt*, processo 00067/03), de **8 de Abril e 14 de Julho de 2010** (in *www.dgsi.pt*, respectivamente processos 00299/95.6BEBRG e 00351/05.8BEBRG).

<sup>158</sup> Identifica-se esta tendência no **TCA Sul de 23 de Novembro de 2010** e de **7 de Abril de 2011** (in *www.dgsi.pt*, respectivamente, processos 04118/10 [pontos 2 – “Da nomeação para gerente (gerente de direito) de uma sociedade resulta *uma parte da presunção natural ou judicial*, baseada na experiência comum, de que o mesmo exercerá as correspondentes funções, por ser co-natural que quem é nomeado para um cargo o exerça na realidade, cuja base será completada com a prova do exercício do acervo de todas ou parte das correspondentes funções” (sublinhei) – e 3 do Sumário] e 04506/11 [ponto XI do Sumário: “(...) uma vez verificada a gerência de direito ou nominal, dela se pode presumir a gerência de facto, pois a segunda traduz-se na execução da primeira (presunção de quem é nomeado para um cargo exerce-o na realidade)”).

<sup>159</sup> Destacando, neste particular, a semelhança do art. 24º da LGT com o art. 80º, cfr. PUPO CORREIA, “Sobre a responsabilidade...”, *loc. cit.*, pág. 696.

<sup>160</sup> Já no que respeita ao fundamento da imputação de responsabilidade fiscal ao administrador de facto, vemos que o (já longínquo) Ac. do **Tribunal Tributário de 2.ª Instância, de 17 de Dezembro de 1991** (in *CTF* n.º 366, Abril-Junho de 1992, pág. 221, ss) não admitia dúvidas: “(...) se o gerente de facto se assume como expressando a vontade da sociedade – e os terceiros estão de boa-fé – [...] nada autoriza que depois se exclua a responsabilidade jurídica pelos actos em que interveio em representação da sociedade”. Desta decisão resulta expressamente que não só sobre o administrador *de direito e de facto*, mas também sobre o *administrador de facto (que não de direito)* recai a obrigação de dar cumprimento às obrigações



Para além dos casos de *administradores e gerentes irregularmente nomeados ou eleitos* <sup>161</sup> e daqueles que *continuam a exercer actos materiais de administração depois de destituídos* <sup>162</sup>, entendeu-se, segundo uns, que patenteiam exercício de facto os *procuradores da gerência ou administração*, assim como os que exercem funções de administração a título de *directores-gerais* ou *chefes de secção de empresa*, desde que “com poderes suficientemente amplos para praticar [cumulativamente] os actos normais de  *direcção* da actividade [social] e de *representação* externa das sociedades”. <sup>163</sup> Porém, para outros, esses, bem como outros *quadros superiores e intermédios de direcção da empresa e trabalhadores* <sup>164</sup>, não são, pura e simplesmente,

---

públicas de pagamento das dívidas dos impostos, enquanto sujeitos que estão “na posição *funcional* de o fazer” (págs. 226-227, sublinhei).

<sup>161</sup> ALFREDO JOSÉ DE SOUSA/JOSÉ DA SILVA PAIXÃO, *sub art.* 13º, anot. 8, pág. 53, PAULO DE PITTA CUNHA/JORGE COSTA SANTOS, pág. 80, TÂNIA MEIRELES DA CUNHA, *Responsabilidade tributária...* cit., pág. 143.

<sup>162</sup> TÂNIA MEIRELES DA CUNHA, *últ. ob. e loc. cit.*

<sup>163</sup> Neste sentido, v. PEDRO SOUSA E SILVA, pág. 1451 e n. (9) – págs. 1451-1452 (de onde se retirou a transcrição), que fala da necessidade de uma “dupla competência”; TÂNIA MEIRELES DA CUNHA, *Da responsabilidade dos gestores...* cit., n. (420) – págs. 135-136.

Outra questão é a de saber se a outorga de procurações é exercício efectivo de funções pelos administradores de direito, nomeadamente se esse é o único acto realizado enquanto administrador. Afirmativamente, ANTÓNIO LIMA GUERREIRO, *sub art.* 24º, anot. 10, pág. 145, entendeu que “a administração ou gerência por procurador integra-se claramente na administração ou gerência de facto susceptível de fundamentar a responsabilidade subsidiária”. Demonstra-o com o Ac. **do STA de 2 de Julho de 1997**, que decidira ser responsável o gerente nominal que mandata outra pessoa para exercer, em seu nome e por sua conta, a gestão da sociedade devedora. Também nesta linha se colocou ISABEL MARQUES DA SILVA, que, concordando com a decisão do Ac. **do TCA de 20 de Março de 2001**, afirmou que, não obstante não serem exercidas pessoalmente as funções de administração da sociedade por um vogal do conselho de administração que atribuiu por procuração os seus poderes funcionais ao presidente desse mesmo conselho, essas funções foram exercidas através do representante que voluntariamente designou, “pelo que exercera, também de facto, por intermédio do seu procurador, os poderes inerentes ao exercício do seu cargo” (“Acórdão do Tribunal Central Administrativo, 2.ª Sec., de 20 de Março de 2001 – Anotação”, *CTF* n.º 401, 2001, pág. 386; o fragmento pertinente do aresto, reproduzido a págs. 373, ss, encontra-se a págs. 378-382). Diga-se, porém, que esta orientação (referida como dominante na jurisprudência administrativa: cfr., por ex., o Ac. do **TCA Norte de 15 de Julho de 2004** (in *www.dgsi.pt*, processo 00087/04, e arestos aí indicados; em sentido contrário, porém, o Ac. do **TCA Sul de 2 de Março de 1999**, in *www.dgsi.pt*, processo 00679/98) é justamente criticada: JORGE LOPES DE SOUSA, *sub art.* 204º, anot. 26, págs. 996 e ss (a emissão de uma procuração ou mandato a terceiro para exercer os poderes da administração é censurável ao mesmo nível da abstenção de exercício da administração de facto – “em ambos os casos [há] uma completa omissão do gerente de direito em controlar a vida da sociedade”, pelo que falha em ambos a “relação de *proximidade real* entre o gerente de direito e a vida da sociedade”, a não ser que o administrador de direito tenha conhecimento da actividade levada a cabo pelo seu procurador e tenha determinado ou, pelo menos, aceite a sua actuação); JOÃO SANTOS CABRAL, págs. 264-265 e n. (63): se esse é o único comportamento no âmbito da gestão social, configura-se “um verdadeiro acto de abandono ou demissão das suas funções”.

<sup>164</sup> Para este assunto, v., ainda para um gerente de direito, o Ac. **do STA de 22 de Março de 1995** (in *Apêndice ao DR*, 31/7/1997, *Supremo Tribunal Administrativo*, pág. 843, ss, do qual destaco as partes conclusivas (pág. 847): “quer antes quer depois de ter sido sócio, [o sujeito em causa, que chefiava “a secção de Laboratório e Controlo Industrial da sociedade”, mesmo antes de ser gerente] actuou como mero empregado do ente social[,] percebendo remuneração fixa e comissão nas vendas do sector que orientava”;

*administradores* (mesmo que de facto). Razões: (i) só poderão ser responsabilizados aqueles que, de acordo com uma *equiparação material ou funcional* com os administradores de direito que estão no cargo, exercerem de facto funções de administração com “a mesma amplitude e os mesmos poderes de gestão que caracterizam o exercício dessas mesmas funções por gerentes ou administradores de direito” <sup>165</sup>; (ii) esses sujeitos, enquanto tais, “não são titulares da «alta direcção», e não a exercem”; (ii) “quando têm poderes de representação, têm-nos não a título de administradores mas sim de procuradores, trabalhadores assalariados, etc.” <sup>166</sup>.

Por outro lado, para quem identifica a administração de facto no desempenho simultâneo de actos de gestão e de representação externa da sociedade <sup>167</sup>, parece

---

“durante o período em que foi sócio-gerente[,] limitou-se a intervir nas assembleias gerais e a outorgar nas escrituras subsequentes [pelo menos, na de alteração deliberada do contrato de sociedade]. Estes últimos actos são inerentes à qualidade de sócio mas não justificam (...) uma gerência de facto, já que (...) não se descortina a prática de acto (...) que vinculasse a sociedade perante terceiros”.

<sup>165</sup> PAULO DE PITTA CUNHA/JORGE COSTA SANTOS, pág. 80 – porém, os Autores, ao exemplificarem com aqueles que podem vincular a sociedade perante terceiros no uso de procurações conferidas pela sociedade, entendem suficientes os poderes de actuação externa para fundarem a equiparação material com os administradores de direito.

<sup>166</sup> COUTINHO DE ABREU/ELISABETE RAMOS, *Responsabilidade civil de administradores e de sócios controladores (Notas sobre o art. 379º do Código do Trabalho)*, 2004, n. (78) – pág. 46.

Ajuizando a bondade de um critério funcional para considerar a ingerência factual na actividade societária, baseado igualmente nos actos de “directão empresarial” reconduzida à “alta administração” que determina o destino e a sorte da sociedade (e não bastando os actos de representação para com terceiros), JOÃO SANTOS CABRAL, págs. 266 e ss, 275, 276 e ss.

<sup>167</sup> Como vimos que sustentam PEDRO SOUSA E SILVA, n. (9) – pág. 1452, e TÂNIA MEIRELES DA CUNHA, n. (420) – págs. 135-136.

Ainda para a administração de direito e de facto, significativo se tornou o Ac. do **STA de 8 de Março de 1995**, ponto 2 do Sumário, in *Apêndice ao DR, 31/7/1997, Supremo Tribunal Administrativo*, pág. 679: gerente efectivo ou de facto é aquele que é “órgão actuante da sociedade, tomando as deliberações consentidas pelo acto e exteriorizando a vontade social perante empregados e estranhos, quer obrigando a empresa quer realizando negócios, enfim, exercendo uma gerência que se consubstancia no uso efectivo dos poderes da administração e representação da sociedade” – esta definição reproduziu-se invariavelmente nos anos subsequentes (por ex., mais próximo, **TCA Norte de 2 de Fevereiro de 2012**; in *www.dgsi.pt*, processo 00273/09.3BEPNF). No caso *sub judice*, o tribunal superior decretou a não responsabilidade tributária de um administrador de direito, director técnico-comercial da sociedade, mas que não interviera na gestão administrativa e financeira da sociedade, exercida pelo accionista maioritário, não participara nas reuniões da administração, nem fora consultado no que respeita às suas deliberações. Numa outra definição, reservada à actuação externa, é alguém que “exterioriza de algum modo a representação da vontade social por meio de actos substantivos e materiais, vinculando a sociedade perante terceiros” (Ac. do **TCA de 9 de Fevereiro de 1999**, in *Ant. Acs. STA e TCA n.º 2*, Janeiro-Março 1999, pág. 303, ss, ponto I do Sumário).

Neste enalce, o Ac. do **TCA Sul de 7 de Outubro de 2003** (in *www.dgsi.pt*, processo 00602/03) concluiu que ilude a presunção de gerência de facto quem, “nomeada gerente da sociedade em 1988, nunca nela exerceu outra função senão a de operária, que cessou toda a ligação com a sociedade em 1992 e que nesta sempre foi outra pessoa quem exerceu as funções de gerência” (ponto VI do Sumário). Ainda na mesma instância, o Ac. de **13 de Julho de 2004** (in *www.dgsi.pt*, processo 00131/04) chegou à mesma conclusão numa circunstância também curiosa: o gerente de direito em causa assinara as declarações fiscais de IRC da sociedade devedora; mas “nunca deu qualquer ordem aos funcionários da sociedade nem fez qualquer reparo quanto ao modo de execução do trabalho deles”, “ não auferiu qualquer remuneração da

que se estará a excluir todos os sujeitos que, administrando, o fazem sem tomar em mãos a representação que é própria dos administradores de direito e que se escondem atrás deles ou actuam por intermédio deles (os administradores de facto indirectos <sup>168</sup>); também aqui vemos intervenções ampliadoras, nomeadamente para não deixar de incluir no campo de aplicação do art. 24º da LGT o administrador de facto oculo <sup>169</sup>.

Finalmente, não se vê densificada com significado a solicitação de um comportamento qualificador da administração de facto *em sentido próprio*. A tentação seria retirar algo de útil da jurisprudência aquando da *resposta à averiguação de exercício efectivo da gestão a cumular com a administração de direito*. Todavia, não se vislumbra proveito. Nessa sede, *v. g.*, encontramos dito que “a lei não exige que os gerentes, para que sejam responsabilizados pelas dívidas da sociedade, *exerçam uma administração continuada*” nem que actuem “em todas as áreas por que se desenvolve a actividade da sociedade”, “apenas exigindo que eles pratiquem *actos vinculativos da sociedade*” e “*exteriorizadores da [sua] vontade*” <sup>170</sup>; neste domínio, basta até o

---

sociedade originária devedora[,] nem ele ou a sociedade efectuaram qualquer desconto para a Segurança Social relativamente a remunerações por ele percebidas da sociedade”, “não visitava com regularidade as instalações da executada, nunca a representou ou agiu em seu nome ou interesse, designadamente, não passava, emitia ou assinava cheques, contratos ou documentos de qualquer natureza, não tinha a direcção da empresa”, “não conhecia os seus fornecedores ou clientes, nem tratava de quaisquer assuntos, declarações ou pagamentos ao fisco ou à Segurança Social”, e ainda “exercia funções noutra empresa e também por conta própria” (ponto VI do Sumário, págs. 9-10/13). À elisão da (presumida) gestão de facto não obsteu aquela assinatura, pois ela tinha sido feita, não na qualidade de representante da sociedade, mas aposta a título de “técnico de contas ou do responsável pela contabilidade”.

<sup>168</sup> RICARDO COSTA, “Responsabilidade civil societária dos administradores de facto”, *Temas societários*, 2006, pág. 30.

<sup>169</sup> COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., pág. 108 e n. (216) – “Os administradores de facto dos diversos tipos podem ser culpados por o património do sujeito passivo originário se ter tornado insuficiente para a satisfação de dívidas tributárias ou pela falta de pagamento dos tributos devidos”; JOÃO SANTOS CABRAL, págs. 282 e ss, em esp. 284, 287 (“a responsabilização que se bastasse com a administração de facto directa teria como único efeito o incitamento ao recurso ao administrador oculo como forma de obviar àquela mesma responsabilização, potenciando, além do mais, espaços arbitrários de não punibilidade”); FRANCISCO BISPO, pág. 16; PAULO MARQUES, pág. 196. Não obstante o anteriormente referido, TÂNIA MEIRELES DA CUNHA, *Responsabilidade tributária...* cit., pág. 143, admite no “gestor de facto” o “*shadow director*”.

<sup>170</sup> Excertos do Ac. do **TCA Sul de 13 de Julho de 2004** (cit. antes na n. 167), pág. 9/13, sublinhei) e do Ac. do **TCA de 4 de Junho de 2002** (in *www.dgsi.pt*, processo 6581/02, págs. 8-9/11; neste caso, os responsáveis tinham a seu cargo a “gestão da sociedade na área técnica”).

Antes, novamente a título de exemplo, atente-se no Ac. do **STA de 3 de Maio de 1989** (in *RLJ* n.º 3791, 1990-1991, pág. 38, ss), que considerou não exigir a lei que o gerente de uma sociedade por quotas exercesse *diariamente* a gerência, sendo suficiente que fosse “elemento actuante na sociedade” – o que, na hipótese, estaria preenchido pelos factos de, não obstante raramente ir às instalações da sociedade, assinar de quando em vez documentos que exigiam duas assinaturas em casos de ausência ou de falta de assinatura de algum dos outros sócios-gerentes e perceber remunerações pela gerência –, e respigue-se outra vez o Ac. do **TCA de 9 de Fevereiro de 1999** (cit. n. 167), que apenas demandara para a ocorrência de gerência de

*campo externo mais exíguo* da mera assinatura de cheques e letras da sociedade pelos administradores e gerentes na qualidade de seus representantes legais <sup>171</sup> ou de documentos representativos da sociedade (em esp. junto da administração fiscal) <sup>172</sup>. Já noutra ilustração, pondera-se como suficiente o *domínio interno* do “exercício de uma particular zona de gerência” correspondente às funções de controlo da produção e direcção da empresa <sup>173</sup>. Portanto, não se vê critério *uniformizador e verdadeiramente selectivo* que possa servir para deduzir elementos de qualificação *funcional* do administrador ou gerente que não seja de direito mas só de facto <sup>174</sup> – como aquele que a doutrina mais esclarecida tem apontado, assente na determinação das políticas de “alta direcção” <sup>175</sup>, e na reunião de um conjunto de “elementos caracterizadores de uma situação” de administração de facto <sup>176</sup>. Em bom rigor,

---

facto uma actuação revelada “de modo esporádico e [ainda que] apenas em relação a um único pelouro da empresa [explorada] pela sociedade” (ponto I do Sumário, pág. 303; criticamente, TÂNIA MEIRELES DA CUNHA, *Responsabilidade tributária...* cit., pág. 144), “podendo detectar-se num só acto isolado” e “bastando apenas que, de facto, se exerça algum acto inscrito no âmbito do poder funcional da administração da sociedade para a realização do objecto social” (pág. 305).

<sup>171</sup> Assim se considerou nos Acs. do **TCA Sul de 27 de Janeiro** e de **4 de Maio de 2004** e **20 de Junho de 2000** (in *www.dgsi.pt*, respectivamente processos 06578/02, 01179/03 e 3468/00) e, mais proximamente, de **10 de Maio de 2011** (in *www.dgsi.pt*, processo 04295/10).

Veja-se que o segundo desses arestos caso evidencia, ademais, *uma situação típica de existência de um administrador de facto não formal* (que não foi considerada): todos os demais actos típicos da administração eram praticados por uma terceira pessoa (pai dos sócios-gerentes), que apresentava esses cheques para serem assinados pelos gerentes de direito e assumia a gestão diária da sociedade, constituída pelos seus dois filhos como uma “fachada” para ele exercer uma determinada actividade comercial. Devia ter sido relativamente a essa terceira pessoa que (também) deveria ser ponderada a responsabilidade, se se acertasse a qualidade de administrador de facto que *actua directamente como se fosse administrador de direito* e/ou *determina de forma indirecta e sistematicamente a actuação (residual) dos administradores de direito* (como administradores de complacência).

<sup>172</sup> Cfr., por ex., Ac. do **TCA Norte de 21 de Abril de 2005** (in *www.dgsi.pt*, processo 00401/04).

<sup>173</sup> Cfr. Ac. do **STA de 11 de Outubro de 1995** (in *CTF* n.º 381, Janeiro-Março de 1996, pág. 311, ss, em esp. pág. 318), que entendeu que a realização de tais funções, embora alheias à representação da sociedade perante terceiros, não afastava, por si só, esta responsabilidade, já que é natural a repartição das funções de gerência (nomeadamente entre administração interna e relações externas) e a responsabilidade tributária não está necessariamente ligada à representação com o exterior.

<sup>174</sup> V., exemplar quanto à procura cega de “qualquer acto típico de gerência”, o Ac. do **TCA Norte de 14 de Março de 2012** (in *www.dgsi.pt*, processo 00121/07.9BEBRG).

Com outros exemplos da jurisprudência, v., também criticamente, JOÃO SANTOS CABRAL, págs. 262 e ss – “tudo cabe no conceito de administração de facto” exigida para a responsabilidade do administrador ou gerente de direito; “todo e *qualquer* acto de administração em sentido amplo (...), *qualquer* que seja a área onde incida, *qualquer* que seja a sua frequência ou regularidade e *qualquer* que seja a sua qualidade é passível de integrar o conceito de administração de facto” –, 288 (cabem “a alta administração, a simples representação, a administração bagatelar, os actos de organização interna da sociedade, os actos isolados e dependentes de outros órgãos e a própria não administração” constituída pela simples outorga de procuração), 290.

<sup>175</sup> COUTINHO DE ABREU/ELISABETE RAMOS, n. (78) – pág. 46, JOÃO SANTOS CABRAL, págs. 277-278, 285-286.

<sup>176</sup> TÂNIA MEIRELES DA CUNHA, *últ. ob. cit.*, págs. 143-144, exige continuidade, efectividade, durabilidade, regularidade, poder de decisão e independência no exercício das funções exercidas.

contudo, também não é da maior ou menor intensidade e amplitude do exercício de funções concretas de um administrador de direito *com título para gerir a sociedade* que se poderá extrapolar os critérios *emancipados* de qualificação como administrador de *um sujeito sem título vigente para a gerir*. A distinção não é propriamente apanágio da doutrina interpretativa e da experiência aplicativa dos preceitos tributários, mas a autonomia das situações, ainda que por ora singelamente chamada à colação, não deve ser olvidada. Em suma: um outro percurso deve ser seguido para descortinar os pressupostos para se ser identificado como administrador de facto e estar sujeito, nessa qualidade, à responsabilidade tributária<sup>177</sup>.

### 3.3. Relevância no direito penal comum

No CP permitiu-se a ampliação do círculo de autores aos administradores de facto em alguns tipos legais de crime «contra direitos patrimoniais». Os crimes de *insolvência dolosa* (art. 227º) e *negligente* (art. 228º), de *frustração de créditos* (art. 227º-A) e de *favorecimento de credores* (art. 229º) podem ter como agente «quem tiver exercido de facto a respectiva gestão ou direcção efectiva [de pessoa colectiva, sociedade ou mera associação de facto]» e tiver praticado as acções típicas descritas como criminalmente puníveis: assim é por determinação dos arts. 227º, n.º 3<sup>178</sup>, remetendo para ele os arts. 227º-A, n.º 2, 228º, n.º 2, 229º, n.º 2, sempre do CP.<sup>179-180</sup>

---

<sup>177</sup> No sentido adequado da procura para o fim da responsabilidade tributária de um conceito de “administrador de facto” no âmbito comercial-societário (ainda que temperado no requisito da “intensidade quantitativa”), desligado dos pressupostos casuísticos de efectiva administração de direito apontados como condição de responsabilização dos administradores e gerentes formais, v. JOÃO SANTOS CABRAL, págs. 266 e ss, em esp. 271, 275 e ss, 285 e ss, 290-291 (para tal conceito, em articulação com as págs. 284-285).

<sup>178</sup> Este preceito correspondia originariamente ao pretérito n.º 5, introduzido no CP pelo art. 2º da Lei n.º 65/98, de 2 de Setembro.

<sup>179</sup> Estes crimes podem ser vistos como crimes *próprios* (na dicotomia com os crimes *comuns*), uma vez que são caracterizados por uma precisa determinação do sujeito activo, no sentido em que o ilícito só pode ser cometido por quem possui uma qualificação específica, que o coloca numa relação especial com o interesse protegido pela norma incriminadora (por todos, v. FRANCESCO MUCCIARELLI, “Responsabilità penale dell’amministratore di fatto”, *Società*, 1989, pág. 121; numa visão diferente, sendo *próprio* o crime que pressupõe o abuso de um poder de que o agente é investido, ALESSANDRO TRAVERSI, *Responsabilità penali d’impresa*, 1983, pág. 160). Para a qualidade dos (então chamados) crimes falenciais como crimes *específicos puros* – “porque só podem ser praticados por um *devedor*” –, v. PEDRO CAEIRO, *Sobre a natureza dos crimes falenciais (O património, a falência, a sua incriminação e a reforma dela)*, 1996, págs. 173-174, ss.

O art. 297º, n.º 1, do CIRE impõe que, «[l]ogo que haja conhecimento de factos que indiciem a prática de qualquer dos crimes previstos e punidos nos artigos 227º a 229º do Código Penal, manda o juiz [em processo de insolvência] dar conhecimento da ocorrência ao Ministério Público, para efeitos do exercício da acção penal». Cfr. ainda os restantes n.ºs 2 e 3 do art. 297º e os arts. 298º a 300º do CIRE («Título XVI – Indiciação de infracção penal»).

Como resultado da remissão do n.º 3 para o n.º 1 do art. 227º, essas acções, para a insolvência dolosa, são, com a intenção de prejudicar os credores (elemento *subjectivo* da ilicitude), a diminuição real do património do ente insolvente através da destruição, danificação, inutilização ou causação do desaparecimento de parte do património (al. a)), a diminuição fictícia do património mediante a dissimulação de coisas, a invocação de dívidas supostas, o reconhecimento de créditos fictícios, o incitamento de terceiros a apresentar créditos fictícios, a simulação, por qualquer forma, de situação patrimonial inferior à realidade (nomeadamente pela apresentação de contabilidade inexacta, falso balanço, destruição ou ocultação de documentos contabilísticos) e a não organização da contabilidade devida (al. b)), a criação ou agravação artificiais de prejuízos ou a redução artificial de lucros (al. c)) e a ocultação de uma situação de crise do devedor instrumentalizada pela compra de mercadorias a crédito, com o fim de as vender ou utilizar em pagamento por preço sensivelmente inferior ao corrente e, assim, retardar o reconhecimento da insolvência (al. d)) <sup>181</sup>. A punição depende da ocorrência e do reconhecimento judicial da

---

<sup>180</sup> Para a responsabilização criminal das sociedades comerciais nos termos e para os ilícitos previstos pelo art. 11º, n.º 2, o CP exige que o ilícito seja cometido «em seu nome e no interesse colectivo por pessoas que nelas ocupem uma posição de liderança» (al. a)). O n.º 4 do art. 11º imputa a «posição de liderança» aos «órgãos e representantes da pessoa colectiva» e a «quem nela tiver autoridade para exercer o controlo da sua actividade». Por seu turno, o art. 3º, n.º 1, do DL n.º 28/84, de 20 de Janeiro [*Infracções anti-económicas e contra a saúde pública*], manda responsabilizar as sociedades quando as infracções sejam cometidas «pelos seus órgãos ou representantes em seu nome e no interesse colectivo».

Entre nós, tem sido sustentada a equiparação dos órgãos de direito aos órgãos *de facto* para essa responsabilização, abrangendo no conceito tanto “as pessoas que exercem efectivamente os poderes que pertencem aos titulares dos órgãos, mas não são juridicamente titulares desses poderes”, como “os membros que integram os órgãos de direito, mas que exercem as suas funções com desrespeito das regras legais ou estatutárias de formação da vontade da sociedade” (exemplo: “os administradores deliberam sem respeitar o quórum exigido para a deliberação ou decidem sem reunião formal do órgão”). A *ratio* da imputação à sociedade dos actos daqueles que actuam como seus órgãos de facto é a “necessidade de evitar uma impunidade injustificada em proveito das sociedades cujos dirigentes de direito não são senão «testas de ferro»”, desde que a actuação dos sujeitos que constituem esse órgão de facto seja consentida pelo órgão de direito (aceitando a sua substituição), e actuando como se tivessem poderes para actuar em nome e representar a sociedade por intermédio de um “mandato tácito de quem de direito”, ou beneficie de uma designação para o exercício das funções, ainda que ineficaz, mas que, tacitamente, “indique o acordo dos associados ou dos administradores de direito” (“um acordo de *procuradoria* para o exercício do cargo com a atribuição dos poderes representativos”). Para o efeito de decifrar pessoas que disponham de facto da «autoridade para exercer o controlo» da actividade dos órgãos e representantes, exemplifica-se com “o sócio que condiciona de facto e efectivamente a actividade e as decisões da sociedade...”. Fora de causa está a equivalência se o exercício dos poderes não é consentido (“em que o poder é tomado de assalto”) – o facto não pode ser então imputado à sociedade. Refiro-me a GERMANO MARQUES DA SILVA, *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, 2009, págs. 231 e ss, 244-245, 246, 319-320.

<sup>181</sup> Para desenvolvimentos sobre as modalidades da “acção típica” e os “elementos subjectivos da ilicitude”, v. PEDRO CAEIRO, “Dos crimes contra direitos patrimoniais”, *Comentário conimbricense do Código Penal. Parte Especial*, tomo II, *Artigos 202º a 307º*, 1999, sub art. 227º, págs. 412 e ss, 423-424; para o

insolvência como verdadeiras condições objectivas de punibilidade <sup>182</sup> – a pena de prisão pode ir até aos cinco anos ou, se for aplicada a pena de multa, esta tem como limite máximo os 600 dias.

Na circunstância da insolvência negligente, e igualmente se ela vier a ocorrer e a ser reconhecida judicialmente, o art. 228º, n.º 1, do CP, refere como condutas típicas a criação de um estado de insolvência por meio de grave incúria ou imprudência, prodigalidade ou despesas manifestamente exageradas, especulações ruinosas ou grave negligência no exercício da actividade (al. a)), e a abstenção de requerer em tempo uma providência de recuperação em face do conhecimento das dificuldades económicas e financeiras da empresa (al. b)) <sup>183</sup>. Agora, as sanções são a pena de prisão até um ano ou a pena de multa até 120 dias.

Por sua vez, a previsão do crime de favorecimento de credores ataca o sujeito que, «conhecendo a (...) situação de insolvência ou prevendo a sua iminência e com intenção de favorecer certos credores em prejuízo de outros, solver dívidas ainda não vencidas ou as solver de maneira diferente do pagamento em dinheiro ou valores usuais, ou der garantias para [as] suas dívidas a que não era obrigado» (art. 229º, n.º 1, CP) <sup>184</sup>. No mesmo contexto de haver o resultado da ocorrência e reconhecimento judicial da insolvência, o crime é punido com pena de prisão até dois anos ou com pena de multa até 240 dias.

Por último, o art. 227º-A, n.º 1, pune o «devedor que, após sentença condenatória exequível, destruir, danificar, fizer desaparecer, ocultar ou sonegar parte do seu património, para dessa forma intencionalmente frustrar, total ou parcialmente, a satisfação de um crédito de outrem», uma vez «instaurada a acção

---

pretérito art. 325º, v. PEDRO CAEIRO, *Sobre a natureza dos crimes falenciais...* cit., págs. 192 e ss, 251 e ss, 276 e ss.

<sup>182</sup> Para os tipos legais anteriores (arts. 325º e 327º do CP), v. PEDRO CAEIRO, *últ. ob. cit.*, págs. 297 e ss, em esp. 302 – “que não contende com o desvalor do facto mas tão-só com a sua dignidade penal, porque é ela que, denunciando a conflitualidade última entre o agente e os titulares do bem protegido, *evidencia* o perigo penalmente relevante”; para o direito actual, v. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito da insolvência*, 2011, págs. 372-373.

<sup>183</sup> Para a explicitação da lei, v. igualmente PEDRO CAEIRO, “Dos crimes contra direitos patrimoniais”, *loc. cit.*, sub art. 228º, págs. 436 e ss, e, para o anterior art. 326º («falência não intencional»), também PEDRO CAEIRO, *Sobre a natureza dos crimes falenciais...* cit., págs. 208 e ss, 273 e ss, 276 e ss.

<sup>184</sup> Para elucidar as diversas componentes do tipo objectivo e subjectivo deste crime, v. PEDRO CAEIRO, “Dos crimes contra direitos patrimoniais”, *loc. cit.*, sub art. 229º, págs. 449 e ss, e, ainda para o direito anterior (art. 327º), o mesmo PEDRO CAEIRO, *Sobre a natureza dos crimes falenciais...* cit., págs. 219 e ss, 281 e ss.

executiva, [e] nela não se conseguir satisfazer inteiramente os direitos do credor». A moldura abstracta do crime prevê uma pena de prisão até três anos ou pena de multa.

Por fim, o art. 229º-A do CP apresenta uma norma comum de *agravação* de todos esses ilícitos: «um terço nos seus limites mínimo e máximo, se, em consequência da prática de qualquer dos factos ali descritos [nos n.ºs 1 dos arts. 227º, 227º-A, 228º e 229º], resultarem frustrados créditos de natureza laboral, em sede de processo executivo ou processo especial de insolvência».

A aplicação do art. 12º do CP (punibilidade da «actuação em nome de outrem»: «quem age voluntariamente como titular de um órgão de uma pessoa colectiva, sociedade ou mera associação de facto, ou em representação legal ou voluntária de outrem») a esta categoria de crimes «contra direitos patrimoniais» – na medida em que propicia que a qualidade de «devedor» se repercuta nas pessoas humanas que praticam as condutas criminalmente relevantes como titulares dos seus órgãos ou como seus representantes – não permite considerar inequivocamente como seus autores possíveis os administradores de facto das sociedades insolventes (e devedoras). Na realidade, o art. 12º, n.º 1<sup>185</sup>, ainda que possa ser interpretado não só como norma de extensão da *tipicidade* aos administradores ou representantes que actuam no exercício normal das suas funções ou no âmbito dos seus poderes de representação (considerados em abstracto), mas também, em homenagem à *aparência jurídica* de representação ou de actuação como titular de órgão da pessoa colectiva devedora em face de terceiros, à *função real que o sujeito desempenha na relação típica com o interesse protegido* e ao *domínio material* sobre a vulnerabilidade jurídico-penalmente relevante do bem jurídico<sup>186</sup>, aos sócios e outros agentes que sejam titulares *apenas de facto* dos órgãos da pessoa colectiva<sup>187</sup>, o certo é que nunca

---

<sup>185</sup> E o art. 2º, n.º 1, do DL n.º 28/84.

<sup>186</sup> Tendo em conta, portanto, que o critério interpretativo do art. 12º é a “relação de proximidade e a consequente possibilidade de lesão dos bens jurídicos protegidos pelo agente”, descobrindo-se por tal forma “a face do representante na execução do facto criminoso e a força do seu braço na lesão ou colocação em perigo do interesse credor de protecção penal” – neste sentido, depois de intersecções doutrinárias relevantes (nomeadamente Figueiredo Dias, Teresa Serra e Claus Roxin), SUSANA AIRES DE SOUSA, “A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e comparticipação no contexto empresarial”, *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, volume II, Studia Iuridica 99, Ad Honorem – 5, 2010, págs. 1022 e ss, em esp. 1025.

<sup>187</sup> Aproveito os contributos de MARIA FERNANDA PALMA, “Aspectos penais da insolvência e da falência: reformulação dos tipos incriminadores e reforma penal”, *RFDUL*, 1995, págs. 411-412, e GERMANO MARQUES DA SILVA, págs. 313-314 (“é possível que um sujeito que carece formalmente da qualificação de direito realize a acção típica e produza a lesão ou perigo de lesão do bem jurídico de um modo equivalente desde o ponto de vista valorativo, quer dizer, desde o ponto de vista do conteúdo do tipo de ilícito, à sua



deixariam de subsistir leituras doutrinárias a admitir que a prescrição apenas será apta para censurar as condutas típicas praticadas pelos *titulares formais dos órgãos societários e na qualidade de titulares desses órgãos* ou de seus *representantes voluntários*<sup>188-189</sup>.

realização pelo sujeito idóneo. Deste modo se *desvincula o título das funções* (...). O centro de gravidade recai na relação material, efectiva e real com o bem jurídico penalmente protegido pelo tipo, a respeito do qual o sujeito tenha assumido o *domínio social e a posição de garante*"; sublinhei), 315-317 (refutando que assim se recorra à analogia *in malam partem*), 317 e ss (permitindo a responsabilidade pessoal por acto próprio do administrador de facto quando há usurpação de funções, ao contrário do que aconteceria se fosse a responsabilização da sociedade por actos desse mesmo administrador de facto; a propósito, cfr. *supra*, n. 180).

Também neste sentido se enquadra o juízo de não inconstitucionalidade feito pelo Ac. n.º 128/2010 do TC, de 13 de Abril (in [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)), por não violação do princípio da legalidade criminal previsto no art. 29º, n.º 1, da CRP, em relação ao art. 6º do RGIT (equivalente ao art. 12º do CP), na medida em que o preceito admita a punição dos administradores de facto (*in casu*, pela prática do crime de “abuso de confiança fiscal” ex art. 105º do RGIT): “Semanticamente, a expressão [legal] *Quem agir voluntariamente como titular de um órgão* apenas impõe a actuação (voluntária) em determinadas vestes (i.e. como titular de um órgão). Não exige nem a detenção de título suficiente nem a validade de tal título. (...) Deste modo, a conduta típica apresenta-se apta a integrar, no seu elemento semântico, não só a conduta de quem age nas vestes de titular de um órgão como quem se apresenta nessa aparência, independentemente da inexistência de qualquer ligação funcional formal efectiva ou de eventuais vícios que rodeiam a mesma. O que o tipo exige, de modo a permitir uma imputação integrada nas fronteiras do princípio da tipicidade, é a actuação voluntária *como* ou *enquanto* titular do órgão. Esta previsão abrange assim os casos em que (...) pelo exercício *de facto* das funções de administração societária é lesado o bem jurídico tutelado. O preenchimento do tipo prescinde, deste modo, de uma qualquer formalização, ainda que incompleta ou irregular, da relação de administração ou gerência societária” (antes, cfr. o Ac. n.º 394/2003, de 22 de Julho); porém, censurando a decisão final por se estar no “no domínio da analogia proibida”, v. a declaração de voto de vencida de Maria João Antunes.

<sup>188</sup> PAULO SARAGOÇA DA MATTA, *O artigo 12º do Código Penal e a responsabilidade dos “quadros” das “instituições”*, 2001, pág. 104; PEDRO CAEIRO, “A responsabilidade dos gerentes e administradores por crimes falenciais na insolvência de uma sociedade comercial”, *Os quinze anos de vigência do Código das Sociedades Comerciais*, 2003, págs. 91-93, 96, solução que o Autor coimbrão, ao ver como necessário, no art. 12º, a prática dos factos proibidos sobre o património da sociedade e a actuação como gerente ou administrador, legitima juridicamente pela circunstância de os gerentes e administradores terem o dever funcional de administrar o património social sem lesar nem pôr em perigo os patrimónios dos credores, dever esse que acresce aos deveres impostos para a protecção do património da sociedade, os quais são tutelados, por exemplo, pelos crimes de abuso de confiança e de infidelidade e por alguns dos “crimes societários” previstos nos arts. 509º e ss; ora, sendo o ilícito típico uma obrigação do devedor-pessoa colectiva societária, só se justifica a extensão actuada pelo art. 12º do CP se o agente actuar como representante, isto é, se houver uma representação juridicamente existente (ainda que resulte de acto ineficaz, como veremos de imediato), de modo que se configure uma vinculação mínima do *devedor representado* à actuação do *representante* que age como tal – cfr. ainda PEDRO CAEIRO, “Dos crimes contra direitos patrimoniais”, *loc. cit.*, sub art. 227º, pág. 411; note-se que este último Autor ainda funda a aplicação restrita do art. 12º aos administradores de direito (só estes são “titulares do órgão social”) com base na introdução do (actual) n.º 3 do art. 227º e sua incriminação dos administradores de facto: “tal inovação só faz sentido se se entender que a actuação dos chamados gerentes e administradores de facto não se encontra coberta pela disposição do artigo 12º”; ELISABETE RAMOS, “A insolvência da sociedade e a responsabilização dos administradores no ordenamento jurídico português”, *PF*, 2005, pág. 32; MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de direito da insolvência*, 2010, págs. 117-118.

<sup>189</sup> E mesmo que não exerçam uma gestão efectiva – como sustenta PEDRO CAEIRO, “A responsabilidade dos gerentes e administradores...”, *loc. cit.*, n. (21) – pág. 94.

Porém, se essa qualidade se deve fundar no acto de designação dessa titularidade (*maxime*, uma deliberação dos sócios<sup>190</sup>), não importaria, em adopção do critério fornecido pelo art. 12º, n.º 2, do CP – «A ineficácia do acto que serve de fundamento à representação não impede a aplicação do disposto no número anterior» –, a regularidade(-eficácia) dessa deliberação nomeadora. Ora, se assim é, um gerente ou administrador irregularmente instituído – logo, um administrador *sem legitimidade formal* – não deixava de estar submetido ao dever penal do art. 12º<sup>191</sup>. Conclui-se naturalmente que a norma do art. 12º não exclui *por si só* os administradores de facto. Não permite, todavia, numa visão restritiva de administrador *para efeitos penais*, alargar o círculo de agentes *a todas as espécies admissíveis de administradores de facto*.

De toda a maneira, admitiu-se na doutrina que outras espécies possam ser capturadas pela malha *subjectiva* do n.º 2 do art. 227º do CP: «terceiro que praticar algum dos factos (...) com o conhecimento do devedor ou em benefício deste»<sup>192</sup>.<sup>193</sup> Serão os casos de *consilium fraudis* entre a sociedade, por intermédio dos titulares dos seus órgãos, e os administradores de facto (em especial na hipótese de “gestão real” de sócios, a quem se referem elevadas percentagens do capital social de sociedades geridas por testas-de-ferro), em que a conduta dos últimos pode subsumir-se aí, na qualidade de «terceiro» que pratica o comportamento ilícito «com o conhecimento do devedor ou em benefício deste» (ainda que com o benefício da atenuação de pena que se determina em tal norma).<sup>194</sup>

---

<sup>190</sup> Único instrumento de designação referido expressamente pela doutrina mais autorizada: PEDRO CAEIRO, *últ. est e loc. cits.*, pág. 94.

<sup>191</sup> PEDRO CAEIRO, *últ. est. e loc. cits.*: “não se compreenderia que o dever penal estivesse dependente da regularidade jurídico-comercial das deliberações que nomeiam a gerência ou a administração. Só dentro destes limites se poderá afirmar que o gerente de facto (*sc.*, o que foi irregularmente instituído nessa posição) é abrangido pela norma do artigo 12.º”.

<sup>192</sup> Para ele remete também o art. 227º-A, n.º 2 («frustração de créditos»).

<sup>193</sup> Sobre a punibilidade do “terceiro” como excepção à regra de que os crimes falenciais constituem crimes específicos do devedor (cfr. *supra*, n. 179), v. PEDRO CAEIRO, *Sobre a natureza dos crimes falenciais...* cit., n. (398) – págs. 173-174, págs. 198-199: [razão de ser] “grande parte das condutas típicas podem ser praticadas, com êxito, por terceiros *ao serviço da vontade do devedor* (...), tornando-se todavia muito difícil provar a comparticipação criminosa para os efeitos do art. 28º do CP”.

<sup>194</sup> Neste sentido, ainda que assuma a estranheza de considerar o administrador de facto como terceiro e a falta de razão de ser da atenuação especial de pena para tal sujeito, PEDRO CAEIRO, “Dos crimes contra direitos patrimoniais”, *loc. cit.*, sub art. 227º, pág. 411, ID., “A responsabilidade dos gerentes e administradores...”, *loc. cit.*, pág. 96. Diferentemente, MARIA FERNANDA PALMA, pág. 412, tendo em conta que o «terceiro» é “alguém para quem não é transferível juridicamente a caracterização objectiva do autor e que, portanto, não possui (ou pode não possuir) sequer o elemento subjectivo especial da ilicitude (a intenção de prejudicar os credores); assim, a sua “responsabilidade atenuada adequa-se a um menor

A insuficiência do art. 12º (nomeadamente para a doutrina restritiva) e a incompletude do art. 227º, n.º 2, sempre do CP (mesmo se advogada a sua extensão), foram colmatadas pelo n.º 3 do art. 227º (e sua aplicação remissiva aos restantes crimes), através do qual o legislador converte o administrador de facto em destinatário destes crimes e resolve tecnicamente, de acordo com a doutrina penal, dois problemas.

As condutas típicas que só seriam objecto de punição pelo art. 227º, n.º 2, CP, passam a estar sujeitas à moldura penal comum dos arts. 227º, n.º 1, 228º, n.º 1, 227º-A, n.º 1, e 229º, n.º 1, CP. Assim se supera a inadequação de ser usufruída uma atenuação de pena, irrazoável em face da exigência ao administrador de facto, tendo em conta a sua “posição fáctica de domínio”, dos mesmos deveres que incumbem à sociedade devedora e aos administradores de direito.

Depois, a norma faculta a punibilidade do administrador de facto que actua sem conhecimento da sociedade, que tem à frente dos seus órgãos verdadeiros testas-de-ferro que não conhecem a gestão da sociedade. Serão regra, nestas situações, as condutas incriminadas serem praticadas em prejuízo da sociedade devedora e em benefício de outras pessoas que têm interesse directo na insolvência e no incumprimento dos créditos (por ex., os sócios). Se não fosse o art. 227º, n.º 3, CP, não teríamos como escapar à impunidade do sócio não titular de órgão que, para seu próprio benefício e sem conhecimento do órgão próprio da sociedade, praticasse algum dos factos criminalmente reprováveis – não preenche as condições do art. 12º nem os pressupostos do art. 227º, n.º 2, mas será condenado pela inclusão do responsável pela *gestão ou direcção efectiva*.<sup>195</sup>

Pode enunciar-se com segurança que, fora dos ordenamentos anglo-americanos, a guarida jurídica do administrador de facto foi conferida originariamente pelas decisões judiciais do foro criminal. A jurisprudência foi precoce em desprender-se de uma concepção meramente formal de quem gere a sociedade e deixou-se liderar por um

---

desvalor da acção relativamente ao património dos credores”. De acordo com MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de direito da insolvência* cit., pág. 119, “terceiro” é “todo aquele que é estranho à organização empresarial do devedor, não desempenhando aí as funções de sócio, de gerente ou administrador, de titular de qualquer outro órgão social, de trabalhador ou funcionário”.

<sup>195</sup> PEDRO CAEIRO, “Dos crimes contra direitos patrimoniais”, *loc. cit., sub art. 227º*, pág. 412, ID., “A responsabilidade dos gerentes e administradores...”, *loc. cit.*, págs. 96-97. No entanto, não será de acompanhar esta doutrina quando integra na administração de facto as pessoas que a exercem por lhes serem atribuídas poderes de representação (voluntária).

entendimento *funcional ou material* dos destinatários das normas consagradoras dos tipos legais aplicáveis, que é como quem diz dos *autores* dos crimes.

Na Alemanha, essa “funcionalização” do conceito de órgão, promovida por uma jurisprudência constante do **Reichsgericht** e do **BGH** <sup>196</sup>, permitiu, fosse nos ilícitos comuns (como a “falência” ou a “infidelidade”) fosse nos ilícitos especiais societários (§§ 82, 84, 85, GmbHG; 399-404 AktGesetz), acudir a *lacunas* na punibilidade de quem efectivamente ocupa a posição de membro do órgão de administração sem uma designação formal (geralmente solicitando-se a tolerância de quem poderia organicamente designá-los) e, desde logo, daqueles que actuam ao abrigo de uma nomeação viciada e irregular – ou seja, proceder a um *alargamento do círculo de destinatários* da norma incriminadora, convertendo-a numa espécie de “norma dupla” (*Doppelnorm*) <sup>197</sup> no âmbito da qual se encontram aqueles que ocupam efectiva e realmente a posição de administradores. Esta consideração foi combatida por alguma doutrina tendo em conta o princípio constitucional da proibição da analogia em matéria criminal (art. 103 (2) *Grundgesetz*), que só se ultrapassaria pela interpretação extensiva de cada uma das normas incriminadoras, dissecadas individualmente, para a inclusão de terceiros; mas aqui, ainda assim, só se abrangeriam as pessoas que satisfizessem algumas condições próximas dos pressupostos legais com que a lei regula a actividade do órgão de administração, como a nomeação irregular e a nomeação concludentemente extraída do consentimento de todos ou da maioria dos sócios <sup>198</sup>. A discussão, porém – ademais do tema do nexo de representação da pessoa à luz do § 14 (3) do *Strafgesetzbuch* mediante o qual ocorre a responsabilização pessoal por actuação em nome da pessoa colectiva mesmo quando o acto jurídico que legitima o poder de representação ou a relação contratual é ineficaz <sup>199</sup> –, ampliou-se com a problemática dos bens jurídicos protegidos nesses preceitos (“área de protecção”) e a imputação de uma modalidade especial de uma “posição” ou “dever de garante” para a integridade desses bens jurídicos por parte dos sujeitos que assumem as tarefas da administração. Assim, esse alargamento implicou (maioritariamente em sentido afirmativo) a defesa de uma *equiparação normativa* entre

---

<sup>196</sup> Parece ter sido em **1887** que o **Reichsgericht** se pronunciou pela primeira vez, a propósito da gestão de uma cooperativa, a favor da irrelevância de um acto de nomeação válido e eficaz para a imputação de *Bankrottstrafbarkeit*: v., com excertos, URSULA STEIN, *Das faktische Organ* cit., pág. 22, KARSTEN SCHMIDT, “Die Strafbarkeit ‘faktischer Geschäftsführer’ wegen Konkursverschleppung als Methodenproblem”, *Festschrift für Kurt Rebmann zum 65. Geburtstag*, 1989, pág. 423, HANS FUHRMANN, “Die Bedeutung des «faktischen Organs» in der strafrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs”, *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989*, 1989, pág. 140.

<sup>197</sup> DIETRICH KRATZSCH, pág. 514.

<sup>198</sup> URSULA STEIN, *Das faktische Organ* cit., págs. 193 e ss, 200.

<sup>199</sup> Que serviu de inspiração ao art. 12º, n.º 2, do nosso CP.

administradores de direito e administradores de facto em razão do *conteúdo da ilicitude* do comportamento destes últimos.<sup>200</sup>

O mesmo cenário de admissibilidade da autoria de crimes (comuns, societários e falenciais) por quem exerce “de facto” as funções de administrador (legitimado por uma designação viciada ou simplesmente ilegítimo; determinado por um comportamento tácito dos órgãos sociais ou por uma usurpação de poderes; com um título caducado *ipso iure*; etc.) enraizou-se na jurisprudência e na doutrina italiana maioritária: a matriz encontrava-se nas sentenças da **Cassazione de Torino de 31 de Março de 1876, 26 de Abril de 1876, 24 de Julho de 1878** – onde se encontra pela primeira vez a expressão “*amministratore di fatto*” – e **3 de Dezembro de 1884**<sup>201</sup>. A esmagadora maioria dos Autores rejeitou, nesse encalce, uma atitude estreita e formalística que pudesse negar a responsabilidade de todos aqueles que são demandados em razão de uma *actividade definida* que, mais do que à fonte da legitimação, se reconhece no *dinamismo próprio das funções típicas* essenciais exercidas nas sociedades comerciais e no *poder de decisão* sobre a gestão do respectivo património, dando corpo à relação que intercorre entre o exercício factual de poderes e a tutela do interesse protegido criminalmente. Rejeição essa, pois, ancorada numa interpretação extensiva, fundada no método *teleológico* (ainda respeitadora do princípio da legalidade, mesmo para as disposições incriminadoras especiais), ou, menos ainda, compreendida a noção no significado linguístico da fórmula de «administrador», uma vez admitida para ela a *flexibilidade* conveniente para a ajustar à realidade das situações concretas, à *mens legis* da norma incriminadora e ao contacto de tal sujeito com o *bem protegido*.<sup>202</sup>

---

<sup>200</sup> Conclusões que se retiram se se consultar, sempre com jurisprudência e outra doutrina, em particular para a fundamentação da “responsabilidade do órgão de facto”, tanto em geral como para os ilícitos criminais da GmbHG e da AktGesetz, NORBERT REICH, “Die zivil- und strafrechtliche Verantwortlichkeit des faktisches Organmitgliedes im Gesellschaftsrecht”, *DB*, 1967, págs. 1667-1668; URSULA STEIN, *Das faktische Organe* cit., págs. 23 e ss, 130 e ss, 193 e ss, ID., “Die Normadressaten...”, *loc. cit.*, págs. 222 e ss; DIETRICH KRATSCHE, págs. 507 e ss, 516 e ss; HANS FUHRMANN, pág. 140 e ss; KARSTEN SCHMIDT, *últ. est. e loc. cit.*, págs. 421 e ss (em esp. criticando a teoria da “*faktische Betrachtungsweise*” e a alegada “divisão de normas” entre direito privado e direito penal na interpretação dos ilícitos); CARSTEN SCHÄFER, “Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des GmbH-Geschäftsführers (I)”, *GmbHR*, 1993, págs. 722-723; ROBERT WEIMAR, “Grundprobleme und offene Fragen... (I)”, *loc. cit.*, págs. 474-475; GÜNTER KOHLMANN, “Vorbemerkungen vor § 82”, in MAX HACHENBURG, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) – Großkommentar*, herausgegeben von Peter Ulmer, Dritter Band, §§ 53-85; Register, 1997, págs. 726-727, *Rdn.* 25; MARC DINKHOFF, págs. 59 e ss, 119 e ss (em particular, a págs. 123-124, com reprovação do alargamento aos administradores de facto dos ilícitos criminais societários dos §§ 82 e ss da GmbHG).

<sup>201</sup> De acordo com GUSTAVO MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., págs. 108-109 e ns. (158)-(159); GIOVANNI PEDRAZZI, “Gestione d’impresa e responsabilità penali”, *Riv. Soc.*, 1962, pág. 232 e n. (14), e ALESSANDRO BORGIOIOLI, “Amministratori di fatto e direttori generali”, *loc. cit.*, págs. 593 e ss, 602-603; cfr. também ALESSANDRO NIGRO, “Sull’azione di responsabilità...”, *loc. cit.*, pág. 858, VINCENZO FERRO, “Responsabilità dell’amministratore di fatto”, *loc. cit.*, págs. 909-910.

<sup>202</sup> Com relação aos ilícitos sancionados penalmente na actividade empresarial-societária por aplicação da teoria *funcionalista*, v., sempre com jurisprudência, ANTONIO GISMONDI, “Responsabilità

A este entendimento fez resistência uma doutrina minoritária que justificava a responsabilidade criminal somente com referência (ou dependência exegética) dos *requisitos formais mínimos de legitimação* do administrador prescritos pelo legislador no plano civilístico, com a consequente “coroa de poderes e deveres” que lhe ficava inerente; de tal sorte que a qualificação subjectiva (em princípio, *perfeita*, ainda que, à época, se aceitasse, pelo menos, uma nomeação inválida ou tácita por parte dos órgãos competentes para efeitos de responsabilidade civil societária <sup>203</sup>) deveria ser compreendida na sua acepção privatística restrita – na exacta medida em que as normas penais e falenciais tinham um carácter meramente sancionatório de preceitos de natureza civilística – para que se activasse a própria configuração do *facto típico* e não se desencadeasse a punição pela infracção de um preceito *que não concernia ao sujeito* ou pela omissão de um cumprimento *ao qual não estava submetido*, abrindo caminho para a analogia proibida <sup>204</sup>.

---

penale degli amministratori di fatto di società commerciali”, *Ann. dir. proc. pen.*, 1937, págs. 184 e ss; UMBERTO AZZOLINA, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, III, 1961, pág. 1431 (incluindo os administradores ocultos, caracterizados pela “clandestinidade do seu operar”); PIETRO NUVOLONE, “Fallimento (reati in materia di)”, in *ED*, vol. XVI, Giuffrè Editore, Milano, 1967, pág. 479 (tanto o administrador notório sem nomeação regular como também o administrador oculto); LUIGI CONTI, “Esercizio di fatto dei poteri di amministrazione e responsabilità penali nell’ambito dell società irregular”, *Il diritto penale delle società commerciali*, 1973, págs. 49 e ss, ID., *Diritto penale commerciale*, volume I, *Reati ed illeciti depenalizzati in materia di società*, 1980, págs. 113 e ss (o Autor recusa o administrador oculto, uma vez que não se pode construir uma noção que prescinde ao mesmo tempo da qualificação orgânica e de qualquer exteriorização das funções nas formas estabelecidas pela lei, mas admite a sua responsabilidade por participação no crime próprio dos administradores de direito); MARIO LA MONICA, “Le violazioni depenalizzate in materia societaria”, *Società*, 1983, 2, págs. 187 e ss, ID., *Diritto penale commerciale*, volume I, *Reati fallimentari*, 1988, págs. 103 e ss; ALESSANDRO TRAVERSI, págs. 163 e ss; UBALDO GIULIANI-BALESTRINO, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, 1983, págs. 293-294; FRANCESCO MUCCIARELLI, págs. 122 e ss; CARLO FIORI/BRUNO ASSUMA/EUGENIO BAFFI, *Gli illeciti penali degli amministratori e sindaci delle società di capitali*, 1992, págs. 36 e ss (destacando ainda a responsabilidade criminal do administrador de direito por omissão de vigilância e intervenção aquando do conhecimento da acção do administrador de facto); ENZO MUSCO, *La società per azioni nella disciplina penalistica*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, volume 9, \* (1), *Profili internazionalprivatistici e profili penalistici*, 1994, págs. 228 e ss; ALESSANDRA ROSSI VANNINI, *La responsabilità penale di amministratori e sindaci*, in *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci*, Trattato di diritto commerciali e diritto pubblico dell’economia, diretto da Francesco Galgano, vol. XIX, 1994, págs. 310 e ss (com o quadro de crimes correspondentes à gestão de sociedades), 318 e ss, 339-340, 341 e ss, ID., “Una svolta definitiva nella individuazione normativa della responsabilità penale dei soggetti di fatto?”, *Società*, 2000, págs. 209 e ss, em esp. 210; ASTOLFO DI AMATO, *Diritto penale dell’impresa*, 1995, págs. 76 e ss, ID., “Prospettive di riforma dei reati di bancarotta”, *Riv. dir. imp.*, 2001, 3, pág. 381; NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto... cit.*, págs. 239 e ss (com o sublinhar da asserção do aresto da **Corte di Cassazione de 17 de Janeiro de 1996**, que destacou que o bem jurídico tutelado pelo preceito penal é representado pela “relação naturalística... entre pessoa e poder de gestão da empresa, através da qual é possível subtrair os bens às garantias dos credores, relação que pode prescindir da qualificação formal” e, portanto, “o critério de individualização [da responsabilidade penal] baseado sobre o dado factual – gestão da sociedade – prevalece sobre o da investidura formal”); ANDREA ZOPPINI, “Imputazione dell’illecito penale e «responsabilità amministrativa» nella teoria della persona giuridica”, *Riv. Soc.*, 2005, págs. 1314 e ss, em esp. v. págs. 1322 e ss, 1334-1335.

<sup>203</sup> Para essa construção, v. *infra*, Parte III, cap. 1º, ponto 11.1.2.

<sup>204</sup> GIOVANNI PEDRAZZI, págs. 224 e ss, em esp. 228-229, 231-232, 242 e ss, em esp. 244, 246-247, 263, 275-276 (em que apenas se admite a responsabilidade do administrador nomeado por deliberação

Tal concepção rigidamente *orgânica* dos sujeitos qualificáveis (e respeito de um princípio de estrita legalidade) estaria em contradição, para os maioritários, com o carácter *realístico* típico do direito penal, que se orienta pela *função* e pela *conduta* em vez da qualificação abstracta, pela *substância* em detrimento da forma e, ao invés da aparência externa e da avaliação dos princípios, pela exacta natureza das coisas e pela avaliação e tutela dos interesses normativos a proteger (com o quais se relacionam aqueles que colocam em prática o exercício dos poderes e que, por essa razão, se encontram numa posição idónea para ofender ou pôr em perigo esses interesses); afora isso, menosprezar-se-ia o preceito criminal, na sua estrutura e formulação, como fonte própria (“o carácter originário e constitutivo do direito penal”) de *obrigação e de conteúdo sancionatório*, e no qual, sob o plano da qualificação subjectiva-autoria, *a função geralmente prevalecia sobre o título*; o administrador de facto deveria ser *destinatário directo* da norma, enquanto esta estabelece um vínculo específico de tutela entre um sujeito garante e um bem jurídico (seja numa posição de protecção, seja numa posição de controlo) e objecto de uma incriminação *autónoma* (e independente das regras de participação em ilícito do administrador de direito, concebido, fundamentalmente, como aquele que estava investido de poderes de representação legal <sup>205</sup> <sup>206</sup>; leitura diferente (em suma, adoptante da interiorizada civilisticamente) seria, no fim de contas, um verdadeiro “prémio” do ordenamento jurídico penal e a abdicação punitiva de comportamentos prejudiciais para

---

inexistente ou nula), 276 e ss (em que, como alternativa, se pondera responsabilizar penalmente o gestor privado de legitimação, ou que exorbita das suas competências, como *“imprenditore in próprio”*); MARIO ROMANO, *Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di società per azioni*, 1967, págs. 19 e ss, em esp. 20 e n. (42); em parte também rejeitando uma qualificação subjectiva para o “facto típico” da norma penal que permitisse sair do compêndio de direitos e deveres criados pelo direito privado, v. ALBERTO CRESPI, “Gestione d'impresa e responsabilità penale: curiosità e stravaganze dell'accertamento giudiziale”, *Riv. Soc.*, 1979, págs. 609-610; por fim, ALESSANDRO BORGIOIOLI, “Amministratori di fatto e direttori generali”, *loc. cit.*, pág. 601, manifestou perplexidades sobre a validade do postulado da autonomia das normas penais em relação às disposições civilísticas para criar um conceito diferente de administrador, reservas essas que seriam ultrapassadas com a revisão em termos funcionais (em vez de uma consideração estritamente orgânica) desse conceito no plano do direito privado. A crítica de extensão da categoria de administrador para efeitos penais encontrou entre os seus primeiros defensores GENNARO ESCOBEDO, “I cosiddetti amministratori di fatto delle società anonime e il reato di quasi bancarotta semplice”, *Giust. pen.*, 1933, III, págs. 686 e ss, em esp. 687-688 (a responsabilidade assenta na violação de obrigações especiais e estritamente inerente ao exercício do ofício de administradores da sociedade anónima), e PIETRO MIRTO, *Il diritto penale delle società*, 1954, págs. 140-141.

<sup>205</sup> E, já agora, da punibilidade do administrador de direito pelo consentimento da actuação ilícita (a começar pela intromissão na gestão) do administrador de facto – sobre o ponto da omissão de cumprimento da garantia de impedir a verificação do crime, v. VITTORIO CANTELE, “Amministratore di fatto e di diritto: chi risponde del reato di bancarotta. Il commento”, *Società*, 1993, págs. 62-63.

<sup>206</sup> Mas sem que se deixasse de propugnar a indagação das funções relevantes exercidas (com individualização das tipologia de poderes gestórios), em quantidade e em qualidade, para daí resultar a qualificação indicada pelas normas incriminadoras (e a exactidão e a lógica na atribuição dessa qualidade): LUIGI CONTI, “I soggetti”, *Trattato di diritto penale dell'impresa*, I, *Introduzione al Trattato. I principi generali*, 1990, pág. 225, CARLO FIORI/BRUNO ASSUMA/EUGENIO BAFFI, pág. 39, ALESSANDRA ROSSI VANINI, *La responsabilità penale... cit.*, pág. 319, e, ainda, NICCOLÓ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto... cit.*, págs. 243 e ss (com jurisprudência).

a economia pública, a sociedade, os sócios, os terceiros interessados, etc.<sup>207</sup>. E a jurisprudência sempre se mostrou impermeável a essa minoria crítica, continuando a valorizar, como *momento genético* da qualificação, o desenvolvimento concreto das actividades típicas da função<sup>208</sup>. E, por fim, o art. 2639 do CCIt., desde 2002<sup>209</sup>, veio impor, para os crimes societários previstos nos arts. 2621 e ss e aplicáveis ao «sujeito formalmente investido da qualificação ou titular da função prevista na lei civil», a *extensão subjectiva* a «quem é obrigado a realizar a mesma função, diferentemente qualificada», e a «quem exerça de modo continuado e significativo os poderes típicos inerentes à qualificação ou à função» – ou seja, veio *tipificar a figura do administrador de facto*, com destaque para a exigência dos requisitos identificadores (e selectivos) da *continuidade* e *significado* da actividade<sup>210,211-212</sup>

---

<sup>207</sup> Para a crítica da teoria de Pedrazzi e Romano, v. sobretudo LUIGI CONTI, “Esercizio di fatto”, *loc. cit.*, pág. 50, ID. *Diritto penale commerciale*, volume I cit., págs. 114 e ss (que finaliza com a exigência de uma averiguação judicial da “exteriorização da actividade”), e MARIO LA MONICA, “Le violazioni...”, *loc. cit.*, págs. 188-189.

<sup>208</sup> ENZO MUSCO, pág. 230.

<sup>209</sup> Decreto legislativo n. 61, de 11 de Abril.

<sup>210</sup> Sobre o alcance da novidade legal, v., desenvolvidamente, ANNA LISA MACCARI, “Nuove disposizioni sugli illeciti penali ed amministrativi in materia di società e consorzi – sub art. 2639”, *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali. Commentario del D.Lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, a cura di Fausto Giunta, 2002, págs. 213 e ss, ROBERTO GUERRINI, “Responsabilità amministrativa delle società”, *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali. Commentario del D.Lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, a cura di Fausto Giunta, 2002, págs. 253 e ss. Antes da reforma, v. ALESSANDRA ROSSI VANNINI, “Una svolta definitiva...”, *loc. cit.*, págs. 210, 211, favorável à inscrição normativa desses requisitos para a utilidade definitiva dos confins operativos da figura.

<sup>211</sup> Em França, a jurisprudência do foro criminal considerou, numa primeira fase (coincidente com decisões do início da primeira metade do séc. XX), que o princípio da legalidade se opunha a que o *gérant de fait* pudesse ser objecto de procedimento por ausência no preceito da incriminação; o administrador de facto poderia ser apenas considerado instigador ou cúmplice do administrador-autor. Depois, porém, a realidade sobrepôs-se à impunidade da aparência e o comportamento do detentor do “poder real na empresa” veio a ser solidamente estabilizado nas condenações decididas no conjunto do direito penal económico (em esp. “abus de biens sociaux” e “banqueroute”) – a viragem parece ter sido sinalizada em definitivo pela pronúncia de **21 de Dezembro de 1971** da **Cour de Cassation** (in *Rec. Dalloz*, 1972, Jurisprudence, pág. 465). Para isso, essa assimilação foi acompanhada pelo desenvolvimento de um conjunto de elementos exigentes que conduzissem à qualificação da *direction de fait*, sem que, ademais, a responsabilidade directa e própria deste excluísse a responsabilidade do administrador de direito. V., com alusão e/ou comentário a jurisprudência, BERNARD BOULOC, “Note Cour de Cassation (Ch. crim.), 21 décembre 1971”, *Rec. Dalloz*, Jurisprudence, 1972, págs. 728 e ss, ID., “Note Cour de Cassation (Ch. crim.), 5 juin 1979”, *Rev. Soc.*, 1980, Jurisprudence, págs. 109 e ss, ID., “Note Cour de Cassation (Crim.), 12 octobre 1995 – Abus de biens sociaux par un dirigeant de fait”, *Rev. Soc.*, 1996, Jurisprudence commentée, págs. 321 e ss, JEAN-PIERRE PIZZIO, “La théorie de la gérance de fait a-t-elle un rôle à jouer en matière de responsabilité fiscale du gérant majoritaire de s.a.r.l.?”, *Rev. Soc.*, 1977, pág. 419, WILFRID JEANDIDIER, “Note Cour de Cassation (Ch. crim.), 11 avril 1983”, *Rev. Soc.*, 1983, págs. 820 e ss, YVES REINHARD/ E. JOLY-SIBUET, “Note Cass. crim., 12 juillet 1994 – Délit de construction sans permis de construire et gérance de fait”, *JCP*, Éd. Entreprise, 1995, págs. 89-90. Contra a interpretação extensiva dos textos criminais na falta de posituação normativa, v. HARITINI MATSOPOULOU, “La faute intentionnelle de l’assuré, personne morale, exclusive de la garantie, peut s’apprécier dans les actes du dirigeant de fait – Note sous Cour de Cassation (1<sup>re</sup> civ.) 6 avril 2004”, *Rev. Soc.*, 2005, págs. 196-197.

<sup>212</sup> O direito penal espanhol (depois dos primeiros avanços da jurisprudência: cfr. JOSÉ LUIZ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., págs. 204-205) efectuou mais claramente a integração do



### 3.4. Relevância no direito da insolvência

Aqui, começamos pelo passado. A *responsabilidade* dos “dirigentes” de facto de sociedades ou de pessoas colectivas *fallidas* era uma das notas mais inovadoras do

---

administrador de facto através do art. 31 do *Código Penal* de 1995 (*Ley Orgánica* 10/1995, de 25 de Setembro), que considera, em geral na actuação em nome de outrem, sujeito activo do crime («responderá pessoalmente») quem «actue como administrador de facto ou de direito de uma pessoa jurídica, ou em nome ou representação legal ou voluntária de outrem», «mesmo que nele não concorram as condições, qualidades ou relações» que são requeridas pelos elementos pessoais do tipo (relevante, por ex., para os ilícitos de “*insolvências punibles*”: arts. 257-261bis), e, em especial nos chamados “*delitos societarios*”, regulados nos arts. 290-297 do mesmo código, equiparou os administradores de facto aos administradores de direito como destinatários dos ilícitos dos arts. 290, 293, 294 e 295 (aqui também com os sócios). Mais tarde, por intermédio da *Ley Orgánica* 5/2010, de 22 de Junho, introduziu-se o art. 31bis, que responsabiliza, na 1.ª frase do n.º 1, as pessoas colectivas pelos ilícitos cometidos em seu nome e por sua conta pelos administradores de direito ou de facto, e o art. 282bis, no qual o ilícito de “falsas informações económico-financeiras” para as sociedades emittentes de valores negociados nos mercados de valores mobiliários se imputa quer aos administradores de direito quer aos administradores de facto.

A doutrina, independentemente da dicotomia hermenêutica entre um conceito mais restrito de administrador de facto (ancorado na ilegitimidade, irregularidade, não publicidade ou caducidade da sua nomeação) – deixando de fora, por ex., os sócios e os directores de topo da sociedade, por muito que a sua posição e influência fossem aptos a impor e a determinar o comportamento da sociedade – e outro mais lato (estendido, mesmo sem qualquer designação, ao exercício ou domínio real e efectivo das funções de gestão próprias de um administrador), salientou o benefício de a norma penal deixar de ser iludida através de subterfúgios e artifícios formais que colocariam os sujeitos em situação de impunidade tendo por alibi a norma societária ou simplesmente mediante a colocação de administradores “de fachada” ou “testas-de-ferro” à frente da gestão social, o que correspondia a boas razões de eficácia de política criminal e defesa social: eliminar a impunidade por lacuna legal em relação ao causante real do facto legalmente tipificado, superando um critério formal e adoptando um critério material ou funcional. Desenvolvidamente, v. PERCY GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, 1999, págs. 85 e ss (para a diferença de imputação entre “crimes de domínio” e os “crimes por infracção de um dever” na “estrutura da empresa), 128 e ss, 144 e ss, 162 e ss (para os crimes comuns) – nomeadamente para a justificação dogmática da punibilidade do administrador de facto no “domínio de facto” ou “social típico” sobre as funções de administração e, assim, do objecto penalmente protegido em razão dessa realização efectiva de funções (em esp. 138-139, 152, 169-170, 174-175) –, 211 e ss (para os crimes de administração em sentido estrito e com diferenciação de espécies de administração de facto entre os ilícitos); e, mais ou menos sumariamente (sempre com outras referências), JAVIER GARCÍA DE ENTERRÍA, *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*, Editorial Civitas, 1996, págs. 45 e ss, favorável a uma concepção precisa e depurada no ordenamento mercantil para efeitos penais e adversário da inclusão de pessoas que não estão adstritas ao órgão de administração; MANUEL MARÍA SÁNCHEZ ÁLVAREZ, *Los delitos societarios*, 1999, págs. 61 e ss, que destaca a noção “prevalentemente material” e não formal do “poder societário” (enquanto “situação de controlo, domínio ou forte incidência no sistema económico específico e, em particular, no exercício das funções típicas de gestão”, isto é, a “capacidade de decisão ou de disposição autónoma num âmbito previamente delimitado pela normatividade legal ou pelo contrato de sociedade”) para se tornar equivalente ao administrador de direito todo aquele que efectivamente exerce a função de gestão da actividade social ou simplesmente governe ou impulsione o comportamento da pessoa colectiva; JUAN GARCÍA PÉREZ, “La responsabilidad penal de los administradores de sociedades por impedimento o negativa del ejercicio de los derechos del socio y del ejercicio de la actuación supervisora e inspectora de la administración”, *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital. Aspectos civiles, penales y fiscales*, Coordinadores: Eduardo Galán Corona/José Antonio García-Cruces González, 1999, págs. 155 e ss; PABLO GIRGADO PERANDONES, *La responsabilidad de la sociedad matriz...* cit., págs. 187 e ss; NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., págs. 42 e ss; JOSÉ MANUEL RÍOS CORBACHO, *El administrador de hecho en los delitos societarios*, 2005, *passim*, em esp. págs. 29-30, 55 e ss, 69 e ss.

revogado CPEREF (na sequência da sua reforma de 1998 <sup>213</sup>), dando corpo à equivalência entre administradores de direito e de facto.

O art. 126<sup>o</sup>-A, n.º 1, ordenava então que, na circunstância de terem contribuído, de modo significativo, para a situação de insolvência das sociedades quaisquer actos praticados ao longo dos dois anos anteriores à sentença de declaração de falência por gerentes, administradores ou directores, de direito ou «que simplesmente as tenham gerido, administrado ou gerido de facto», o tribunal deveria, se para isso fosse provocado pelo Ministério Público ou por qualquer credor, «declarar a responsabilidade solidária e ilimitada das referidas pessoas pelas dívidas da falida e condená-la no pagamento do respectivo passivo». O n.º 2 apresentava um conjunto de actos que se entendiam como presunções ilidíveis de contribuição significativa para a insolvência da sociedade ou da pessoa colectiva <sup>214</sup>. Deste modo, também os administradores de facto – enquanto sujeitos que desempenham “uma actuação que interfira, efectivamente, qualquer que seja a forma por que tal ocorra, na condução dos assuntos sociais” <sup>215</sup> – se integravam no *agregado de sujeitos responsáveis e por cujo património se podia efectivar a satisfação dos credores prejudicados com a falência* <sup>216</sup>.

---

<sup>213</sup> Operada pelo DL n.º 315/98, de 20 de Outubro.

<sup>214</sup> A saber: «a) Destruído, danificado, inutilizado ou feito desaparecer, no todo ou em parte considerável, o património social; b) Ocultado ou dissimulado o activo social; c) Criado ou agravado artificialmente passivos ou prejuízos, ou reduzido lucros, fazendo, nomeadamente, com que a empresa celebrasse negócios ruinosos, directamente com eles ou por interposta pessoa, ou com outra pessoa em que tenham interesse directo ou indirecto; d) Comprado mercadorias a crédito, revendendo-as ou entregando-as em pagamento por preço sensivelmente inferior ao corrente, antes de satisfeita a obrigação; e) Disposto dos bens da sociedade ou da pessoa colectiva em proveito pessoal ou de terceiros; f) Exercido, a coberto da personalidade colectiva da empresa, uma actividade em proveito pessoal ou de terceiros e em prejuízo da empresa; g) Feito do crédito ou dos bens da sociedade ou da pessoa colectiva uso contrário ao interesse desta, em proveito pessoal ou de terceiros, designadamente para favorecer outra empresa na qual tenham interesse directo ou indirecto; h) Prosseguido, no seu interesse pessoal ou de terceiro, uma exploração deficitária, não obstante saberem ou deverem saber que esta conduziria com grande probabilidade a uma situação de insolvência; i) Mantido uma contabilidade fictícia, ou feito desaparecer documentos contabilísticos da sociedade ou da pessoa colectiva, ou deliberadamente omitido a organização de qualquer contabilidade.»

Para essa caracterização e elucidação desses comportamentos, v. CATARINA SERRA, “Alguns aspectos da revisão do regime da falência pelo DL n.º 315/98, de 20 de Outubro”, *SI*, 1999, págs. 195-196, CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código dos processos especiais de recuperação da empresa e de falência anotado*, 2000, pág. 348, MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Os efeitos substantivos da falência*, 2000, págs. 142-143 e n. (337), RICARDO COSTA, *A sociedade por quotas unipessoal...* cit., n. (912) – pág. 695.

<sup>215</sup> Assim eram definidos por CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código dos processos especiais...* cit., pág. 348.

<sup>216</sup> Em particular, ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades. Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, 2002, págs. 593-594 e n. (1157), destacou a importância desta abrangência no “tratamento jurídico das relações de domínio intersocietário que hajam desaguado numa situação de

Por sua vez, o art. 126º-B, n.º 1, estabelecia que, tendo sido declarada essa responsabilidade *causal* da falência, ou a responsabilidade *civil-societária* dos administradores nos termos do CSC (em particular, de acordo com os arts. 72º, n.º 1, e/ou 78º, n.º 1 <sup>217</sup>), o tribunal onde corria a falência podia, a todo o tempo, fixar prazo para os responsáveis – portanto, tanto de direito *como de facto* <sup>218</sup> – satisfazerem o passivo conhecido e a descoberto da sociedade à data da declaração da falência <sup>219</sup>, ou, em alternativa, o montante do dano por eles causado, se fosse considerado inferior. <sup>220</sup>

Decorrido esse prazo sem que se depositasse tal quantia, o tribunal, a requerimento de qualquer credor ou do Ministério Público, tinha o poder de declarar a falência *conjunta* dos administradores responsáveis com a do devedor (art. 126º-C do CPEREF) <sup>221</sup>, com os efeitos inibitórios que daí resultavam para o falido <sup>222</sup>. <sup>223</sup>

---

falência da sociedade dependente”, sempre que “a sociedade dominante se possa considerar como tendo constituído um dirigente ‘de direito’ (...) ou ‘de facto’ (...) da sociedade dependente falida”, “por forma a permitir a responsabilização das sociedades-mãe perante os credores falimentares de sociedades-filhas cuja gestão as primeiras controlavam facticamente”. E, no seguimento, o Autor acrescentava que vários dos índices presuntivos constantes do n.º 2 do art. 126º-A podiam “consubstanciar *situações desviantes de exercício*” daquele domínio (n. (1158), com sublinhado da minha responsabilidade).

<sup>217</sup> Sobre o alcance dessa remissão feita para a responsabilidade civil prevista no CSC, v., para direito pregresso, MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *últ. ob. cit.*, pág. 144.

<sup>218</sup> A responsabilidade civil dos administradores (apurada antes ou depois da declaração de falência), para além de correr em processo próprio, distinto do da falência, podia ser declarada no âmbito e nos termos (autuação por apenso) do processo de falência em curso (repare-se que o art. 126º-B, n.º 1, atribuía ao tribunal poderes para *verificar os pressupostos da responsabilidade*), segundo o procedimento disciplinado nos n.ºs 2 a 6 do art. 126º-B: sobre o ponto, v. CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código dos processos especiais...* cit., pág. 351. Tal abonava à equiparação dos administradores de facto aos administradores de direito na disciplina dos arts. 71º e ss do CSC, ainda que esta fosse uma situação de responsabilidade diferente em face da “situação *nova* de responsabilidade dos gestores, de direito ou *de facto*, (...) para os efeitos exclusivos da falência” (CARVALHO FERNANDES, “O novo regime da inibição do falido para o exercício do comércio”, *DJ*, 1999, pág. 12).

<sup>219</sup> Ou seja, na precisão de ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades...* cit., pág. 595, “o montante das dívidas falimentares que não possam ser satisfeitas à custa do património da própria falida”.

<sup>220</sup> Na articulação dos arts. 126º-A, n.º 1, e 126º-B, n.º 1, a doutrina fez uma interpretação correctiva dos termos desta responsabilidade: *subsidiária* em relação ao activo da falida, *limitada* ao passivo conhecido a descoberto ou ao dano causado (CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código dos processos especiais...* cit., págs. 348-349, MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *últ. ob. cit.*, págs. 145 e ss).

<sup>221</sup> Para uma análise do instituto e suas implicações na relação com as “falências derivadas” (art. 126º CPEREF), v. CATARINA SERRA, “Alguns aspectos...”, *loc. cit.*, págs. 196 e ss (enfatizando a falência conjunta como o resultado do “sentido da sua *actuação*”), MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *últ. ob. cit.*, págs. 147-148 (reforço da responsabilidade societária prevista nos termos gerais do CSC), ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades...* cit., pág. 595.

<sup>222</sup> V., para o CPEREF, CARVALHO FERNANDES, “Efeitos substantivos da declaração de falência”, *DJ*, 1995, págs. 19 e ss, em esp. 21 e ss, 33 e ss, ID., “O novo regime da inibição...”, *loc. cit.*, págs. 7 e ss, em esp. pág. 13, CATARINA SERRA, “Efeitos da declaração de falência sobre o falido (Após a alteração do DL n.º 315/98, de 20 de Outubro, ao CPEREF)”, *SI*, 1998, n.ºs 274-276, págs. 268 e ss, em esp. 276-278.

<sup>223</sup> A disciplina de 1998 terá tido a sua inspiração mais óbvia nos arts. 180º-184º da *Loi n.º 85-98*, de 25 de Janeiro de 1985 (sucessora da *Loi n.º 67-563*, de 13 de Julho de 1967, *sur le règlement judiciaire*, la

Este núcleo da responsabilidade falencial e da eventual falência dos administradores das sociedades falidas desapareceu na versão até há pouco vigente no CIRE de 2004. A medida foi pluralmente justificada <sup>224</sup>: “a responsabilização solidária dos administradores (com pressupostos fluidos e incorrectamente explicitados) e a possibilidade de declaração da sua falência conjuntamente com a do devedor não se afiguram tecnicamente correctos nem idóneos para o fim a que se

---

*liquidation des biens, la faillite personnelle et les banqueroutes* – arts. 99<sup>o</sup> e ss – e alterada pela *Loi n.º 94-475*, de 10 de Junho de 1994), correspondente ao *redressment et à liquidation judiciaires des entreprises* no ordenamento francês. Esse regime permitia, por um lado, responsabilizar os administradores de direito ou de facto por todas (ou parte) das dívidas da sociedade, em caso de insuficiência do activo que pudesse ser imputada a erros de gestão que tivessem contribuído para essa insuficiência (a designada *action en comblement de passif*) – art. 180. Por outro lado, previa-se a possibilidade de abrir a título pessoal um procedimento de *redressment* ou *liquidation judiciaire* contra administradores de direito e de facto (*action de extension de la procedure*), sempre que tivessem revelado algum ou alguns dos comportamentos-factos, abusivos e fraudulentos, elencados no art. 182, § 1.º, de tal modo que suportassem o passivo pessoal e o da pessoa colectiva (ou que, responsabilizados pelo passivo, não pagassem as dívidas: art. 181). Depois ainda sobravam as medidas de *faillite personnelle*, de interdição e os ilícitos criminais: arts. 185 e ss, 196 e ss. Para um desenvolvimento desse princípio de equiparação entre administrador de direito e administrador de facto no regime originário, tanto nas medidas indemnizatórias como nas sanções pessoais e penais, v. GÉRARD NOTTÉ, *Les dirigeants de fait...* cit., págs. 252 e ss; para a extensão subjectiva dos regimes galeses antes de 1985, que culminaram com o nascimento da expressão “*dirigeant de fait*” na lei de 1967 – logo, uma expressão “nascida nos procedimentos falenciais” –, v. JEAN-MARIE MACQUERON, págs. 20 e ss, em esp. pág. 24. A importação da responsabilidade *falencial* dos administradores, por isso, visava, como lá, aumentar a garantia patrimonial dos credores do falido, obrigando os gestores a suprir a falta de bens desse falido com o seu próprio património (v. por todos CORINNE SAINT-ALARY-HOUIN, *Droit des entreprises en difficulté*, 1996, págs. 643 e ss). A matéria foi depois regulada pelos arts. L. 624-3 a L. 624-7 do CComFr.

Agora, reformada e simplificada (depois, em esp., da *Loi n.º 2005-845*, de 26 de Julho de 2005, e da *Ordonnance n.º 2008-1345*, de 18 de Dezembro de 2008), a “responsabilidade pela insuficiência do activo” (*action en responsabilité pour l’insuffisance d’actif*) contra administradores de direito ou de facto, verificada no decurso de *liquidation judiciaire*, encontra disciplina nos arts. L. 651-2 a L. 651-4 do CComFr. – para actualização doutrinária deste regime, v. ANDRÉ JACQUEMONT, *Droit des entreprises en difficulté. La procédure de conciliation. Les procédures collectives de sauvegarde, redressment et liquidation judiciaires*, 2011, págs. 587 e ss, e ALAIN LIENHARD, *Procédures collectives*, 2011, págs. 468 e ss, 486 e ss. Numa segunda vertente de regulação, a figura do administrador de facto encontra presentemente objecto de disciplina nos arts. L. 653-1, 2º, L. 653-2 a L. 653-11 – *falência pessoal* pelos tais comportamentos abusivos e fraudulentos ou por não ter pago as dívidas a que foi condenado na “insuficiência do activo”, e consequente interdição –, assim como nos arts. L. 654-1, 2º, L. 654-2 e L. 654-8, 1º e 2º, para os crimes de *banqueroute* e outros relacionados (bem como as suas penas acessórias), sempre do CComFr.

Servir esta responsabilidade do direito francês como modelo para outros ordenamentos (inspirou igualmente os actuais arts. 265, 1.ª frase, e 530, 1.ª frase, do CSBelg.) avançarem com a sindicância da actuação do administrador de facto *em sede societária* foi reprovado, por ex., pela doutrina espanhola: “(...) essa responsabilidade responde a reivindicações de política jurídica que são específicos daquele sector jurídico e, como tal, estranhos ao regime de responsabilidade social dos administradores” (ALONSO UREBA, “Presupuestos de la responsabilidad social...”, *loc. cit.*, pág. 673). Aparentemente em sentido contrário, na medida em que a positivação do administrador de facto serviria para restabelecer a ruptura do binómio “poder-responsabilidade”, enquanto instrumento de imputação de responsabilidades à “sociedade-matriz” nos grupos, v. MÓNICA FUENTES NAHARRO, *Grupos de sociedades y protección de acreedores (Una perspectiva societaria)*, 2007, págs. 250 e ss.

<sup>224</sup> Aludo ao ponto 40. do preâmbulo do DL n.º 53/2004, de 18 de Março, que aprovou o CIRE (= CARLOS OSÓRIO DE CASTRO, “Preâmbulo não publicado do decreto-lei que aprova o Código”, *Código da insolvência e da recuperação de empresas – Comunicações sobre o Anteprojecto de Código*, 2004, pág. 229).

destinam”; “a sua aplicação ficava na dependência de requerimento formulado por algum credor ou pelo Ministério Público”; “a sanção de inibição para o exercício do comércio pode ser injusta quando é aplicada como efeito automático da declaração de falência, sem atender à real situação do falido”.

Não obstante, a nova legislação da insolvência não ignorou o *concurso dos comportamentos dos administradores das sociedades* para a sua insolvência – que passou de *requisito e estado da falência (e do processo de recuperação)* para *medida-processo aplicado ao devedor que seja insolvente ou apresente situação equiparada* (nos termos do art. 3º do CIRE) <sup>225</sup>. Essa responsabilidade transmutou-se no âmbito do incidente (pleno ou limitado) de qualificação da insolvência (arts. 36º, n.º 1, al. i), 188º <sup>226</sup>, 191º, CIRE <sup>227</sup>), desde que seja decretada como *culposa* (e não fortuita: art. 185º CIRE <sup>228</sup>). Esta dá-se «quando a situação [de insolvência] tiver sido criada ou agravada em consequência da actuação, dolosa ou com culpa grave, do devedor, ou dos seus administradores, de direito *ou de facto*, nos três anos anteriores ao início do processo de insolvência» (art. 186º, n.º 1). Assim, os *factos exemplificativos de contribuição significativa para a falência*, previstos no art. 126º-A, n.º 2, do CPEREF, passaram quase integralmente e com uma roupagem aqui e ali diversa, como *factos exemplificativos de actuação susceptível de produção ou agravamento de insolvência de acordo com a cláusula geral do art. 186º, n.º 1* <sup>229</sup>, para o n.º 2 deste art. 186º do CIRE (nomeadamente explicitou-se algo mais na al. h) <sup>230</sup> e acrescentou-se o comportamento revelado na nova al. i) <sup>231</sup>) <sup>232</sup>: constituem presunções *iuris et de iure*

---

<sup>225</sup> Sobre a situação de insolvência ou situação equiparada como pressuposto objectivo para se ser declarado insolvente, v. por todos COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. I cit., págs. 124 e ss.

<sup>226</sup> Destaque-se o carácter facultativo da abertura do incidente pleno de qualificação, nos termos do n.º 1 deste art. 188º, bem como da referida al. i) do art. 36º, n.º 1, na redacção conferida pela L n.º 16/2012.

<sup>227</sup> Porém, v. art. 187º e 259º, n.º 1, do CIRE.

<sup>228</sup> Como tal, sujeita, no que toca aos efeitos gerais sobre o insolvente e seus administradores, ao previsto nos arts. 81º e ss do CIRE.

<sup>229</sup> Para o detalhe dos pressupostos de insolvência culposa detectados no art. 186º, n.º 1, v. RUI ESTRELA DE OLIVEIRA, “Uma brevíssima incursão pelos incidentes de qualificação da insolvência”, *O Direito*, 2010, pág. 967. Contra a natureza exemplificativa da enumeração do n.º 2, CATARINA SERRA, “*Decoctor ergo fraudator?* – A insolvência culposa (esclarecimentos sobre um conceito a propósito de umas presunções) – Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 7.1.2008, Proc. 4886/07”, *CDP*, 2008, pág. 68.

<sup>230</sup> «Incumprido em termos substanciais a obrigação de manter contabilidade organizada, mantido uma contabilidade fictícia ou uma dupla contabilidade ou praticado irregularidade com prejuízo relevante para a compreensão da situação patrimonial e financeira do devedor».

<sup>231</sup> «Incumprido, de forma reiterada, os seus deveres de apresentação e de colaboração até à data da elaboração do parecer [do administrador da insolvência] referido no n.º 2 do artigo 188º».

<sup>232</sup> Na compartimentação de LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito da insolvência* cit., pág. 284, estas duas alíneas correspondem ao incumprimento de determinadas obrigações legais, enquanto as restantes

da existência de comportamento culposo (doloso ou com negligência grosseira e consciente <sup>233</sup>) no surgimento ou no agravamento do estado de insolvência. A elas adicionaram-se presunções *iuris tantum* de «culpa grave» na actuação do administrador (isto é, comportamento não doloso mas com negligência consciente e grosseira), tanto o de direito como o de facto: são as als. *a*) («incumprido o dever de requerer a declaração de insolvência») e *b*) («incumprido a obrigação de elaborar as contas anuais, no prazo legal» ou «submetê-las à devida fiscalização» ou de «as depositar na conservatória do registo comercial») do n.º 3 do art. 186º. <sup>234-235</sup>

Os três primeiros n.ºs do art. 186º do CIRE confirmam, portanto, a colocação *em igual patamar* de ambas as espécies do administrador societário enquanto pessoas identificadas e afectadas pelas consequências *especiais e necessárias* da *qualificação* da insolvência como culposa (art. 189º, n.ºs 1 e 2, al. *a*): e, ademais, com “culpa qualificada” <sup>236</sup> <sup>237</sup> – a doutrina louvou a inclusão dos “verdadeiros autores

---

reflectem “actos destinados ao empobrecimento do património do devedor”. De acordo com MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores...* cit., págs. 487-488, os comportamentos dessas mesmas duas alíneas finais demarcam-se por atentar “contra a possibilidade de avaliação rigorosa da situação patrimonial da sociedade”. Para CATARINA SERRA, *O novo regime português da insolvência. Uma introdução*, 2010, págs. 122-123, ID., “*Decoctor ergo fraudator?...*”, *loc. cit.*, págs. 68-69, 70-71, estas duas últimas alíneas do n.º 2 do art. 186º melhor estariam no n.º 3, constituindo assim presunções ilidíveis de insolvência culposa.

<sup>233</sup> Para a referência da «culpa grave» à modalidade mais censurável de negligência, v. ELISABETE RAMOS, “Insolvência da sociedade e efectivação da responsabilidade civil dos administradores”, *BFD*, 2007, pág. 480. Assim, seguindo a Autora referida, no caso da negligência própria da culpa leve ou levíssima, as condutas são remetidas para o campo da insolvência fortuita e escapam às consequências do art. 189º, n.º 2 (o que contempla “tanto os administradores que foram diligentes e, apesar disso, foram confrontados com a insolvência da sociedade, como os administradores cujas condutas manifestam graus menos graves de negligência”: v., desenvolvidamente sobre esta divisão, págs. 482 e ss). Nos mesmos sentidos, RUI ESTRELA DE OLIVEIRA, págs. 968-969, 987.

Para as modalidades de culpa grave (ou lata), leve e levíssima, v. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral das obrigações*, com a colaboração de Rui de Alarcão, 1963, págs. 341-342, PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, 1968, pág. 357. Para as espécies de negligência consciente e inconsciente, negligência grave ou grosseira e negligência leve ou ligeira, v. RUI DE ALARCÃO, *Direito das obrigações*, 1983, págs. 252-253, 266-267, ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, volume I, 2000 (reimp. 2005), págs. 573-574.

<sup>234</sup> Para a análise dos similares presunções previstas nos arts. 164, n.º 2, e 165 da LConcE, v., por todos, BORJA CARCÍA-ALAMÁN DE LA CALLE, “Aspectos civiles de la calificación del concurso”, *Comentarios a la Ley Concursal*, Coords.: Luis Fernández de la Gándara/Manuel María Sánchez Álvarez, 2004, págs. 685 e ss.

<sup>235</sup> Sobre o valor (ou seja, aproveitamento) dos factos dados como provados em sentença penal transitada em julgado relativa aos crimes dos arts. 227º, 228 e 229º do CP na prova dos factos inerente ao incidente de qualificação da insolvência, v., com acerto, RUI ESTRELA DE OLIVEIRA, págs. 941 e ss.

<sup>236</sup> Assim qualificando as modalidades de dolo e culpa grave, na graduação com a mera culpa leve (em esp. atendendo à interpretação do art. 809º do CCiv. e as soluções previstas no art. 18º, als. *c*) e *d*) do DL n.º 446/85, de 25 de Outubro [regime das cláusulas contratuais gerais], v. PINTO MONTEIRO, *Cláusula penal e indemnização*, 1990, págs. 247, 258.

<sup>237</sup> Realçando essa equiparação, “claramente e sem restrições, para este efeito”, v. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores...* cit., pág. 490.

materiais do processo decisional conducente à insolvência empresarial, para lá dos meros ‘testas-de-ferro’ formais da administração”, “evitando assim a ilusão dos comandos legais”<sup>238</sup>.

A versão conferida ao art. 189º do CIRE pela L n.º 16/2012 estabelece o quadro actualmente vigente para esse naipe de efeitos (*pessoais e patrimoniais*) dependentes da insolvência qualificadamente culposa (als. *b*) a *e*) do n.º 2 do art. 189º)<sup>239</sup>:

– inibição para «administrarem patrimónios de terceiros, por um período de 2 a 10 anos»<sup>240</sup>;

---

<sup>238</sup> MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *Manual de direito da insolvência* cit., pág. 123, numa aproximação a um conceito de administrador de facto para o processo de insolvência; v. ainda RUI ESTRELA DE OLIVEIRA, págs. 966-967.

<sup>239</sup> Estes são os efeitos *expressamente constantes* da sentença que qualifica a insolvência como culposa; mas há ainda os efeitos *independentes do decretamento judicial* e que, portanto, se produzem *ipso iure* – neste sentido, CARVALHO FERNANDES, “A qualificação da insolvência e a administração da massa insolvente pelo devedor”, *Novo direito da insolvência – Edição especial Themis*, 2005, pág. 96, CATARINA SERRA, *O novo regime português da insolvência...* cit., págs. 71-72, CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da insolvência e da recuperação de empresas anotado*, Volume II (Artigos 185º a 304º), 2005, sub art. 189º, pág. 27, MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *últ. ob. cit.*, pág. 128 –, indicando-se como tais a preclusão da exoneração do passivo restante e o termo da administração da massa pelo devedor «pessoa singular titular da empresa» (arts. 238º, n.º 1, als. *b*), *e*) e *f*), 243º, n.º 1, al. *c*), 246º, n.º 1; 228º, n.º 1, al. *c*); sempre do CIRE).

Teria sido avisado igualmente seguir o exemplo espanhol no ponto mais sensível: a sentença que qualifica a insolvência como culposa deveria obrigar o juiz a motivar a condição de administrador de facto, uma vez sendo este afectado pela qualificação (v. art. 172, n.º 2, 1º, da LConcE).

<sup>240</sup> Substituindo a anterior previsão de «inabilitação» (incapacidade jurídica de exercício), com a consequente revogação do art. 190º (suprimento da inabilitação por curador) pelo art. 5º da L n.º 16/2012, que sofreu da doutrina fortes críticas e suscitar de dúvidas quanto ao regime – COUTINHO DE ABREU, *últ. ob. cit.*, págs. 135-136, CARVALHO FERNANDES, *últ. est. e loc. cits.*, págs. 97 e ss, em esp. 103-104, CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da insolvência...*, Volume II cit., sub art. 189º, págs. 27 e ss, RUI PINTO DUARTE, “Efeitos da declaração de insolvência quanto à pessoa do devedor”, *Novo direito da insolvência – Edição especial Themis*, 2005, págs. 145-146, CATARINA SERRA, *O novo regime português da insolvência...* cit., págs. 64 e ss, em esp. pág. 67, LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito da insolvência* cit., págs. 289-290, MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *últ. ob. cit.*, págs. 128-129, 131 e ss, RUI ESTRELA DE OLIVEIRA, pág. 983 e ss – e juízos de inconstitucionalidade – por último, v. o Ac. do TC n.º 173/2009, de 2 de Abril (in [www.tribunalconstitucional.pt](http://www.tribunalconstitucional.pt)), que declarou com força obrigatória e geral a inconstitucionalidade da anterior al. *b*) do art. 189º, n.º 2, por violação dos arts. 26º e 18º, n.º 2, da CRP, ainda que só para administradores de sociedades comerciais declaradas insolventes, assim como os Acs. do mesmo TC n.ºs 409/2011, de 14 de Setembro, e 578/2011, de 29 de Novembro, nestes casos para comerciantes pessoas singulares.

A actual sanção segue agora de perto o alcance do art. 172, n.º 1, 2º, da LConcE («*inhabilitación* das pessoas afectadas pela qualificação para administrar bens alheios (...), assim como para representar qualquer pessoa») – sobre esta disciplina, v. como exemplos, JOSÉ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, “De la calificación del concurso”, in *Comentario de la Ley Concursal*, Directores: Ángel Rojo/Emilio Béltran, tomo II, Coordinación: Ana Belén Campuzano, 2004, sub art. 172, págs. 2587 e ss, e AGUSTÍN FERRER BARRIENDOS, “Art. 172. Sentencia de calificación”, *Comentarios a la Ley Concursal*, tomo III, Coordinadores: J. M.ª Sagrera Tizón/A. Sala Reixachs/A. Ferrer Barriendos, 2004, págs. 1777-1778 –, lei essa cujo regime de *calificación del concurso* foi a fonte inspiradora para os «incidentes de qualificação da insolvência» (cfr. ponto 40. do preâmbulo do DL n.º 53/2004; v., para os nossos arts. 185º e ss do CIRE, os arts. 163 e ss da LConcE).

- inibição (*rectius*, incompatibilidade absoluta <sup>241</sup>) para o exercício do comércio e para a «ocupação de qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial ou civil, associação ou fundação privada de actividade económica, empresa pública ou cooperativa», por igual período de 2 a 10 anos <sup>242</sup>;

- «perda de quaisquer créditos sobre a insolvência ou sobre a massa insolvente detidos pelas pessoas afectadas pela qualificação e a sua condenação na restituição dos bens ou direitos já recebidos em pagamento desses créditos» <sup>243</sup>; <sup>244</sup>

- por fim, a nova al. e) do n.º 2 do art. 189º – regressando de alguma forma à responsabilidade pelo «passivo a descoberto» do passado CPEREF (arts. 126º-A e 126º-B) <sup>245</sup> – atribui ao juiz que profere a qualificação da insolvência com culpa qualificada o dever de «condenar as pessoas afectadas [pela qualificação, «nomeadamente *administradores, de direito ou de facto*, técnicos oficiais de contas e revisores oficiais de contas»: al. a) do n.º 2 <sup>246</sup>] a *indemnizarem os credores do devedor declarado insolvente no montante dos créditos não satisfeitos, até às forças dos respectivos patrimónios*, sendo solidária tal responsabilidade entre todos os

---

No entanto, a inovação já foi objecto de reservas por parte da nossa doutrina, essencialmente ponderando o esvaziamento do objecto de tal sanção em face do regime civil aplicável às pessoas singulares (“impossibilidade de administrar os bens do menor, do interdito e do inabilitado”: arts. 1970º, al. a), 1933º, n.º 2, *a contrario*, 139º, 156º, do CCiv.) e da privação da administração de bens da sociedade insolvente para os administradores afectados (art. 81º, n.º 1, do CIRE), para além da inibição (mantida) para a “ocupação de certos cargos” na al. c) do art. 189º, n.º 2, do CIRE – a nova medida tem “escassíssima utilidade”; “difícilmente poderá funcionar como argumento para convencer os sujeitos a adoptarem o comportamento devido”; “só há uma forma de aumentar o relevo prático da nova inibição: reduzir o alcance da regra da privação dos poderes de administração e disposição dos bens ou, por outras palavras, tornar mais habituais os casos de administração da massa pelo devedor” (CATARINA SERRA, “A privação de administrar e dispor dos bens, a inabilitação e a administração da massa pelo devedor”, *Insolvência e consequências da sua declaração*, 2012, págs. 3 e ss, 6 e ss, em esp. 9, ID., “Emendas à (lei da insolvência) portuguesa – primeiras impressões”, *DSR*, 2012, vol. 7, págs. 101 e ss).

<sup>241</sup> Enquanto “impossibilidade legal” do sujeito afectado: v. COUTINHO DE ABREU, *últ. ob. cit.*, págs. 136-137 (e, em complemento, págs. 118, 120-121); favorável, LUÍS MENEZES LEITÃO, *últ. ob. cit.*, pág. 292, MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *últ. ob. cit.*, pág. 136.

<sup>242</sup> Para o registo das inibições, v. art. 189º, n.º 3, do CIRE.

<sup>243</sup> Excluída no incidente limitado de qualificação de insolvência: art. 191º, n.º 1, al. c).

<sup>244</sup> Para desenvolvimentos sobre estes dois efeitos da insolvência culposa, v. CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da insolvência...*, Volume II cit., sub art. 189º, pág. 29, RUI PINTO DUARTE, *últ. est. e loc. cits.*, págs. 146 e ss, CATARINA SERRA, *O novo regime português da insolvência...* cit., págs. 67 e ss, 70-71, LUÍS MENEZES LEITÃO, *últ. ob. cit.*, MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *últ. ob. cit.*, págs. 133 e ss, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores...* cit., págs. 488-489 (realçando o carácter patrimonial da sanção da al. d), permitindo “proporcionar uma melhor satisfação dos credores do insolvente”), RUI ESTRELA DE OLIVEIRA, pág. 983.

<sup>245</sup> Como solicitado anteriormente pela doutrina para as pessoas “culpadas” pela insolvência: MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores...* cit., pág. 505.

<sup>246</sup> Sobre a urgente necessidade de harmonizar este círculo subjectivo de pessoas condenadas com o art. 186º, n.º 1, do CIRE, que só se refere aos administradores de direito ou de facto do devedor pessoa colectiva (!), v. CATARINA SERRA, “Emendas à (lei da insolvência) portuguesa...”, *loc. cit.*, págs. 100-101.



afetados»<sup>247</sup>; logo, uma responsabilidade por *causação ou agravamento ilícitos (por violação activa ou omissiva de deveres da esfera jussocietária da administração* <sup>248</sup>) e *culposos (com dolo ou negligência consciente e grosseira) da insolvência* <sup>249</sup>,

---

<sup>247</sup> No regime anterior do CIRE, para a configuração da acção de “responsabilidade pela ocasionação da insolvência” tendo em conta o art. 186º como disposição de protecção de interesses alheios cuja violação é delitualmente relevante nos termos da aplicação do art. 78º, n.º 1, do CSC e/ou do art. 483º do CCiv., v. CARNEIRO DA FRADA, “A responsabilidade dos administradores na insolvência”, *loc. cit.*, págs. 669 e ss, 680-681, 681 e ss, 683 e ss (em esp. 687), 698-699 (“quanto aos credores, a causação da insolvência conduz à indemnização daquela porção dos seus créditos que não foi satisfeita, mas que o teria sido se a administração tivesse sido diligente e a insolvência não sobreviesse. *Mutatis mutandis*, quanto ao agravamento da insolvência”), 701.

<sup>248</sup> Com proveito para esta densificação, v. CARNEIRO DA FRADA, *últ. est. e loc. cit.*, págs. 681-682, 691-692 (advogando até que o n.º 2 do art. 186º do CIRE faz presumir inilidivelmente uma conduta *ilícita e culposa* dos administradores: em acréscito, v. n. (38) – págs. 689-690).

<sup>249</sup> O novo efeito de responsabilidade pelas dívidas não pagas parece reforçar a ideia de que é irrazoavelmente excessivo que as presunções inilidíveis do n.º 2 do art. 186º, uma vez provado o facto descrito, abranjam, para além da culpa na actuação («dolosa ou com culpa grave») criadora ou agravante da situação de insolvência, o (requisito adicional do) nexos de causalidade entre o comportamento culposos e a criação ou agravamento da situação de insolvência (enquanto “dano real” dessa actuação) – como é, ao invés, defendido por LUÍS MENEZES LEITÃO, *últ. ob. cit.*, págs. 284-285, Autor que, porém, já restringe a presunção ilidível à «culpa grave» nas situações descritas no n.º 3 do art. 189º. No mesmo sentido, LUÍS MARTINS, *Processo de insolvência anotado e comentado*, 2010, sub art. 186º, pág. 349, e MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “O capital social das sociedades por quotas e o problema da subcapitalização material”, *Capital social livre e acções sem valor nominal*, 2011, n. (84) – pág. 79 (distinguindo em relação ao n.º 3); também CATARINA SERRA, *O novo regime português da insolvência...* cit., págs. 122-123, que sustenta esse efeito duplo tanto para o n.º 2 como para o n.º 3 (estas como “presunções (relativas) de insolvência culposa (ou de culpa na insolvência)”), embora entenda que as als. *h*) e *i*) do art. 186º “mais parecem ser ficções legais”, uma vez que essas factuais não fazem presumir com segurança “o nexos de causalidade entre o facto e a insolvência” (deveriam estar no n.º 3, de molde a conceder a possibilidade de o sujeito se defender, mostrando que a sua conduta não causou a insolvência); mais desenvolvidamente, v. “*Decoctor ergo fraudator?...*”, *loc. cit.*, págs. 64 e ss, em esp. 65-67, 69-71; aparentemente favorável se afigura MARIA DO ROSÁRIO EPIFÂNIO, *últ. ob. cit.*, págs. 123, 125-126.

No entanto, contra esta tendência, RUI ESTRELA DE OLIVEIRA, pág. 973 e ss, em esp. 980, é de parecer que a prova do nexos de causalidade entre a conduta e a criação ou o agravamento do estado de insolvência é necessária para fazer actuar as presunções das als. *a*) a *g*) do art. 186º, n.º 2 (“causas semi-objectivas” da insolvência culposa), enquanto que, para as als. *h*) e *i*), não se coloca o problema por não estar sequer pressuposto o nexos de causalidade tendo em conta que são “causas puramente objectivas” (e, referindo-se a comportamento que “impediu e/ou impede que se determine o valor da sua contribuição e responsabilidade na produção e/ou agravamento da situação de insolvência”, estaremos perante “sanções quase directas” que dependem apenas, para fazer funcionar a presunção, da alegação e prova da respectiva factuais); quanto ao n.º 3, o Autor enquadra-o no “preenchimento de um dos pressupostos da qualificação”, a saber, a “culpa grave”, mas distingue entre a al. *a*) – que suscita ainda um problema de causalidade entre o retardamento da apresentação à insolvência e o agravamento da insolvência – e a al. *b*) – cuja componente meramente informativa implica uma outra vez prescindir da prova do nexos de causalidade (págs. 981 e ss). Detectando apenas no n.º 2 do art. 186º a atribuição de carácter culposos à insolvência (ou, melhor, às “causas da insolvência”), v. CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da insolvência...*, Volume II cit., sub art. 186º, pág. 14, sub art. 189º, pág. 27.

Numa outra leitura encontramos CARNEIRO DA FRADA, “A responsabilidade dos administradores na insolvência”, *loc. cit.*, pág. 692, que considera que o art. 186º, n.º 2, “também faz presumir *iuris et de iure* a causalidade da violação ilícita e culposa de determinados deveres em relação à insolvência” (*mutatis mutandis*, “o mesmo ocorre no n.º 3”) – ainda que com relevo diferente nas diversas condutas elencadas, tendo em conta, designadamente, a necessidade de “verificação de outros factores, algumas vezes fortuitos”, para que a insolvência ocorra (als. *d*) ou *f*), ilustra –, mas o mesmo não acontece “em relação aos *prejuizos*

*subsidiária* em relação ao devedor insolvente (mas *solidária* entre os sujeitos afectados pela qualificação <sup>250</sup>) e, no conjunto dos sujeitos afectados, *limitada* ao montante do passivo não satisfeito <sup>251, 252</sup>

*concretos* que outrem possa sofrer” em consequência da insolvência (sublinhei): essa causalidade, por seu turno, “além dos respectivos danos, carece de ser demonstrada pelo lesado”; mesmo assim, até se pode prescindir da “prova de um prejuízo directo” e, deste modo, abstrair-se da “causalidade entre o comportamento e a insolvência”, como acontecerá “quando o administrador tiver disposto dos bens do devedor em proveito pessoal ou de terceiro” (como, exemplifica, nos termos da al. d) do art. 186º, n.º 2). Para a compreensão da perspectiva do Autor, v. as duas acepções de causalidade vazadas em *Contrato e deveres de protecção*, 1994, págs. 191 e ss, a propósito da presunção de culpa do devedor incumpridor do art. 799º do CCiv. – essa presunção abrange a “adequação dessa conduta para produzir o incumprimento da obrigação” (*haftungsbegründende Kausalität*), mas não dispensa a prova da “relação entre o incumprimento e o dano concretamente sofrido pelo credor” (*haftungsausfüllende Kausalität*). Porém, o nexos de causalidade entre o facto e o dano será visto na “dupla função de *pressuposto* da responsabilidade civil e de *medida* da obrigação de indemnizar” (ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações*, 2009, pág. 605), tendo em conta que essa causalidade se afere simultaneamente na relação com o “dano real” e, por seu efeito, no “dano patrimonial”, sendo este o reflexo do dano real sobre a situação patrimonial do lesado – para esta diferença, v. ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, volume I cit., págs. 598-599, e, especificamente para a responsabilidade civil societária, COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., pág. 8. Logo, *in casu*, parece que a causalidade a demonstrar abrange a consequência da insolvência (criada ou agravada) e o correspondente prejuízo aferido na impossibilidade de a massa insolvente responder por todos os créditos incumpridos.

<sup>250</sup> Note-se que a aplicação do art. 497º, n.º 2, do CCiv. está assegurada pela necessidade de o juiz fixar o grau de *culpa* das pessoas afectadas pela qualificação da insolvência culposa (art. 189º, n.º 2, al. a), *in fine*, CIRE).

Se assim é – ou seja, se o juiz está vinculado a discriminar o grau de censura imputável ao agente afectado pela qualificação –, creio que, por maioria de razão (também com o preceituado no n.º 4 do art. 186º do CIRE no que tange ao *dano*), o novo efeito da responsabilidade indemnizatória não desobriga (antes pelo contrário) o juiz de sindicar os pressupostos da responsabilidade civil, o que desponta essencialmente para as circunstâncias de não preenchimento de qualquer dos factos de acção ou omissão de deveres do administrador previstos nos n.ºs 2 e 3 do art. 186º do CIRE.

<sup>251</sup> De acordo com a Proposta de Lei n.º 39/XII, de 30 de Dezembro de 2011, esta extensão subjectiva de responsabilidade inclui-se no objectivo do “reforço da responsabilidade assacada aos devedores, bem como aos seus administradores de direito ou de facto no caso de *estes terem sido causadores da situações de insolvência com culpa*”.

A opção do legislador nacional está em linha muito próxima com o efeito previsto para o *concurso culpable* em razão da abertura da fase de “*liquidación*” no originário art. 172, n.º 3, da LConcE, para o pagamento do montante de créditos não percebidos na liquidação da “*masa activa*”, que agora (depois da Ley 38/2001, de 10 de Outubro) corresponde ao art. 172bis, n.º 1 («... o juiz poderá condenar todos ou alguns dos administradores, liquidatários, de direito ou de facto, ou *apoderadores generales*, da pessoa jurídica insolvente que tenham sido declarados pessoas afectadas pela qualificação à cobertura, total ou parcial, do défice. (...) Em caso de pluralidade de condenados, a sentença deverá individualizar a quantidade a satisfazer por cada um deles, de acordo com a participação nos factos que tiverem determinado a qualificação do *concurso*») – para uma síntese de argumentos favoráveis à responsabilidade “pessoal e individualizada” desses sujeitos pelos danos causados por incumprimento dos deveres de diligência no exercício das funções próprias do cargo (ainda que, na perspectiva do Autor, não propriamente uma responsabilidade “sancionatória-punitiva”, como outra doutrina advoga), v. ALONSO UREBA, “Art. 172.3. (responsabilidad concursal de administradores y liquidadores de la persona jurídica en concurso) – Comentario”, *Comentarios a la legislación concursal*, Directores: Juana Pulgar Ezquerro/Alberto Alonso Ureba/Carmen Alonso Ledesma/Guillermo Alcover Garau, tomo II, 2004, págs. 1439 e ss. Em complemento, o juiz da insolvência pode decidir o arresto cautelar de bens e direitos dessas pessoas afectadas-responsáveis (com essa condição nos dois anteriores à data da declaração de insolvência), sempre que resulte fundada a possibilidade de essas pessoas serem condenadas na sentença de qualificação à cobertura

Reitere-se que o CIRE se notabiliza por *interiorizar* a sujeição de administradores de direito e de facto à censura das acções de responsabilidade civil societária. O art. 82º, n.º 3 (anterior n.º 2), als. *a*) e *b*), atribui, na pendência de processo de insolvência, legitimidade exclusiva ao administrador da insolvência para propor e fazer seguir essas acções contra ambas as espécies de administrador <sup>253</sup>.

---

do défice da massa insolvente (art. 48ter, n.º 1, LConcE) – julgando esta normatividade como uma “feliz solução” para dotar de eficácia a responsabilidade *concurisal*, nomeadamente quando se equiparam ao administrador de direito o administrador de facto, cujo *periculum in mora* se intensifica tendo em conta a sua prefiguração normal como sujeito que controla a actividade social e se serve do administrador de direito para ficar a coberto das responsabilidades pela gestão, v. DANIEL RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA/ M.ª ISABEL HUERTA VIESCA, “Más responsabilidad de los administradores en en Anteproyecto de Ley concursal de 2001?”, *DN*, 2002, pág. 7, NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., pág. 157.

O n.º 4 do art. 189º do CIRE impõe que o juiz fixe «o valor das indemnizações devidas ou, caso tal não seja possível em virtude de o tribunal não dispor dos elementos necessários para calcular o montante dos prejuízos sofridos, os critérios a utilizar para a sua quantificação, a efetuar em liquidação de sentença».

<sup>252</sup> Um outro efeito da insolvência culposa (em incidente limitado, porém, no caso em que o tribunal verifica que o património do devedor não é presumivelmente suficiente para a satisfação das custas do processo e das dívidas previsíveis da massa insolvente e não estando essa satisfação garantida por outra via: n.º 1 do art. 39º, 191º, n.º 1, CIRE) encontra-se, uma vez requerido o “complemento da sentença”, no art. 39º, n.º 5, do CIRE (“reembolso das quantias despendidas às pessoas que, em violação dos seus deveres como administradores, se hajam absterido de requerer a declaração de insolvência do devedor, ou o tenham feito com demora”).

<sup>253</sup> A lei não resolve o problema do concurso entre a responsabilidade insolvencial (delitual) prevista no art. 189º, n.º 2, al. *e*), do CIRE (causação ou agravamento da situação de insolvência e frustração de créditos) e a responsabilidade societária (também delitual) prevista no art. 78º do CSC (causação de diminuição do património social, tornado insuficiente para a satisfação dos credores), accionada pelo administrador da insolvência nos termos do art. 82º, n.º 3, al. *b*), do CIRE. Além do diverso conteúdo da ilicitude (ainda que eventualmente sobreposta quanto a deveres violados; sobre a relação de especialidade ou de excepcionalidade do regime da insolvência em relação ao regime da responsabilidade prevista nos arts. 78º e 79º do CSC, estando aqui em causa a violação de “deveres emergentes de uma relação especial”, CARNEIRO DA FRADA, “A responsabilidade dos administradores na insolvência”, *loc. cit.*, págs. 667, 695), do juízo de culpa ser mais intenso na responsabilidade por insolvência culposa (que será fortuita se houver culpa leve, não deixando esta de relevar no contexto da responsabilidade societária), do diferente nexo de causalidade e do dano a ressarcir pela diminuição do património poder não coincidir com o passivo não satisfeito (ou “a descoberto”, para usar a terminologia do art. 126º-B, n.º 1, do CPEREF), para já não falar da limitação temporal dos três anos anteriores ao início do processo de insolvência, constante do art. 186º, n.º 1 (cfr. art. 174º, n.º 2, CSC), tudo aspectos que jogam a favor da sua cumulação, note-se ainda que a L n.º 16/2012 manteve na íntegra o art. 185º: «A insolvência é qualificada como culposa ou fortuita, mas a qualificação não é vinculativa para efeitos da decisão de causas penais, *nem das acções a que se reporta o n.º 2* [agora deveria referir-se ao n.º 3] do artigo 82º».

De todo o modo, se o administrador da insolvência exigir a indemnização do dano (indirectamente) causado pelos administradores aos «credores da insolvência pela diminuição do património integrante da massa insolvente» (de acordo com o texto do art. 82º do CIRE, n.º 2, al. *b*): ELISABETE RAMOS, “Insolvência da sociedade...”, *loc. cit.*, págs. 470-471, 472-473, COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., pág. 82, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores...* cit., págs. 484 e ss), essa indemnização reverte para a massa insolvente (que será a fonte do pagamento aos credores, de acordo com a respectiva graduação: arts. 46º, n.º 1, 47º, 48º, CIRE) e diminui o eventual montante de insuficiência de créditos não satisfeitos pelos quais respondem subsidiariamente os administradores afectados pela insolvência culposa (de acordo com o mecanismo sancionatório do art. 189º do CIRE) – v., ainda para o direito anterior, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “O capital social...”, *loc. cit.*, n. (85) – pág. 80. Assim, o juiz terá que ter em conta na sentença do incidente de qualificação a interligação das duas formas de responsabilidade (seguindo a do art. 82º por apenso ao processo de insolvência: n.º 6) para calcular o

Esta linha de equivalência é ainda confirmada pelo art. 49º, n.º 2, al. c), enquanto definidora de pessoas *especialmente relacionadas com o devedor que seja pessoa colectiva*: «Os administradores, de direito ou de facto, do devedor e aqueles que o tenham sido em algum momento nos dois anos anteriores ao início do processo de insolvência»<sup>254</sup>.

montante de condenação subsidiária dos administradores afectados, nos termos do n.º 4 do art. 189º do CIRE. O mesmo acontecerá para as acções de responsabilidade societária anteriormente instauradas por credores sociais e em curso no momento da declaração de insolvência, desde que se entenda, como deverá ser, que o administrador da insolvência – uma vez tendo legitimidade para «fazer seguir» acções de responsabilidade (art. 82º, n.º 2) – possa requerer a sua apensação nos termos do art. 85º, n.º 1, do CIRE (a solução era defendida para o CPEREF, tendo em conta o art. 154º, antecedente do preceito actual, por CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código dos processos especiais...* cit., pág. 351), tendo por base esse enxerto ainda a salvaguarda do princípio da *par conditio creditorum* (v. por todos CATARINA SERRA, *O novo regime português da insolvência...* cit., págs. 45 e ss, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores...* cit., n. (190) – pág. 483) e a conveniência para aumentar o valor de liquidação da massa insolvente (sobre o fundamento do requerimento de apensação, v. CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da insolvência e da recuperação de empresas anotado*, Volume I (Artigos 1º a 184º), 2005, sub art. 85º, pág. 356; sobre o primado dos interesses “individuais, mas homogéneos” da *generalidade* dos credores da insolvência, em detrimento dos interesses meramente singulares de reparação de danos, v. CARNEIRO DA FRADA, *ibid.*, pág. 673).

A compatibilidade da responsabilidade insolvencial com a responsabilidade civil societária dos administradores em face da sociedade e dos credores bem como com a sua responsabilidade “pré-insolvência” pela não promoção da dissolução da sociedade (arts. 262, n.º 5, LSAE, e 105, n.º 5, LSRLE, actual art. 367, n.º 1, da LSCE: v. *infra*, n. 2127) é objecto de tratamento permanente na doutrina espanhola, sem que, igualmente no silêncio da lei, haja grandes resistências a respostas afirmativas, nomeadamente tendo em vista o papel dessas outras acções no “incremento” ou “reintegração da massa”, ainda que se encontrem dúvidas na possibilidade de cumulação (e “condenação dupla”) ou coordenação adjectivo-processual com as acções de responsabilidade indemnizatória pelos prejuízos decorrentes da não dissolução (e superveniência da insolvência) ou remoção da causa dissolutória: v., entre tantos outros, JOSÉ LLEBOT MAJÓ, “La responsabilidad concursal de los administradores”, *RGD*, 1999, págs. 7561 e ss, JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES, “De la calificación del concurso”, *loc. cit.*, sub art. 172, págs. 2599 e ss; VICENTE MAMBRILLA RIVERA, “Artículo 172 Sentencia de calificación”, *Comentarios a la legislación concursal*, Directores: Juan Sánchez-Calero/Vicente Guilarte Gutiérrez, tomo III, 2004, págs. 2847, 2851 e ss, 2858 e ss; MARÍA GUERRERO LEBRÓN/JUAN GÓMEZ PORRÚA, “La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital en situación concursal”, *Estudios sobre la Ley Concursal – Libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo II, *Los órganos del concurso. Efectos de la declaración del concurso sobre el deudor*, 2004, págs. 1978 e ss; mais desenvolvidamente, MARÍA BELLO MARTÍN-CRESPO, “Responsabilidad civil de administradores de sociedades de capital y ley concursal”, *Estudios sobre la Ley Concursal – Libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo II, *Los órganos del concurso. Efectos de la declaración del concurso sobre el deudor*, 2004, págs. 1715 e ss, JOSÉ MUÑOZ PLANAS/JOSÉ MUÑOZ PAREDES, “Repercusiones del concurso de la sociedad sobre la responsabilidad de los administradores”, *Estudios sobre la Ley Concursal – Libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo II, *Los órganos del concurso. Efectos de la declaración del concurso sobre el deudor*, Marcial Pons, Madrid, 2004, págs. 2175 e ss. Antes da entrada em vigor da lei, GUILLERMO ALCOVER GARAU, “La calificación del concurso”, *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, Dirección: Rafael García Villaverde/Alberto Alonso Ureba/Juana Pulgar Ezquerria, 2002, págs. 256 e ss, neste contexto de “marcada sobreposição”, pugnou pela eliminação da responsabilidade na insolvência, sob pena de se chegar a “extremos punitivos irracionais”

<sup>254</sup> Sobre o significado e reflexo na disciplina legal desta “relação especial”, v. CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da insolvência...*, Volume I cit., sub art. 49º, págs. 234 e ss (Autores que interpolam, para este efeito, não ser relevante “a circunstância de o exercício [da administração] ter sido juridicamente sustentado em título bastante, sendo suficiente a mera situação de facto”); LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito da insolvência* cit., págs. 110 e ss.

A versão da L n.º 16/2012 veio ainda acentuar mais essa colocação em plano de igualdade normativa de ambas as espécies de administrador: v. arts. 17.º-D, n.º 11 (no processo especial de reabilitação: uma *outra responsabilidade* pelos prejuízos causados aos credores «em virtude de falta ou incorreção das comunicações ou informações a estes prestadas»); 23.º, n.º 2, al. b); 36.º, n.º 1, al. c); e 189.º, n.º 2, al. a).

E, se quisermos articular o sentido de todas essas prescrições e o avanço equiparador da L n.º 16/2012, também deverá cumprir a razoabilidade – agora mais do que nunca – interpretar o art. 6.º, n.º 1, al. a), do CIRE («Para efeitos deste Código, são considerados como administradores: Não sendo o devedor uma pessoa singular, aqueles a quem incumba a administração ou liquidação da entidade ou património em causa, *designadamente* os titulares do órgão social que para o efeito for competente») de forma a que, fora do «designadamente», se veja também o administrador de facto – ainda que não por lhe incumbir oficialmente a administração da sociedade, mas por *assumir as tarefas próprias* da função administrativa <sup>255</sup>.

### **3.5. Reflexos das previsões do administrador de facto**

Esta breve viagem pelos vários territórios de acolhimento (não societários) do administrador de facto mostra a clara evolução normativa que assimila cada vez mais a direcção de facto num conceito mais amplo de “direcção” das sociedades em diversos campos do ordenamento jurídico. Se quisermos, a administração de facto surge acoplada à administração de direito, não em oposição, mas assente num desejo de marcar a *simetria* das duas situações: este é um *signal normativo* que deve ser realçado.

Por outro lado, uma das particularidades da tendência surpreendida normativamente é o desaparecimento progressivo da distinção operada entre os administradores “legais” e os administradores de facto das sociedades, pois o que interessa é a identificação da realidade decisória substancial no plano da administração <sup>256</sup>. Este é um outro *signal normativo* que não merece ser

---

<sup>255</sup> Apoiantes: CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *últ. ob. cit.*, *sub art.* 6.º: “devem também considerar-se aqui envolvidos todos os que as [funções de administração] *desempenhem de facto*, nomeadamente quando o fazem com carácter de permanência, mesmo que falte, para tanto, o apoio em determinação legal ou em acto voluntário do titular do património a gerir” (destaquei); cfr. ainda, *sub art.* 19.º, pág. 126; CARNEIRO DA FRADA, “A responsabilidade dos administradores na insolvência”, *loc. cit.*, pág. 656.

<sup>256</sup> JEAN-PIERRE PIZZIO, pág. 418.

secundarizado: os textos jurídicos positivos permitem ou facilitam uma interpretação *mais larga* do conceito (e posição) de administrador *nos sectores normativos onde não exista base legal expressa* para essa ampliação.

A essa tipificação normativa plural surge associada, contudo, a *ausência de um conceito* ou, pelo menos, *de notas caracterizadoras – ou critérios normativamente relevantes – da figura ou da situação*. O legislador não define e ajuda pouco na densificação do conteúdo. Sabendo que não é tradicionalmente considerada tarefa do legislador definir os conceitos contemplados pelas normas, não é menos certo que o reconhecimento normativo do administrador de facto, plúrimo e pouco consistente no que tange ao seu significado conceitual, comporta riscos de inexactidão, geralmente atentatórios da segurança jurídica <sup>257</sup>. Este é um obstáculo à plena compreensão da figura, que demanda o encontro dos pressupostos que afiancem a sua *acreditação jurídica* e apela, como se sublinhou mesmo na doutrina mais hesitante, a um “tratamento jurídico intensivo” (*intensive rechtliche Behandlung*) <sup>258</sup>.

A tendência referida afecta ainda uma parte muito pouco significativa das regras aplicáveis à administração de direito. Mas todas elas apresentam uma característica comum: actuam em prejuízo desses administradores de facto, pela simples evidência de se convocar no estatuto dos administradores de direito a aplicação de *efeitos negativos* que terão que suportar como se fossem administradores formais <sup>259</sup>. Por esta razão, as prescrições avançadas hoje pelo nosso direito para o administrador de facto constituem para ele, basicamente, um *estatuto repressivo* <sup>260</sup>, baseado no propósito de *sancionar* o seu comportamento, por desprezo

---

<sup>257</sup> Sobre estes pontos, comuns em alguma doutrina estrangeira, v., entre outros, JEAN-LOUIS RIVES-LANGE, pág. 41, LAURENT LEVENEUR, pág. 48, ALFRED DIERLAMM, “Der faktische Geschäftsführer im Strafrecht – ein Phantom?”, *NStZ*, 1996, pág. 154, JOSÉ EMBID IRUJO, “La responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, pág. 2395.

<sup>258</sup> MARC DINKHOFF, pág. 14.

<sup>259</sup> LAURENT LEVENEUR, pág. 84, NATHALIE DEDESSUS-LE-MOUSTIER, págs. 501, 511 (que sublinha a exclusão dos “aspectos positivos” desse estatuto dos administradores de direito), HARITINI MATSOPOULOU, pág. 200.

<sup>260</sup> Já JEAN NOIREL, “Le droit civil contemporain...”, *loc. cit.*, pág. 495, no contexto das tentativas de reprimir do domínio jurídico as situações de facto, ilícitas e voluntárias, adiantava *esta* “forma de combate”: prender à situação de facto as mesmas responsabilidades que decorrem da situação de direito correspondente, a fim de fazer cessar qualquer vantagem na criação da situação irregular e evitar que quem cria a situação de facto não possa opor a terceiros a excepção de ilicitude para se subtrair a essas responsabilidades. Focando as consequências “essencialmente desfavoráveis” que se ligam à noção de *dirigeant de fait*, v. HENRI TEMPLE, pág. 50, que, porém, a pág. 62, se pronuncia contra a ideia de a situação de facto apenas pedir emprestado as regras desfavoráveis ao regime da situação de direito (exemplifica com a manutenção das remunerações auferidas pelos administradores de direito).

dos “textos” legais, ilegítimo e irregular <sup>261</sup>. Estatuto que se confirma naquilo que a actuação judicativa – aludo ao cenário justributário – tem procurado cimentar: a “d direcção de facto” como um laço para ligar uma *situação material* à aplicação de uma *sanção* <sup>262</sup> e, assim, a uma *regra desfavorável* que permita *assegurar a eficácia do dispositivo legal relativo à organização do poder no seio das sociedades* <sup>263</sup>. Seja como for, esta é uma linha que se vê como integrada na tese de todos aqueles que reconhecem a categoria do administrador de facto como instrumento para, fora dos casos de equipolência normativa, elaborar uma *técnica sancionatória* capaz de precatar o logro das regras imperativas ditadas pelo legislador para o correcto desenvolvimento da actividade de administração, através da sua *extensão selectiva* a quem tenha concretamente realizado essa actividade <sup>264, 265</sup>

Podemos ainda reter do direito positivo – na aludida ajuda que nos proporciona – dois critérios para caracterizar a administração de facto (no caso de ela ser notória): o cumprimento de uma actividade que *visa a gestão e direcção da sociedade* pela pessoa em causa e o desenvolvimento de uma actividade *positiva* de administração dessa mesma sociedade. Acontece, como se antecipa facilmente, que um figurino de administrador de facto assente nessas duas simples colorações não chega para vestir da cabeça aos pés a realidade. Não escapa a uma observação meramente superficial que as fronteiras entre a *prática* e a *aplicação do direito*

---

<sup>261</sup> CLAUDE CHAMPAUD/DIDIER DANET, “Sociétés et autres groupements. Gérant de SARL. Article 52 de la loi du 24 juillet 1966. Gérant de fait...”, *loc. cit.*, pág. 396, YVES REINHARD/ISABELLE BON-GARCIN, “Note Cass. com., 21 mars 1995 – Les dirigeants de fait doivent-ils être assimilés aux dirigeants de droit?”, *JCP*, Éd. Entreprise, Jurisprudence, 1996, , pág. 54, NATHALIE DEDESSUS-LE-MOUSTIER, págs. 501, 502, 511, 521.

<sup>262</sup> V., para a jurisprudência francesa, JEAN-MARIE MACQUERON, pág. 19.

<sup>263</sup> HARITINI MATSOPOULOU, pág. 200.

<sup>264</sup> Realçando o ponto, v. LAURENT LEVENEUR, págs. 90 e ss, NATHALIE DEDESSUS-LE-MOUSTIER, págs. 501, 511, 512 e ss, NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., pág. 210, FILADELFO TRIBULATO, “Azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di fatto di una soc. a resp. lim.”, *Dir. Fall.*, 2007, II, págs. 475-476.

Contra a teorização da “actividade de facto” no círculo de tarefas do órgão administrativo como pressuposto de equiparação aos administradores de facto e extensão da sua responsabilidade – uma das teses fundamentais do seu trabalho –, v. URSULA STEIN, *Das faktische Organ* cit., págs. 183-184, 200.

<sup>265</sup> Por isso importará resolver se essa extensão implica somente consequências negativas ou a relação administrativa de facto faz igualmente surgir efeitos positivos. Num outro sentido: o administrador de facto, uma vez qualificado, goza de um *estatuto* em tudo igual ao administrador de direito (a erigir, aliás, a partir do conteúdo do estatuto do congénere formal) ou essa qualificação gera apenas a *aplicação* de certos e determinados regimes jurídicos? Como vimos antes, a tendência para equiparar as situações de facto às correspondentes situações de direito é acompanhada pela acentuação da “imperfeição” que assiste às primeiras. E, por consequência, pela dificuldade em ver genericamente a nota da plenitude na convocação do regime predisposto para os administradores legítimos, os actores da situação de direito (v. *supra*, ns. 111 e 120). Para tomada de posição e fundamento, v. *infra*, Parte III, cap. 2.º, 13.1.

*pertinente* devem ser balizadas através de critérios mais seguros e rigorosos, que conduzam à edificação de uma *condição juridicamente relevante* do administrador de facto – *com que critérios, sob que pressupostos* poderemos considerar um sujeito (pessoa singular ou, até, pessoa colectiva) como administrador de facto de uma sociedade? Essa caracterização jurídica assimilará um conceito abrangente de fundamentação da figura, adequado ao *tratamento dogmático de um sujeito ainda não corporizado pela ordem jurídica portuguesa no seu todo* – assim se verá no cap. 1º da Parte III – e, porventura, disponível (em termos de *discussão intersectorial*) para ser *aproveitado*, no todo (como é manifesto no caso do regime insolvencial) ou em parte, quando convocado pelos outros diferentes ramos do ordenamento.<sup>266</sup>

Com efeito, a incorporação da figura tem sido feita em referência à normatividade precedentemente ditada para a posição de direito correspondente, justamente assimilando-a a essa e limitando-se a estabelecer quais as normas específicas da relação de direito que lhe são aplicáveis<sup>267</sup>. Tais prescrições não foram enriquecidas de modo que se explique ou forneça elementos suficientes para se reconhecer *quem* devemos entender *como susceptível de ser qualificado* como administrador de facto. Em todas essas opções legislativas, regista-se, por isso, uma clara *omissão “tipificadora”*, assinaladamente delicada por se tratar de disciplinas que, por um lado, sancionam certos comportamentos e, por outro, acarretam efeitos negativos em razão da qualidade de administrador de facto<sup>268</sup>. Para (não) compor a falta, a doutrina (especialmente no direito societário, onde é premente saber se certas

---

<sup>266</sup> Esta circunstância granjeia a dúvida de saber se o conceito jurídico de administrador de facto deve ser *único* para a universalidade do ordenamento ou, em alternativa, deve ser considerado cada um dos conjuntos normativos em que se emprega – ou a ele se alude, como no direito societário –, a fim de em cada um deles se fixar um conceito *próprio* que responda à finalidade que se procura e à natureza da consequência estabelecida em cada caso. V., a este propósito, JUSTINO DUQUE DOMÍNGUEZ, “El tráfico de acciones...”, *loc. cit.*, pág. 61; JOSÉ EMBID IRUJO, “La responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, pág. 2395, que chama a atenção para a diversidade de concepções em função do sector do ordenamento jurídico que se considere acarretar uma política jurídica que conduz à heterogeneidade e à confusão a respeito da mesma figura. No direito francês, o primeiro estudioso monográfico da figura considerava ser a “unidade do conceito de administrador de facto” que caucionaria a sua “aplicação efectiva” e a cobertura da realidade para que remete: GÉRARD NOTTÉ, *Les dirigeants de fait...* cit., pág. 44.

<sup>267</sup> Em termos de técnica legislativa, devo acentuar que as normas que conferem eficácia jurídica *directa* à figura do administrador de facto não o fizeram através do desenho de efeitos jurídicos autónomos como relação ou situação de facto. Antes se limitaram a inscrevê-la no ordenamento previsto para a administração de direito. Ou seja, estende-se, por equiparação, à administração de facto as regras atinentes à administração de direito. Pode dizer-se que esta é a técnica constante no âmbito da regulação positiva das relações de facto: cfr. VINCENZO FRANCESCHELLI, “Premesse generali...”, *loc. cit.*, pág. 694.

<sup>268</sup> É esta a divisão feita por LAURENT LEVENEUR, pág. 68, para a exposição das regras expressamente aplicáveis no direito francês ao *dirigeant de fait*.



regras editadas para os administradores de direito podem, no silêncio dos textos legais, ser objecto de *extensão* ou, até, *declaração* aos administradores de facto <sup>269</sup>) e a jurisprudência (ainda que menos no domínio fiscal, onde a abundância de situações levou à consciência dos pressupostos da administração fáctica, ainda que fundamentalmente no raio da administração de direito) têm-na negligenciado, tornando a clarificação do conceito jurídico, em face da *adjudicação de consequências jurídicas*, uma tarefa urgente <sup>270</sup>. Esta estrada não é despicienda. Servirá para um exercício predisposto a sublinhar a exigência de, numa investigação que nunca se poderia limitar aos *dados positivos do sistema*, penetrar no real significado das disposições – ou dos seus grupos. A fim de, pelo menos, verificar se têm, e qual é, o alcance que efectivamente se habilitam a assumir no discurso *interpretativo*.

#### 4. Os cenários hermenêuticos para a delimitação e o ajustamento da posição societária do administrador de facto

Não é sem dificuldade que se expõe a (re)construção da figura do administrador de facto como *Rechtsfigur* ou *Rechtsinstitut*. Por um lado, reveste uma grande sensibilidade admitir uma figura com que nos estamos a conformar com a desaplicação das normas inderrogáveis sobre a competência e os modos de designação dos administradores <sup>271</sup>; sendo que o seu tratamento e consideração poderá conduzir a um modo de *constituição alternativa* da relação de administração, indiferente ao momento genético e ao pressuposto subjectivo do modo *legal* <sup>272</sup>. Por outro lado – e também por isso –, um dos legados mais fortes das experiências estrangeiras ainda é a *manipulação* do “administrador de facto” *para efeitos interpretativos*, apenas tendo em vista o âmbito de aplicação de um regime (*maxime*, o da responsabilidade por actos de administração) ou de uma norma singular e um

---

<sup>269</sup> E, desde logo em matéria de imputação da responsabilidade *ex arts. 72º e ss*, o problema de “individualizar a fonte jurídica dos deveres de conduta cuja pressuposta violação deverá fundar a pretensão ressarcitória” (FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, pág. 133).

<sup>270</sup> Por isso, as consequências jurídicas (*Rechtsfolgen*) da posição de “órgão de facto” constituem o núcleo fulcral da discussão científica e da *praxis* jurisprudencial: para esse reconhecimento genérico, v. URSULA STEIN, *Das faktische Organ* cit., págs. 5, 27-28.

<sup>271</sup> V. KARSTEN SCHMIDT, “Konkursverschleppungshaftung und Konkursverursachungshaftung – Überlegungen zum Haftungsrecht der GmbH und der GmbH & Co.”, *ZIP*, 1988, pág. 1500.

<sup>272</sup> V. FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, pág. 137 e n. (20).

efeito jurídico isolado, o que acabou por se traduzir na subsistência de uma noção inarticulada<sup>273</sup>.

Em contraponto, a doutrina reclama a indispensabilidade em contar, desde logo em nome da segurança do comércio jurídico e da necessidade de ligar a posição de administração fáctica a consequências jurídicas (favoráveis ou desfavoráveis) e em atenção à certeza desejada nos processos de produção interna e externa de efeitos da acção colectiva ou societária, com fundamentos rigorosamente jurídicos que justifiquem a qualificação destes que se vêm chamando administradores de facto e, assim, terminar com a carência de critérios firmes que determinem o alcance e efeitos dos actos por si realizados<sup>274</sup>. Não é por acaso que um dos perigos que se visa apartar com essa construção rigorosa da personagem é o da extensão ilimitada da *condição* de administrador de facto e a abertura da porta do ordenamento. A preocupação consiste em subtrair a definição da figura à *discricionariedade* do intérprete, no escopo assumido de a reconduzir a limites *objectivos* de maior certeza e cercear-lhe o *alcance tendencialmente ilimitado* na relação com as normas que possam ser

---

<sup>273</sup> Neste sentido, URSULA STEIN, *Das faktische Organ* cit., pág. 27 e ss (e 197), não teria dúvidas em afirmar que estaríamos perante um “instituto jurídico reconhecido”, com “existência” e “qualidade normativa” – em suma, uma *Rechtsfigur* com pressupostos e consequências admitidas pela jurisprudência e pela doutrina –, não fossem as discrepâncias e as incongruências no que toca a esses pressupostos e consequências, que contaminam a medida da equiparação com o administrador de direito e as exigências para lhe ser aplicado o naipe de direitos e deveres do administrador válido e eficaz perante a lei. Pergunta a Autora alemã até que ponto o fundamento da “aplicação de normas” (*Normanwendung*) do órgão de administração ao órgão de facto (desconexamente aplicadas e variadamente interpretadas) chega para dar corpo à “figura jurídica do órgão de facto” – pelo menos não chega para a ver como figura *estabelecida*. Antes seria de ponderar se esta categoria está desprovida de fundamento jurídico-normativo e apenas se basta em ser uma “abreviatura jurídica” ou até um “meio inaceitável” para alargar consequências jurídicas a sujeitos que não cumprem os requisitos legais para serem administradores. No mesmo sentido da prevalência de um “problema de aplicação de normas” (*Normanwendungsproblem*) e de um endosso para as respectivas consequências jurídicas, v. UWE W. SCHNEIDER, “§ 6 Geschäftsführer”, *loc. cit.*, pág. 398, *Rdn.* 49, KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht* cit., pág. 419; ULRICH HAAS/HILDEGARD ZIEMONS, “§ 43 Haftung der Geschäftsführer”, in *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, 2010, pág. 487, *Rdn.* 26.

<sup>274</sup> Neste sentido, v. OLIVARES JAMES, pág. 279.

É justamente em Espanha que vemos intervenções a realçar a insegurança jurídica como fundamento para rebater o conceito ou o instituto de administrador de facto: em virtude da aceitação de um amplo princípio de configuração da legitimação passiva para disciplinar a responsabilidade dos administradores, que se socorre de uma consideração mais funcional e material que formal da figura do administrador, como acentuam JOSÉ EMBID IRUJO, *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios. La tutela de la minoria en situaciones de dependencia societaria y grupo*, 1987, págs. 141 e 142, e PABLO GIRGADO PERANDONES, *La responsabilidad de la sociedad matriz...* cit., págs. 179-180, ou em razão de os pressupostos que compreende serem de difícil concretização legal e implicarem que os tribunais actuem caso a caso (M.<sup>a</sup> LUISA DE ARRIBA FERNÁNDEZ, *Los fundamentos societarios del derecho de grupos*, 2003, págs. 453-454).

aplicadas ao sujeito não nomeado como administrador <sup>275</sup>. Logo, há que procurar uma *delimitação* adequada da noção de administrador de facto e evitar a tentação de incluir sob tal designação todos os que, de qualquer forma, interferem na gestão de uma sociedade ou se apropriam dela <sup>276</sup>.

Em termos abstractos, essa demarcação de uma *tipologia* já suficientemente rica pode ser palmilhada mediante dois itinerários hermenêuticos: um *formal-subjectivo* e um outro *material-objectivo*. <sup>277</sup>

O primeiro consiste na indagação dos *requisitos mínimos* que permitem atribuir uma *legitimidade-qualificação formal* à assunção irregular do encargo directivo (= *ilegitimidade*) e, deste modo, configurar (ainda) uma relação de facto equiparável (ou vizinha) a uma relação de direito.

O outro, manifestamente de carácter “antiformalístico” e centrado no conteúdo do poder-dever de administrar, implica a averiguação *substancial* das funções concretamente exercidas, a continuidade do trabalho prestado, o modo de desempenho da função e o relevo que este apresentou na consideração dos actores formais da sociedade (e, eventualmente, terceiros). É uma visão que nos remete para a individualização dos *elementos materiais* da *facti species*, em presença dos quais a intromissão na gestão da sociedade, através do exercício efectivo dos poderes de administração, ascende à categoria de uma relação administrativa – *legitimação*

---

<sup>275</sup> V. ORESTE CIPOLLA, “L’amministratore di fatto nell’evoluzione interpretativa del nostro sistema giuridico”, *Società*, 2004, pág. 255, em referência à primeira definição de administradores de facto, desenhada pela jurisprudência penal italiana do fim do século XIX; JAVIER JUSTE MENCÍA, “En torno a la aplicación...”, *loc. cit.*, págs. 454-455, antes da equiparação positiva para efeito de responsabilidade dos administradores introduzida na lei espanhola entre administradores de direito e administradores de facto, duvidava da licitude e do alcance da extensão, necessitada de uma “rigorosa exposição” das suas razões.

<sup>276</sup> NURIA LATORRE CHINER, “El concepto de administrador de hecho...”, *loc. cit.*, pág. 884.

Pelo mesmo diapasão alinha JAVIER JUSTE MENCÍA, “En torno a la aplicación...”, *loc. cit.*, pág. 455, que, desconfiado da crescente tendência jurisprudencial para usar o expediente da responsabilidade dos administradores como uma forma de conseguir que o “verdadeiro devedor-pessoa singular” responda com os seus bens pessoais pelas obrigações das pessoas colectivas societárias (nomeadamente as sociedades de escassas dimensões económicas) a actuar no tráfico, advoga, em sede de extensão das normas sobre responsabilidade civil societária aos administradores de facto (“questão delicada e difícil”), que “se há-de começar por definir *quem são estes*” (em complemento, v. pág. 450).

<sup>277</sup> Em termos gerais para esta síntese, segui NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., págs. 35-36, 184, 216-217, 221, ID., “Riforma del diritto societario e responsabilità dell’amministratore di fatto: verso una nozione unitária dell’istituto?”, *Società*, 2000, págs. 214 e 219, MASSIMILIANO SILVETTI, “Nota – Corte di Cassazione, 6 marzo 1999”, *Foro It.*, 2000, pág. 2301, MASSIMO FRANZONI, *Gli amministratori e i sindaci* cit., págs. 19-20, NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., pág. 88, 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*, 2010, pág. 589.

*material* – e pode fazer surgir os *vínculos*, as *obrigações* e a *responsabilidade* que resultam impostos pela lei para o desempenho de funções administrativas.

Optar por uma ou outra via – ou evoluir de uma para a outra, como fez em grande medida a jurisprudência italiana na viragem do século <sup>278</sup> – evidencia uma charneira de análise em absoluto nuclear. Na primeira, a preocupação é encontrar um pressuposto formal a que se possa aprisionar a gestão de facto daquele sujeito em concreto (e do seu âmbito conceptual, portanto). Enquanto isso, delimitar os critérios substanciais de identificação da espécie em causa é o problema absorvente da segunda. <sup>279</sup>

É esta hermenêutica qualificadora que nos vai preocupar aquando do tratamento do perfil conceptual do administrador de facto (Parte III, cap. 1.<sup>o</sup>). <sup>280</sup> A ela opõe-se a dificuldade de delinear cânones rígidos de identificação da *fattispecie* e a conseqüente exigência de explicar, ao invés, “um feixe de *dados indiciários* idóneos a revelar a subsistência de uma relação administrativa de facto” <sup>281</sup>, que constituam a base impulsionadora para “detectar *critérios selectivos* que consintam a precisão dos limites da figura” <sup>282</sup>. Ora, será a escarpelização desses factos comportamentais que dará apoio na digressão encetada para aferir que uma pessoa *se torna* administrador de facto de uma sociedade <sup>283</sup> e que a sociedade ainda se relaciona em termos *orgânicos* com tal pessoa. <sup>284</sup>

---

<sup>278</sup> V. *infra*, Parte III, cap. 1.<sup>o</sup>, 11.1.3.

<sup>279</sup> NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., pág. 37.

<sup>280</sup> Já sabemos que não deixará de nos preocupar, no fôlego último da investigação, saber da *atitude* da disciplina da *função administrativa* no que toca à actuação do administrador de facto. Ora, este desafio envolverá uma indagação sobre a *natureza* das normas – ou, *rectius*, de várias das normas – que regulam a actividade dos administradores. V. *infra*, Parte III, cap. 2.<sup>o</sup>, 13.

<sup>281</sup> NICCOLÒ ABRIANI, “Dalle nebbie della finzione al nitore della realtà: una svolta nella giurisprudenza civile in tema di amministratore di fatto”, *Giur. comm.*, 2000, pág. 194 (destaquei). Índícios que revelem, na óptica de MICHELLE MOZARELLI, pág. 577, “a «qualidade» e a «quantidade» da gestão do *extraneus*”, enquanto comportamento integrador do “exercício dos *poderes típicos* da administração” (itálico nosso), ou, segundo LAURENT LEVENEUR, pág. 62, um “poder autónomo de decisão”.

<sup>282</sup> NICCOLÒ ABRIANI, “Riforma del diritto societario...”, *loc. cit.*, pág. 219 (e também *Gli amministratori di fatto...* cit., pág. 75).

<sup>283</sup> DANIEL TRICOT, “Les critères de la gestion de fait”, *DP*, 1996, págs. 24-25.

<sup>284</sup> A *exegese* do conceito de administrador de facto, porém, lida com um conjunto heterogéneo de pressupostos que não se agrupam facilmente dentro de um conceito único, válido para todos eles. O que faz emergir embaraços definitórios colocados pela variedade de casos possíveis (ou mais correntes) de administração de facto – v. por todos ALFRED DIERLAMM, pág. 154, NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., pág. 95. A aplicação de um núcleo maior ou menor de requisitos dependerá *prima facie* da forma tipológica de administrador de facto que enfrentemos; e são hoje identificáveis várias hipóteses típicas no comércio jurídico de administração de facto (NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., pág. 74): a sua *fenomenologia*, a que nos dedicaremos na Parte II. Mas são estas hipóteses que, *antes mesmo de lhe serem aplicadas a figura*, condicionam a *montante* o reconhecimento desses pressupostos e

Todavia, se queremos chegar à consideração *substancial* do sujeito sem título (ou com título irregular ou com título extinto ou perempto) e visualizarmos (também) uma relação orgânica com a sociedade (e, mediatamente, uma relação com terceiros), não temos como evitar uma outra múltipla via de encarar a posição do sujeito sem legitimidade <sup>285</sup>. Com relação à *estrutura colectiva e societária* como fonte (organizatória e funcional) de *produção da actividade social* <sup>286</sup>, as *patologias* na geração, continuidade e ausência formal da relação de administração podem ser encaradas na perspectiva da “gestão dos negócios da empresa” (aspecto *gestório*, inerente ao “poder-dever de agir para a realização do interesse da sociedade”), como na perspectiva das “vicissitudes da organização social” (aspecto *organizativo*, “delineado pelas situações jurídicas instrumentais conexas à titularidade do ofício”)<sup>287</sup>. Será esta visão bifronte da *relevância da actividade de administração societária* que nos permite olhar para a *participação* do sujeito desprovido de título no seio do *conjunto* dessa actividade colocada em prática pelo administrador de facto e verificar quais as atribuições que darão *legitimação jurídica* à *conduta funcional* do administrador de facto. Mais do que tão-só mobilizar o complexo de poderes, deveres e tarefas do estatuto legal do administrador de direito – *id est*, a perfilhar um prisma hermenêutico *exclusivamente* normativista, assente no delineamento de acordo com o qual os problemas jurídicos da administração de facto se resolvem integralmente com a *extensão* das normas (prescritivas e sancionatórias) que integram esse estatuto a quem cumprir efectivamente funções análogas –, inclino-me para fazer brotar da relevância da sua actividade a reconstrução *aplicativa* da *posição jurídica* de administrador de facto – e, eventualmente, uma *reconsideração em sentido amplo da própria noção de administrador* das sociedades comerciais – e, uma vez burilada essa posição, submetê-la a um estatuto de direitos, obrigações e responsabilidades. Com isto quero dizer que é a partir do *dinamismo* dessa actividade *tipicamente corporativa* (e não pelo significado do relevo puramente organizativo ou de participação nos

---

a *estratificação das suas modalidades*. Isto justifica que se empreenda um elenco dos *contextos comerciais e societários* onde se assiste mais frequentemente à “manipulação” do exercício da administração por pessoas estranhas ao respectivo órgão – algo que se tornará uma espécie de *laboratório* da investigação.

<sup>285</sup> V., a este nível, FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, págs. 132-134, 138-139 – em esp. as ns. (22) e (23) –, 148, cujo discurso, em grande parte, se segue.

<sup>286</sup> Para desenvolvimentos desta realidade, v. as contribuições decisivas da dogmática de PAOLO FERRO-LUZZI, *I contratti associativi*, 1971, págs. 280 e ss, 295 e ss, e FABRIZIO GUERRERA, *Illecito e responsabilità... cit.*, págs. 52 e ss, 62 e ss, 89 e ss.

<sup>287</sup> FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, pág. 133 e n. (29) – pág. 141.

processos de funcionamento da sociedade) que se poderá qualificar ou não um administrador de facto *com relevo para o ordenamento societário* <sup>288</sup> – e só aqui se passará a ponderar a convocação de um determinado estatuto normativo. Este será o âmbito de dissecação do cap. 1.º da Parte III.

É com a definição desse estatuto que se projecta o patamar de *controlo sobre o relacionamento de cooperação gestória instaurado em via de facto com a sociedade*. O exercício da empresa social pode assumir uma dimensão autónoma no domínio da *relação gestória* com a sociedade, tornando-se a base de um processo de *legitimação do sujeito originariamente ilegítimo para administrador* e, com ele, a prefiguração da fonte de direitos, obrigações e responsabilidade para o agente. É aqui que se envolvem os problemas de apreciação da conduta, de regulamentação das atribuições recíprocas entre sociedade e sujeito e da responsabilização pelas repercussões de episódios de *mala gestio* uma vez identificados os deveres de conduta do administrador de facto. Com isso chegaremos a uma regulamentação positiva da conduta extra-institucional na esfera de competências administrativas e arquitectaremos a projecção dessa conduta, ainda, na actividade da sociedade.

Assim se perceberá, por seu turno, a *qualificação e a imputação dos efeitos da actividade* <sup>289</sup>. Estamos perante um agente privado de legitimidade orgânica, que não dispõe da titularidade das situações jurídicas associadas ao cargo e, portanto, não poderia operar validamente no âmbito do *ordenamento de produção da acção colectiva ou societária*. Se o faz, se há actividade (ou actos “participativos, deliberativos ou negociais” <sup>290</sup>) por ele realizada, exclusiva ou não, tal não é obstáculo intransponível para que, sob determinadas condições, a possamos conservar, em maior ou menor escala, com consequências directas na esfera do ente jurídico-colectivo. Operamos então no âmbito da *imputabilidade do agir jurídico* celebrado no exercício ilegítimo, mas que se poderá legitimar em concreto, de poderes administrativos: erguem-se essencialmente problemas de validade e eficácia dos actos realizados pelo sujeito não legitimado, que interessam sobremaneira às

---

<sup>288</sup> Paira sobre este dois *recortes* de elucidação dogmática da *posição* do administrador de facto a definição da faceta de execução da relação de administração que propicia a qualificação *material* do administrador de facto: poderes relativos à gestão empresarial típica (a começar pela “alta direcção”) e/ou poderes referentes à organização e funcionamento internos da sociedade.

<sup>289</sup> Sobre a identificação de um sector normativo assente no “regime de produção-imputação” dos actos sociais, no âmbito de uma “dialéctica autonomia privada-tipicidade” das sociedades, v. PAOLO SPADA, *La tipicità della società* cit., págs. 221 e ss.

<sup>290</sup> FABRIZIO GUERRERA, *últ. est. e loc. cits.*, pág. 139.

projeções *interna* e *externa* da actividade social <sup>291</sup>, mormente depois de *seleccionarmos* o agente fáctico relevante.

Por fim, no que concerne à actividade “endo-organizativa do administrador”<sup>292</sup>, é conveniente reflectir ainda (mesmo que *residualmente e a latere*) sobre *as consequências da falta ou do vício da designação quando o administrador de facto contribui para as expressões orgânicas da sociedade*. Ou seja, analisar a incidência da participação indevida dos sujeitos privados de legitimidade orgânica nesses processos de produção da acção colectiva (deliberações ou decisões dos sócios e dos órgãos de administração e/ou de fiscalização) e na eficácia do *próprio acto societário* (já não o *acto do administrador*).

Será disseminadamente pela Parte II e, mais particularmente, pelo cap. 2º da Parte III que estas veredas se complementarão, com o fim (já assumido) de reedificar mais amplamente as consequências da participação do administrador ilegítimo na administração da sociedade. Assim se verificarão as modalidades (“gestão empresarial” e “administração de organização”) e o resultado da administração efectivamente operada para o reconhecimento do administrador de facto como actor *societário*. De outra banda, analisar-se-á o tratamento jurídico da actividade posta em acção pelo gestor de facto, de tal modo que seja possível delinear os termos da sua configuração ou valência *societárias* <sup>293</sup>.

## **5. A “doutrina do administrador de facto” no contexto das técnicas sancionatórias da elisão da responsabilidade civil societária dos administradores; os progressos do direito italiano, britânico e espanhol vs a inacção do direito societário português**

As intervenções legislativas têm demonstrado a preocupação de sustar o avanço da administração de facto como um dos mecanismos fraudulentos mais proliferados no tráfico jussocietário <sup>294</sup>. Em face do endurecimento do sistema

---

<sup>291</sup> Decidir sobre a “imputação do agir” é saber, de acordo com ALESSANDRO BORGIOI, “L’amministratore «di fatto» non fallisce”, *Giur. comm.*, 1978, pág. 598, a quem se deve referir a “actividade da empresa”: se ao particular – o administrador de facto – ou à sociedade.

<sup>292</sup> FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, pág. 148.

<sup>293</sup> Cfr. ainda FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, n. (22) – pág. 138, págs. 154, 178.

<sup>294</sup> Assim, cfr. NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., pág. 2.

normativo de responsabilidade civil dos gerentes ou administradores (no CSC precipita-se nos arts. 72º-77º, 78º e 79º <sup>295</sup>), não admira que seja tentação dos interessados nas sociedades esvaziar o seu alcance; por isso, a tendência (jurisprudencial e doutrinal, como, mais recentemente, legal) de equiparação da disciplina da responsabilidade do administrador de direito ao administrador de facto visa contrair que, debaixo da fórmula do administrador de facto e da *fuga* ao inventário de deveres implantados na esfera jurídica do administrador – em tom mais geral, a falta ou a invalidade originária da designação como causas de exclusão da configuração do *estatuto subjectivo* do administrador de sociedades <sup>296</sup>–, se planeie *iludir o regime de responsabilidade* (e das acções predispostas à exigência de tal responsabilidade) <sup>297</sup>. O esquema é simples, para todos aqueles que se abstêm de adquirir a qualidade de administradores e que, abrigando-se na ausência de uma investidura formal ou de uma investidura consabidamente irregular, praticam actos próprios do desempenho de funções de gerência ou administração e se recolhem por

---

Num estudo anterior (“El administrador de hecho en las sociedades de capital”, *loc. cit.*, págs. 972-973), a Autora verificava que, na *praxis* do país vizinho, a administração fáctica, antes de ser um instrumento privilegiado para contornar a responsabilidade própria dos administradores, era essencialmente fruto da apatia dos sócios ou dos próprios administradores, que deixavam esgotar o prazo de nomeação sem proceder aos actos necessários para a nova provisão. Numa primeira fase da sua evolução, o administrador de facto era um mero administrador com o “cargo caducado”. Tal negligência ou descuido vinha acompanhada por uma espécie de confiança cega na gestão realizada, que, com a ideia da “renovação tácita” das nomeações, justificava a perpetuação dos administradores nos seus cargos.

<sup>295</sup> Mas também me ocorre chamar à liça a normatividade do CSC e do CVM em sede de responsabilidade criminal e contra-ordenacional (sempre que prevista para os titulares do órgão de administração, individualizados ou não): v. arts. 509º-528; 378º-381º (sem excluir, antes pelo contrário, o art. 378º, n.º 3), 388º-407º (e, em especial, os art. 395º, n.º 1, al. c), 401º, n.º 3 – responsabilidade por ilícitos contra-ordenacionais na qualidade de *representantes* das pessoas colectivas autoras –, 404º, n.º 1, al. c)), do CVM.

<sup>296</sup> FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, págs. 168-169.

<sup>297</sup> É uma ideia dominante nos vários hemisférios doutrinários. *Ex multi*, NORBERT REICH, pág. 1664, DANIELA PATRICELLI, “A proposito di amministratore di fatto”, *Giust. civ.*, 1984, pág. 3109, FRANCO BONELLI, “La prima sentenza della Cassazione civile sull’amministratore di fatto”, *Giur. comm.*, 1985, II, pág. 187, 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.), 1991, pág. 161, CLAUDE CHAMPAUD/DIDIER DANET, “Sociétés et autres groupements. Dirigeant de fait – Com. 5 nov. 1991”, *Rev. trim. dr. comm.*, 1992, pág. 818, ANDREA FATTORI, “Amministrazione di fatto e azione di responsabilità individuale. Il commento”, *Società*, 1994, pág. 255, JOSÉ LUIZ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., pág. 142, JAVIER JUSTE MENCÍA, “En torno a la aplicación...”, *loc. cit.*, págs. 444 e 450, LUIGI SALVATO, pág. 811, MIRIAM LOZANO SAIGÍ, “Aproximación jurídica a la figura y régimen de responsabilidad del administrador de hecho”, *RJC*, 2005, pág. 1059, STEPHEN GRIFFIN, *Company law. Fundamental principles*, 2006, pág. 290, ALONSO UREBA/JUANA PULGAR EZQUERRA, “Relación de grupo y administrador de hecho en el concurso de sociedades integradas en un grupo”, *RdS*, 2007, pág. 26, MANUEL DÍAZ MARTÍNEZ, “El administrador de hecho como eventual sujeto responsable de la calificación culpable del concurso”, *RDM*, 2009, pág. 1014.



detrás do *paravento jurídico* que são os homens ou as mulheres “*de palha*” (“*testas-de-ferro*”) <sup>298</sup> – o *Strohmann* do direito alemão ou o *dummy director* realçado nos EUA –, que *cumprem servilmente o papel de administradores de direito*. Aos primeiros, basta-lhes a “*diligência*” de não serem instituídos no cargo de administrador e aos administradores designados o “*divórcio*” da prática de quaisquer actos ou a prática dos actos indicados pelos primeiros; aos segundos, cabe o papel de “*marionetas*”, sendo os primeiros que ficam na sombra a “*puxar as cordas*” <sup>299</sup>. Aos primeiros, não chegaria a responsabilidade por lhes faltar a forma e a conseqüente *qualidade*; aos segundos, esperaria igual resultado por lhes faltar a substância e a exigida *actuação* (ou resultado mais suave por serem instrumentalizados na sua conduta). A fraude consiste na impossibilidade de responsabilizar – ou de responsabilizar na extensão devida – alguém perante a sociedade, os credores sociais e outros terceiros: os administradores de direito não exerceram qualquer função ou exerceram-na cumprindo as “*ordens*” de quem efectivamente administra; os administradores de facto não dispunham do estatuto de administradores, ainda que fossem eles a administrar a sociedade. <sup>300</sup>

---

<sup>298</sup> Ou “homem de confiança” de quem detém o poder maioritário, “que lhes transmite directivas, que respeitam servilmente”: ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, pág. 292.

<sup>299</sup> DOMINIQUE VIDAL, *Droit des sociétés*, 2006, pág. 217.

<sup>300</sup> Sobre a chamada “*Strohmann-Verhältniss*” (tendo como outro pólo a figura do “*Hintermann*”, geralmente sócio único ou maioritário ou “*sociedade-mãe*” ou “*sociedade dominante*”) como fonte constitutiva da administração de facto e os *Strohmannfälle*, v., entre outros, NORBERT REICH, págs. 1665, 1669; JOACHIM MEYER-LANDRUT, *Aktiengesetz. Großkommentar*, von CARL HANZ BARZ [et alii], Erster Band, 2. Haldband §§ 76-147, 1973, sub § 84, pág. 649, *Anm.* 18 (os administradores formalmente nomeados dirigidos pessoalmente pelos sócios como “*ferramentas complacentes*” para a realização do desempenho); DIETMAR BENNE, *Haftungsdurchgriff bei der GmbH insbesondere im Fall der Unterkapitalisierung*, 1978, págs. 55 e ss; PIERRE-OLIVIER GEHRIGER, pág. 77 (Autor suíço que adianta a possibilidade de existência de uma relação contratual entre ambos os sujeitos, que leva o *Strohmann* a actuar no interesse do *Hintermann*); MAX ALBERS-SCHÖNBERG, *Haftungsverhältnisse im Konzern*, 1980, págs. 41-42; URSULA STEIN, *Das faktische Organ...* cit., págs. 152 e ss (falando de uma “*substituição indirecta*”, em que o substituto exclui o “*testa-de-ferro*” da execução dos seus próprios poderes), 183, 185 (para a defesa do *Hintermann* como destinatário material das normas relacionadas com os deveres do cargo de administrador e responsável pelas suas violações de acordo com as medidas de responsabilidade do órgão); DIETRICH KRATZSCH, págs. 508, 514 (o Autor realça que evitar a responsabilidade através de um administrador forjado surge como forma de *abuso* consciente dos institutos predispostos pela ordem jurídica ou *desvio à lei*), pág. 527; GÜNTER KOHLMANN, pág. 725, *Rdn.* 20; ULRICH EHRIKKE, “Zur Begründbarkeit der Durchgriffshaftung in der GmbH, insbesondere aus methodischer Sicht”, *AcP*, 1999, pág. 296; UWE W. SCHNEIDER, “Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung”, *Scholz zum GmbH-Gesetz mit Anhang Konzernrecht*, II. Band, §§ 35-52, 2007, sub § 43, pág. 2228, *Rdn.* 22; MARKUS GEIßLER, pág. 1112; DETLEF KLEINDOECK, “Haftung der Geschäftsführer. § 43”, in MARCUS LUTTER/PETER HOMMELHOFF, *GmbH-Gesetz Kommentar*, 2009, págs. 1000, 1001, *Rdn.* 2; WOLFGANG ZÖLLNER/ULRICH NOACK, “Abschnitt Drei. Vertretung und Geschäftsführung”, *loc. cit.*, sub § 43, pág. 888, *Rdn.* 3 (os administradores de direito como “*simples destinatários de ordens*” [*reinen Befehlempfängern*]). Para a sindicacão judicial de uma “*Strohfrau*”

Não admira que seja neste envolvimento de *combate* à imunidade – perante uma disciplina acauteladora dos interesses da sociedade e dos terceiros que com ela se relacionam – que se tenha desenvolvido, em termos que posso etiquetar de *preparatórios*, a construção dogmática da administração de facto como instituto. Ela fez-se em atenção à *responsabilidade* de quem ignora, usurpa ou desrespeita as esferas de competência orgânica da disciplina societária. O direito italiano foi o mais frutífero. E a contribuição decisiva para tal edifício deveu-se ao labor originário de TULLIO ASCARELLI, com a sua teoria do *ammministratore indiretto*.

De tal sorte foi crismada a figura pois referia-se àqueles *por conta dos quais* os administradores eleitos – “às vezes... instrumentos insolventes dos seus mais solventes senhores” – *concretamente* operavam. Indirecto seria a qualidade daquele que, substituindo-se à assembleia, *determinasse* o agir dos administradores eleitos pela assembleia e actuasse *realmente* como administrador, não obstante não ter sido nomeado *como tal*.<sup>301</sup> E, com percuciência, o Mestre italiano entendia que a sobreposição dos administradores nomeados de acordo com a lei ao *comando* de um sócio ou de credor – ficando a

---

*Geschäftsführerin*”, v. a decisão de **16 de Abril de 2008** do OLG de Frankfurt am Main (in *GmbHR*, 2009, pág. 317, ss, em esp. pág. 320).

Sobre os *dummy directors* ou o *dummy board of directors* nos EUA, com realce para a insusceptibilidade de tal estado constituir isenção de cumprimento dos deveres fiduciários e da inerente responsabilidade, v. ADOLF BERLE, Jr./GARDINER MEANS, págs. 235, 236-237, PERCIVAL JACKSON, *What every corporation director should know*, 1949, pág. 17, HAROLD KOONTZ, *Board of directors and effective management*, 1967, pág. 23, WILLIAM KNEPPER, *Liability of corporate officers and directors*, 1978, págs. 117-118.

Também consultar, para a França, JEAN-LOUIS RIVES-LANGE, pág. 42, GÉRARD NOTTÉ, *Les dirigeants de fait...* cit., págs. 164 e ss, JACQUES DUPICHOT, págs. 160-161, CLAUDE CHAMPAUD/DIDIER DANET, “Sociétés et autres groupements. Dirigeant de fait – Com. 5 nov. 1991”, *loc. cit.*, pág. 818, ID., “Sociétés et autres groupements. Dirigeants sociaux – Com. 20 janv. 1998”, *Rev. trim. dr. comm.*, 1998, pág. 357. Em Espanha, por ex., JOSÉ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, “La responsabilidad de los administradores por no promoción o remoción de la disolución de la sociedad: consideraciones en torno al debate jurisprudencial”, *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital. Aspectos civiles, penales y fiscales*, 1999, pág. 82, JOSÉ LUIS DIÁZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., págs. 138-139, 140, MIRIAM LOZANO SAIGÍ, pág. 1062, e, significativamente para a responsabilidade penal da “pessoa que realiza materialmente” as funções administrativas e “não a pessoa utilizada como «véu» dos acontecimentos reais”, PERCY GARCÍA CAVERO, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, 1999, págs. 123-124; no ordenamento espanhol veio a revelar-se emblemático e generalizadamente apontado pela doutrina o aresto devido à **AP de Palencia, de 18 de Novembro de 1999** (in *AC*, 1999, vol. III, págs. 1054-1055): “A utilização das pessoas jurídicas como mero écran ou aparência destinada a dar cobertura de responsabilidade à actuação negocial das pessoas singulares, *assim como a nomeação de administradores formais insolventes* atrás dos quais actua na realidade um administrador «de facto», cuja vontade rege os destinos societários, são *métodos fraudulentos frequentemente utilizados* no tráfico jurídico...”.

<sup>301</sup> V. “In tema di vendita de azioni, responsabilità degli amministratori. Amministratore indiretto”, *Saggi di diritto commerciale*, 1955, págs. 421-422.

sociedade *instrumentalizada* pela sua vontade, porém uma instrumentalidade diferente da que é necessariamente própria de qualquer sociedade: “a sociedade é sempre e necessariamente instrumento dos sócios”, “e normalmente controlada por um accionista ou por um pré-constituído grupo de accionistas”<sup>302</sup> – se traduzia numa autêntica usurpação das funções do administrador. É esta mesma usurpação que justificava a submissão do usurpador às normas que concernem ao administrador<sup>303</sup>, em particular a sua responsabilidade<sup>304</sup>.

---

<sup>302</sup> O que até foi melhor elucidado por GIUSEPPE FERRI, “Socio sovrano, imprenditore occulto e fallimento del socio nelle società per azioni”, *Studi in onore di Giuseppe Valeri*, volume I, 1955, págs. 290 – “Para todas as sociedades se pode afirmar que nelas existem um *domínio* dos accionistas, pois o que determina a acção social é mesmo sempre a vontade dos sócios; para todas as sociedades se pode afirmar que a sociedade é um *instrumento* para a realização dos interesses dos sócios; para todas as sociedades se pode reconhecer uma *confusão* de patrimónios, quando esta se veja na instauração de relações recíprocas de financiamento ou de garantia ou de cooperação económica entre sócio e sociedade” (sublinhei) –, 293 – onde se afirma ser princípio elementar que “a personalidade jurídica no campo das sociedades tenha função essencialmente instrumental e não valha para fazer do ente social algo de estranho ou de qualquer modo superior aos sócios”.

<sup>303</sup> V. “Società di persone tra società; imprenditore occulto; amministratore indiretto; azionista sovrano”, *FI*, 1956, págs. 413-414, “I problemi delle società anonime per azioni”, *Riv. Soc.*, 1956, págs. 33-34 – onde se capta, para efeitos de responsabilidade civil e penal (neste caso, em especial em sede de concessão de empréstimos e prestação de garantias pela sociedade: art. 2624 do CCIt., na versão anterior à *Reforma do CCIt. de 2003* (v. *infra*, n. 326)), uma clara equivalência entre os administradores formais e “aqueles que, independentemente da participação nas deliberações da assembleia, determinaram a atitude dos administradores” –, “Ancora sul socio sovrano e sulla partecipazione di una società di capitali a una società di persone”, *Foro It.*, 1957, págs. 1446-1447. Aqui, o administrador “indirecto” surge no desenvolvimento da fundamentação da responsabilidade do sócio único (accionista) prevista pela versão originária do art. 2362 do CCIt.: recusava-se a responsabilidade ilimitada com base numa presunção absoluta de ingerência (excesso de poder do sócio) na sociedade. Ao invés, rebatia-se, a ingerência era lícita enquanto se cumprisse através dos órgãos colocados à disposição do accionista para fazer valer a sua influência (a assembleia); de outra forma, incorrer-se-ia em usurpação das funções dos administradores. Só este facto se sancionaria como se o sócio único estivesse sujeito à responsabilidade dos administradores. De tal sorte que seriam as normas relativas à administração social (publicidade, responsabilidade, etc.) e as sanções ditadas para os administradores e para a observância das suas obrigações que providenciariam em impedir a degenerescência da sociedade no interesse pessoal de um sócio em prejuízo dos credores sociais. É este princípio, *ab initio* gizado para as sociedades unipessoais, que se aplicaria a qualquer administrador “indirecto”. Tal parecer encontra a sua primeira expressão em “In tema di società per azioni con un solo azionista e di divisione ereditaria”, *FI*, 1950, pág. 1116. No que tocava à sociedade anónima reduzida a um só accionista, o Autor suportava a aplicação da disciplina societária e, assim, a distinção entre accionista e administrador. Admitia, por isso, que, faltando o administrador, deveria considerar-se o sócio único como administrador, com a correspondente responsabilidade. E aceitou esta mesma responsabilidade (a par da dos administradores) sempre que os administradores agissem substancialmente por conta do accionista único (o que se propunha fora desta hipótese e mesmo fora da sociedade anónima).

<sup>304</sup> Esta responsabilidade suportava-se na aplicação analógica do art. 2339 do CCIt., que estatui a responsabilidade perante a sociedade e terceiros daqueles por conta de quem os promotores da subscrição pública de sociedades anónimas agiram (os denominados *promotori indiretti*), assim como na (também solicitada analogicamente) responsabilidade ilimitada e solidária pelas obrigações sociais do sócio comanditário que viola a proibição de realizar actos de administração e tratar ou concluir negócios em nome da sociedade (art. 2320, 1º §, CCIt.). Cfr. “In tema di società per azioni...”, *loc. cit.*, pág. 1116, “Società di persone...”, *loc. cit.*, págs. 409-410, 413, “In tema di vendita...”, *loc. cit.*, pág. 422, “Considerazioni in tema di società e personalità giuridica – III”, *Riv. dir. comm.*, 1954, n. (5) – pág. 431, n. (11) – pág. 437, “Ancora sul socio sovrano...”, *loc. cit.*, pág. 1446, “Ancora in tema di imprenditore occulto”, *Riv. Soc.*, 1958, n. (22) – pág. 1174.

Veio ainda dilucidar, mais tarde, que essa responsabilidade se assumia como o reflexo de o sócio (ou um terceiro) ter *abusado* da sua própria *influência* na sociedade. Uma influência que, em particular no caso de um sócio, se reprovava, em primeira linha, por os administradores terem seguido as suas directivas *fora do quadro no qual os sócios podem e devem conceder essas directivas*. E, numa segunda linha, haver necessidade de tutelar os credores sociais por essa actuação ter causado *prejuízos* <sup>305</sup>. De modo que o pressuposto dessa responsabilidade era sempre um *dano* sofrido pelos credores em virtude desse *comportamento qualificado* <sup>306</sup>.

Ascarelli precipitou explicitamente a sua orientação no seu *Progetti di legge in tema di società e di intese industriali*: o art. 13 das «*Disposizioni in tema di società*» (*Titolo I – Disposizioni generali*) indicava que «São responsáveis como os administradores aqueles que tenham de facto exercido funções de efectiva e geral direcção análoga à dos administradores». <sup>307</sup> Aparentemente, alargou o conceito: não atinge só os que condicionam os administradores formais, também os que administram eles próprios em vez dos administradores <sup>308</sup>. A doutrina enfatizou, para o fim da acção social de responsabilidade, o relevo que era dado à figura do administrador *de facto*, então na sombra e subtraído a essa acção <sup>309</sup>. <sup>310</sup>

---

<sup>305</sup> Neste sentido, Ascarelli era (então) de opinião que a protecção dos credores das sociedades não era um dos problemas fundamentais das sociedades anónimas, tanto mais que a legislação “tradicionalmente elaborada” oferecia meios para enfrentar os seus inconvenientes e problemas. Mas eles existiam e necessitavam de aperfeiçoamentos. Assim se via, em particular nas coligações entre sociedades, a figura do administrador indirecto como uma resposta a essa tutela de terceiros: cfr. TULLIO ASCARELLI, “Tipologia delle società per azioni e disciplina giuridica”, *Riv. Soc.*, 1959, pág. 1012 e n. (19).

<sup>306</sup> V. “Ancora in tema di imprenditore occulto”, *loc. cit.*, págs. 1174-1177, “Fideiussione; conflitto di interessi e deliberazioni di consiglio; oggetto e capacità sociale”, *Riv. Soc.*, 1959, n. (14) – pág. 746.

<sup>307</sup> *Riv. Soc.*, 1956, págs. 599-600 e 607.

<sup>308</sup> O que igualmente transparece em outro texto: “será frequente [nas pequenas sociedades dominadas por um só sócio] que este de facto *aja como administrador*, reduzindo o administrador a um figurante” (TULLIO ASCARELLI, “Ancora sul socio sovrano...”, *loc. cit.*, pág. 1446, itálico da minha responsabilidade).

<sup>309</sup> Neste sentido, v. FRANCESCO MESSINEO, “Due disegni di legge in tema di società”, *Riv. Soc.*, 1956, pág. 661. Chama-lhe de facto em vez de indirecto, todavia designa-lhe o papel de estar na “sombra” do administrador formal. Talvez porque a primeira sugestão de Ascarelli era absorver a administração fáctica na factualidade do controlo e comando da administração nomeada legalmente. Porém, não era nessa visão mais restrita que outros entendiam a terminologia ascarelliana: “quem de facto administra *sem ser administrador em sentido técnico*” (ou directo) foi como GUSTAVO MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., pág. 109 e n. (165), com sublinhado meu, identificou a figura, assinalando a equivalência com a terminologia comentada (por isso, o “directo” para o administrador formal) e louvando a sua “maior correcção”.

<sup>310</sup> A construção de Ascarelli surgiu em várias das oportunidades em que se envolveu numa áspera (e recíproca) crítica à doutrina do empresário “oculto” de Walter Bigiavi (que já foi assunto no passado para o meu estudo: v. RICARDO COSTA, *A sociedade por quotas unipessoal...* cit., n. (846) – págs. 656 e ss). A teoria bigiaviana ocupou-se de imputar juridicamente os efeitos produzidos pela actividade empresarial-social aos sujeitos que determinavam (manifesta ou, mais relevante, ocultamente; por isso se deveria adoptar o termo “indirecto” para o agir do empresário por intermédio ou órgão de interposta pessoa: v. AURELIO CANDIAN, “L'imprenditore indiretto”, *Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja per il suo XLV anno d'insegnamento*,

volume secondo, *Diritto commerciale e industriale*, 1953, págs. 167-168) a sociedade a actuar no seu interesse – exercendo directamente “poderes de gestão” sobre a empresa social, de maneira que utilizavam o nome da sociedade para levar *substancialmente* a cabo uma actividade por sua conta e iniciativa –, nomeadamente para efeitos de responsabilidade ilimitada pelas obrigações sociais e extensão da falência no caso de insolvência da sociedade. Ingressavam aqui as hipóteses de o sócio deter uma posição de domínio nas sociedades de capitais através do valor da participação social (*socio sovrano*: “soberania simples” ou “mero controlo”), desde que acompanhada por comportamentos demonstrativos de “tirania” ou “soberania qualificada” – serve-se abusivamente da sociedade para encobrir os negócios pessoais, degrada-a a mero instrumento de gestão própria (usa o património como “coisa própria”) –, o que se revela em particular quando confunde os patrimónios da sociedade e o seu pessoal, dispondo dos fundos sociais para satisfazer obrigações suas ou garantindo as operações sociais com os seus bens próprios (*socio tiranno*). [Como exemplos da crítica a estes conceitos e às suas consequências, v. GIUSEPPE FERRI, “Socio sovrano, imprenditore occulto...”, *loc. cit.*, págs. 293 e ss, FRANCESCO FERRARA Jr., “Società etichetta e società operante”, *Riv. dir. civ.*, 1956, págs. 663-665, GIUSEPPE RAGUSA MAGGIORE, “Il falso problema dell'imprenditore occulto”, *Vita Not.*, 1983, II, págs. 1373-1374; em particular para a refutação da categoria do sócio “oculto”, que dispunha da sociedade como “coisa própria”, como administrador de facto, v. ainda GIUSEPPE RAGUSA MAGGIORE, *La responsabilità individuale degli amministratori*, Giuffrè Editore, Milano, 1969, págs. 159 e ss.]

Explicava-se a radical sanção da responsabilidade com a violação das regras(-formas) de organização do direito societário. V., especificamente sobre o ponto, as reflexões de WALTER BIGIAVI em “Fallimento degli azionisti sovrani della società”, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, págs. 951-955, 969-989, “Fallimento di soci sovrani, plurità di imprenditori occulti, confusione di patrimoni”, *Giur. it.*, 1954, págs. 691-693, 696-698, *L'imprenditore occulto*, 1954, págs. 18 e ss, 161 e ss, “L'imprenditore occulto nella società di capitali e il suo fallimento «in estensione»”, *Giur. it.*, 1959, págs. 153-158, 161-163, “Società controllata e società adoperata «come cosa propria»”, *Giur. it.*, 1959, págs. 623-628, “Responsabilità illimitata del socio «tiranno»”, *Fl.*, 1960, págs. 1181-1184, 1205-1206, *Difesa dell'«imprenditore occulto»*, 1962, págs. 113-115, 204 e ss.

Não é, por isso, distinto o ponto de partida das teses em confronto – desrespeito das regras imperativas que desenhavam o funcionamento organizativo das sociedades de capitais, entre as quais estavam as que zelavam pela separação de competências entre os órgãos sociais e asseguravam a correcção do exercício “colectivo” do poder de gestão –, porém, os delineamentos hermenêuticos afiguravam-se alternativos no consecutório. Bigiavi fazia decair o privilégio da limitação da responsabilidade ao sócio “déspota” (mas também prevê a tirania de um terceiro...), um privilégio que assim era condicionado pela observância dessas regras, juntando o seu património à responsabilidade e ao património da sociedade. Ascarelli sujeitava quem indevidamente se arrogava ao exercício de poderes de administração, por princípio de forma *indirecta*, à aplicação da disciplina de quem administra, em especial colocando-o sob o risco de arcar com um dever indemnizatório indicado pelo prejuízo gerado pela sua gestão de facto – a crença estava na protecção atribuída pelas normas sancionatórias dos ilícitos do órgão administrativo. No fim das “contas”, as “parcelas” poderiam cruzar-se e os resultados práticos seriam *substancialmente* iguais, como destacou FRANCESCO FERRARA Jr./FRANCESCO CORSI, *Gli imprenditori...* cit. 1999, n. (2) – pág. 584: a interferência na gestão por quem não tem a qualidade formal de administrador presta-se a atingir com a acção de responsabilidade o sócio *tiranno*, aquele que, para além de dominar a assembleia e, portanto, nomear os administradores, substitui-se a eles e trata directamente dos negócios sociais. Ambos acabam por oferecer no essencial técnicas de repressão dos comportamentos fraudulentos e abusivos e a colocar um dique nas tendências para retirar vantagens indevidas da utilização subversiva dos esquemas formais (assim, para a teoria do empresário “oculto”, MATTEO TONELLO, *L'abuso della responsabilità limitata nelle società di capitali*, 1999, págs. 52, 54, GIAN FRANCO CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale*, 2005, pág. 39). Mas não se substituem ou excluem, como ANTONIO PAVONE LA ROSA, tanto em “Rassegna di legislazione e di giurisprudenza”, *Riv. Soc.*, 1960, págs. 1130-1131, 1132-1133, como em “La teoria dell'«imprenditore occulto» nell'opera di Walter Bigiavi”, *Riv. dir. civ.*, 1967, págs. 674-675, acentuou. Estávamos perante duas “ordens de sanções” que diferiam não só no conteúdo (obrigação de indemnizar um dano ou perda da responsabilidade limitada), mas fundamentalmente na *proveniência subjectiva* da violação das normas reguladoras dos tipos sociais (destacavam-se as de separação e integridade do património social): imputáveis aos *sócios* num caso, com base nas (*gerais*) alterações da estrutura da sociedade; no outro, imputáveis *àqueles* a quem se impõem as normas que inculcam a quem administra obrigações *particulares* no interesse dos credores sociais.

O lastro estava semeado. Um outro vulto voltou a sua atenção para o assunto. “Os terceiros, por diversas razões, financiamentos, [sociedades] *holding*, essencialmente económicas, ou de supremacia pessoal e social, pessoal, aconselhamento técnico, podem *influenciar* a vida da sociedade. Ora, quando se valem destes factores de influência para empurrar a sociedade para actos que se revelam verdadeiros actos de sabotagem, esses tornam-se claramente responsáveis”. LORENZO MOSSA chamou-lhes *personagens influentes* – seriam todos os sujeitos que decidem sobre a vida da sociedade, sem que importe a sua pertença à estrutura social. Mas igualmente a influência decisiva sobre a vida e as vicissitudes da sociedade seria facilmente dos sócios (accionistas), estranhos ao órgão administrativo. <sup>311</sup> (Nota: uma vez mais a *influência* como factor determinante do comportamento a individualizar no sujeito em causa. <sup>312</sup>)

Deu ainda o mote para a superação de uma compreensão *subjectiva* da responsabilidade dos administradores: com a evolução das sociedades, chegara-se ao ponto de acertar uma responsabilidade *pela administração*, tanto para o accionista único ou grande, como para as pessoas ou entidades estranhas à administração mas que sobre ela influíssem pessoal e prepotentemente. O *Codice Civile* previa e sancionava uma responsabilidade *pelo exercício do ofício*, que brota desse *facto* e da *directão* da empresa <sup>313</sup>. <sup>314</sup> Uma responsabilidade talhada na

---

<sup>311</sup> V. *Tratatto del nuovo diritto commerciale*, IV, *Società per azioni*, 1957, págs. 460-461.

Acrescento que, ainda que sendo esta a fonte directa e autónoma da responsabilidade dos terceiros e/ou sócios influentes, estes poderiam ser igualmente responsáveis em associação com os administradores (ou outros órgãos sociais) se houvesse *cooperação* na prática dos actos e factos lesivos dos interesses próprios da sociedade.

<sup>312</sup> Este conceito operativo não era inovador. Surpreendemo-lo na pena de CESARE VIVANTE, aquando das suas propostas de revisão do ordenamento da sociedade anónima italiana. Um dos seus objectivos era regular a actuação dos administradores com novas disposições, concretas e precisas (num outro estudo encontra-se a preocupação por um “ordenamento mais prático e específico dos seus deveres” em nome da defesa dos accionistas e dos administradores, na medida em que “as normas estatutárias e legislativas que regulam as suas relações recíprocas são vagas e deficientes”: “Per la riforma delle anonime. Istituzione di un ufficio centrale di controllo e di riforma sulle società anonime”, *Riv. dir. comm.*, 1935, pág. 497). Uma delas contedia com a sequela do uso da influência do accionista: se o fizesse «para induzir um membro ou mais do comité executivo ou do conselho [órgãos de administração] a praticar actos danosos para a sociedade ou para obter uma deliberação da assembleia em seu proveito» seria responsável solidariamente com eles «pelos danos que deles derivem para a sociedade, ressalvados os direitos de terceiros» (art. 6, parte III. *Delle azioni*: cfr. “Contributo alla riforma delle società anonime”, *Riv. dir. comm.*, 1934, págs. 309 e 319).

<sup>313</sup> Sobre a concepção da “responsabilidade pela empresa” como responsabilidade do empresário pela boa direcção (*buona guida*) da empresa, v., com mais detalhe, LORENZO MOSSA, *Trattato del nuovo diritto commerciale secondo il Codice Civile del 1942*, I, *Il libro del lavoro. L'impresa corporativa*, 1942, págs. 182 e ss, em esp. 185-186 (“Esta responsabilidade acomete pessoalmente os chefes [*capì*] e directores da empresa e, por isso, nas sociedades de responsabilidade ou garantia limitada, os administradores e os empresários. O benefício da garantia limitada cai, não só para quem de facto opera a lesão do ordenamento corporativo mas também para quem participa na empresa como sócio, mesmo se de responsabilidade limitada. A responsabilidade limitada não pode cobrir ninguém, seja administrador ou sócio, quando a actividade da empresa se desenvolva de forma assim ilegítima ou em violação do ordenamento

gestão e na opressão injusta dos interesses sociais, que atingiria, como garantia da sociedade e dos credores sociais, administradores, accionistas grandes ou pequenos, “eminências pardas”, terceiros influentes: todos, enquanto condutores (*meneurs*) da sociedade, seriam responsáveis por causa *do que fazem* e por se encontrarem no que toca à gestão em posição *análoga* à dos administradores.<sup>315-</sup>  
 \_316

Não admira que se pugnasse depois, para a responsabilidade penal e civil<sup>317</sup>, pela *unificação do regime* dos administradores *aparentes* e dos

corporativo”) e 190 (“Responsabilidade e verdade da empresa, tanto pela forma como pelas pessoas que comandam, dirigem e manobram, são as palavras de honra do ordenamento corporativo”).

<sup>314</sup> V. LORENZO MOSSA, *Trattato...* cit., IV, págs. 452-455.

<sup>315</sup> V. LORENZO MOSSA, *últ. ob. cit.*, págs. 462 e 463.

Num outro estudo (contemporâneo do seu manual de referência), o Autor italiano confirmava a sua tendência, ainda que menos explicitamente, quando anteparava a manutenção da estrutura e do funcionamento orgânicos de uma sociedade anónima reduzida a um só sócio como requisito para a conservação do benefício da responsabilidade limitada. Ora, se o sócio se fazia valer da condição de administrador, reconhecida fora do acto próprio de nomeação (estatutária ou deliberada em assembleia), estaríamos em face de uma manipulação da existência dos órgãos, uma “engrenagem ilegítima” da sociedade anónima. E o sócio deixava de apresentar-se como accionista – ao invés, colocava-se na veste e na actuação de um empresário pessoal que modifica o organismo societário. Essa violação teria como consequência, nomeadamente em atenção dos interesses de credores e terceiros que com ele contactaram, a reunião dos requisitos e dos efeitos da responsabilidade do sócio (como também da sua falência). Vim acompanhando “La società per azioni in una mano”, *Studi in onore di Antonio Ambrosini*, 1957, págs. 747-749. (E valerá a pena encontrar o fundamento primeiro dessa responsabilidade na “soberania absoluta” do sócio único sobre a empresa social, que permitia que este fosse o ponto de referência jurídico da sociedade. Um dos seus reflexos era exactamente, não sendo administrador e representante externo da sociedade, ser a sua vontade e os seus interesses individuais a ditarem o respectivo destino económico, ainda que, de facto, pudesse estar caíada por uma delegação a terceiros fiduciários: LORENZO MOSSA, “Responsabilità dell’unico socio di un’anonima”, *Riv. dir. comm.*, 1931, págs. 323-324.)

No entanto, aquela posição não era nova. Igualmente a propósito da *substituição do administrador pelo sócio único*, enquanto deficiência do especial “sistema de organização e de controlos” das sociedades, GIUSEPPE FERRI, “Responsabilità dell’unico socio di un’anonima”, *Riv. dir. comm.*, 1933, págs. 731-732, retinha que esse *exercício de facto* das funções de administrador – que a sociedade consentia ou, o que dava no mesmo, não discordava – implicava a assunção pelo sócio da *qualificação de administrador* e da responsabilidade que lhe era conexas.

<sup>316</sup> Mossa fez questão de se demarcar *implicitamente* da concepção de Bigiavi, o que se encontra no seu *Trattato* cit., IV, págs. 462 (e 463): se as mencionadas personagens influentes assumissem uma responsabilidade, tal não os transformava em empresários, nem patentes nem ocultos; a personagem influente era uma figura mais abrangente sob um prisma *subjectivo* na comparação com o *socio tiranno*, na medida em que permitia chamar a responder todos os sujeitos que decidem da vida da sociedade (anónima), independentemente de serem sócios ou administradores da sociedade.

<sup>317</sup> Ainda em Itália, tive oportunidade de verificar muito antes a aceitação do imperativo em recusar a exclusão de responsabilidade dos administradores de facto: no que respeita à responsabilidade *criminal* por *bancarotta* e *quasi-bancarotta* na hipótese de *falência* das sociedades e outros crimes *societários* – v. ERCOLE VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, volume IX, 1908, pág. 284: “[...] seria injusto que quem não tem o direito de exercer certas funções [os administradores de facto: “aqueles que, ainda que não tendo direito, todavia se ocupam dos negócios da administração”] fosse tratado menos severamente em relação a quem as exerce com direito, desde que tal exercício se torne imputável a título de culpa ou dolo”; GUSTAVO BONELLI, *Del fallimento*, Parte III, *Commentario al Codice di Commercio redatto da un collegio di esimi giureconsulti*, 1923, pág. 376 (“basta a administração tida *de facto*, ainda que não *de direito*”, ou seja, a dos que “não tiveram a nomeação regular ou excederam as incumbências que lhes foram confiadas”, com

administradores *de facto*: refiro-me a FRANCESCO FERRARA. O Autor identificava o *abuso na forma de gestão* das sociedades <sup>318</sup> com o episódio de elas serem geridas por quem não figurasse oficialmente como administrador, que levavam a cabo os poderes gestórios atrás do paravento dos administradores que só aparente a dirigiam – na realidade, estes apenas eram homens-de-palha. Os administradores de facto eram também só (ainda) vistos como os administradores *ocultos* da sociedade – e, digo eu, na vereda de Walter Bigiavi, que admitiu para as sociedades a existência de um órgão administrativo *secreto*<sup>319</sup>–, que convinham para o “grupo de comando” gerir a sociedade sem “aparecer” externamente (subtraindo-se a qualquer responsabilidade) e fazendo-se valer das suas participações sociais para assegurar a impunidade em sede de assembleia aos fiduciários que nomeou administradores. *De lege ferenda*, impunha-se atar a responsabilidade pela administração aos *actos de gestão*, sem ter em conta a nomeação feita no acto constitutivo ou por deliberação da assembleia.<sup>320</sup>

Na maior parte dos casos, o subterfúgio é utilizado em sociedades de dimensão reduzida – sendo improvável na grande sociedade anónima, nomeadamente se estabelecida nos “mercados regulamentados” –, com acentuada vocação personalística, nas quais o sócio ou os sócios que detêm o *controlo* da sociedade – na maior parte das sociedades “familiares” <sup>321</sup>, a *aparência* da sociedade cobre a

---

sublinhado no original); ENRICO SOPRANO, *Trattato teorico-pratico delle società commerciale*, volume II, 1934, págs. 1055 (“mesmo que igualmente tais tarefas sejam tidas *de facto* com base numa nomeação ilegal”), 1064 (“ainda que tenham desempenhado as suas funções administrativas por força de um mandato ilegal, e ou sem mandato”, caso em que, repare-se bem, “a sua culpa seria antes aumentada por ter agido abusando de funções arbitrariamente assumidas ou detidas” –, mas também desde logo na responsabilidade *civil* em face da sociedade e dos sócios – v. ANTONIO GAGLIANO, *Gli amministratori delle società anonime nel diritto e nella giurisprudenza*, 1904, pág. 188: “um administrador não pode aproveitar-se de estar irregularmente em funções, seja por não ter cumprido o que é imposto pela lei antes da assunção do cargo, seja por uma nomeação ilegal”, para excluir a sua responsabilidade, sempre que “de facto aquele havia, em representação da sociedade, actuado em contradição da lei e dos estatutos”).

<sup>318</sup> A outra modalidade de abuso na gestão era no *conteúdo da gestão* (por ex.: empréstimos ou garantias da sociedade a favor dos sócios).

<sup>319</sup> O que não vi devidamente almagrado: v. *L'imprenditore occulto* cit., págs. 144-145, 147. O Autor admitia claramente que se pudesse considerar titular de um órgão uma pessoa que não se apresentasse ao público como tal – era o aludido *órgão secreto*. E concretizava: teria esse epíteto o sócio que desenvolve *exclusivamente e constantemente* toda a actividade social.

<sup>320</sup> FRANCESCO FERRARA, “La riforma della società per azioni”, *Riv. Soc.*, 1962, págs. 199 e 201; “Evolution de l'équilibre des organes de la société anonyme en droit italien”, *Evolution et perspectives du droit des sociétés à la lumière des différentes expériences nationales*, a cura di Piero Verrucoli, II, 1968, pág. 53.

<sup>321</sup> É um dos “tipos” sociais (não legais) que mais se revelam na prática empresarial das sociedades, em que os sócios pertencem a uma mesma família e são, quase sempre, administradores e gerentes activos: fundamentalmente sociedades por quotas, compostas por cônjuges, para concentrar património pessoal ou investimentos económico-empresariais; mas também sociedades anónimas dominadas por uma família (ou



realidade do domínio singular, de modo que a *affectio societatis*, como “vontade de exercer uma actividade comum”, acaba por se esvanecer em face do *domínio* ou *soberania* desses sócios <sup>322</sup> –, utilizando a sua posição, providenciam eles mesmos a gestão (ou forçam a gestão, ocupada por administradores que são vistos e tratados como meros “apêndices”, a adoptar certas medidas por si gizadas) mas com o cuidado de não serem designados para a administração <sup>323</sup>. Serão eles que, criando uma confusão tendencial nos papéis decisórios, se imiscuem frequentemente nas decisões de gestão ou as dominam totalmente mediante o recurso ao *écran* de administradores não sócios, que nos aparecem muitas vezes já idosos, ou sem qualquer experiência, ou geograficamente afastados da sociedade, ou apresentando a qualidade de parentes

---

várias, mas próximas), com uma base accionista estável e homogénea, nas quais o recurso aos mercados regulamentados para a recolha de capital de risco é marginal ou de todo ausente (um fenómeno que não se pode considerar em si patológico ou contrastante com o modelo legal, atendendo a que o próprio legislador consente à autonomia estatutária uma *relativa* caracterização pessoal da sociedade anónima: v. a alusão, entre os italianos, de GIAN FRANCO CAMPOBASSO, *Diritto commerciale 2. Diritto delle società*, 2004, págs. 154-155, e, para os alemães, de HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht...* cit., págs. 73, ss, 88, ss). Para uma relativização do “órgão de facto” nas sociedades “familiares”, v., no direito suíço, PIERRE-OLIVIER GEHRIGER, págs. 47-48, para quem é fulcral a identificação dos membros da família com a própria empresa e a inverosimilhança de se “esconderem” atrás dos administradores formais.

Estamos aqui no domínio dos *Gesellschaftstypen* (os tipos “reais” das relações associativas que se originam na vida do tráfico, que a lei teve em conta como modelo ou quadro-guia quando ditou os “tipos legais”, que lhes deu forma em termos normativo-abstractos) da dogmática suíça e tedesca (em contraponto às *Gesellschaftsformen* ou “formas legais de sociedade”, que encontram tradução nos tipos legais de sociedade comercial) – v., entre outros, ARNOLD KOLLER, págs. 46 e ss (em esp. págs. 51 e 53), 96-97, 112, ARNDT TEICHMANN, págs. 139-140, HARM PETER WESTERMANN, *Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit...* cit., págs. 12-13, ss, 106 e ss, KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht* cit., págs. 49 e ss, 101 e ss – ou do *tipo empírico* ou *social* da doutrina espanhola – JUSTINO DUQUE DOMINGUEZ, “Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas”, *Derecho de sociedades anónimas*, I, *La fundación*, Estudios coordinados por Alberto Alonso Ureba [et alii], 1991, pág. 102, que o define como “conjunto das características significativas que o fenómeno societário reveste na realidade socioeconómica tal e como resulta perceptível para a experiência de qualquer observador” (em oposição ao “tipo normativo” como “o conjunto de características atribuídas pelo legislador que tomam o fenómeno societário relevante do ponto de vista dos valores tutelados pelo ordenamento e dos equilíbrios entre os interesses que para ele concorrem”); ÁNGEL ROJO, “La sociedad anónima como problema”, *RDM*, 1988, págs. 9-10 (“a cada forma social, entendida como estrutura jurídica [societária básica que se oferece à iniciativa dos sujeitos económicos para o exercício de actividades empresariais], corresponde um *tipo social*, entendido como *modelo ideal* de empresa (“Leitbild”)”).

<sup>322</sup> Já assim se pronunciava TULLIO ASCARELLI, “Potere e responsabilità nell’evoluzione della società per azioni”, *Riv. Soc.*, 1956, pág. 40.

<sup>323</sup> Neste sentido, para o *shadow director* no direito inglês, JOHN H. FARRAR/BRENDA HANNIGAN, *Farrar’s Company Law*, 1998, pág. 337; na Alemanha, DIETRICH KRATZSCH, pág. 508, GÜNTER KOHLMANN, pág. 725, *Rdn.* 20; na Suíça, PETER FORSTMOSER, “Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht”, *Freiheit und Verantwortung im Recht. Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz*, 1982, pág. 147, considera mais provável um “órgão material” ou de facto numa sociedade unipessoal, institucionalmente rudimentar, do que numa *Publikumgesellschaft* com decisões grandemente formalizadas; em Espanha, JOSÉ LUIS DIÁZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., pág. 139; por fim, ainda que sem referência à eventualidade de o sócio ser administrador de facto, v. GASTONE COTTINO, *Diritto societario* cit., pág. 327.

desses sócios e com outras obrigações profissionais, tendo em comum, enquanto administradores *fictícios e naturalmente omissivos*, a “total incapacidade patrimonial” ou a falta de “capacidades necessárias para cumprir as tarefas do cargo”<sup>324</sup>.

É neste ambiente que vemos hoje afrontada no *Codice Civile* a responsabilidade pela *heterogestão* (nomeadamente a *abusiva*)<sup>325</sup> na sociedade de responsabilidade limitada para o co-envolvimento dos sócios que se tornam participantes na gestão da empresa social. O art. 2476, § 7º (em conjugação com o § 6º), preceitua que são responsáveis solidariamente com os administradores responsabilizados por actos dolosos ou culposos «os sócios que intencionalmente decidam ou autorizem o cumprimento de actos danosos para a sociedade, os sócios ou terceiros»<sup>326</sup>. O que se

---

<sup>324</sup> V. MASSIMO FABIANI, *Società insolvente e responsabilità del socio unico*, 1999, pág. 48, LUIGI SALVATO, pág. 811. No mesmo sentido, para o direito francês, CLAUDE CHAMPAUD/DIDIER DANET, “Sociétés et autres groupements. Dirigeant de fait – Com. 5 nov. 1991”, *loc. cit.*, pág. 818 (“[a] administração de facto é a espada com que se arma o juiz para rasgar a capa societária e afastar o “homem de palha” atrás dos qual se abrigam certos empresários que desejam escapar à consideração da sua responsabilidade penal ou civil”), ID., “Sociétés et autres groupements. Dirigeants sociaux – Com. 20 janv. 1998”, *loc. cit.*, pág. 357. Para o direito alemão, MARKUS GEIßLER, pág. 1112 (no tratamento do sócio único para a *Einpersonen-GmbH*), onde se pode ver a segunda transcrição; no direito espanhol, JOSÉ LUIZ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., pág. 140.

<sup>325</sup> A fórmula “heterogestão” foi crismada por MATTEO RESCIGNO, “Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture e incertezze: una prima riflessione”, *Società*, 2003, pág. 332 e ss), e, como veremos, alude à responsabilidade decorrente da participação em actos ou decisões de gestão por parte de sujeitos não formalmente investidos do poder respectivo (tanto do art. 2476, § 7º, em sede de sociedade de responsabilidade limitada, como do art. 2497, em sede de grupos de sociedades, do CCIt.: v. *infra*, n. 332), bem como à responsabilidade relativa ao administrador de facto, tal como ele se identifica no direito italiano. A qualificação como “abusiva” parece ser da lavra original de FABRIZIO GUERRERA, que a emprega, por ex., em “Gruppi di società, operazioni straordinarie e procedure concorsuali”, *Dir. fall.*, 2005, pág. 19, ainda que seja utilizada no que tange à responsabilidade por direcção e coordenação de sociedade alheia.

<sup>326</sup> Resultou do Decreto Legislativo de 17 de Janeiro de 2003, n. 6 (*Riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366*), art. 3º, 1. [Que denominei e denominarei como *Reforma do CCIt. de 2003*.] E a *Relazione* ao “diploma reformador”, no seu § 11, justificara a medida na frequente discrepância, nesse tipo societário, entre o *efectivo poder de administração* e a *assunção da respectiva veste formal*, o que “não pode transformar-se num instrumento fácil para ladear a responsabilidade que deve incumbir a quem efectivamente gere a sociedade”. Ou seja, evidencia-se que “a poder forte faz de contrapeso uma forte responsabilidade dos mesmos sócios não administradores”, destinada a “evitar elusões da responsabilidade por quem *de facto* exerce o controlo”: DANIELE SANTOSUOSSO, *La riforma del diritto societario – Autonomia privata e norme imperative nei DD.Ls. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, 2003, pág. 220, sublinhei. Também MATTEO RESCIGNO, “Osservazioni sulla riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata”, *La riforma del diritto societario. Convegni di studio “Problemi attuali di diritto e procedura civile”*, 2003, pág. 255, ilustra este preceito com uma “mais explícita corresponsabilização dos sócios «fortes» com relação à gestão”. De todo o modo, chamou-se a atenção para o risco de o raciocínio do legislador histórico gerar confusão entre o perfil da assunção “de facto” dos poderes gestórios (e da correlativa responsabilidade) e o da responsabilidade por exercício abusivo do poder de influência conexo à detenção de uma participação qualificada (FABRIZIO GUERRERA, *La responsabilità “deliberativa”...* cit., n. (22) – pág. 56).

Na verdade, o *exercício de poder dos sócios sobre a administração* (seja o *deliberativo*, exercido na assembleia através do voto, seja o *decisório*, exercido amplamente dentro ou fora da assembleia, estando

neste último caso em destaque a previsão legal de explicitação estatutária do poder dos sócios “provocados” a pronunciarem-se sobre matérias de gestão através de «consulta escrita ou na base de consenso expresso por escrito» [art. 2479, § 3.º, CCIt.]: sobre o ponto e essa distinção, v. CARLO ANGELICI, *La riforma...* cit., pág. 112), em reflexo da devolução de competências da administração aos sócios, da avocação dessas competências pelos sócios (num reflexo da sua supremacia hierárquica, prescindindo-se do seu envolvimento formal na administração) ou ainda da submissão de certos assuntos pelos administradores à aprovação dos sócios, está previsto no ordenamento italiano das sociedades de responsabilidade limitada como *amplamente* entregue à autonomia estatutária e ao interesse dos sujeitos legitimados. Assim, o acto constituinte pode deferir à vontade dos sócios qualquer decisão em matéria administrativa e reconhecer-lhes, colectiva ou individualmente, poderes de veto ou de instrução-consulta com relação a determinados assuntos, direitos que lhes respeitarão sem qualquer vínculo de proporcionalidade com a participação (e o art. 2463, § 2º, n.ºs 7 e 8, aponta o pacto social como regulador da configuração das regras concernentes à administração e à representação da sociedade, bem como da indicação das pessoas a quem é entregue a administração – entre eles os próprios sócios enquanto tais). Além disso, para além da possibilidade de entregar matérias da administração à competência dos sócios, os administradores designados e os sócios que sejam titulares de participações correspondentes a um terço do capital social podem solicitar que certas tomadas de decisão gestória se submetam à aprovação vinculante dos sócios (cfr. os arts. 2475, § 1º, 1.ª parte, 2479, em esp. os §§ 1º e 5º). Para além disso, o art. 2468, §§ 3º e 4º, sempre do CCIt., permite o reconhecimento estatutário a sócios de “direitos especiais respeitantes à administração da sociedade” (e, em regra, apenas modificáveis com o consenso de todos os sócios). Entre muitos outros, v., sobre estes pontos, ANTONIO CASTAGNAZZO, “Sovranità immanente e sovranità latente dei soci sulla gestione delle nuove società di capitali”, *La riforma delle società di capitali. Aziendalisti e giuristi a confronto*, 2004, págs. 455, 457, 458; EDGARDO RICCIARDIELLO, págs. 204, 205-206; e, mais desenvolvidamente sobre o mecanismo de *provocatio* do art. 2479 do CCIt. (seja para actos, ainda que em parte, já decididos pelos administradores ou para actos novos ainda não decididos, pelo menos em parte, pelos administradores), IVAN DEMURO, págs. 45 e ss, 89 e ss, Autor que, a págs. 123-124, e seguindo também GIOVANNI CAPO, pág. 516, resume as três modalidades possíveis de intervenção dos sócios na administração: “formais e expressas, derivadas da distribuição de competências reservadas a seu favor no acto constitutivo”; “formais e ocasionais devidas à *provocatio*”; “informais, compreendendo qualquer tipo de influência ‘externa’ consistente em terem os sócios realizado, orientado ou avalizado actos de gestão”, através de “ingerências de facto”. Sobre a “função útil” da “possibilidade de inserir nos (...) estatutos a mais ampla gama de modalidades de gestão e de relações entre sócios e gestores” em empresas de *diferentes* dimensões e, assim, escolher a relação adequada entre *risco* e *poder de gestão*, v. AGOSTINO GAMBINO, “Spunti di riflessione sulla riforma: l’autonomia societaria e la risposta legislativa alle esigenze di finanziamento dell’impresa”, *Giur. comm.*, 2002, I, págs. 652, 653-654.

Ora, esse *estatuto legal* da administração no tipo societário correspondente à nossa sociedade por quotas parece fazer da colectividade dos sócios um verdadeiro e próprio *órgão soberano* com poder de instrução no confronto com os administradores (v. GIUSEPPE ZANARONE, “Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata”, *Riv. Soc.*, 2003, pág. 76; contra as competências gestórias dos sócios como fundamento para erguer um “órgão” específico em que essas sejam exercidas”, CARLO ANGELICI, *ibid.*, pág. 112), poder que, atribuído aos sócios “empresários” sem perda da responsabilidade limitada, sejam ou não administradores, acaba por ser contrabalançado pela responsabilidade do § 7º do art. 2476 do CCIt. (assim também SERGIO DI AMATO, “Le azioni di responsabilità...”, *loc. cit.*, pág. 306). O que deixa uma imagem de *atenuação* da *organização corporativa* (entendida, em termos simples, como uma distribuição das missões decisórias e declarativas a pessoal encarregue de tarefas especializadas e recrutado ciclicamente pela colectividade social), que se afigura simétrica (e coerente) com a intervenção dos sócios na gestão e respectivas fiscalização e sanção pelo art. 2476, § 7º – nesta linha, v. PAOLO SPADA, “Classi e tipi di società dopo la riforma organica (guardando alla «nuova» società a responsabilità limitata)”, *Riv. dir. civ.*, 2003, I, págs. 496-497, assim como em “L’amministrazione nella società a responsabilità limitata dopo la riforma organica del 2003”, *Profili e problemi dell’amministrazione nella riforma delle società*, 2003, págs. 13-14 (neste sentido também compreendemos CARLO ANGELICI, *ibid.*, págs. 16, 92-93, quando destaca a menor justificação do critério *corporativo* de organização, firmado na necessária distinção de órgãos e repartição de competências, em particular entre um órgão gestório e um outro constituído pela comunidade dos sócios). Ou, sob um outro prisma, de um *modelo capitalístico atenuado*, onde, ainda que subsistindo um órgão administrativo separado dos sócios, a centralidade de “sócios empresários”, que investem capital próprio numa sociedade com o intento de gerir pessoalmente a empresa ou influir directamente na gestão, torna

incompatível uma estrutura organizativa baseada na presença de um órgão administrativo de todo independente dos sócios e, portanto, no “alheamento institucional” dos sócios no que toca à gestão; antes atribui-se-lhes um poder *concorrente* ou (até verdadeiramente) *sobreordenado* no confronto com os administradores – é a pronúncia de GIUSEPPE ZANARONE, “La nuova s.r.l. fra società di persone e società di capitali”, *La riforma del diritto societario. Convegni di studio “Problemi attuali di diritto e procedura civile”*, 2003, págs. 237-238.

Neste contexto é natural que as perspectivas de enquadramento do inovador preceito se caracterizem pela pluralidade.

A responsabilidade solidária dos “sócios-gestores” (*mas não formalmente administradores*: para o sócio administrador a responsabilidade é regulada no § 1º do art. 2476) assim contemplada no direito italiano – “um corolário lógico, sob o perfil da *responsabilidade*, das articulações peculiares que o *poder* de administração pode assumir na sociedade por quotas” – é circunscrita ao prejuízo derivado das operações gestórias para as quais concorreram, seja *legitimamente* seja *ilegitimamente*: assim se pronuncia NICCOLÒ ABRIANI, “La società a responsabilità limitata – Decisioni dei soci. Amministrazione e controlli”, *Diritto delle società. Manuale breve*, 2004, pág. 317. Ou seja, para esta corrente, exclui-se uma interpretação formalística e literal da norma, que a conceba em estreita correlação com a faculdade, concretizada pelos estatutos sociais, de entregar a função administrativa aos sócios, erguendo a sua operatividade igualmente na hipótese de os sócios, não sendo todavia administradores, executarem, orientarem ou aprovarem actos de gestão fora ou independentemente de tais poderes estarem expressamente atribuídos pelo acto constituinte: cfr. MATTEO RESCIGNO, “Eterogestione e responsabilità...”, *loc. cit.*, pág. 332 (a *explicação tipológica* da inserção desta prescrição é reconhecer-lhe “o papel de resposta geral a um fenómeno, comum e sentido nas pequenas e médias empresas, constituído pela ingerência dos sócios nas escolhas da gestão”); GIOVANNI CAPO, “Il governo dell’impresa e la nuova era della società a responsabilità limitata”, *Giur. comm.*, 2003, pág. 516; SERGIO DI AMATO, “Le azioni di responsabilità nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata”, *Società*, 2003, pág. 305; SERENELLA ROSSI, “Deformalizzazione delle funzioni gestorie e perimetro della responsabilità da gestione nella s.r.l.”, *Giur. comm.*, 2004, I, págs. 1063-1064.

No entanto, nem sempre ambas as hipóteses no campo da legitimidade e ilegitimidade de interferência (pelo menos à luz da competência elencada nos estatutos) têm sido defendidas para o âmbito de aplicação da norma. Encontramos quem entenda que o preceito se refere apenas ao exercício de influência para o cumprimento de actuações danosas na falta de previsão (estatutária ou voluntária) que caucione a intervenção do sócio: tão-só a operações ilegítimas de sócios “não investidos de funções gestórias” se refere ANTONIO PAVONE LA ROSA, “L’unico azionista tra «vecchia» e «nuova» normativa”, *Giur. comm.*, 2005, pág. 432, causa de “uma responsabilidade «subjectiva» (...) e limitada ao ressarcimento do dano causado a sócios e a credores sociais”. Mais claro neste trilho se revela EDGARDO RICCIARDIELLO, *Il socio amministratore di s.r.l.*, 2008, págs. 202-203, 205-206, que restringe o preceito à “ingerência ilegítima por parte dos sócios” junto do órgão administrativo formalmente nomeado, escapando ao “*poter di immistione*” fisiológico na gestão (próprio da “centralidade” do sócio na sociedade de responsabilidade limitada e encarado como ingerência legítima), e delimitando-se na utilização arbitrária e abusiva desse poder através do “escudo” dos administradores formalmente nomeados – a norma não tem “alcance geral para sancionar *tout court* a ingerência dos sócios na gestão”, desde logo porque, se o sócio é administrador, a previsão aplicável é a norma geral do art. 2476 (isto é, a responsabilidade própria dos administradores). Também IVAN DEMURO, págs. 124 e ss (em esp. 126-128 e n. (14)), 129 e ss (em esp. 135-136), 142, ainda que não utilizando a noção de intervenção ilegítima, concentra no § 7.º do art. 2479 a responsabilidade “momentânea e circunscrita” (e, por isso, “excepcional”), decorrente de actos gestórios danosos singulares, assentes na influência ocasional da decisão-autorização “provocada” e/ou na heterogestão informal (“*responsabilità da evento* ou “*da caso concreto*” por terem decidido, autorizado e, sempre, influenciado), enquanto a responsabilidade pelo exercício do poder gestório atribuído formalmente pelos estatutos aos sócios não administradores se determina pela aplicação da disciplina própria dos administradores de acordo com o respeito pelos deveres e parâmetros de avaliação que lhes são impostos (“*responsabilità da funzione*”, independente da qualificação revestida por quem exerce uma actividade *objectivamente* administrativa). Pelo contrário, só para actuações legítimas, vemos que ANTONIO FRANCHI, *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. nel nuovo diritto societario. I principi per una disciplina “europea” e i riflessioni nell’ambito delle società bancarie*, 2004, pág. 49, aparentemente apenas confere relevo à actuação fundada no desenho da lei, assim como FABRIZIO GUERRERA, *La responsabilità “deliberativa”... cit.*, pág. 52, apenas alude à responsabilização directa dos sócios por actuarem “no exercício dos [seus] direitos administrativos”, distintos dos “poderes de influência extra-institucional”.

reputa ser uma intervenção explicada, antes de mais, pelo *risco* que advém da disponibilidade quase absoluta nesse tipo social das regras organizativas sobre gestão social a favor dos sócios. A possibilidade de reconhecer aos sócios o direito de fazer as escolhas gestórias e/ou de, por via estatutária, construir mecanismos de gestão pouco vigiados incitará, em particular, à *confusão* entre “bolsos” societários e “bolsos” dos sócios “soberanos” e, em sentido lato, à prática lesiva do poder de orientação da gestão <sup>327</sup>. E, em razão da supressão desse risco, tem sido o preceito etiquetado, ainda que longe de ser alvitre unânime, como *codificação* <sup>328</sup> ou *evocação indirecta (da responsabilidade) desses sócios como administradores de facto* <sup>329</sup>. Com o

---

<sup>327</sup> Cfr., exemplarmente, MATTEO RESCIGNO, “Osservazione sulla riforma...”, *loc. cit.*, págs. 262-263, 264, que, apenas, esse risco é “obviamente *institucionalizado* no caso da sociedade unipessoal” (sublinhado meu), onde a interferência nas opções de gestão é sistemática (agora de acordo com MATTEO RESCIGNO, “Eterogestione e responsabilità...”, *loc. cit.*, pág. 332). Esse poder de orientação é, aliás, visto como uma expressão contemporânea de um modelo de sociedade (por quotas) que, pela amplitude da autonomia estatutária e pela maior importância das pessoas em relação ao capital, trazidas pela *Reforma do CCIt. de 2003* e potenciadoras de uma tendencial ausência de um *management* distinto dos sócios, se caracteriza pela *volatilidade* de uma instável linha de fronteira entre actividade de administração e decisões dos sócios. Tal realidade, na perspectiva de SERGIO DI AMATO, “Le azioni di responsabilità...”, *loc. cit.*, págs. 304, 306 (a quem dei eco por último), acaba por apresentar uma elevada taxa de risco no que tange à possibilidade de abusos. Não obstante a consideração de ser esta uma norma substancialmente confirmativa da maior contiguidade entre as esferas do *poder gestório* e da *posição dos sócios*, menos assertivo é GIOVANNI CAPO, pág. 516, para quem ela não pode ser interpretada essencialmente como a “recaída” ou o *pendant*, no programa da responsabilidade patrimonial, da abertura normativa à atribuição aos sócios de direitos *administrativos*.

<sup>328</sup> É a declaração mais incisiva e pertence a EDOARDO DISETTI, “L’amministratore di fatto e la riforma del diritto societario: un primo passo verso la codificazione?”, *Società*, 2004, págs. 258, 259-260: “a responsabilidade civil virá ampliada também ao sócio que formalmente não é administrador mas que de facto leva a cabo verdadeiros e próprios actos de gestão”. Logo, a norma recai (para além dos sócios com poder estatutário, geral ou especial, para aprovar-decidir ou autorizar matérias da gestão) principalmente sobre aqueles sócios que, em reacção à sua posição de domínio da sociedade, *de facto* (e mesmo a título ocasional, pois bastará que o comportamento dos sócios incida sobre um único acto de gestão), gerem a sociedade ao lado dos outros administradores sem terem uma nomeação válida ou distribuem, “nos bastidores”, instruções ao órgão de administração. Esta doutrina conclui ser a prescrição do § 7º do art. 2476 uma correspondência clara na disciplina codicística italiana da praxe anglo-saxónica relativa à figura do *de facto director* e do *shadow director*.

<sup>329</sup> V. ALESSIA MONTONESE, *Commento al d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, recante la riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366. S.r.l. – artt. 2462-2483, www.dircomm.it, 2003, n.º 2, sub art. 2476, pág. 1/2*, que não deixa muitas dúvidas quando alude à responsabilidade do sócio *forte* que não é administrador e “gere efectivamente a sociedade”; GIAN FRANCO CAMPOBASSO, *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, a cura di Mario Campobasso, 2004, pág. 202: são responsáveis “os sócios que de facto, ainda que não formalmente, administram a sociedade”; NICCOLÒ ABRIANI, “Le regole di *governance* delle società per azioni: introduzione alla nuova disciplina”, *La riforma delle società di capitali. Aziendalisti e giuristi a confronto*, 2004, págs. 16-17, ainda que o pensamento do Autor nos pareça menos assertivo e mais rigoroso em “La società a responsabilità limitata – Decisioni...”, *loc. cit.*, pág. 317, na medida em que clarifica que o sócio é responsável nos termos do art. 2476, § 7º, pelo *concurso* em actuações dos administradores (participam na operação ou autorizam a decisão: assim, v. VINCENZO SALAFIA, “Il nuovo modello di società a responsabilità limitata”, *Società*, 2003, pág. 9), e desse distingue o sujeito que, não sendo administrador, exerceu de um modo continuado os poderes típicos inerentes a tal função – o administrador de facto –, que, como tal, será

chamado a responder, como os administradores de direito, “pelo incumprimento do conjunto de prescrições que a lei põe ao serviço da gestão correcta das sociedades de capitais” (parece estar neste respaldo IVAN DEMURO, n. (9) – pág. 127); ALESSANDRO PENNISI, “Amministratore *de facto* e «Shadow director» nel sistema giuridico inglese: qualche spunto comparatistico”, *Società*, 2004, pág. 255, ainda que, ao responsabilizarem-se os “sócios administradores” (também de facto) por actos singulares, se prescindia do requisito da “estabilidade”.

Na realidade, a doutrina, neste contexto, alertou para a diferença de o sócio (para além do exercício das competências legais e estatutárias, ou seja, por mor de comportamento *sine titolo* no âmbito da gestão) poder responder pela realização de um único e episódico acto de ingerência, enquanto que o administrador de facto só será responsabilizado por uma actividade sistemática e não ocasional – assim a inovadora norma contribuiria para prevenir o recurso “abusivo” à figura do administrador de facto nas formas “menores” de ingerência do sócio na gestão social e, em contraponto, permitiria responsabilizar o sócio sem ter que demonstrar a sua qualidade de administrador de facto – FILADELFO TRIBULATO, págs. 483 e ss, em esp. n. (40).

Mas o dado não é consensual. Em sentido contrário ao invólucro do administrador de facto, ANTONIO FRANCHI, pág. 48: “Essa [administração de facto] resultava já fonte de responsabilidade sob a disciplina precedente e dificilmente se explicaria a sua previsão normativa limitadamente às sociedades por quotas, existindo o fenómeno nos mesmos termos também na sociedade anónima”; STEFANO AMBROSINI, tanto em “La responsabilità degli amministratori nella nuova s.r.l.”, *Società*, 2004, pág. 300, como em *Società di capitali*, vol. 3, Artt. 2449-2510, Commentario a cura di Giuseppe Niccolini/Alberto Stagno d’Alcontres, sub art. 2476, 2004, pág. 1603: “[...] situação, esta [a de administração de facto], ‘coberta’, por si mesma, pela titularidade do poder gestório”; entendendo que a responsabilidade dos sócios *ex art. 2476, § 7º*, não se refere ao exercício de facto do poder gestório por parte dos sócios, mas se deve restringir só aos sócios a quem seja demandado pelos estatutos o poder de decidir ou autorizar a realização de actos de gestão (depois revelando-se danosos), em especial o sócio-administrador de competência geral: PAOLO BENAZZO, “L’organizzazione nella nuova s.r.l. fra modelli legali e statutari”, *Società*, 2003, pág. 1073; também EDGARDO RICCIARDIELLO, págs. 203-204, para quem a norma não se deve acantonar como uma “transposição normativa da teoria do administrador de facto”, mas antes se aplica ao *socio tiranno* (mesmo que não seja maioritário) que “está nos bastidores e administra sem um acto de investidura formal” em concurso com o órgão administrativo formalmente instituído – se apenas estivesse dirigida para essa teoria, esta ficaria limitada subjectivamente no seu âmbito de aplicação, pois é pacífico que nele se inclui a actuação de “sujeitos estranhos à estrutura social e que portanto não sejam sócios”.

Numa corrente intermédia (e talvez mais precisa) parece estar a interpretação de SERENELLA ROSSI, págs. 1065, 1078 e n. (22) – pág. 1073, que, afastando declaradamente ser a disposição em análise uma manifestação coincidente com a *fattispecie* do administrador de facto *próprio*, ainda que *partilhe* da mesma *ratio* que funda a teoria do administrador de facto, clarifica, ao invés, ser a responsabilidade por heterogestão uma forma de pôr os sócios a coberto de possíveis excessos na aplicação dessa teoria – com as consequências de uma responsabilidade *alargada a toda a gestão* – naquelas ocorrências em que a imissão na gestão, ainda que repetida, tenha carácter de *ocasionalidade* e não evidencie um *co-envolvimento difuso e sistemático* do sócio na actividade de condução da empresa social; se as intervenções de ingerência na gestão não se traduzirem na assunção e desenvolvimento de plenas e ilimitadas funções de administração, de modo sistemático e continuado (condição para configurar a responsabilidade de uma administração de facto), haverá responsabilidade ressarcitória, pelo menos na sociedade por quotas, *limitada aos danos produzidos pelos actos singulares* (será suficiente *um só acto*) que o sócio tenha autonomamente decidido ou participado na decisão. Em suma, uma responsabilidade que se precipita como “consequência «natural» da assunção do poder gestório, pelos prejuízos que o uso incorrecto de tal poder possa provocar”. É aqui que também se inclui MATTEO RESCIGNO, “Eterogestione e responsabilità...”, *loc. cit.*, págs. 333, 336, para quem a norma do art. 2476, ao dispensar qualquer serialidade ou sistematicidade da actividade gestória do sócio e ligar-se a fenómenos episódicos, torna supérfluo recorrer à figura do administrador de facto para atrair o sócio no âmbito da responsabilidade por *mala gestio*. Ainda mais incisivos, GAETANO PRESTI/MATTEO RESCIGNO, *Corso di diritto commerciale*, Volume II, *Società*, 2005, págs. 242-243: “A responsabilidade imputada a cargo dos sócios provém, portanto, da sua participação na gestão: ainda que por actos individuais e sem que tal assuma as características da administração de facto”. De maneira que, dando conta de um último Autor, essa “previsão da responsabilidade dos sócios determina, *ao menos para esses*, uma *superção* da figura do administrador de facto” (SERGIO DI AMATO, “Le azioni di responsabilità...”, *loc. cit.*, pág. 304, destaquei).

lucro de, no escopo de não se iludir a responsabilidade pela participação nas escolhas gestórias, se escapar à requisição do (ainda denominado) “problemático alcance do umbral do «gestor de facto»”<sup>330, 331</sup>

Não se ignore, porém, que o expediente assume conformações sempre mais refinadas quando transcende o âmbito da realidade *microsocietária* vertida nas pequenas e médias empresas. É assim também quando o identificamos na gestão indirecta das sociedades dominadas e dependentes pela *holding* e pelos seus administradores e/ou sócios de controlo<sup>332, 333</sup> Ou nas mais multifacetadas situações

---

<sup>330</sup> MATTEO RESCIGNO, “Osservazioni sulla riforma...”, *loc. cit.*, pág. 264.

<sup>331</sup> Uma outra refracção normativa da figura do administrador de facto, que espelha o seu reconhecimento no direito italiano, pode ser encontrada no art. 2409-*octiesdecies*, 2º §, do *Codice Civile*, preceito incluído no lote regulador do sistema monístico da anónima. Aí, quando se delimita objectivamente a competência “não executiva” dos membros do «comitato per il controllo sulla gestione», exclui-se que tais membros possam corresponder àqueles que «desenvolvam, ainda que meramente de facto, funções relativas à gestão da empresa social ou de sociedades que a controlam ou são controladas». V. FRANCESCO SALINAS, “Articolo 2409 octiesdecies. Comitato per il controllo sulla gestione”, *Il nuovo diritto societario*, Volume 2\*\*, *Artt. 2409 bis-2483 c.c.*, diretto da Gastone Cottino [et alii], 2004, págs. 1229-1230 e doutrina citada; também com proveito, SABINO FORTUNATO, pág. 113.

<sup>332</sup> Neste domínio, também da *Reforma do CCI. de 2003* saiu a responsabilidade por danos destes sujeitos no caso de exercício da direcção unitária em grupos de sociedades. Em sede do regime da «direcção e coordenação de sociedades» (Cap. IX do *Codice Civile*, introduzido pelo art. 5º, 1), o art. 2497, § 1º, veio impor a responsabilidade das sociedades e das entidades (não societárias: fundações, entes públicos económicos ou territoriais, etc.) que exercem essa actividade de direcção e coordenação das sociedades agregadas em grupos (sobre o conteúdo dessa actividade como expressão da referida direcção unitária, v., por todos, VINCENZO SALAFIA, “La responsabilità della *holding* nei confronti dei soci di minoranza delle controllate”, *Società*, 2003, pág. 391), para com os seus sócios e credores, pela actuação «no interesse empresarial próprio ou alheio em violação dos princípios de correcta gestão societária e empresarial». E, em complemento, o § 2º do mesmo preceito estatui que «Responde solidariamente [com essas sociedades e entidades] quem tenha de qualquer modo participado no facto lesivo e, no limite da vantagem auferida, quem dele tenha conscientemente retirado benefício». (Que é subsidiária, pois só se activa desde que, de acordo com o § 3º, o sócio ou o credor não tenham sido satisfeitos pela sociedade sujeita à actividade de direcção e coordenação.) Esse 2º § também é, para NICCOLÒ ABRIANI, “Le regole di *governance*...”, *loc. cit.*, págs. 16-17, uma *recepção normativa indirecta* da figura do administrador de facto. Em sentido concordante ou propício a esse entendimento, v. VINCENZO CARIELLO, *Società di capitali*, vol. 3, *Artt. 2449-2510*, Commentario a cura di Giuseppe Niccolini/Alberto Stagno d’Alcontres, *sub art. 2497*, 2004, pág. 1870, para quem “a transmissão concêntrica da responsabilidade, tanto interna como externa à sociedade ou entidade que tenha dirigido e coordenado *contra legem*”, se revela numa previsão bastante genérica e ampla, capaz de atrair na órbita da prescrição, em teoria, uma vasta gama de sujeitos” (entre os quais se adianta o administrador de facto, ainda que, note-se, os outros elencados também possam acumular essa qualidade); GIUSEPPE GUIZZI, “Partecipazioni qualificate e gruppi di società”, *Diritto delle società. Manuale breve*, 2004, pág. 348: o legislador alude também a “quem exerce tal poder em via de facto, como por exemplo o eventual sócio de controlo, ou detentor de uma participação seja como for qualificada, da cabeça do grupo”; FABRIZIO GUERRERA, “Gruppi di società...”, *loc. cit.*, pág. 27: os administradores e dirigentes, ainda que de facto, da sociedade *capogruppo* são abrangidos pelo núcleo de *co-autores materiais* do ilícito adscrito a essa sociedade.

A este propósito, ainda mais longe vai ANTONIO PAVONE LA ROSA, “L’unico azionista...”, *loc. cit.*, págs. 433-434, já que, por maioria de razão com a imputação ao sócio de controlo emissor das directivas que determinaram as operações gestórias pela sociedade controlada, nomeia também o sócio *único* dessa sociedade como sujeito passivo desta responsabilidade pelo *concurso* em ilícitos administrativos; e CARLO ANGELICI, *La riforma...* *cit.*, págs. 145-147, não tem dúvidas em apanhar na rede do § 2º a chamada “pessoa

singular-*holding*”, quando a direcção e coordenação de uma pluralidade de sociedades se faz, não com recurso a uma sociedade-mãe do grupo, mas directamente por uma pessoa singular que em todas participa e todas controla (no mesmo sentido, v. MAURA GARCEA, “I «gruppi finti». Appunti in tema di gruppi di società e interposizione nell’esercizio dell’impresa”, *Riv. dir. civ.*, 2005, pág. 212, FRANCESCO GALGANO, *Direzione e coordinamento di società*, Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, a cura di Francesco Galgano, Livro V: Del Lavoro – Art.2497-2497 septies, 2005, pág.118; discordando e remetendo para a disciplina comum da responsabilidade aquiliana a reparação dos danos causados aos sócios minoritários e aos credores sociais da sociedade “controlada”, v. LINO GUGLIELMUCCI, “La responsabilità per direzione e coordinamento di società”, *Dir. fall.*, 2005, págs. 41-42).

Não obstante, desfavorável encontrei quem, ainda que reconhecendo que a “responsabilidade por abuso de coordenação” se alarga a “figuras objectivamente individuais mesmo se subjectivamente neutras quanto à acção realizada”, defende não ser objecto de sanção o “empresário oculto” por trás da sociedade *capogruppo* nem o seu *dominus* absoluto, antes sendo responsável essa sociedade ao abusar da sua posição de poder económico e jurídico (quando provoca políticas incorrectas de gestão) e a sociedade sócia de controlo que influencia, que toma parte nas decisões e que indica as orientações: BERARDINO LIBONATI, *L’impresa e le società. Lezioni di diritto commerciale. La società di persone. La società per azioni*, 2004, págs. 286-287. Mais explícito na autonomização da figura do administrador de facto em relação à disciplina da responsabilidade por “direcção e coordenação” é MATTEO RESCIGNO, “Eterogestione e responsabilità...”, *loc. cit.*, pág. 336. Para este Autor, o administrador de facto destaca-se por uma intromissão exprimida pela substituição dos administradores, não se apoia ou se coloca ao lado do órgão de gestão, antes apresenta uma heterogestão meramente usurpadora. Tal facto individualizador da figura não deixa outra via que não seja a sua medição segundo as regras da responsabilidade civil societária.

Vejo admitida, por seu turno, a previsão do § 1º do art. 2497 como um passo legislativo de dirigir a acção por *mala gestio* também no confronto dos que interferiram na gestão *sem terem a veste formal de administrador* – como serão os administradores da *società controllante* que abusaram da “direcção unitária” do grupo, e que não são administradores da ou das sociedades prejudicadas mas inspiraram a actuação prejudicial destes (estes, parece ser o entendimento maioritário, seriam censurados pelo § 2º; contra, v. VINCENZO SALAFIA, “La responsabilità della *holding*...”, *loc. cit.*, pág. 397, tendo por base a oposição do art. 2395 do CCIt., que exclui o ressarcimento de um dano *indirectamente* provocado) –, uma vez que a norma é susceptível de coenvolver na responsabilidade pela «actividade de direcção e coordenação» os administradores da sociedade ou da entidade protagonistas dessa actividade, em prejuízo dos sócios e dos credores da sociedade que lhe foi sujeita: cfr. FRANCESCO CORSI, *Le nuove società di capitali*, 2003, págs. 84-85; IVAN DEMURO, págs. 24-25 (“a autonomia dos administradores da sociedade ‘dependente’ será limitada pelas directivas de grupo provenientes do órgão administrativo da sociedade *capogruppo*”). Ou, numa compreensão que se desprende expressamente da “estrutura” e da “qualidade” do sujeito controlador, a *conduta* em que se explicita o poder de heterodirecção proveniente de um único sócio-empresário (pessoa singular), tal como de uma “coligação de sócios empresários *não* organizada sob forma societária, nem sequer em via de facto”: FABRIZIO GUERRERA, *últ. est. e loc. cits.* (A versão preliminar desta disposição era mais ampla, e menos equívoca, no âmbito subjectivo dos responsáveis – «Quem, exercendo a qualquer título actividade de direcção ou coordenação de sociedades, (...)» – e, portanto, mais clara na censura do administrador de facto: cfr. ROBERTO WEIGMANN, “I gruppi di società”, *La riforma del diritto societario. Convegni di studio “Problemi attuali di diritto e procedura civile”*, 2003, pág. 205. Desde logo seria assim porque era visível que se pretenderia superar uma noção de responsabilidade ancorada no *status* de “controlante”, para a libertar de qualquer limite subjectivo e a concentrar na conclusão efectiva de uma actividade de direcção e controlo: assim surpreendia a intenção do legislador histórico MATTEO RESCIGNO, “Eterogestione e responsabilità...”, *loc. cit.*, págs. 333-334.)

A finalizar, não deixarei de realçar que a doutrina italiana coloca no mesmo *caudal teleológico* este art. 2497 e o anteriormente relatado art. 2476, § 7º, que deverá “sancionar a actividade do sócio soberano ou tirano também no caso de pessoa singular e fora do fenómeno dos grupos de sociedades” (DANIELE SANTOSUOSSO, n. (52) – pág. 221). Naturalmente que – no plano da sua *valência sistemática* – as normas não cobrem as mesmas hipóteses, mas contribuem sem mais para a reconstrução interpretativa de um sistema geral da responsabilidade pela gestão a cargo de sujeitos que, não sendo administradores, participam nas escolhas da gestão – *esta é a razão primeira para as chamarmos à colação neste ponto da investigação*. No essencial, ambas acarretam a afirmação positiva de um *princípio comum* assente na colocação de um *dever fiduciário* a cargo de quem, ainda que de facto, assumia funções gestórias ou influencia as decisões dessa natureza. Na maior parte dos casos, o sócio “soberano” ou, em geral, tal como adianta



de *domínio* que pode ser exercido na assembleia dos sócios por sujeitos estranhos à colectividade social, mas extremamente ligados à sociedade: uma espécie de

ROBERTO WEIGMANN, *ibid.*, pág. 208, o sócio de controlo ou, em particular, o sócio único, como avança ANTONIO PAVONE LA ROSA, *ibid.*, pág. 434. Tal dever assenta na assunção de que o comportamento do sócio não pode ser considerado, na conotação da estrutura e das regras de responsabilidade, como um “acidente” externo comparável a um qualquer comportamento ilícito de um terceiro. Desde que a actividade gestória venha desenvolvida ou influenciada por esse sócio, dele se exige o mesmo *standard* de comportamento *dos administradores* e, assim, o mesmo tratamento em sede de responsabilidade. Logo, essa obrigação traduz um vínculo de correcção no exercício do poder de gestão, cuja violação é fonte de propagação de responsabilidade gestória (de natureza *contratual*, uma vez que o dever ainda descende do contrato de sociedade e do complexo de direitos e obrigações que dizem respeito ao sócio em razão da sua participação na sociedade, ou até *legal*; porém, defendendo a configuração aquiliana da responsabilidade, v. VINCENZO SALAFIA, “Il nuovo modello...”, *loc. cit.*, pág. 9) aos sujeitos que deram um contributo (com ou sem voto na assembleia) causalmente adequado à actividade danosa (interna ou externa) produzida pela organização societária. Cfr., no essencial, MATTEO RESCIGNO, “Osservazione sulla riforma...”, *loc. cit.*, págs. 264-265, ID., “Eterogestione e responsabilità...”, *loc. cit.*, págs. 332-333, 335, SERENELLA ROSSI, págs. 1074-1075, SERGIO DI AMATO, “Le azioni di responsabilità...”, *loc. cit.*, pág. 304, FABRIZIO GUERRERA, *Responsabilità “deliberativa”... cit.*, pág. 52.

À luz desse princípio geral e na óptica de garantir coerência e equilíbrio ao sistema de responsabilidade pela administração, *maxime*, evitando usos “alternativos” dos diferentes modelos societários com o único escopo de escapar aos regimes mais severos – *v. g.*, a responsabilidade pessoal dos sócios pela “aprovação de operações danosas é vista como uma “rigidez” excessiva, uma vez que corre o risco de estimular comportamentos iníquos, afastando os operadores de um modelo (a sociedade de responsabilidade limitada) que, ao invés, se deveria afirmar como *modelo geral* de sociedade de capitais (base para a empresa pequena, média e média-grande, como sociedade personalista em regime de privilégio, como pequena sociedade de capitais com um núcleo forte mas aberta ao mercado de capitais e ainda como sociedade intragrupo): PAOLO MONTALENTI, “La riforma del diritto societario: profili generali”, *Riv. dir. comm.*, 2003, pág. 63, ID., “La riforma del derecho societario en Itália: aspectos generales”, *RdS*, 2004, págs. 40,54 –, alguns desses Autores (Rescigno, Rossi) sustentam a configuração (por aplicação analógica) da responsabilidade do sócio-gestor na sociedade anónima: não há qualquer razão justificativa da diferença de tratamento para isentar o accionista que decide e autoriza um acto de gestão que se revela danoso e susceptível de comportar responsabilidade dos administradores. É o mesmo fundamento que leva Pavone La Rosa a propugnar que a responsabilidade dos sócios na sociedade de responsabilidade limitada pela contribuição para as operações lesivas da integridade do património social seja objecto de “paridade de tratamento” em todas as sociedades de capitais, com uma única regra a aplicar e pressupostos iguais nessa aplicação. Igualmente numa linha *de lege ferenda*, vimos igualmente ser defendida, em abono da correcção sistemática, a previsão dessa responsabilidade (*como própria do administrador de facto*, saliente-se) na disciplina da sociedade anónima, *para depois a estender por reenvio à disciplina da sociedade por quotas*: reporto-me a EDOARDO DISETTI, pág. 260. Finalmente, essas duas regulações são até vistas a contribuir para um princípio de analogia *juris* de responsabilização dos que exercem efectivamente funções de administração, v. ALDO DOLMETTA/ANTONELLA ALIBRANDI, “Questione attuali sulla figura del «direttore generale» d’impresa”, *Amministrazione e controllo nel diritto delle società – Liber Amicorum Antonio Piras*, 2010, pág. 413.

<sup>333</sup> Sem esquecer que uma *articulação subjectiva* de vários entes societários, aparentemente constituindo um grupo, pode ser na verdade uma pluralidade *simulada* de sociedades de capitais que escondem uma *iniciativa empresarial unitária* e, portanto, reconduzível a um único sujeito. Estamos perante fenómenos de “ficção de grupo”, em que subsiste um intento de interposição fictícia de sujeitos no exercício *substancial* de uma empresa individual, com o objectivo de evitar a aplicação de normas legais imperativas e a translação do risco gerado pelas diversas iniciativas empresariais. Ora, é comum adregar que, nestes casos, um ou mais sujeitos (habitualmente os sócios das sociedades) abusam do abrigo societário (a que se recorre maliciosamente como mero depósito de dinheiro ou como “nome” para prestar garantias e obter financiamentos) mediante comportamentos *standard*: entre eles, justamente, encontra-se a “administração de facto das sociedades por parte dos sócios e consequente exautoração do órgão administrativo” (neste sentido, v. MAURA GARCEA, págs. 208-209 (210-211)).

“proprietário económico” (*wirtschaftlicher Inhaber* <sup>334</sup>) da empresa social. Seja por força de vínculos derivados de contratos cujos efeitos são indispensáveis para a vida ou sobrevivência da sociedade – contratos bancários pelos quais a banca (financiadora) se sente legitimada a interferir na administração das sociedades por ela financiada, contratos de fornecimento de produtos, contratos de provimento de fontes de energia, etc. –, seja pela actuação de cláusulas estatutárias, como as que subordinam a capacidade contratual dos administradores a autorizações a dar pelo considerado “sócio de referência” por via da sua participação na assembleia deliberativa, em geral ou em relação a particulares tipos de negócio, seja, por último, em resultado de pactos parassociais que têm por objecto as decisões administrativas, entre outros. <sup>335</sup>

A inclusão do fenómeno num leque sempre mais amplo de espécies faz despontar a importância de reconhecer técnicas repressivas da finalidade de elisão do critério fundamental de garantia do exercício correcto do poder de gestão das sociedades comerciais. Esta é a razão mais visível para se advogar a *extensão subjectiva* da responsabilidade própria dos administradores a todos aqueles que, sem terem sido formalmente administradores ou revelando a sua designação a existência de vícios ou defeitos, participaram na gestão social ou influíram sistematicamente nos processos decisórios da gestão. A ela, segundo NICCOLÒ ABRIANI, corresponde a “doutrina do administrador de facto” <sup>336</sup>. Em certa medida, é uma doutrina que aceita ser esta extensão (até) mais justificada do que a própria norma matriz referida aos administradores (de direito): a maior opacidade da actividade dos que, sem ostentar

---

<sup>334</sup> URSULA STEIN, “Die Normadressaten der §§ 64, 84 GmbHG und die Verantwortlichkeit von Nichtgeschäftsführern wegen Konkursverschleppung”, *ZHR*, 1984, pág. 210.

<sup>335</sup> V., para alguns destes pontos, NICCOLÒ ABRIANI, “Dalle nebbie della finzione...”, *loc. cit.*, pág. 192, LUIGI SALVATO, págs. 811-812, VINCENZO SALAFIA, “La responsabilità della holding ...”, *loc. cit.*, pág. 391.

<sup>336</sup> V. *Gli amministratori di fatto...* cit., pág. 3.

E é certo que, mesmo perante o carácter (pelo menos na aparência) extremamente formal da qualificação de administrador, fez o seu caminho a tese de que se poderia dispor (ainda que não sem limites) do instrumento da interpretação extensiva e analógica do regime do administrador de direito e, no que em particular respeita ao fundamento da responsabilidade civil, utilizar verosimilmente as normas ditadas para os administradores enquanto *expressão de princípios gerais*: cfr. ALESSANDRO BORGIOIOLI, “Amministratori di fatto e direttori generali”, *loc. cit.*, pág. 600. Assim, não há como esconder a tendência para a responsabilidade civil recolhida no direito das sociedades fazer sucumbir aquela qualificação formal – ou estritamente jurídica – de administrador, de modo a alargar-se à “assimilação de funções reais que administradores e directores desempenham e que exige uma identidade de tratamento” e a “procurar quem, à margem do título formal mediante o qual actua, exerce os poderes e adopta as decisões que resultam prejudiciais para a sociedade” (JESÚS QUIJANO GONZALEZ, “Responsabilidad administrativa en la reciente legislación de crédito, seguro y mercado de valores: algunas cuestiones sustantivas”, *RDBB*, 1989, pág. 306).

a posição formal de administradores, desempenham na sociedade um papel de índole similar, actuando amiúde na sombra ou nos bastidores dos órgãos de decisão formais, determina uma (ainda) menor eficácia dos instrumentos de sindicância do “bom governo” das sociedades <sup>337</sup>.

\*

Aqui chegados, compreendemos que *esta seja a sede que actualmente mais reclama o tratamento do administrador de facto*: um procedimento interpretativo para integrar a lacuna da lei e evitar que se contorne o (possível) encargo da *responsabilidade* por quem detém o *poder* <sup>338</sup>. <sup>339</sup> Além disso, o tratamento dogmático

---

<sup>337</sup> Nesta linha, cfr. CÁNDIDO PAZ-ARES, “La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo”, *RdS*, 2003, pág. 77, no que reproduz o *Relatório Aldama* de 2003 (a que dedicarei atenção ainda neste ponto).

<sup>338</sup> Estou ciente que a *relação* ou *binómio de correspondência* entre responsabilidade (ou risco) patrimonial e poder de direcção (que já abordei em anterior estudo: RICARDO COSTA, *A sociedade por quotas unipessoal...* cit., págs. 130 e ss, e seus suportes bibliográficos) é também aqui perseguida. Este princípio – *só quem investe o seu capital e assume a direcção da empresa social deve responder com o seu património pelo risco da empresa* – implica que, nas sociedades de capitais, à responsabilidade limitada (*rectius*, irresponsabilidade) dos sócios se confronte, no interesse geral de uma correcta gestão da empresa social, o respeito de um mecanismo de contrapesos orgânicos (que caracteriza o modelo capitalístico-corporativo). Este é representado *grosso modo* pela presença de uma assembleia norteada pelo método colegial e de um órgão de direcção autónomo, dotado de competência (originária e, em princípio, exclusiva) para administrar. É este equilíbrio de poderes e recíproco controlo entre os órgãos que baseiam a possibilidade de administrar sem assumir, como acontece nas sociedades de pessoas e na sociedade em comandita por acções (cfr. arts. 175º, n.º 1, e 191º, n.º 1; 465º, n.º 1, 2.ª parte, 470º, n.º 1), responsabilidade ilimitada, ou, se o administrador for não sócio, sem assumir qualquer responsabilidade. (Sobre o ponto, v., com interesse, GIUSEPPE ZANARONE, “Introduzione...”, *loc. cit.*, n. (8) – pág. 63, FRANCESCO GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, volume III cit., pág. 484.) Se assim é – em princípio, mas nem sempre e muito menos agora, pois, no que é mais evidente, um domínio pessoal e incondicionado sobre a actividade empresarial-societária, como deverá ser regra no caso de haver unicidade do sócio, não é hoje incompatível com a conservação do benefício da responsabilidade limitada pelo sócio único: v. a discussão plasmada no meu *A sociedade por quotas unipessoal...* cit., págs. 216-217 e n. (186) – págs. 217-219, complementada com proveito pelas págs. 590-597, 604-611, que se ocupam da dilucidação das fronteiras entre o sócio decisor e o órgão gerência na SQU –, se o sócio não é administrador formal mas exerce, independentemente da sua forma, o poder gestório, a sua responsabilidade limitada à entrada realizada e a irresponsabilidade pela sua conduta social deverão ser afastadas em nome de um *poder material de administração* e da consequente responsabilidade *pessoal e derivada da sujeição a controlo da conduta gestória* – é neste contexto que, em Itália, GIORGIO OPPO, “Le grandi opzioni della riforma e la società per azioni”, *Riv. dir. civ.*, 2003, I, págs. 483-484, reconhece a modificação da responsabilidade-regra do sócio quotista operada pelo art. 2476, § 7º, do CCIt.; é para o efeito de infligir uma “ameaça de punição” a controlar quem efectivamente dirige (e lidera) a empresa (*Unternehmensführung*) que se persegue o “administrador de facto”: HERBERT WIEDEMANN, “Haftungsbeschränkung und Kapitaleinsatz in der GmbH”, *Die Haftung des Gesellschafters in der GmbH*, 1968, págs. 49 e ss, em esp. 52.

<sup>339</sup> Mas houve sempre o reverso da medalha para a doutrina avessa a (ou hesitante em) reconhecer a existência da administração de facto no exercício concreto das funções de administração e da sua fiscalização: o risco de elisão ou desaplicação das normas que, no plano da organização corporativa da sociedade, inderrogavelmente reconhecem a competência do acto constituinte ou da assembleia de sócios em matéria de nomeação dos administradores (por ex.: GASTONE COTTINO, *Le società. Diritto commerciale*

e aplicativo do administrador de facto corresponde a mais um instrumento predisposto a acautelar possíveis abusos da estrutura societária e dos princípios da sua regulação. Em particular, assume-se como um caminho alternativo a outros *dois modelos hermenêuticos* de correcção da ingerência indevida (e premeditada, muitas vezes) na administração das sociedades comerciais.<sup>340</sup>

Por um lado, temos o instituto geral da *responsabilidade civil extra-negocial por factos ilícitos*, na forma de violação das normas legais de protecção de interesses alheios – *v. g.*, nomeadamente, as que aspiram à autonomia patrimonial e à solvabilidade da sociedade, enquanto instrumentos essenciais para assegurar os interesses(-expectativas) de credores acerca da satisfação dos seus créditos, assentes na preservação da sua garantia patrimonial<sup>341</sup> – ou nas formas de “concurso” ou “cooperação culposa” no ilícito ou de “indução” ou “cumplicidade” no incumprimento das obrigações que recaem sobre os titulares institucionais do órgão de gestão<sup>342-343</sup>.

---

cit., pág. 411, ANDREA PERRONE, pág. 1402); o embaraço doutrinal instalado pela dificuldade de encontrar o fundamento jurídico da equiparação (e consequente) extensão da responsabilidade dos administradores de direito e de elaborar o respectivo percurso argumentativo (assim falava FRANCO DI SABATO, *Manuale delle società*, 1992, n. (7) – págs. 467-468, Autor que, rendido à reviravolta jurisprudencial italiana de 1999 para um caminho *substancialista* – refiro-me às decisões de Março e Setembro da *Corte di Cassazione*: *v. infra*, ponto 11.2.2. –, veio mais recentemente confirmar a sua tendência cautelosa em sujeitar à responsabilidade civil aqueles que, não tendo recebido uma nomeação formal, desenvolvam de facto a actividade de administrador, em esp. o *dominus* da sociedade, ou das sociedades de um grupo, que se comportem como administradores de facto: *v. Diritto delle società*, 2003, pág. 277); a perplexidade de ser (mais) uma técnica que tende a superar índices objectivos e formais de imputação da responsabilidade por débitos ou, como neste caso, da responsabilidade por danos (GIAN FRANCO CAMPOBASSO, *Diritto commerciale 2. Diritto delle società* cit., pág. 405), mormente no seio de uma disciplina caracterizada pelo rigor formal, tal como é precisamente a respeitante às sociedades de capitais (LUIGI SALVATO, pág. 814).

<sup>340</sup> FILADELFO TRIBULATO, pág. 467 e n. (2).

<sup>341</sup> É a proposta de alguma doutrina e vária jurisprudência alemã, como alternativa ao modelo da “desconsideração” da personalidade jurídica para chegar à responsabilidade externa dos sócios (maioritários ou dominantes e único, nomeadamente), em esp. nas situações de “mistura de patrimónios”: o recurso ao sistema da responsabilidade por facto ilícito pelo § 823 (2) do *BGB* – desrespeito de disposição legal de protecção, segunda modalidade de ilicitude –, em concurso (hoje mais forte) com o § 826 também do *BGB* – produção dolosa de um dano em contrariedade aos bons costumes. Segundo ULRICH HAAS, “Die Gesellschafterhaftung wegen «Existenzvernichtung»”, *WM*, 2003, pág. 1940, esse recurso teria a vantagem de uma tal responsabilidade externa se integrar sem fricções no sistema de responsabilidade societária, tratando por igual os sócios e os administradores que actuam em prejuízo dos credores. Desenvolvidamente, por todos, assinalando a directa imputação da responsabilidade dos sócios em face dos credores a indemnizar, *v. PETER ULMER*, “Die GmbH und der Gläubigerschutz”, *GmbHRR*, 1984, págs. 261-262, ID., “Zweiter Abschnitt. Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter. Anhang nach § 30. Gesellschafterhaftung bei Unterkapitalisierung”, in MAX HACHENBURG, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) – Großkommentar*, 1992, págs. 1077 e ss, Rdn. 30-32, HANS CHRISTOPH GRIGOLEIT, *Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH. Dezentrale Gewinnverfolgung als Leitprinzip des dynamischen Gläubigerschutzes*, 2006, págs. 202-203. Em esp., *v. infra*, ns. 358 e 382.

<sup>342</sup> Resposta vista em Itália para fazer responder o sócio que induz, por sua “indicação”, a prática do ilícito dos administradores de onde resulta o prejuízo sofrido pela sociedade, pelos terceiros e até por sócios

minoritários (eventualmente, até, por aplicação do art. 2395 do CCIt.). V., para casos de controlo efectivo através de “directão unitária” da sociedade dominante (através dos seus administradores) sobre a administração da sociedade dominada, antes do art. 2497 introduzido pela Reforma de 2003 no *Codice Civile*, PIER GIUSTO JAGER, “La responsabilità solidale degli amministratori della capogruppo nella legge sull’amministrazione straordinaria”, *Giur. comm.*, 1981, I, pág. 419, ID., “«Direzione unitaria» di gruppo e responsabilità degli amministratori (Ancora sull’art. 3, ult. cpv., della legge sull’amministrazione straordinaria)”, *Riv. Soc.*, 1985, págs. 826-827, 829-830, 831, 851; FRANCO BONELLI, “La responsabilità della società controllante per gli illeciti delle controllate”, *Dir comm. int.*, 1987, págs. 349 e ss (aparentemente, porém, mediante a configuração de uma responsabilidade de natureza contratual em virtude da translação do complexo de deveres dos administradores, relativos à “gestão correcta” da dominada, para a esfera da sociedade dominante, própria de uma “gestão unitária”); AGOSTINO GAMBINO, “Responsabilità delle holding nelle gruppi societari”, *Fallimento*, 1995, pág. 582; LUCIANO PANZANI, “Responsabilità degli amministratori della società controllante”, *Studi in onore di Gastone Cottino*, volume II, 1997, págs. 1013 e ss (que salienta a não coincidência com a administração de facto, vista pelo Autor numa perspectiva restritiva, pois o que aqui está em causa é “orientar e coordenar” a actividade da controlada); FRANCESCO GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, volume III cit., págs. 190-191; igualmente, em geral, FABRIZIO GUERRERA, *Illecito e responsabilità... cit.*, págs. 400, ss, 412, 420, ss, 434-435 (no contexto da responsabilidade por “conduta anti-jurídica” no exercício de “direitos corporativos” ou de “poderes de influência extra-institucional”, nomeadamente pelo exercício de uma “influência dominante” sobre a empresa social não só nas coligações societárias de grupo mas também nos casos de soberania societária “pessoal”), ID., *La responsabilità “deliberativa”... cit., passim*, em esp. págs. 249-250, 382 e ss (conjugando a responsabilidade *relacional* derivada da participação do sócio no procedimento deliberativo e a responsabilidade *funcional* incumbente aos titulares do órgão administrativo), ALESSANDRO NIGRO, “Le società per azioni nelle procedure concorsuali”, *Trattato delle società per azioni*, volume 9, \*\* (2), 1993, págs. 468 e ss, NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto... cit.*, págs. 254-255 (com outras indicações).

Repare-se que esta tese implica uma *comunicação* ao sócio *dominus* da responsabilidade em princípio própria dos administradores (extensão *subjectiva* da responsabilidade por acto ilícito), adequada a fazê-lo responder *directamente* perante os credores pelos danos emanados de *mala gestio* (não administrar com a diligência e a vigilância exigíveis) ou da violação de deveres específicos (negócios em conflito de interesses, elaboração de documentos contabilísticos falsos, distribuição ilícita de bens e dividendos, ultrapassagem do objecto social, etc.) da administração controlada, em termos de prejuízo causal para a satisfação dos seus direitos. Assim se ultrapassaria a falta de consenso quanto à procedência da técnica da imputação da responsabilidade ao sócio na qualidade de administrador de facto, particularmente por não ser necessário demonstrar a situação *qualitativamente* e *quantitativamente* (do ponto de vista da intensidade e da continuidade da relação) que é de exigir à administração fáctica – nomeadamente, a demonstração de que se realizou contínua e genericamente todas as funções próprias do administrador de direito (v. por todos PIER GIUSTO JAEGER, “«Direzione unitaria» di gruppo...”, *loc. cit.*, pág. 824), o que colocaria na “rede” todos os “factos ocasionais” de comparticipação nos ilícitos gestórios dos administradores (FABRIZIO GUERRERA, *ibid.*, pág. 447). Para uma resposta análoga no direito alemão, com recurso ainda ao § 823 (2) do BGB para fundamentar a responsabilidade por indução ou instigação do sócio por instruções à administração (*Anstifterhaftung von Gesellschaftern bei Weisungen an den Geschäftsführer*), responsáveis pela lesão dos respectivos “deveres orgânicos”, v. ULRICH EHRICKE, “Zur Teilnehmerhaftung von Gesellschaftern bei Verletzungen von Organpflichten mit Außenwirkung durch den Geschäftsführer einer GmbH”, *ZGR*, 2000, págs. 354-355. Advogando nesta compleição (e juntando o § 830 (2) do BGB), antes, URSULA STEIN, *Das faktische Organ cit.*, págs. 158, 161 e ss, 173.

Esta resposta aproveitou a tendência evolutiva das regras do ilícito delitual, que relevam a lesão do crédito e da “integridade patrimonial” como «*danno ingiusto*” na responsabilidade extranegocial por factos ilícitos e culposos (sobre o ponto, v. por todos ADOLFO DI MAJO, “Il problema del danno al patrimonio”, *RCDP*, 1984, pág. 297 e ss, em esp. 306 e ss, ANTONIO JANNARELLI, “La responsabilità civile”, *Lineamenti di diritto privato*, 2004, págs. 620 e ss). Para uma resposta afirmativa no direito societário, ainda que eventualmente por analogia com os preceitos dos arts. 2394 e 2395 do CCIt., em relação à responsabilidade dos sócios pela constituição de uma sociedade anónima com “capital absolutamente insuficiente” e “nascida financeiramente morta” em virtude da “lesão da expectativa à prestação dos credores ou, se se preferir, da integridade do seu património”, v. GIUSEPPE PORTALE, “Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata”, *Riv. Soc.*, 1993, págs. 91 e ss, 124.

Por outro, a figura da *desconsideração da personalidade jurídica*<sup>344</sup>, através da qual se derroga a autonomia patrimonial e subjectiva da sociedade em relação à esfera jurídica dos sócios e se responsabiliza, pelo menos, o sócio maioritário, enquanto *dominus* e verdadeiro administrador (ou co-administrador), na circunstância de comportamentos abusivos e lesivos das garantias de terceiros (-credores sociais)<sup>345</sup>.

Esta confluência tornou-se ainda mais visível a propósito de um outro (mais recente) “grupo de casos” de *Haftungsdurchgriff* decifrado e desenvolvido na jurisprudência e dogmáticas alemãs dos últimos anos<sup>346</sup>: a responsabilidade dos sócios em face dos credores pelo chamado “atentado” contra ou

---

<sup>343</sup> O recurso à tutela aquiliana primou muitas vezes pela sua *subsidiariedade* em relação à disciplina da responsabilidade civil dos administradores formais. Ou seja, sempre que se demonstrasse a ausência dos requisitos da administração de facto, a conduta ilícita do sujeito que desenvolve em concreto actividade de gestão era (ou poderia ser) sancionada através da responsabilidade por ilícito extra-contratual. Aconteceu assim em Itália, ainda num ambiente *formalístico* de compreensão *genética* da figura, quando faltava a exigida “relação orgânica de administração com a sociedade”, derivada de um acto de designação irregular ou tácito ou do consenso unânime dos sócios. Para amostra, v. as resoluções do **Tribunale de Milano de 11 de Dezembro de 1997** (in *Società*, 1998, pág. 802, ss), e da **Corte di Cassazione de 3 de Julho de 1998** (in *FI*, 1998, I, pág. 3209, ss).

<sup>344</sup> Quem escreve já teve ocasião de, em outra sede (à qual se reenvia para uma completa argumentação e apreensão dos respectivos suportes bibliográficos), empreender a descrição e a análise desta técnica de repressão de abusos da personalidade jurídica e da autonomia patrimonial das sociedades, consubstanciada na modalidade de extensão aos sócios da *responsabilidade* pelas obrigações sociais em sociedades que consentem a limitação do risco ao investimento: RICARDO COSTA, *últ. ob. cit.*, págs. 649-651, 653-654, 665 e ss; analiticamente, ID., “Desconsiderar ou não desconsiderar: eis a questão”, *BOA*, 2004, págs. 10 e ss.

<sup>345</sup> Há muitas décadas atrás, FERRER CORREIA, *Sociedades fictícias e unipessoais*, 1948, pág. 325, entregava o sucesso da derrogação de personalidades, nomeadamente para censurar atitudes do *dominus societatis* que estivessem em conflito com a vontade contratual expressa ou tácita das partes, os princípios da boa fé e do abuso de direito, “ao largo papel a desempenhar” pelo “prudente arbítrio do julgador, o seu humano sentido da justiça devida às coisas – o seu bom senso”. Verifica-se, todavia, que, ao invés dos congéneres europeus, não tem sido fácil a interiorização de tal técnica nos nossos tribunais – ainda que com óbvio recrudescimento nos últimos anos. Ainda assim, não se evitaram afirmações a completo despropósito, como a que caracteriza o ponto IV do Sumário do Ac. do **STJ**, de **23 de Maio de 2003** (in *www.dgsi.pt*, processo 02B1152): “a teoria da desconsideração ou ficção da pessoa colectiva não é aceite no nosso Direito”... E, advirta-se, em circunstâncias onde parece ter havido, a meu ver, razões para desconsiderar, a fim de *imputar* aos sócios (e administradores) de uma sociedade *A* o trespassse de um estabelecimento de que essa sociedade tinha sido trespassária (em consequência de uma deliberação sua enquanto sócios), sendo eles sócios maioritários – 96,666% do capital social – e administradores da sociedade trespassante *B* (tendo sido decidido o negócio por deliberação do órgão de administração), e, assim, aplicar a disciplina do art. 397º, n.º 2 – contratos celebrados entre a sociedade e os seus administradores, directamente ou por interposta pessoa: afastada a máscara-personalidade da sociedade *A*, enxerga-se *substancialmente* o trespassse celebrado entre a sociedade *B* e os seus administradores e, conseqüentemente, a sua nulidade.

<sup>346</sup> Reproduzirei aqui, em grande parte, o que expus anteriormente em “Responsabilidade dos gerentes de sociedade por quotas perante credores e desconsideração da personalidade jurídica – Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 29.11.2007, Proc. 0735578”, *CDP*, 2010, págs. 57 e ss.

“aniquilamento” da “existência da sociedade” (*Existenzvernichtungshaftung, existenzvernichtende Eingriff*)<sup>347</sup>.

Nessa constelação estão comportamentos em que o sócio – o único e, numa sociedade plural, o que actua e, eventualmente, os restantes que consentem na actuação nociva à integridade patrimonial da sociedade<sup>348</sup>, ou todos em conjunto – faz com que o património da sociedade (enquanto garantia de satisfação dos créditos sociais e de reparação dos seus prejuízos negociais) fique exposto a “riscos elevados” com lesão do seu próprio interesse e comprometida a capacidade da sociedade em respeitar os seus compromissos debitórios, à custa da posição dos credores sociais. Vieram a incluir-se neles os actos sistemáticos de desvio do património social existente sem adequada(=suficiente) contrapartida ou de apropriação em benefício próprio dos sócios de bens sociais (materiais ou imateriais); o escoamento do património da sociedade (e correspondente “saída do mercado”: *Marktaustritt auf kaltem Wege*) com a transferência de patentes, licenças, meios(-linhas) de produção (ou seu encerramento), arrendamentos, locações e serviços significativos para a sobrevivência da sociedade para outra sociedade (constituída ou a constituir), sem observar a fase de liquidação e as suas regras (*kalte Liquidation*) ou até no decurso de liquidação; a abdicação de trabalhadores, conjuntos de clientes ou sujeitos qualificados importantes para a concretização do objecto social, assim como de actividades produtivas e de

---

<sup>347</sup> Para este filão foram pioneiras as decisões do BGH de **17 de Dezembro de 2001** (caso “*Bremer Vulkan*”: in, por ex., *NJW*, 2001, págs. 3622, ss), de **25 de Fevereiro de 2002** (caso “*L-Kosmetik*”: in, por ex., *ZIP*, 2002, pág. 848) e, acima de tudo, de **24 de Junho de 2002** (caso “*KBV*”: in, por ex., *NJW*, 2002, pág. 3024, ss).

Elas realçam-se – em especial o caso “*Bremer Vulkan*” – por terem consagrado o abandono da tese do “grupo de facto qualificado” para promover a responsabilidade dos sócios, com “poder de direcção” e interferência/influência constante e ilimitada na gestão das sociedades (com postergação do seu interesse social próprio), em face dos credores sociais, mediante a qualificação do sócio como *herrschendes Unternehmen* (empresa dominante: § 17 da AktGesetz) e a consequente aplicação analógica dos §§ 302, 303 e 322, da mesma AktGesetz, isto é, o regime dos “grupos de direito” da sociedade anónima (v. o resumo feito em RICARDO COSTA, *A sociedade por quotas unipessoal...* cit., págs. 534 e ss, com várias alusões bibliográficas de suporte). Sobre essa evolução jurisprudencial, v., por ex., HOLGER ALTMPEPPEN, “Grundlegend Neues zum ‘qualifiziert Faktischen’ Konzern und zum Gläubigerschutz in der Einmann-GmbH”, *ZIP*, 2001, págs. 1837 e ss, MARTINA BENECKE, “Existenzvernichtender Eingriff statt qualifiziert faktischer Konzern: die neue Rechtsprechung des BGH zur Haftung von GmbH-Gesellschaftern”, *BB*, 2003, págs. 1190-1191, STEFANO LOMBARDO/NILS WUNDERLICH, “Über den ökonomischen Sinn und Unsinn eines Haftungsdurchgriffs im Recht der Kapitalgesellschaften”, *German Working Papers in Law and Economics*, Paper 29, 2004, págs. 26-27, HANS GEORG-KOPPENSTEINER, “Anhang nach § 318 Konzernprävention. Qualifizierte Nachteilszufügung”, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 6, §§ 15-22 AktG, §§ 291-328 AktG und Meldepflichten nach §§ 21 ff. WpHG, SpruchG, 2004, págs. 1168 e ss, *Rdn.* 53 e ss, CHRISTIAN MÖLLER, *Die materiell unterkapitalisierte GmbH. Eine Untersuchung unter Berücksichtigung der Rechtsprechung zum existenzvernichtenden Eingriff und aus rechtsvergleichender Sicht*, 2005, págs. 109 e ss.

<sup>348</sup> Neste sentido, a decisão do caso *L-Kosmetik*: desde logo, o ponto 2 do Sumário (*loc. cit.*, pág. 848), e pág. 850. Com achegas relevantes, v. MARCUS LUTTER/NIRMAL ROBERT BANERJEA, “Die Haftung wegen Existenzvernichtung”, *ZGR*, 2003, pág. 405.

comercialização, para outras empresas; a privação de oportunidades de negócio e outras posições jurídicas essenciais (como certas parcerias negociais) em prejuízo da sociedade; a retirada da liquidez necessária ao funcionamento da empresa social <sup>349</sup>. Entre outras “medidas de risco” – ou “estratégias para a morte” <sup>350</sup> –, como a assunção de garantias relativamente a sociedades economicamente “mal paradas” sem as prevenções adequadas, a concessão de garantias aos sócios ou sociedades dominadas em relação a débitos com incumprimentos previsíveis, o pagamento não garantido das prestações dos créditos de sociedades do grupo sem respaldo no interesse da sociedade, etc. Estaria, assim, encontrada uma “porta” de entrada no domínio da *Durchgriffshaftung* para comportamentos que não se reconduziam, cumulativamente ou necessariamente, à “mistura de patrimónios” e/ou à “subcapitalização material” manifesta ou qualificada da sociedade <sup>351-352</sup>

---

<sup>349</sup> Estes desenvolvimentos foram sublinhados por mor de outras decisões do **BGH**, ambas de **13 de Dezembro de 2004**, os casos “*Autohändler/BMW-Vertragshändler*” e “*Unterschlagung/Handelsvertreter*”: in *BB*, 2005, respectivamente, pág. 232, ss, e pág. 286, ss. Para um resumo dos casos, v., por ex., VOLKER HEEG/NIKOLAUS MANTHEY, “Existenzvernichtender Eingriff – Fallgruppen der Rechtsprechung und Praxisprobleme”, *GmbHR*, 2008, págs. 799-800.

Na doutrina, v., particularmente, WOLFGANG SCHÖN, “Zur ‘Existenzvernichtung’ der juristischen Person”, *ZHR*, 2004, págs. 286 e ss, que se refere à perda das funções básicas e dos bens económicos, em articulação com “negócios altamente especulativos” a expensas dos credores, responsável pelo naufrágio da sociedade e subsequente insolvência; na sua senda, ULRICH WACKERBARTH, “Existenzvernichtungshaftung 2005: Unternehmerische Entscheidungen auf dem Prüfstand?”, *ZIP*, 2005, págs. 879, 887; ainda, com as remissões jurisprudenciais mais significativas, MARCUS LUTTER/NIRMAL ROBERT BANERJEA, págs. 414-415, VOLKER RÖHRICHT, “Insolvenzrechtliche Aspekte im Gesellschaftsrecht”, *ZIP*, 2005, pág. 515, CHRISTIAN MÖLLER, págs. 124, ss, MARC-PHILIPPE WELLER, “Die Neuausrichtung der Existenzvernichtungshaftung durch den BGH und ihre Implikationen für die Praxis”, *ZIP*, 2007, pág. 1684, FRANZ W. SCHAEFER/MARKUS STEINMETZ, “Neue Haftungsgrundlage für den existenzvernichtenden Eingriff”, *WM*, 2007, pág. 2269, DETLEF KLEINDIECK, “Ordnungswidrige Liquidation durch organisierte «Firmenbestattung»”, *ZGR*, 2007, págs. 299-301, 306-307, BARBARA DAUNER-LIEB, “Die Existenzvernichtungs Haftung als deliktische Innenhaftung gemäß § 826 BGB. Besprechung des Entscheidung BGH (Trihotel)”, *ZGR*, 2008, págs. 44-45, ALFRED HUECK/LORENZ FASTRICH, “Zweiter Abschnitt. Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter”, in ADOLF BAUMBACH/ALFRED HUECK, *GmbH-Gesetz: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, 2010, sub § 13, págs. 295-296, *Rdn.* 72, VOLKER HEEG/NIKOLAUS MANTHEY, pág. 799, 802. Em geral, HERBERT WIEDEMANN, “Reflexionen zur Durchgriffshaftung. Zugleich Besprechung des Urteils BGH – KBV”, *ZGR*, 2003, págs. 292-293, apelidou-as de “situações jurídicas susceptíveis de avaliação” (*bewertbare Rechtslagen*). Antes, já GÜNTHER ROTH, pág. 429, se referia a casos de responsabilidade do sócio por “*Entkapitalisierung*”, ou seja, a consumpção do património da sociedade ou outras medidas que levassem a empresa à ruína.

<sup>350</sup> Como foram chamadas por MARCUS LUTTER/NIRMAL ROBERT BANERJEA, pág. 415.

<sup>351</sup> Ou seja, uma inadequação ou desproporção absoluta (ou total) dos recursos patrimoniais da sociedade (oferecidos, em primeira linha, pelo sócio ou pelos sócios) para a consecução da actividade económica para a sociedade, que, na ausência sequer de financiamento (externo, através do recurso à banca ou a um instrumento de recolha de meios financeiros, como um empréstimo obrigacionista ou a emissão de papel comercial, por ex., ou o prolongamento de prazos de pagamento a fornecedores, e/ou interno, com recurso a empréstimos dos sócios), não pode deixar de ser reconhecida pelos sócios em face da dimensão do objecto(-empresa) social, do risco inerente ao volume de actividade programada e efectiva, das responsabilidades empresariais e dos imperativos(-exigências) de carácter financeiro, o que implica – essa evidência – a subsequente consciência(-conhecimento) pelos sócios da elevada probabilidade de insucesso da sociedade. Trata-se de conceito importado das experiências estrangeiras – v., somente a título de prova



mínima, PETER ULMER, “Gesellschafterdarlehen und unterkapitalisierung bei GmbH und GmbH & CO KG”, *Festschrift für Konrad Duden zum 70. Geburtstag*, 1977, pág. 679, ID., “Zweiter Abschnitt...”, *loc. cit.*, págs. 1069 e ss, em esp. 1071 e Rdn. 16 (com a definição de sociedade subcapitalizada), 1073-1074 e Rdn. 23, pág. 1089, Rdn. 55; HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht...* cit., págs. 570-573; GIUSEPPE PORTALE, “Capitale sociale...”, *loc. cit.*, págs. 29-30, 33-34; CARMEN BOLDÓ RODA, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*, 1996, págs. 409-413, 430-434; KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht* cit., págs. 240 e ss, com alusão à definição de sociedade subcapitalizada da autoria de Ulmer – e, no invólucro da validade (ou invalidade) de um princípio de congruência ou suficiência do “capital social” em relação à actividade social anunciada no estatuto, já enraizado entre nós: RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas. Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, volume II, 1989, sub art. 243º, págs. 78, 81-83 (a subcapitalização é “vício de organização” quando for “notória e considerável”); PAULO TARSO DOMINGUES, *Do capital social. Noção, princípios e funções*, 2004, págs. 229 e ss, ID., “Comentário geral aos arts. 87º a 93º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord.: J. M. Coutinho de Abreu, Volume II (Arts. 85º a 174º), 2010, págs. 42 e ss, em esp. págs. 44-45; MENEZES CORDEIRO, *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*, 2000, pág. 118 (mas com referência a algo de menos exigente, denominada de “subcapitalização relevante”); RICARDO COSTA, *A sociedade por quotas unipessoal...* cit., págs. 700 e ss (onde já inscrevera várias referências de direito estrangeiro); COUTINHO DE ABREU, “Diálogos com a jurisprudência, II – Responsabilidade dos administradores para com credores sociais e desconsideração da personalidade jurídica”, *DSR*, 2010, vol. 3, págs. 61-62; ALEXANDRE MOTA PINTO, *Do contrato de suprimento. O financiamento da sociedade entre capital próprio e capital alheio*, 2002, págs. 107-108 (e n. (210), preferindo a designação “não capitalização”), 124-127, 131-132; MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores da sociedade por quotas e a “desconsideração da personalidade jurídica”*, 2009, págs. 188-189 (colocando ênfase na alteração do objecto social como decisão dos sócios que determina a necessidade superveniente de mais meios), 209-210; porém, a Autora retira a subcapitalização da órbita da desconsideração, desde logo por falta de norma que obrigue os sócios a dotarem a sociedade de meios próprios e adequados à prossecução do objecto social, e reconduz o problema ao “âmbito da gestão efectiva da sociedade, com a possível responsabilização, nesse domínio, dos seus gerentes de direito e de facto” “pelos seus comportamentos, quando aqueles possam ter provocado ou agravado a insolvência da sociedade, bem como pela sua actuação na situação em que a sociedade está próxima da insolvência” (págs. 234 e ss, 640).

<sup>352</sup> Para a colocação da *Existenzvernichtungshaftung* na problemática da desconsideração da personalidade jurídica por abuso da pessoa jurídica e, por isso, como uma hipótese de responsabilidade ilimitada (através da redução teleológica das normas atributivas de irresponsabilidade aos sócios, como é o § 13 (2) da GmbHG) com efeitos externos (*Außenhaftung*) dos sócios para com os credores (com recurso ademais à analogia com a responsabilidade dos sócios na *offene Handelsgesellschaft* [=sociedade em nome colectivo do CSC, mas sem personalidade jurídica] pelas obrigações sociais, prevista nos §§ 128-129 do HGB], v., entre outros, GEORG BITTER, “Der Anfang vom Ende des ‘qualifiziert faktischen GmbH-Konzerns’ – Ansätze einer allgemeinen Missbrauchshaftung in der Rechtsprechung des BGH”, *WM*, 2001, págs. 2137 e ss, em especial 2139-2140 e 2141, MARCUS LUTTER/NIRMAL ROBERT BANERJEA, págs. 411 e ss, HERBERT WIEDEMANN, “Reflexionen zur Durchgriffshaftung...”, *loc. cit.*, págs. 285 e ss, em esp. 290-292, MARTINA BENECKE, “Existenzvernichtender Eingriff...”, *loc. cit.*, págs. 1193 e 1195, GERRIT HÖLZLE, “Existenzvernichtungshaftung, ‘Klimapflege’ und Insolvenzanfechtung”, *ZIP*, 2003, págs. 1381-1382 (e, depois, em “Materielle Unterkapitalisierung und Existenzvernichtungshaftung – Das Phantom als Fallgruppe der Durchgriffshaftung”, *ZIP*, 2004, págs. 1733-1734, 1736), HANS-GEORG KOPPENSTEINER, “Anhang § 318...”, *loc. cit.*, págs. 1183-1184, Rdn. 85-86, WOLFGANG SCHÖN, págs. 284-285, VOLKER RÖHRICHT, págs. 513 e ss, em esp. 514 e 516, WALTER BAYER/JAN LIEDER, “Zur Abwicklung der Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs und der Ersatzpflicht aus § 826 BGB in der Insolvenz”, *WM*, 2006, pág. 999 e ss, THOMAS RAISER/RÜDIGER VEIL, pág. 457.

Todavia, em face da falta de concisão dos fundamentos adiantados pela jurisprudência (v., para o caso “*Bremer Vulkan*”, MARCUS LUTTER/NIRMAL ROBERT BANERJEA, pág. 404), a respectiva construção foi dogmaticamente enriquecida com vários “modelos de fundamentação”. Destacaram-se aqueles que a viram, em alternativa, como uma responsabilidade interna (*Innenhaftung*) do sócio para com a sociedade, fosse por este ter violado grosseiramente o dever de diligência na gestão da sociedade como titular de património alheio e “interesse próprio” (*Sorgfaltshaftung*, com aplicação analógica das normas de responsabilidade societária dos administradores: arts. 43 da GmbHGesetz e 93 (5), frases 2 e 3, da Aktiengesetz), fosse por ter desrespeitado a “relação especial” de lealdade para com a sociedade. Na primeira das vertentes, conhecida

(embora alguns deles propiciem ou se venham a reflectir nessa “descapitalização”, como seja a hipótese de um sobreendivamento excessivo da sociedade subcapitalizada levar à perda em cascata de património, ou vice-versa, como a sociedade acabar subcapitalizada por facto de diminuição patrimonial não imputável aos sócios <sup>353</sup>) e, assim, compensar-se-iam as perdas dos credores (*Gläubigerausfall*).

por desenhar os sócios (nomeadamente o sócio quotista único) como um *Quasi-Fremdgeschäftsführer*, v. a doutrina, entre outros trabalhos, de HOLGER ALTMEPPEN: “Grundlegend Neues...”, *loc. cit.*, págs. 1841 e ss, em esp. 1842-1844 e 1847, “Zur Entwicklung eines neuen Gläubigerschutzkonzeptes in der GmbH”, *ZIP*, 2002, págs. 1560 e ss, em esp. 1562 e 1563, “Gesellschafterhaftung und ‘Konzernhaftung’ bei der GmbH”, *NJW*, 2002, págs. 323-324; ainda JAN WILHEM, “Zurück zur Durchgriffshaftung – das «KBV»-Urteil des II. Zivilsenats des BGH vom 24.6.2002”, *NJW*, págs. 178 e ss, em particular 179-180 (com explicitação de várias normas de legitimação activa dos credores em face da sociedade). Na segunda, v. KARSTEN SCHMIDT, “Gesellschafterhaftung und ‘Konzernhaftung’ bei der GmbH. Bemerkungen zum ‘Bremer Vulkan’-Urteil des BGH vom 17.9.2001”, *NJW*, 2001, págs. 3579-3580, PETER ULMER, “Von ‘TBB’ zu ‘Bremer Vulkan’ – Revolution oder Evolution?”, *ZIP*, 2001, pág. 2026, ss, 2029, ULRICH BURGARD, “Die Förder- und Treupflicht des Alleingesellschafters einer GmbH. Überlegungen zu einer gläubigerschützenden Corporate Governance bei der GmbH”, *ZIP*, 2002, págs. 831, 834 e ss, 839 (com interesse sobre esta *Sonderrechtsverhältnis* ou *Sonderverbindung* para com a sociedade, antes das pronúncias do BGH no início deste século, HANS-JOACHIM PRIESTER, “Die eigene GmbH als fremder Dritter. Eingensphäre der Gesellschaft und Verhaltenspflichten ihrer Gesellschafter”, *ZGR*, 1993, págs. 521 e ss).

Sobre as incertezas dogmáticas e de aplicação de regime, nomeadamente a subsidiariedade da responsabilidade em face das regras de protecção do capital social plasmadas nos §§ 30-31 da GmbHG, que conduziram a *Existenzvernichtungshaftung* a um “impasse” (*Sackgasse*) na conceptualização da ruptura do privilégio da responsabilidade limitada por causa de “abuso da forma jurídica”, v. ULRICH WACKERBARTH, págs. 880 e ss, BARBARA DAUNER-LIEB, págs. 37 e ss, CHRISTINE OSTERLOH-KONRAD, “Abkehr vom Durchgriff: Die Existenzvernichtungshaftung des GmbH-Gesellschafters nach ‘Trihotel’”, *ZHR*, 2008, págs. 277 e ss.

<sup>353</sup> Sobre a relação – absorvente ou diferenciada – entre a “*materielle Unterkapitalisierung*” e a “*Existenzvernichtungshaftung*” (ser ou não a subcapitalização material um dos seus “grupos de casos”), v., entre outra doutrina dividida, GEORG BITTER, págs. 2139-2140, HERBERT WIEDEMANN, “Reflexionen zur Durchgriffshaftung...”, *loc. cit.*, págs. 295-296, HOLGER ALTMEPPEN, “Grundlegend Neues...”, *loc. cit.*, págs. 1846, MARCUS LÜTTER/NIRMAL ROBERT BANERJEA, pág. 440, HANS-GEORG KOPPENSTEINER, “Anhang § 318...”, *loc. cit.*, págs. 1188-1189, *Rdn.* 95, ULRICH WACKERBARTH, pág. 880, WOLFGANG SCHÖN, pág. 290, MARC-PHILIPPE WELLER, pág. 1684, VOLKER HEEG/NIKOLAUS MANTHEY, págs. 800-801.

Entre nós, o caminho parece ser o de se separar rigidamente “subcapitalização” e “descapitalização”, sendo esta reservada para a situação de perda dos recursos patrimoniais da sociedade (ainda que à partida suficientes e adequados para o exercício da actividade que constitui o objecto social) por efeito do “mercado”, do “funcionamento da empresa” e do “desenvolvimento da actividade societária”, sem directa imputação a decisões dos sócios: v. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores...* cit., pág. 190 e ss, em esp. a n. (173), Autora que (não obstante as análises a págs. 289 e ss) não aceita que a descapitalização, enquanto tal, seja conscientemente causada pelos sócios, pois essas condutas estarão ao abrigo da submissão ao tipo legal de crime de «insolvência dolosa», enquanto que a conduta de “descapitalização” está submetida ao regime das “perdas graves”, entre nós regulada no art. 35º; PAULO TARSO DOMINGUES, “Artigo 201º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord.: J. M. Coutinho de Abreu, Volume III (Arts. 175º a 245º), 2011, pág. 220, ainda que o Autor aceite a descapitalização “provocada” em situações de insolvência iminente (merecedora de desconsideração), em contraponto à descapitalização “fortuita” (redução patrimonial devida às “vicissitudes e aos azares da vida empresarial”, atirada para os braços do art. 35º). Em Itália, já FABRIZIO GUERRERA, *Illecito e responsabilità...* cit., págs. 416-417, intuía a “anti-juridicidade” de a subcapitalização (sociedade sem capital adequado para a actividade programada ou desenvolvida ou sem meios patrimoniais indispensáveis) promover um “organismo económico virtualmente predestinado para a insolvência”, ou seja, descapitalizado.

Será este um trilho eventualmente a seguir pelos nossos tribunais, em especial quando esses “desvios patrimoniais” e “perdas subjectivas e negociais” assumem uma causalidade objectiva para um estágio de insolvência na “fase terminal” (*Endphase*)<sup>354</sup> da sociedade<sup>355</sup>. Neste sentido foi a evolução (-confirmação) da teoria da *Existenzvernichtungshaftung* no caso “Trihotel” (BGH, **16 de Julho de 2007**)<sup>356</sup>, em que a insolvência da sociedade apareceu como efeito causal da “retirada de valores” do património social (o hotel explorado pela sociedade e o gozo da propriedade onde a sociedade explorava esse mesmo hotel) para outra sociedade e o comportamento do sócio maioritário, ofensivo do dever de respeitar o compromisso funcional do património da sociedade, relevava o dolo específico(=intenção) de afectar a consistência patrimonial da sociedade em prejuízo da satisfação dos credores durante a respectiva vida útil<sup>357</sup>. Em contraponto a uma solução jussocietária *Durchgriff*, o tribunal superior alemão veio fundamentar a responsabilidade dos sócios em face dos credores numa causação dolosa de prejuízos com violação dos “bons costumes” (§ 826 do BGB)<sup>358</sup>

---

<sup>354</sup> DETLEF KLEINDIECK, “Ordnungswidrige Liquidation...”, *loc. cit.*, págs. 307, 310.

<sup>355</sup> Sobre a importância de a actuação causadora do prejuízo social (e creditício), traduzida no “ataque” à subsistência da sociedade, levar à insolvência da sociedade – que era um dos pressupostos da responsabilidade do sócio quotista único no caso *Bremer Vulkan* de 2001, em cúmulo com a “privação de património social” e a “falta de justificação ou compensação” para os “desvios patrimoniais” –, v. PETER ULMER, “Von ‘TBB’ zu ‘Bremer Vulkan’...”, *loc. cit.*, págs. 2023 e ss, MARCUS LUTTER/NIRMAL ROBERT BANERJEA, págs. 417 e ss, HANS-GEORG KOPPENSTEINER, “Anhang § 318...”, *loc. cit.*, págs. 1184 e ss, *Rdn.* 87 e ss (especificamente para as relações de domínio), ULRICH WACKERBARTH, págs. 881, 884-885 e 887 (que se refere expressamente ao estado de insolvência como “efeito-dominó” da actuação de “desvio patrimonial”), MARC-PHILIPPE WELLER, págs. 1685, 1689. Numa elucidativa síntese da insolvência (enquanto consequência da actuação “comercial” do sócio) como conteúdo essencial do pressuposto fundamental do *Tatbestand* da *Existenzvernichtungshaftung* – o abandono ou desinteresse pela sociedade (*Unterlassen*) –, v., desenvolvidamente, CHRISTIAN MÖLLER, págs. 126 e ss.

<sup>356</sup> In, por ex., *NJW*, 2007, pág. 2689. V., em síntese, o ponto 2 do Sumário.

<sup>357</sup> Se o exercício da influência dos sócios não conduzir *a final* a uma situação de insolvência, lança-se mão do conceito de *Existenzgefährdung*: por todos, v. HANS CRISTOPH GRIGOLEIT, págs. 281 e ss.

<sup>358</sup> Um aresto anterior do BGH de responsabilização delitual dos sócios perante os credores sociais por sistemática “deslocação” de património para a sociedade-filha já se baseava no § 826 do BGB – tratou-se do caso “*Klinik*”, de **20 de Setembro de 2004** (in *ZIP*, 2004, pág. 2138, ss). E alguma doutrina já se notabilizara por desenhar essa responsabilidade para indemnização dos danos patrimoniais causados pela actuação dos sócios com base nesse § 826 do BGB: v., entre outros, DETLEF KLEINDIECK, “Ordnungswidrige Liquidation durch organisierte «Firmenbestattung», *ZGR*, 2007, págs. 301 e ss, PATRICK BRUNS, “Literatur”, *ZHR*, 2007, págs. 592 e ss, ERICH SCHANZE, “Literatur”, *AcP*, 2007, págs. 278-279, BARBARA DAUNER-LIEB, págs. 40-41. Depois do *Trihotel*, o BGH enquadrou a responsabilidade em proveito de credores por força de *Existenzvernichtung* com base no mesmo preceito delitual dos “bons costumes”: tratou-se do caso “*Gamma*”, correspondente a decisão de **28 de Abril de 2008** (in *ZIP*, 2008, pág. 1232, ss), com recusa da pretensão do administrador da insolvência com base, entre outros pontos, na falta de intervenção (*Eingriff*) sobre o património que constitui a garantia dos credores sociais numa hipótese de sociedade subcapitalizada (cfr. ponto 1. do Sumário). Na doutrina, sobre esta decisão do BGH (que evidenciava que a responsabilidade delitual externa só apareceria em especiais casos isolados: ALFRED HUECK/LORENZ FASTRICH, pág. 279, *Rdn.* 41), v., com pormenor, HOLGER ALTMETPEN, “Zur vorsätzlichen Gläubigerschädigung, Existenzvernichtung und materiellen Unterkapitalisierung in der GmbH”, *ZIP*, 2008, págs. 1203 e ss, STEPHAN ULRICH, “BGH, Urteil von 28.4.2008 – II ZR 264/06 – “Gamma”. Der GmbHR-Kommentar”, *GmbHR*,

- logo, fundada não jussocietariamente numa cláusula geral do direito da responsabilidade civil delitual, que mantém intocada a subjectividade jurídica da sociedade - e como uma “pura responsabilidade interna” (*reine Innenhaftung*) em face da sociedade, depois aproveitada pelos credores <sup>359</sup>.

2008, págs. 810 e ss, GERHARD WAGNER, *Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 5, *Schuldrecht. Besonderer Teil III*, §§ 705-853, *Partnerschaftsgesellschaftsgesetz. Produkthaftungsgesetz*, 2009, sub § 826, págs. 2217-2218, *Rdn.* 123; entre nós, v. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “Contrato de franquia (*franchising*): o recurso à ‘desconsideração da personalidade jurídica’ para tutela dos interesses do franquizador - Acórdão do Tribunal da Relação do Porto, de 22.6.2009, Proc. 1201/09”, *CDP*, 2011, pág. 14 e n. (27), louvando-se na tendência jurisprudencial alemã para confortar a exclusão da *Existenzvernichtung* e da “subcapitalização material” dos “grupos de casos” subsumidos na “desconsideração da personalidade jurídica”; na mesma linha, ANA PERESTRELO OLIVEIRA, *Grupos de sociedades e deveres de lealdade. Por um critério unitário de solução do “conflito de grupo”*, 2012, págs. 626-627; no entanto, outra parte da nossa doutrina já reagiu em sentido contrário: “A doutrina portuguesa costuma importar da Alemanha (muitas vezes acriticamente) soluções jurídicas. Não se recomenda a importação do ‘produto Trihotel’” (COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II cit., pág. 183).

Não é essa uma via propriamente inovadora para fundamentar juridicamente a responsabilidade dos sócios em contexto alternativo à teoria de *Durchgriff* (como já dei conta em *A sociedade por quotas unipessoal...* cit., n. (951) - págs. 716 e ss). Desde há muito que o atentado doloso contra os *guten Sitten* é sustentado na Alemanha e adoptado nos tribunais como “fundamento especial de responsabilidade” pelo “exercício da gestão” pelos sócios, particularmente para a tutela dos danos sofridos pelos credores sociais na subcapitalização material manifesta: PAUL HOFMANN, “Zum ‘Durchgriffs’-Problem bei der unterkapitalisierten GmbH”, *NJW*, 1966, págs. 1945-1946 (e, criticamente, ULRICH IMMENGA, *Die personalistische Kapitalgesellschaft*, 1970, págs. 405 e ss); GEORG WINTER, *Die Haftung der Gesellschafter im Konkours der unterkapitalisierten GmbH*, Athenäum Verlag, Frankfurt am Main, 1973, pág. 99; GEORG KUHN, “Haften die GmbH-Gesellschafter für Gesellschaftsschulden persönlich?”, *Festschrift für Robert Fischer*, 1979, págs. 354-355; HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht...* cit., pág. 222; WERNER FLUME, págs. 85 e ss, em esp. pp. 87-90 (em acumulação com a penalização do sócio único ou dos sócios dominantes que intervêm na gestão e violação do dever de cuidado exigível pela condução dos negócios sociais, com a inerente “responsabilidade por gestão de negócios alheios” *em face da sociedade*); ULRICH KHALER, “Die Haftung des Gesellschafters im Falle der Unterkapitalisierung einer GmbH”, *BB*, 1985, págs. 1431, 1432 e ss, em esp. 1434; HARM PETER WESTERMANN, “Haftungsdurchgriff auf deliktsrechtlicher Grundlage. Zu den Entscheidungen der niederländischen Gerichte im Fall Osby-Niederland NV”, *AG*, 1985, págs. 201-202; GÜNTER WÜST, “Wege des Gläubigerschutzes bei materieller Unterkapitalisierung einer GmbH”, Teil I, *DStR*, 1991, págs. 1391-1392; HANS-JOACHIM MERTENS, “Zweiter Abschnitt. Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter. Anhang § 13. Durchgriff”, in MAX HACHENBURG, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) - Großkommentar*, 1992, págs. 580 e 581-582, *Rdn.* 15 e 18; PETER ULMER, “Zweiter Abschnitt...”, *loc. cit.*, págs. 1078, 1082-1083, 1086, *Rdn.* 32, 41-42, 49; CHRISTIAN MÖLLER, págs. 97-98; GERHARD WAGNER, págs. 2213, 2215 e ss, *Rdn.* 116, 119-120 (defendendo com veemência a aplicação da “norma central” da responsabilidade por “danos patrimoniais puros” em vez da desvalorização do princípio da responsabilidade limitada promovida pela *Durchgriffshaftung*, principalmente na responsabilidade pela “causação da insolvência”), 122; ALFRED HUECK/LORENZ FASTRICH, págs. 279 e ss, *Rdn.* 41, 45, 47-51. Com o apontamento das falhas que impossibilitariam o § 826 como “base apropriada para um aperfeiçoamento jurídico da responsabilidade do sócio”, HANS CHRISTOPH GRIGOLEIT, págs. 203, ss (a necessidade de uma específica fundamentação societária para a concretização dos pressupostos da contrariedade aos “bons costumes”, a prova do dolo como elemento subjectivo de aplicação da norma e a adversidade da canalização da indemnização dos danos sofridos pelos credores em favor da sociedade).

<sup>359</sup> Para as consequências e análise - em boa medida abonatória da clarificação dogmática e da simplificação mas também crítica, designadamente quanto à exigência de dolo no elemento volitivo e à assunção de uma responsabilidade interna para com a sociedade, que gera a compensação por perdas do património da sociedade - da adopção do § 826 do BGB como critério legal de fundamentação de uma responsabilidade delitual dos sócios como evolução superadora da técnica de *Durchgriff*, v.,

Para aqui interessa perceber que essas formas de *desinteresse pela subsistência e/ou de retirada das fontes nucleares de subsistência da sociedade* (mormente as que se movem com notórios embaraços de liquidez e solvabilidade e sem respeito, nomeadamente, pelos princípios de distribuição dos bens da sociedade <sup>360</sup>), que expõem a sociedade, de *forma injustificável e censurável* <sup>361</sup>, a

exemplificativamente, MARC-PHILIPPE WELLER, págs. 1682 e ss, HOLGER ALTMEPPEN, “Abschied vom ‘Durchgriff’ im Kapitalgesellschaftsrecht”, *NJW*, 2007, págs. 2559-2560, STEPHAN ULRICH, “Durchbrechung der Haftungsbeschränkungen im GmbH-Unternehmensverbund und ihre Grenzen”, *GmbHRR*, 2007, págs. 1292 e ss, DIETER LEUERING/DANIEL RUBNER, “Neues Konzept der Existenzvernichtungshaftung”, *NJW Spezial*, 2007, págs. 363-364, JOCHEN VETTER, “Die neue dogmatische Grundlage des BGH zur Existenzvernichtungshaftung”, *BB*, 2007, págs. 1965 e ss, FRANZ W. SCHAEFER/MARKUS STEINMETZ, págs. 2268 e ss, 2271-2272, CHRISTINE OSTERLOH-KONRAD, págs. 281 e ss, MARKUS GEHRLEIN, “Die Existenzvernichtungshaftung im Wandel der Rechtsprechung”, *WM*, 2008, págs. 763 e ss; de entre os críticos e “limitadores” da jurisprudência-Trihotel, v. RÜDIGER THEISELMANN, “Die Existenzvernichtungshaftung”, *GmbHRR*, 2007, págs. 904 e ss, BARBARA DAUNER-LIEB, págs. 41 e ss (que conclui pelo sinal claro de que o privilégio da responsabilidade limitada se iria perder mais raramente), MARTIN SCHWAB, “Die Neuauflage der Existenzvernichtungshaftung: Kein Ende der Debatte!”, *ZIP*, 2008, págs. 343 e ss, 350, HARTWIG HENZE, “Zur Kontinuität der Rechtsprechung im Gesellschaftsrecht”, *ZHR*, 2008, págs. 131-132, GÜNTER HÖNN, “Roma locuta? – Trihotel, Rechtsfortbildung und die gesetzliche Wertung”, *WM*, 2008, págs. 771 e ss, 778, KARSTEN SCHMIDT, “GmbH-Reform auf Kosten der Geschäftsführer? Zum (Un-)Gleichgewicht zwischen Gesellschafterrisiko und Geschäftsführerrisiko im Entwurf eines MoMig und in der BGH-Rechtsprechung”, *GmbHRR*, 2008, págs. 456 e ss (que critica a falta de senso dogmático e político do recurso à norma tuteladora dos “bons costumes”), HANS-GEORG KOPPENSTEINER, “Neues zur Existenzvernichtungshaftung”, *JBlätter*, 2008, págs. 749 e ss, em esp. 755-757, GERHARD WAGNER, págs. 2214-2215, 2216-2217, *Rdn.* 118 e 120, ALFRED HUECK/LORENZ FASTERICH, pág. 284, *Rdn.* 49, pág. 286, *Rdn.* 53, págs. 290, *Rdn.* 57-59, págs. 292 e ss, *Rdn.* 63 e ss.

<sup>360</sup> Expostos, desde logo, nos arts. 29º e 31º a 34º (tradutores, entre outros, do chamado princípio da intangibilidade do capital social), “finalisticamente dirigidos a impedir que o património da sociedade seja transferido para os sócios com detrimento da garantia dos credores” (PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social nas sociedades comerciais*, 2008, pág. 295). Sobre a atribuição de bens aos sócios, v. PAULO TARSO DOMINGUES, *Do capital social...* cit., págs. 137 e ss, e, mais desenvolvidamente, ID., *Varições sobre o capital social*, 2009, págs. 250 e ss.

<sup>361</sup> O que exclui os “ataques bagatelares” (*Bagatelleingriffe*) à conservação da capacidade da sociedade para responder às suas obrigações, como se determinou no caso *KBV* (cfr. ponto 1 do Sumário). Nesse grupo integrar-se-ia o agravamento das obrigações sociais quando a sociedade está perto da insolvência que, como consequência, teve “somente” uma aceleração desse mesmo estágio de insolvência – v. MARCUS LUTTER/NIRMAL ROBERT BANERJEA, pág. 415, CHRISTIAN MÖLLER, pág. 129.

É neste domínio que se discute a necessidade de concretização da “qualidade especial” – ou “avaliação qualitativa” – do ataque ao património da sociedade: por todos, no âmbito das deficiências (desde logo por falta de base normativa) da tese da “proibição do atentado à existência da sociedade”, HANS CRISTOPH GRIGOLEIT, págs. 286-287. A doutrina mais proeminente oferecera um critério: a relevância estaria nas “medidas” ou “omissões estratégicas” para a sociedade (e não, por regra, nas operações negociais do dia-a-dia), desde que comportassem *ex ante* um risco *injustificável*; isto é, nenhum sócio incorre numa responsabilidade por “causação de insolvência” por ter assumido “riscos limitados” – refiro-me a KARSTEN SCHMIDT, “Gesellschafterhaftung und ‘Konzernhaftung’...”, *loc. cit.*, pág. 3580. Na sua esteira, MARCUS LUTTER/NIRMAL ROBERT BANERJEA, págs. 415-416, que consideram em esp. as medidas que geram a necessidade de liquidação da sociedade (com um exemplo: a sociedade que, sem cobertura suficiente de capital próprio, investe num novo sector produtivo, em que se calcula uma considerável perda inicial e não pode fazer uso de crédito externo); ao invés, HANS CRISTOPH GRIGOLEIT, pág. 287, considera que a existência da “empresa social” pode inviabilizar-se com a assunção de riscos “normais” e que um eventual critério de *Existenzvernichtungshaftung* não dispensa a avaliação da “influenciação” do sócio (desde logo na actividade comercial “regular” da sociedade), que necessariamente pressupõe um “padrão qualitativo” importante para a sua eventual responsabilização em defesa dos credores sociais.

um risco *ameaçador* para a sua existência <sup>362</sup>, devem ser fundamento para uma *responsabilidade externa dos sócios em face dos credores-terceiros* com base no instrumento *praeter legem* da desconsideração. Tudo começa por assentar numa concepção substancialista da personalidade jurídica societária que admite romper o formalismo da personificação e da separação patrimonial entre a sociedade e os seus sócios. Depois, na rejeição de uma responsabilidade interna de natureza delitual, que, uma vez satisfeita com o ingresso do montante indemnizatório no património social, pudesse aproveitar aos credores: julgo que colocar a legitimidade processual passiva na invocação desse direito nas mãos da sociedade e de quem a controla desvia a iniciativa para uma esfera subjectiva que não coincide com a dos credores penalizados (mesmo que possa gizar-se a hipótese de fazer funcionar um mecanismo subrogatório nos termos gerais) e, por isso, detentores de uma legitimidade própria para invocar que os sócios “abusadores” respondam pelo incumprimento social <sup>363</sup>. Para além do mais, coloca manifestos escolhos adjectivos, entre os quais o mais óbvio será, na hipótese de a credora da responsabilidade ser a sociedade, a falta de legitimidade dos credores nos procedimentos de garantia dos bens dos sócios a responsabilizar (*maxime*, v. arts. 605º, n.º 1, 610º e 616º, n.º 1, 619º, n.º 1, do CC., e 406º, n.º 1, do CPC) <sup>364</sup>.

Finalmente, a desconsideração nestas circunstâncias não deixa de ser mais uma resposta a uma manifestação de abuso *institucional* <sup>365</sup> (e, se for o caso,

---

<sup>362</sup> Para além do referido na n. anterior, siga também a sistematização de casos para os “ataques qualificados e desfavoráveis” contra a (consistência patrimonial da) sociedade de HANS-GEORG KOPPENSTEINER, “Anhang § 318...”, *loc. cit.*, págs. 1186 e ss, *Rdn.* 93 e ss, e o seu *existenzbedrohendes Risiko* (*Rdn.* 95, pág. 1188), exemplificado na concessão de empréstimo duvidoso ou arriscado em situações de domínio grupal.

<sup>363</sup> Ainda sobre a perda do privilégio da responsabilidade limitada (operada pela redução teleológica das normas que o atribuem: entre nós, os arts. 197º, n.º 3, e 271º do CSC) como consequência do desrespeito pelo sócio da “adequada partilha de risco” entre sócios e credores sociais em que assenta tal privilégio das sociedades de capitais, nas hipóteses de condutas abusivas unilateralmente realizadas à custa dos interesses dos credores, v., por todos, GEORG BITTER, págs. 2139-2140. Não se olvide, porém, que este modelo de *Durchgriff* assente na redução (na prática, não aplicação) da norma que retira responsabilidade externa ao sócio tem sido objecto de reacção na doutrina alemã: entre outros, v., com percursos doutrinários (particularmente de Eckhold e Weitbrecht), CHRISTIAN MÖLLER, *Die materiell unterkapitalisierte GmbH. Eine Untersuchung unter Berücksichtigung der Rechtsprechung zum existenzvernichtenden Eingriff und aus rechtsvergleichender Sicht*, 2005, págs. 82 e ss, em esp. 95 e ss, e HANS CRISTOPH GRIGOLEIT, págs. 239 e ss.

<sup>364</sup> É um argumento da mais elementar importância prática: siga COUTINHO DE ABREU, “Diálogos com a jurisprudência, II – Responsabilidade dos administradores...”, *loc. cit.*, pág. 60, aquando das suas reflexões sobre a viabilidade da importação da teoria da *Existenzvernichtungshaftung* como “responsabilidade interna” para o nosso direito societário, tendo em conta a posição dos credores sociais requerentes dos arrestos pessoais dos sócios a responsabilizar. A propósito, sobre os meios de conservação da garantia patrimonial dos credores, v. ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações* cit., págs. 848 e ss.

<sup>365</sup> Pois o que é verdadeiramente típico do controlo feito pelo instituto do abuso de direito é “a desconformidade entre a imagem estruturalmente correcta (ou corrigida) do direito subjectivo e a missão que a este último funcionalmente se assinou”, a “correspondência presumida entre o poder jurisdicção estruturalmente considerado e o poder jurisdicção funcionalmente autorizado”: ORLANDO DE CARVALHO,

*individual*) na utilização e funcionamento da “forma jurídica societária”<sup>366</sup>: o sócio que, pela regra, não responde pelas dívidas da sociedade perante os credores,

---

*Teoria Geral do Direito Civil. Sumários desenvolvidos para uso dos alunos do 2º Ano (1ª Turma) do Curso Jurídico de 1980/81, 1981, pág. 57.*

<sup>366</sup> E da confiança exigida pelo tráfico jurídico na utilização funcionalmente adequada do património social: v., sobre o ponto, HERBERT WIEDEMANN, “Reflexionen zur Durchgriffshaftung...”, *loc. cit.*, págs. 285 e ss, em esp. 290-291 e 292 (exemplar sobre a dicotomia entre esta responsabilidade dos sócios decorrente do seu próprio estatuto e a responsabilidade dos administradores pelos seus erros de gestão: *Statusverantwortung vs Handelndenhaftung*), e GERRIT HÖLZLE, págs. 1380-1381; pela desvalorização do recurso ao abuso de direito (individual, atentatório da boa fé consagrada no § 242 do BGB, ou institucional) na teoria do *Durchgriff*, para mais quando é convocado o § 826 do BGB, v. THOMAS RAISER/RÜDIGER VEIL, pág. 462. [Àquele propósito clarificador de Wiedemann – presente desde logo no seu *Gesellschaftsrecht...cit.*, págs. 219-220, onde se declara a insusceptibilidade de fazer ingressar no mecanismo da desconsideração situações com fundamento *autónomo*, como o da responsabilidade pelos comportamentos ou qualidades dos órgãos dos gerentes e administradores sociais, onde rege a disciplina da organização e representação societárias; no mesmo sentido, em Espanha, CATALINA RUIZ-RICO RUIZ, “El levantamiento del velo en las sociedades mercantiles: Argumentaciones jurídicas tendentes a reducir su aplicabilidad”, *ADC*, 2000, pág. 929 –, registo mais uma vez que, na doutrina portuguesa, existe quem explique com base numa *concepção ampla* de desconsideração (admitida por MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil... cit.*, pág. 333) as hipóteses previstas por lei de responsabilidade dos sócios e/ou membros dos órgãos sociais previstas nos arts. 78º a 82º (enquanto *previsões de responsabilidade civil*: BRITO CORREIA, *Direito Comercial*, 2º volume, *Sociedades Comerciais*, 1989 (reimp. 1997), págs. 239, 244, ID., *Os administradores de sociedades anónimas cit.*, pág. 214, PUPO CORREIA, *Direito comercial. Direito da empresa*, 2005, pág. 199, MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Comerciais anotado e regime jurídico dos procedimentos administrativos de dissolução e de liquidação de entidades comerciais (DLA)*, 2011, sub art. 78º, pág. 289, anot. 7), as situações de violação de normas indeterminadas ou de princípios por “pessoas que têm a seu cargo a administração de pessoas colectivas” que “agem sem a diligência legalmente requerida para tais funções” (MENEZES CORDEIRO, *O levantamento... cit.*, pág. 147) e a responsabilidade do sócio pela actuação danosa de administrador perante a sociedade ou os sócios por culpa *in eligendo* prevista no art. 83º, n.ºs 1 e 3 (BRITO CORREIA, *ibid.*, pág. 244, MENEZES CORDEIRO, *últ. ob. cit.*, pág. 82). Alinhando nesse “conceito de desconsideração em sentido amplo”, v. o Ac. do **STJ de 26 de Junho de 2007** (in *CJ/STJ*, 2007, II, pág. 131 e ss, a págs. 136).]

Persisto em sustentar, quanto à via do abuso institucional por excesso manifesto dos «limites impostos pelo fim social ou económico» previstos no art. 334º do CCiv. (*rectius*, precipitado no uso ilegítimo da faculdade jurídica primária de constituir sociedades), aquilo que defendi em *A sociedade por quotas unipessoal... cit.*, n. (951) – págs. 725-726. Também COUTINHO DE ABREU, “Diálogos com a jurisprudência, II – Responsabilidade dos administradores...”, *loc. cit.*, págs. 56, 57 e 59, concretizou esta fundamentação normativa da desconsideração para efeitos de responsabilidade (já gizada em *Da empresarialidade... cit.*, pág. 210 e n. (540)), assim como DIOGO PEREIRA DUARTE, *Aspectos do levantamento... cit.*, em esp., na busca de “disfuncionalizações manifestas da personalidade colectiva”, págs. 313 e ss, 339-340, 352, 372. Menos recentemente: PEDRO CORDEIRO, *A desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais*, 1989 (1994), págs. 103 e ss, 114 e ss, 158-159, 164-165, 171-172 (embora referindo-se, em superação do abuso de direito, ao “abuso de instituto” resultante da “desfuncionalização da responsabilidade limitada” como “abuso da limitação de responsabilidade”, que obrigaria, *de iure condito*, a uma norma de integração *ad hoc* nos termos do art. 10º, n.º 3, do CCiv.); BRITO CORREIA, *ibid.*, pág. 244; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, Volume IV, *Sociedades Comerciais*, 2000, págs. 84 e 86 e ss, quando sentencia que a desconsideração, não obstante apelar à “acomodação de muitos institutos conhecidos”, é a manifestação do “limite funcional intrínseco de todo o instituto jurídico” e só se opera se a “desfuncionalização da sociedade comercial” for intolerável – isto é, “se contraria ou não uma determinação injuntiva da função que é postergada” –, reconhece que o fundamento mais próximo da desconsideração é o abuso do direito e a referência deste ao fim económico ou social no art. 334º do CCiv.; PINTO FURTADO, *Curso de direito das sociedades*, com a colaboração de Nelson Rocha, 2004, pág. 251; hiperbolizando o carácter do “abuso do instituto”, porém, v. CATARINA SERRA, “Desdramatizando o afastamento da personalidade jurídica (e da autonomia patrimonial)”, *Julgar*, 2009, pág. 117.

perde o direito de invocar essa irresponsabilidade <sup>367</sup> e é demandado a responder pelas obrigações sociais, na qualidade de um terceiro obrigado ao cumprimento de uma dívida alheia <sup>368</sup>.

Mas não se desaproveite o abuso individual pela violação dos «limites impostos pela boa fé», particularmente quanto os sócios lesantes desrespeitam notoriamente as expectativas criadas junto do credor-parceiro negocial e/ou vão contra a confiança intersubjectiva depositada na solvência da sociedade e na manutenção de uma postura de correcção, lealdade e fidelidade para com a parte credora (v. as págs. 724-725 da n. cit.; na doutrina, v. sobre esta modalidade de abuso, SOUSA RIBEIRO, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, 1999, págs. 505 e 509). Optando por esse trilho para o levantamento como “instituto de enquadramento”, v. MENEZES CORDEIRO, *O levantamento...* cit., págs. 123-124, 148-149, 153 (a exigência de boa fé será o suporte do “levantamento estrito”), ID., *Código das Sociedades Comerciais anotado...* cit., sub art. 5º, págs. 89, 91, anots. 14, 24 e ss, sub art. 78º, pág. 289, anot. 7 (desconsideração por “contrariedade à boa fé”). Na jurisprudência, ambas as vias têm sido aceites: v. os Acs. da **Relação de Lisboa**, de **29 de Abril de 2008** (in *CJ*, 2008, II, pág. 130 e ss, em esp. pág. 133) – que até admite a violação dos «bons costumes» no que tange à conformidade com a “ética dos negócios” –, e da **Relação do Porto**, de **29 de Junho de 2009** (in *www.dgsi.pt*, processo 1201/09.1TBMAI.P1).

Na Alemanha, v., em especial para a inflicção de “risco elevado” para os credores na subcapitalização material, OTTMAR KUHN, págs. 214 e ss, GEORG KHUN, pág. 357, PETER ULMER, “Zweiter Abschnitt...”, *loc. cit.*, pág. 1093, *Rdn.* 65, HANS CRISTOPH GRIGOLEIT, pág. 239 (com crítica a pág. 242).

<sup>367</sup> O abuso de direito é sancionado, em primeira linha, com a falta de direito e, nas palavras de ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria geral do direito civil...* cit., pág. 70, a “ilegitimidade de um exercício que com ele se titula” (v. também CUNHA DE SÁ, *Abuso do direito*, 1973 (reimp. 2005), pág. 634, que a etiqueta como “actuação sem direito, em carência do direito”; ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações* cit., pág. 83). Depois aspira, ainda na pena de Orlando de Carvalho, à “sua prevenção, se ainda não se iniciou”, à “sua cessação, se se iniciou e continua”, e, “quer aí quer quando já se consumou”, à “eliminação do resultado lesivo: a reposição, se possível, do status quo ante e, em qualquer caso, a indemnização de perdas e danos” (sublinhei). Para concretizações destas linhas sancionatórias gerais, v. uma vez mais CUNHA DE SÁ, págs. 647 e ss.

<sup>368</sup> Neste sentido, com rigor, v., por ex., PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Variações sobre o capital social* cit., pág. 170.

É isso que se passa nas normas legais que positivam a desconsideração para efeitos de responsabilidade dos sócios. Independentemente da observância dos requisitos previstos nessas normas, o sócio vai responder excepcionalmente por uma dívida alheia nos casos dos arts. 84º, 270º-F e 501º. Embora parta desta imputação directa ao sócio das consequências pelo incumprimento das obrigações negociais em razão da utilização abusiva da personalidade jurídica das sociedades, temos hoje doutrina nacional que entende tal não traduzir em rigor uma responsabilização directa por dívidas – como parece ser igualmente o entendimento de PINTO FURTADO, *Curso de direito das sociedades* cit., pág. 255 –, mas antes uma “re-imputação das relações por via da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade” ao sócio (concreta, enquanto “reportada à específica relação jurídica no quadro da qual se verificou a violação”, ou genérica, “se a actuação violadora das regras se apresentou como reiterada ou grave”) – aludo a CASSIANO DOS SANTOS, *A sociedade por quotas unipessoal. Comentários e anotações aos artigos 270º-A a 270º-G do Código das Sociedades Comerciais*, 2009, pág. 55 (= “Sociedades unipessoais por quotas, exercício individual e reorganizações empresariais – reflexões a propósito do regime legal”, *DSR*, 2009, vol. 1, pág. 121).

Concordantemente, no que toca à natureza “desconsiderante” dessas (ou de algumas dessas) normas, v. PEDRO CORDEIRO, págs. 69-70, 133-134; BRITO CORREIA, *Direito Comercial*, 2º volume cit., pág. 244; COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade...* cit., n. (541) – pág. 210, ID., “Diálogos com a jurisprudência – II, Responsabilidade dos administradores...”, *loc. cit.*, n. (29) – pág. 60; PUPO CORREIA, *Direito comercial...* cit., pág. 199; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, Volume IV cit., págs. 77, 81, aludindo à “desconsideração positivamente estatuída”, 612-613; MENEZES CORDEIRO, *O levantamento...* cit., págs. 81-82, 153, ID., *Manual de direito das sociedades*, II volume, *Das sociedades em especial*, 2007, pág. 475; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria geral...* cit., págs. 185-186, referindo-se à “desconsideração legal”; JOSÉ MARQUES ESTACA, *Código das Sociedades Comerciais anotado e regime jurídico dos procedimentos administrativos de dissolução e de liquidação de entidades comerciais (DLA)*, coord.: António Menezes



Ademais, continuo a defender que a relevância do abuso – se quisermos, a sua bitola e a determinação do “não abuso” em face de um “uso abusivo do tipo”<sup>369</sup> relevante – carece de uma actuação em fraude à lei atributiva do privilégio da separação patrimonial da sociedade e da conseqüente responsabilidade limitada que assiste aos sócios, através da qual se eximem ao cumprimento de obrigações perante terceiros (*resultado*) mediante a elisão da norma geral do art. 601º do CCiv. (*meio*). O que interessa aqui não é tanto um ou alguns negócios fraudulentos, enquanto actos negociais através dos quais se tenta elidir uma norma imperativa de maneira a alcançar um resultado análogo ao resultado proibido. Antes importa identificar um conjunto (porventura alargado e reiterado no tempo) de actuações negociais e jurídicas susceptíveis de evitar a aplicação da regra da responsabilidade universal (e pessoal, se assim for) pelos encargos formalmente imputados à sociedade, determinadas pela procura de satisfação desse interesse concreto, que se afigura ilegítimo. Assim, interessará sempre visualizar na conduta do sócio ou dos sócios – nomeadamente, *o sócio único e o ou os sócios de “controlo” que activamente participam ou influenciam a administração da sociedade* – uma combinação de actos (acções ou omissões), ainda que formalmente lícitos, para atingir um fim ilegítimo, visível num resultado danoso: o desfavorecimento dos interesses de autonomia e suficiência económico-patrimonial da sociedade, que se actualiza no momento da insatisfação dos direitos creditícios, resultado da delapidação do património social e da capacidade empresarial da sociedade. Se assim é, ou seja, se o complexo de interesses perseguido pelos factos protagonizados pelo sócio ou pelos sócios *durante societate* são diversos daqueles que são próprios do esquema de organização

---

Cordeiro, 2011, *sub* art. 270º-F, pág. 787, anot. 8; CATARINA SERRA, “Desdramatizando o afastamento...”, *loc. cit.*, págs. 122, 123-124, 124-125; ARMANDO TRIUNFANTE/LUÍS TRIUNFANTE, “Desconsideração da personalidade jurídica – Sinopse doutrinária e jurisprudencial”, *Julgat*, 2009, págs. 137 e ss, juntando o art. 58º, n.º 3, em articulação com a anulabilidade das deliberações abusivas prevista no art. 58º, n.º 1, al. b) (a mesma posição de ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades comerciais. Valores mobiliários e mercados*, 2011, págs. 50-51; contra: OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito comercial*, vol. IV cit., n. (36) – pág. 80), e o art. 378º do CT. No mesmo sentido, v. o Ac. do **STJ** de **26 de Junho de 2007** (cit. a n. 366), pág. 136, e, de certo modo, o Ac. de **31 de Maio de 2005**, in *www.dgsi.pt*, processo 05A1413 (“Tem [a responsabilidade da sociedade dominante consagrada no art. 501º do CSC] natureza legal (decorrente de uma norma prevista na lei societária e não da desconsideração da personalidade jurídica da sociedade filha)” (ponto II do Sumário). Expressamente no caso do art. 84º, v. ANA MARIA PERALTA, “Sociedades unipessoais”, *Novas perspectivas do direito comercial*, 1988, pág. 265, MARIA ÂNGELA COELHO, “A limitação de responsabilidade do comerciante individual: o EIRL e a sociedade por quotas unipessoal em confronto”, *Os quinze anos de vigência do Código das Sociedades Comerciais*, 2003, pág. 39, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores... cit.*, *passim*, em esp. n. (281) – págs. 266-267, págs. 370-371, 403; contra, para esse mesmo preceito, CASSIANO SANTOS, *A sociedade por quotas unipessoal... cit.*, pág. 53.

<sup>369</sup> ALONSO UREBA, “Presupuestos de la responsabilidad social...”, *loc. cit.*, pág. 647.

societária (privilegiada em termos patrimoniais), é razoável concluir que há um *desvio funcional*<sup>370</sup> e o agente-sócio(s) actua(m) *fraudulentamente*.<sup>371</sup>

---

<sup>370</sup> V., para o direito brasileiro – com positivação genérica (e atingindo o património de outras pessoas que não só os sócios): «Em caso de abuso da personalidade jurídica, caracterizado pelo desvio de finalidade, ou pela confusão patrimonial, pode o juiz decidir, a requerimento da parte, ou do Ministério Público quando lhe couber intervir no processo, que os efeitos de certas e determinadas relações de obrigações sejam estendidos aos bens particulares dos administradores ou sócios da pessoa jurídica» (art. 50 do CCBBr.); cfr. ainda o art. 28 do CDCBr. –, FÁBIO KONDER COMPARATO/CALIXTO SALOMÃO FILHO, *O poder de controle na sociedade anônima*, 2008, págs. 356-357: “essa disfunção ocorrerá sempre que o comportamento do sócio ou a relação estabelecida torna inútil ou ineficaz a organização societária”. Por isso, a págs. 479, os Autores sublinham que o *método* da desconsideração implica sempre que o acto (em rigor, a *actividade*) se desenrole com “participação da organização societária”. Antes, focando-se na utilização do instituto societário para finalidades consideradas em contradição com os princípios básicos do ordenamento jurídico (“crise de função” do instituto) e as técnicas de *disregard* ou de *Durchgriff* como um sintoma que denuncia a existência de um desvio da função que lhe foi assinalada pelo legislador e almejam evitar o surgimento concreto de novos casos de desvio, principalmente por servirem de inspiração à interpretação de normas legais específicas, v. LAMARTINE CORRÊA DE OLIVEIRA, *A dupla crise da pessoa jurídica*, 1979, págs. 262-263, 608.

<sup>371</sup> Para a defesa do concurso do princípio da “fraude à lei” na invocação da desconsideração responsabilizadora prevista no art. 270º-F, n.º 4, CSC, para as sociedades por quotas unipessoais, v. RICARDO COSTA, *A sociedade por quotas unipessoal...* cit., n. (950) – págs. 712 e ss (“actuação concertadamente fraudulenta de desfavorecimento dos interesses de autonomia e suficiência” da sociedade), com indicações bibliográficas de suporte. Prolonguei-a como pressuposto geral em “Desconsiderar ou não desconsiderar...”, *loc. cit.*, págs. 12 e 14, que recuperei em parte para o texto. Aliás, esse meu excerto – e apoio jurisprudencial – consta do Ac. do **STJ** de **26 de Junho de 2007** (cit. a n. 366), desde logo no ponto II do Sumário e depois a págs. 138 e 140, mas sem citação da respectiva autoria...

Utilizando também os pressupostos da fraude à lei, seja na sua modalidade objectiva seja na sua modalidade subjectiva, para operar a “desconsideração extralegal” da personalidade jurídica das sociedades, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria geral...* cit., págs. 186 e ss e, em esp., n. (180) – “(...) a consequência da fraude à lei (...) é a ilicitude e pode traduzir-se (...) na irrelevância das situações de facto ou de direito criadas com o intuito fraudulento de evitar ou de provocar um resultado que se traduz na frustração da intencionalidade normativa subjacente à injuntividade legal, isto é, à ordem pública”; também PUPO CORREIA, *Direito comercial...* cit., pág. 199. (Ambos os Autores ainda alegam a nulidade dos negócios destinados a defraudar os direitos dos credores: arts. 280º, 281º e 284º do CCiv.) Numa concepção próxima, ARMANDO TRIUNFANTE/LUÍS TRIUNFANTE, págs. 142 e 143, filtram o relevo impositivo da “superação da formalidade das regras que vigoram no direito das sociedades, nomeadamente a autonomia jurídica da sociedade e a limitação da responsabilidade dos sócios”, pela co-envolvência de um juízo de “censura”, isto é, o agente ter actuado em desconformidade com os padrões de conduta exigíveis a alguém na sua posição; ora, tal juízo, adiantam, poderá estar relacionado com a demonstração de uma “postura de fraude à lei”. Contra: OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, Volume IV cit., pág. 82, MENEZES CORDEIRO, *O levantamento...* cit., pág. 148.

Para uma refracção jurisprudencial da exigência de uma “actuação em fraude à lei” em arestos relativos a casos em que a desconsideração da personalidade jurídica foi alegada para imputar situações jurídicas contratuais-laborais à verdadeira sociedade contratante, v. os Acs. da **Relação do Porto**, de **8 de Julho de 2004** (in *www.dgsi.pt*, processo 0442061) e de **24 de Janeiro de 2005** (in *www.dgsi.pt*, processo 0411080), da **Relação de Lisboa**, de **9 de Dezembro de 2008** (in *www.dgsi.pt*, processo 5829/2008-4), e do **STJ**, de **19 de Março de 2009** (in *www.dgsi.pt*, processo 08S3259); no mesmo sentido, mas para o relevo de uma eventual desconsideração para efeitos de imputação da exploração de estabelecimento comercial numa situação de confusão de esferas de actividade entre duas sociedades com os mesmos dois sócios, v. o Ac. da **Relação do Porto**, de **13 de Junho de 2005** (in *www.dgsi.pt*, processo 0540646); também o Ac. da **Relação do Porto**, de **25 de Março de 2010** (in *www.dgsi.pt*, processo 3980/07.1TBPRD.P1), para a possível responsabilidade de um sócio que utiliza a sociedade para “contornar uma obrigação legal ou contratual que ele, individualmente, assumiu, ou para encobrir um negócio contrário à lei, funcionando como interposta pessoa” (pág. 10/11).

*Abuso de direito e fraude à lei*<sup>372</sup> são, por isso, os requisitos para reduzir o privilégio da responsabilidade limitada e fazer responder os sócios pelas dívidas da sociedade não pagas e impossibilitadas de serem pagas pelas forças patrimoniais da sociedade. Da sua concatenação deriva a lesão de interesses legítimos dos credores sociais, que, sendo a projecção externa do abuso fraudulento, expõe o sócio à necessária reprovação do direito<sup>373</sup>. Sem mais requisitos para esse efeito de *responsabilidade*, sendo este ainda e só efeito negocial, relativo ao cumprimento da relação entre a sociedade e os seus credores<sup>374</sup>.

Por isso, uma coisa é submeter o sócio à sanção da responsabilidade ilimitada por redução teleológica do campo de aplicação das normas consagradoras da autonomia patrimonial (em princípio plena) das sociedades<sup>375</sup>:

---

<sup>372</sup> Para as suas diferenças, v., por todos, COUTINHO DE ABREU, *Do abuso de direito. Ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*, 1983 (reimp. 2006), págs. 84-85.

<sup>373</sup> Sobre a lesão de interesses e a projecção negativa sobre a esfera jurídica de outrem como critério de sanção do abuso de direito, v. ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria geral do direito civil...* cit., págs. 63, 69-70.

<sup>374</sup> Ou seja, tratando-se de uma responsabilidade negocial(-patrimonial) da sociedade perante os credores (neste sentido clarificador, v. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores...* cit., n. (147) – pág. 163; lá fora, FABRIZIO GUERRERA, *Illecito e responsabilità...* cit., págs. 418-419), os requisitos a verificar são os atinentes a essa responsabilidade, nos termos dos arts. 798º e ss do CCiv., na relação entre credor e sociedade. Logo, no que respeita à actuação do sócio, censura-se *objectivamente* a utilização da sociedade “fora dos limites sistemáticos da sua função” e não se requer, em sede subjectiva, a demonstração de culpa do sujeito actuante (desconsideração institucional com abuso objectivo da forma: v. RICARDO COSTA, *A sociedade por quotas unipessoal...* cit., págs. 667-668). Neste sentido, v. MENEZES CORDEIRO, *O levantamento...* cit., págs. 126-127 (de onde se retira a última transcrição), CATARINA SERRA, “Desdramatizando o afastamento...”, *loc. cit.*, págs. 113-114. Ao invés, COUTINHO DE ABREU, “Diálogos com a jurisprudência – II, Responsabilidade dos administradores...”, *loc. cit.*, pág. 57, requer a culpa como pressuposto para responsabilizar os sócios para com os credores sociais na hipótese de abuso institucional (juntamente com os outros pressupostos típicos da responsabilidade civil delitual); aparentemente no mesmo sentido, ARMANDO TRIUNFANTE/LUÍS TRIUNFANTE, pág. 142, que requerem uma “representação voluntária dos sócios, nem que seja a título de negligência”.

<sup>375</sup> Em rigor, o que aqui se desconsidera é o regime particular de limitação da responsabilidade que é própria da sociedade, por mor do abuso da autonomia patrimonial que esse regime propicia; não se procede a uma desconsideração *integral* da personalidade jurídica e de quaisquer outros regimes que essa personalidade implica: v. RICARDO COSTA, *últ. ob. cit.*, págs. 672 e ss (designadamente, as págs. 675-676 e a n. 881); se se quiser, procede-se a uma “ampliação da responsabilidade” (*Haftungserweiterung*): neste sentido, apoiando-se em Winklbaur e Teitler, cfr. o Autor suíço PIERRE-OLIVIER GEHRIGER, pág. 122.

No mesmo sentido, v. PEDRO CORDEIRO, *passim*, essencialmente págs. 121 e ss, em esp. 129-130, 159 e ss, 172-173, 176; ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, pág. 49; ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades...* cit., n. (276) – págs. 152-153, n. (1566) – pág. 799: o que estará em causa, segundo a reiterada opinião do Autor para a compreensão do art. 501º, é “uma desconsideração do particular regime de responsabilidade (limitada) dos sócios que é típico ou próprio de um particular tipo social”; PUPO CORREIA, *Direito comercial...* cit., pág. 199; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria geral...* cit., págs. 183, 185, 188 (“operador que permite desatender a separação pessoal e patrimonial inerente à personalidade jurídica, no caso concreto, sem atingir a validade nem a personalidade da pessoa colectiva em questão”); MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *últ. ob. cit.*, pág. 168; CATARINA SERRA, “Desdramatizando o afastamento...”, *loc. cit.*, pág. 123; ARMANDO TRIUNFANTE/LUÍS TRIUNFANTE, págs. 133-134, 145. Em sentido diverso, v. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, Volume IV cit., n. (327) – pág. 613, para quem, na discussão do art. 501º do

como escrevi em relação à teoria “relativista” de Galgano, “pode verificar-se a ausência do respeito das regras de funcionamento e de organização corporativa que caracterizam a sociedade dotada de personalidade jurídica. Compete (...) avaliar, caso a caso, o preenchimento dos pressupostos de aquisição da personalidade jurídica para a *fattispecie* e desaplicar, em caso de verificação negativa, a disciplina *especial* aplicável à pessoa jurídica, repristinando o regime comum da responsabilidade ilimitada”<sup>376</sup>. Tão-só (*o que não é coisa pouca*).

CSC, a lei determina a desconsideração da personalidade, todavia a desconsideração não é global, antes “actua sobre uma manifestação da interposição de uma nova personalidade”; de modo que o afastamento da limitação da responsabilidade “só pode explicar-se como desconsideração: recai sobre os sócios, com função de responsabilidade”.

<sup>376</sup> *A sociedade por quotas unipessoal...* cit., págs. 661-662 (mas antes, igualmente, págs. 659-660). Esse regime comum é sinalizado positivamente pelos art. 601º do CCiv. e 821º do CPC.

Contra este aproveitamento dogmático-hermenêutico se veio a revelar MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores...* cit., n. (421) – págs. 341-342 – que, no mesmo trecho, distancia-se igualmente do defendido por CÁNDIDO PAZ-ARES, “Sobre la infracapitalización de las sociedades”, *ADC*, 1983, pág. 1613 –, assinalando uma eventual contradição com a minha leitura da responsabilidade “desconsiderante” do art. 270º-F, n.º 4. A este propósito, deixo umas breves notas, sempre em diálogo com *A sociedade por quotas unipessoal...* cit.

(1) Claro que a perspectiva “reviscionista” da pessoa jurídica “não trata de endossar a um sujeito os débitos de um *outro* sujeito” (pág. 663 da ob. cit.), pelo que em rigor não desconsidera a personalidade. Este é o ponto em que essa teoria deve ser superada, como tive ocasião de acentuar: “a distribuição das imputações derivada da participação das pessoas singulares na estrutura de uma pessoa societária de responsabilidade limitada traz consigo a irresponsabilidade dos sócios e a responsabilidade da sociedade pelos seus débitos”; “quando a responsabilidade ilimitada do art. 270º-F, n.º 4, opera, estamos num plano *externo ou formal* de relacionamento do ente com terceiros, que, por regra, se contrapõe à irresponsabilidade dos sócios, mas, excepcionalmente, se ignora para que os sócios respondam *por dívidas de outrem*”; pelo que, quando desconsideramos, não teremos que fundamentar a responsabilidade dos sócios na “regra geral juscivilística do art. 601º do CCiv.”, mas antes, através de redução teleológica, na “derrogação à regra geral desse tipo de sociedades da *irresponsabilidade* do sócio pelas dívidas da sociedade” (extractos da n. (951) – pág. 715), com o retorno, ao fim e ao cabo, ao princípio de responsabilidade universal inerente à actividade económico-empresarial (expresso na regra do art. 601º do CCiv.) – v. ainda as exemplares sínteses de PETER ULMER, “Gesellschafterdarlehen und unterkapitalisierung...”, *loc. cit.*, págs. 677 e ss, e MARCUS LUTTER, “Zivilrechtliche Haftung in der Unternehmensgruppe”, *ZGR*, 1982, pág. 248; entre nós, PAULO DE TARSO DOMINGUES, *Do capital social...* cit., págs. 234-235. (2) Porém, tal teoria sublinha o pressuposto essencial, a meu ver, da operação “desconsiderante”: a personificação das sociedades é um benefício condicionado e o privilégio associado da responsabilidade limitada só se deve manter se se respeitarem as “condições do seu uso”, isto é, se não se verificar a sistemática transgressão das regras de organização societária (=uso indevido da pessoa societária) – nesta linha, v., na Alemanha, por todos, HERBERT WIEDEMANN, “Reflexionen zur Durchgriffshaftung...”, *loc. cit.*, págs. 285-286; entre nós, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria geral...* cit., pág. 183, e, mais claramente, CASSIANO DOS SANTOS, *A sociedade por quotas unipessoal...* cit., págs. 52-53 (= “Sociedades unipessoais por quotas...”, *loc. cit.*, págs. 120-121), quando (ainda que em alusão à particularidade da sociedade unipessoal) alude à “violação sistemática ou grave das regras concretas instituídas para a sociedade”. Por outras palavras, põe em relevo o “abuso” que deve sustentar a imputação aos sócios das dívidas da sociedade “abusada”. (3) Por isso, inclinei-me (e inclino-me) para um *compromisso dogmático* entre essa concepção “reviscionista” e as teorias desconsiderantes – v., em esp., as págs. 675-676 e a n. (881) da cit. *A sociedade por quotas unipessoal...*, assim como “Desconsiderar ou não desconsiderar...”, *loc. cit.*, págs. 10-11. Para ilustração, transcrevo esta síntese: “[r]eparemos, de facto, nos resultados, perante a nossa lei, da aplicação das teses de Galgano e das duas correntes fundamentais da dogmática germânica em sede de desconsideração do regime de responsabilidade limitada. A teoria do abuso institucional *levanta* em situações excepcionais o véu da pessoa jurídico-social e responsabiliza pessoalmente o sócio. A teoria do

Outra coisa é, no âmbito da mesma factualidade, configurar a mudança de título com que se configura a demanda ressarcitória: de negocial para extra-negocial. Ou seja, representar a imputação delitual das perdas e prejuízos causados pela actuação do sócio através do instrumento comum da responsabilidade civil extra-contratual por facto ilícito. Mesmo que, para isso, se tenha que convocar, no todo ou em parte, o art. 490º do CCiv. («Responsabilidade dos autores, instigadores e auxiliares»), a fim de co-responsabilizar os sócios pela actuação ilícita dos “titulares dos órgãos institucionais de gestão activa”<sup>377</sup>, por si determinada ou caucionada. Para isso, não são obstáculos nem a personalidade jurídica do ente a que corresponde a *figura organizativa* da sociedade, protagonista formal da sociedade, nem o relevo externo da atribuição inderrogável e exclusiva das competências orgânicas. A eles se sobrepõe o art. 483º do CCiv. como expressão de um princípio de ordem pública que não deve ser eludido ou isentado aplicativamente em razão da adopção de determinados módulos organizatórios das actividades (económicas, no caso), mesmo que impliquem a “formação de um centro de imputação meta-individual” e as consequentes “formas institucionais de desenvolvimento da acção” do ente societário<sup>378</sup>.

Este cenário é, por isso, possível: tais actos abusivos e fraudulentos comportam uma ilicitude (residualmente clausulada pelo art. 334º do CC) ainda abrangida pela previsão do art. 483º, n.º 1, do CC<sup>379</sup>. Esse abuso comportará, em certos casos ainda, a violação de normas de protecção dos credores (algumas das que podem também basear a responsabilidade civil societária de administradores *ex vi* art. 78º CSC, particularmente as que simultaneamente sindicam as

---

“fim da norma” *preclude* a aplicação das normas que prevêem a responsabilidade exclusiva, se nada em contrário for estipulado, da sociedade pelas suas próprias dívidas, através de uma *redução teleológica* (...) do art. 197º, n.º 3, para as sociedades por quotas, e do art. 271º, para as sociedades anónimas (...). A tese revisionista retorna à regra civilística comum em sede de responsabilidade por dívidas. O que significam todas? Apenas e só a responsabilidade ilimitada dos sócios nas sociedades de capitais, em circunstâncias de inadequado uso da sociedade e/ou abuso de direito (*Rechtsmissbrauch*), com a *reexpansão* do art. 601º do CCiv.”.

<sup>377</sup> FABRIZIO GUERRERA, *Illecito e responsabilità..* cit., pág. 421.

<sup>378</sup> Desenvolvidamente, FABRIZIO GUERRERA, *Illecito e responsabilità..* cit., págs. 420 e ss, em esp. 421-422, 424. E acrescenta: nem a convocação dessa responsabilidade aos sócios implica a “dissolução normativa da subjectividade do organismo” social (como é feito na desconsideração da personalidade jurídica) nem conduz à “imputação global dos efeitos da empresa ao sujeito que domina a vida social”.

<sup>379</sup> V., entre outros, CUNHA DE SÁ, págs. 496 e ss, 637 e ss, COUTINHO DE ABREU, *Do abuso de direito...* cit., págs. 76-77; SINDE MONTEIRO, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, 1989, págs. 180-181, 545 e ss; ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, volume I cit., págs. 544, 547; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, volume I, *Introdução. Da constituição das obrigações*, 2006, pág. 297 – o Autor advoga claramente que o art. 334º acrescenta uma “pequena cláusula geral, que pode funcionar em substituição da previsão da ilicitude por ofensa dolosa dos bons costumes, prevista no § 826 do BGB, e no âmbito da qual pode ser admitido o ressarcimento dos danos patrimoniais puros”; exemplifica com a lesão do direito de crédito por terceiro; ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações* cit., págs. 90 e 564.

deliberações dos sócios <sup>380</sup>). Razão pela qual a responsabilidade dos sócios lesantes em face dos credores sociais lesados pode estribar-se na ilicitude prevista no art. 483º, n.º 1, do CCiv., seja pelo abuso institucional (e individual, se for manifesto) do poder(-dever) de os sócios constituírem sociedades e actuarem adequada e cuidadosamente quando utilizam o instrumento da pessoa colectiva societária e se sujeitam à respectiva “aparelhagem normativa”, seja pela violação de normas legais de protecção dos credores (segunda modalidade de ilicitude prevista no art. 483º, n.º 1, do CCiv.) <sup>381-382</sup>. E nesta acção <sup>383</sup> deve ser averiguado

---

<sup>380</sup> A título de amostra, os arts. 6º, 27º, n.º 1, 29º, 32º e 33º (em articulação com o art. 31º, n.º 1), 65º, n.ºs 1 e 5, em articulação com os arts. 66º a 69º (v. RICARDO COSTA, *A sociedade por quotas unipessoal...* cit., n. (951) – págs. 722-723), 213º, n.º 2, 236º, 317º, n.º 4, e 318º, n.º 1 (em articulação com o art. 319º, n.º 1), 346º, n.º 1, entre outros, do CSC.

<sup>381</sup> Registe-se que, neste sentido, MENEZES CORDEIRO, *O levantamento...* cit., pág. 152, admite que as experiências de levantamento correspondem também a “situações de responsabilidade civil assentes em princípios gerais ou normas de protecção”, embora seja a “ideia global de levantamento” a permitir “alcançar novas e mais apuradas hipóteses de responsabilidade civil”. Favoravelmente, PUPO CORREIA, *Direito comercial...* cit., pág. 199.

Entre nós, porém, CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, 2004, n. (121) – págs. 169 e ss, encontra insuficiência no recurso a um abuso do direito de invocar a personalidade colectiva para justificar a responsabilidade própria dos sócios perante os credores sociais; apela, em alternativa, a uma responsabilidade delitual por violação do “dever no tráfico” essencial de respeitar o mínimo ético-jurídico exigível a quem exerce a sua actividade por meio de uma pessoa colectiva societária, que torna, nomeadamente nas circunstâncias de “causação consciente e intencional de prejuízos (a coberto da pessoa colectiva)”, a desconsideração meramente “aparente” e faz emergir uma responsabilidade aquiliana pela causação dolosa de um dano patrimonial a terceiros (como seria o caso do Ac. da Relação de Évora de 1998) – voltaremos ainda e mais detalhadamente a esta posição doutrinal: v. *infra*, n. 453. Por seu turno, ALEXANDRE MOTA PINTO, *Do contrato de suprimento...* cit., págs. 123 e ss, 393-394, opta, para a subcapitalização material manifesta, pelo caminho de uma responsabilidade contratual(-interna) e subjectiva (com culpa) do sócio pela não realização de um financiamento adequado.

<sup>382</sup> Faz igualmente o seu curso na Alemanha a ponderação *delitual* do § 823 (2) do BGB para ir buscar a responsabilização por abusos da personalidade jurídica (em conjugação com o § 830, relativo à co-autoria e à autoria, nomeadamente a al. (2), sobre o instigador e o auxiliar). Como normas legais de protecção (*Schutzgesetze*) surgem invocados preceitos de direito societário e falencial, nomeadamente o § 41 da GmbHG (dever do sócio fiscalizar a regularidade contabilística da sociedade); o § 64 (1) da GmbHG e o § 92 (2) da AktGesetz – entretanto revogados e agora trasladados para o § 15a (1) da *InsO*, por mor da alteração promovida pelo art. 9º, n.º 3, da *Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG)*, de 23 de Outubro de 2008 –, onde está o dever de os gerentes e administradores apresentarem à insolvência a sociedade impossibilitada de cumprir as dívidas vencidas (*Zahlungsunfähigkeit*) ou excessivamente endividada (*Überschuldung*), ou seja, o *Insolvenzantragspflicht* (dever que incumbe a cada um dos sócios na GmbH se a sociedade estiver desprovida de administração [*Führungslosigkeit*], de acordo com o art. 15a (3) da *InsO*); o § 73 (1) da GmbHG (impedimentos para garantia dos credores em sede de distribuição do activo social aquando da liquidação), assim como normas de direito penal, como as que determinam os crimes previstos pelos §§ 266 (infidelidade), 263 e 265b (burla comum e burla relativa à obtenção de crédito), do StGB. Para um quadro destas opções (mas sem esquecer as resistências menos recentes quanto à sua aplicabilidade de OTTMAR KHUN, págs. 202 e ss, e, na sua esteira, GEORG WINTER, págs. 99-100), v. HERBERT WIEDEMANN, “Haftungsbeschränkung und Kapitaleinsatz in der GmbH”, *Die Haftung des Gesellschafters in der GmbH*, 1968, págs. 13-14; DIETMAR BENNE, págs. 52-53; ECKARD REHBINDER, “Zehn Jahre Rechtsprechung zum Durchgriffshaftung im Gesellschaftsrecht”, *Festschrift für Robert Fischer*, 1979, p. 584; URSULA STEIN, *Das faktische Organ* cit., págs. 156 e ss (para as “instruções ilegais” em relação à administração e tradutoras da violação de deveres dos administradores, nomeadamente a cargo dos sócios maioritários e pelas sociedades dominantes de facto

se os actos dos sócios foram culposamente praticados e causalmente adequados aos danos e perdas alegados pelos credores sociais (ou seja, *todos os pressupostos constitutivos da responsabilidade delitual por facto ilícito*, ainda que, reitere-se, não deixando esse facto de corresponder a uma actividade *societária* <sup>384)</sup> <sup>385</sup>, <sup>386</sup>

---

como instigadores); ULRICH KHALER, pág. 1431; PETER ULMER, “Zweiter Abschnitt...”, *loc. cit.*, págs. 1077-1078, *Rdn.* 30-31; ULRICH EHRICKE, “Zur Begründbarkeit der Durchgriffshaftung...”, *loc. cit.*, págs. 297 e ss; ULRICH HAAS, “Die Gesellschafterhaftung wegen «Existenzvernichtung»”, *loc. cit.*, págs. 1940, 1941; MARKUS GEIßLER, pág. 1113; HANS CRISTOPH GRIGOLEIT, págs. 135 e ss, 211 e ss; DETLEF KLEINDIEK, “Ordnungswidrige Liquidation...”, *loc. cit.*, págs. 300-301; ALFRED HUECK/LORENZ FASTERICH, págs. 279-280, *Rdn.* 41, pág. 286, *Rdn.* 52.

<sup>383</sup> Ou pedido principal, sendo o subsidiário fundamentado na responsabilidade negocial por desconsideração (art. 469º, n.º 1, do CPC).

<sup>384</sup> FÁBIO KONDER COMPARATO/CALIXTO SALOMÃO FILHO, pág. 479.

<sup>385</sup> Neste sentido, por todos em Itália, v. GIUSEPPE PORTALE, “Capitale sociale...”, *loc. cit.*, págs. 93-94, e FABRIZIO GUERRERA, *Illecito e responsabilità..* cit., págs. 418, ss. Entre nós, v. MENEZES CORDEIRO, *O levantamento...* cit., pág. 127, Autor que destaca, em contraposição com a responsabilidade pedida ao sócios para pagar as dívidas da sociedade com base na desconsideração, a exigência da prova da culpa na responsabilidade civil por factos ilícitos.

<sup>386</sup> Mantenho, assim, o fundamental do considerado e concluído em *A sociedade por quotas unipessoal...* cit., n. (951) – pág. 721.

Ir por um ou outro caminho (sub-alternativas da alternativa sindicadora da actuação do sócio enquanto sócio e não enquanto administrador) não terá efeitos, em princípio, no que toca ao *quantum* indemnizatório pelo qual pleiteiam os credores. Seja na responsabilidade negocial da sociedade, pela qual passam a estar vinculados os sócios, seja na responsabilidade extra-negocial por factos ilícitos dos sócios, estarão abrangidos, para além dos prejuízos emergentes – que coincidem, nomeadamente, com o montante do crédito incumprido e eventuais custos e despesas relacionados com o cumprimento do contrato pelo credor –, os lucros cessantes («benefícios que o lesado deixou de obter em consequência da lesão»: art. 564º, n.º 1, do CC), assim como prejuízos futuros previsíveis (n.º 2 do art. 564º). (Em princípio, disse: poderá haver diferença na susceptibilidade de indemnização de danos não patrimoniais causados delitualmente aos credores afectados, nos termos dos arts. 483º, n.º 1, 1.ª parte, e 496º?)

Situação diversa acontecerá, porém, na dicotomia responsabilidade do sócio vs responsabilidade do administrador por força do art. 78º. Nesta segunda hipótese, como vimos, o prejuízo dos credores deriva do dano da sociedade, isto é, da medida da insuficiência patrimonial causada pelos administradores. Por outras palavras, do *quantum* de passivo superior a activo que derivou da actuação dos administradores – v. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., págs. 75-76. É esse o limite a que os credores aspiram, mesmo quando o montante do seu crédito – eventualmente acrescido de outros danos indemnizáveis – corresponda(m) a quantia superior. Pelo restante passivo, cabe aos credores accionar a sociedade. Portanto, estamos perante uma responsabilidade limitada, o que pode frustrar o interesse dos credores em verem pagos todos os prejuízos negociais sofridos à custa dos administradores. Aparentemente confirmando esta realidade, v. ELISABETE RAMOS, *Responsabilidade civil dos administradores e directores de sociedades anónimas perante os credores sociais*, 2002, págs. 269-270 (mas adicionando ainda a cargo dos administradores a possível indemnização de “lucros cessantes”), MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Comerciais anotado...* cit., sub art. 78º, pág. 288, anot. 6; em sentido aparentemente diverso, v. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores...* cit., n. (138) – pág. 458 (“o dano a ressarcir decorre especificamente da ‘não realização da prestação devida pela sociedade’”).

Pois bem. Não é assim na responsabilidade dos sócios por desconsideração (ainda que seja subsidiária da responsabilidade da sociedade) nem na responsabilidade extra-negocial por ilícito dos sócios. A sua responsabilidade é ilimitada e esta é a sua grande vantagem. Assim, a alternatividade não é indiferente (a começar pela formulação adjectiva de pedidos alternativos ou pedidos subsidiários: nesta hipótese, cfr. os arts. 543º, n.º 2, 549º e 542º, n.º 2, do CCiv.). Logo, o princípio de *Durchgriff* entronca-se como expediente para se poder solicitar uma espécie de “compensação adicional” aos sócios (inerente a uma potencial apreensão de todo o seu património pessoal-privado) pela “condução errada” (*Fehlsteuerung*) da sociedade, para além da medida dos prejuízos causados ao património da sociedade pelos administradores: v.

Julgo que é nessa categoria de casos de *desinteresse patrimonial-negocial censurável* (nomeadamente no que toca ao “projecto empresarial” prosseguido pela sociedade, aproveitando a formulação-síntese de MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO <sup>387</sup>) que devemos integrar de igual modo todas aquelas circunstâncias de simultânea constituição de – ou aproveitamento de já existentes – segundas (ou terceiras ou quartas, e assim sucessivamente) sociedades, com “descapitalização provocada” <sup>388</sup> ou “intencional” <sup>389</sup> da primeira sociedade (ou segunda e assim

---

STEFANO LOMBARDO/NILS WUNDERLICH, págs. 28, 34; antes, entre outros, v. GEORG BITTER, pág. 2140, MARCUS LUTTER/NIRMAL ROBERT BANERJEA, pág. 430.

Pertinente, neste contexto, é a análise dos efeitos económicos e jurídicos do método da desconsideração – nomeadamente em sede de redistribuição dos riscos assumidos pelos credores que negociam com as sociedades, que depois naturalmente conduz a uma aplicação mais restritiva com relação aos credores institucionais(-fortes-profissionais): v., favoráveis, FÁBIO KONDER COMPARATO/CALIXTO SALOMÃO FILHO, págs. 481 e ss; na Alemanha, é nessa sede de partilha do risco nas sociedades de responsabilidade limitada (nomeadamente nas relações grupais) que MICHAEL LEHMANN, “Das Privileg der beschränkten Haftung und der Durchgriff im Gesellschafts- und Konzernrecht – Eine juristische und ökonomische Analyse”, *ZGR*, 1986, págs. 349 e ss, em esp. 362-362, analisa “economicamente” a teoria *Durchgriff*. Apesar da correcção descortinada nos casos em que a externalização dos riscos e custos associada à responsabilidade limitada é excessiva (“externalidades negativas”), há quem admita, todavia, que o argumento prove de mais e fervorosamente propugne a abolição do método, em particular se a vulgarização e a arbitrariedade judiciais potenciarem as desvantagens operadas na atracção de investimento nos “negócios” de pequena dimensão em razão do aumento dos “custos de transacção” e no encorajamento da litigância: nos EUA, STEPHEN BAINBRIDGE, “Abolishing LLC Veil Piercing”, *Law & Economics Research Paper Series*, The Social Science Research Network Electronic Paper Collection (<http://ssrn.com/abstract=551724>), 2004, em esp. págs. 20 e ss; porém, o Autor, certamente, não deixa de “recolocar” o expediente – como forma de combater a sua disfuncionalidade – na averiguação do comportamento *fraudulento* que torna o sócio directamente responsável (como seja a transferência de fundos patrimoniais para fora da sociedade: pág. 2).

<sup>387</sup> *A tutela dos credores...* cit., pág. 296.

<sup>388</sup> Assim crismada na nossa doutrina por COUTINHO DE ABREU, “Diálogos com a jurisprudência, II – Responsabilidade dos administradores...”, *loc. cit.*, págs. 56 e ss, tipificada na seguinte facticidade: “[i]magine-se uma sociedade de «responsabilidade limitada» que tem problemas de liquidez (ou tê-los-á previsivelmente a curto prazo); os sócios (também administradores ou não, ou sendo alguns administradores e outros não) deslocam a produção (ou boa parte dela) para sociedade nova (com objecto idêntico ou similar) por eles constituída (intentando um «começar de novo» com mais saber e sem grillhetas, a velha sociedade «já não dá nada») ou para sociedade já existente e de que eles são sócios; a primeira sociedade cessa a actividade ou diminui-a grandemente e a breve trecho fica exangue, impossibilitada de cumprir obrigações para com terceiros”. Favorável: PAULO TARSO DOMINGUES, “Art. 201º”, *loc. cit.*, pág. 220: “situação clássica em que, na iminência da insolvência, os melhores activos da sociedade em crise são deslocados para uma outra sociedades controlada pelos mesmos sócios”.

<sup>389</sup> Deste modo a ela já se referia JOÃO AVEIRO PEREIRA, *O contrato de suprimento*, 2001 (a 1.ª ed. era de 1997), pág. 41, “com o objectivo de a liquidar e constituir outra ou outras, sucessivamente, deixando os credores sem possibilidades de reembolsarem os seus créditos”.

Também em trabalhos anteriores me referi a essa realidade com esta designação: no âmbito da extensão teleológica do art. 270º-F, n.º 4, do CSC, como norma central de uma “disciplina geral dos abusos do sócio único em sede de sociedade por quotas unipessoal” – favoráveis: MARGARIDA AZEVEDO DE ALMEIDA, “O problema da responsabilidade do sócio único perante os credores da sociedade por quotas unipessoal”, *RCEJ* n.º 3, 2005, págs. 78, 82 91-92 e 94, ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, pág. 422, JOSÉ MARQUES ESTACA, *sub art. 270º-F*, anot. 8, págs. 714-715, CATARINA SERRA, “Desdramatizando o afastamento...”, *loc. cit.*, pág. 126 e n. (52), ID., *Direito comercial. Noções fundamentais*, 2009, pág. 78; contra: MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores...* cit., pág. 403-404 (= “O âmbito de aplicação do artigo 270º-F, n.º 4, do CSC e a responsabilidade “ilimitada” do sócio único”, *DSR*, 2009, vol. 2, págs. 224-225) –,



sucessivamente), constituídas – ou aproveitando anterior constituição – pelo mesmo ou mesmos sócios (muitas das vezes administradores e aproveitando-se dessa condição) ou “testas-de-ferro” da sua influência (por ex., filhos, cônjuges e outros familiares <sup>390</sup>) <sup>391</sup>, em especial com sedes e locais de funcionamento idênticos (ou próximos), com os mesmos trabalhadores, com a mesma ou similar actividade como objecto, com os mesmos ou parte dos clientes, usufruindo da transferência dos bens e factores produtivos da sociedade que os sócios “deixam cair”, por sua promoção deliberativa <sup>392</sup> e/ou por intermédio da actuação

elenquei, como comportamento abusivo do sócio único integrável na previsão dessa norma “desconsiderante” e, assim, atributiva de responsabilidade ilimitada ao sócio único, a “descapitalização intencional e preordenada à constituição de outras sociedades”: RICARDO COSTA, *A sociedade por quotas unipessoal...* cit., pág. 690, ID., *Unipessoalidade societária* cit., pág. 140. Assim sendo, em geral, essa intencionalidade – mais evidente quando se constituem sociedades *ex novo* do que quando se aproveitam sociedades já constituídas – será absorvida pelo elemento volitivo associado à *fraudem legis* na desconsideração e corresponderá à exigência de dolo no apuramento de responsabilidade civil extra-negocial por factos ilícitos.

<sup>390</sup> Assim era no caso decidido pela **Relação de Coimbra, em 8 de Março de 2006** (in *www.dgsi.pt*, processo 3013/05, especialmente págs. 8-9/10), em que a segunda sociedade – previamente constituída – tinha como sócios os filhos dos sócios (e gerentes) da primeira sociedade. No essencial, apurou-se que foi para a segunda sociedade que a primeira sociedade cedeu a posição contratual em contratos de locação financeira imobiliária e mobiliária, que depois permitiram que a segunda sociedade adquirisse a propriedade dos imóveis e automóveis correspondentes; foi ao sócio-gerente da primeira sociedade que esta vendeu um imóvel, que depois foi vendido à segunda sociedade; foi à segunda sociedade que foram vendidos os automóveis da primeira sociedade (em dois dos três casos, interpondo-se ainda uma venda a um trabalhador da primeira sociedade); um desses imóveis correspondia à sede da primeira sociedade e passou a ser o local de exploração do estabelecimento comercial da segunda sociedade; os sócios da primeira sociedade renunciaram depois à gerência e cederam as suas quotas, tendo antes disso um deles sido designado gerente da segunda sociedade, juntamente com os restantes dois sócios, seus filhos. Os sócios da primeira sociedade deixaram-na sem bens e sem a realização de qualquer actividade. O credor insatisfeito da primeira sociedade aspirava, na acção principal, à impugnação de todas essas transmissões e à responsabilidade de todos os sócios das duas sociedades – pediu, por isso, o arresto dos bens pessoais. O tribunal concluiu que “[...] as sociedades constituídas pelos Requeridos [sócios de ambas as sociedades, pais e filhos que foram objecto de arresto cautelar] não são mais do que um meio, um expediente, de estes (...) se furtarem ao cumprimento de direitos creditícios, em detrimento e fraude dos atinentes titulares activos” da sociedade objecto do esvaziamento patrimonial; abusaram, portanto, do “direito de constituir pessoas colectivas e de exercer actividades por intermédio delas”.

Julgo que se extrapolou claramente do mecanismo “desconsiderante”, uma vez que se desconsiderou a personalidade de ambas as sociedades (não parece que o tribunal fosse pela responsabilidade adicional da segunda sociedade) e responsabilizaram-se todos os seus sócios pela actuação concertada que revelaram (aproveito mais uma vez o ac. – no fundo, “retiradas as «máscaras» societárias, não se verificou pois qualquer transferência de bens” entre a primeira e a segunda sociedades, “antes os bens permaneceram sempre na mesma esfera, no mesmo raio de acção”); ora, a sociedade devedora era a primeira e os sócios atingidos pela desconsideração seriam só os dessa sociedade devedora. Não obstante, este é um bom exemplo de como a situação factual chamaria à colação uma situação de responsabilidade dos gerentes da primeira sociedade pela respectiva dissipação patrimonial.

<sup>391</sup> Na doutrina nacional, dentro do grupo de casos “atentado a terceiros e abuso da personalidade”, MENEZES CORDEIRO, *O levantamento...* cit., pág. 122, inclui a sub-hipótese do “recurso a ‘testas-de-ferro’, que autorizariam a procurar o sujeito real das situações criadas”.

<sup>392</sup> Mais clara nas sociedades por quotas: para além do poder geral de orientarem a gestão que assiste aos sócios nos termos do art. 259º, veja-se, em especial, as matérias deliberativas previstas nas als. a), b), 1.ª parte, e e) do n.º 1 e c) do n.º 2 do art. 246º. Desenvolverei este tema *supra*, Parte II, 7.1.

(subsequente ou autónoma) dos administradores (que são por eles controlados ou são eles mesmos, ou parte deles <sup>393</sup>), para essa ou essas sociedades (a título gratuito, a título de liberalidade mista, a título oneroso simulado ou dissimulado quanto ao preço), etc. <sup>394</sup>

A actuação destes sócios faz lembrar a Fénix da mitologia grega, o pássaro que se queimava, no final de cada ciclo de vida, nas chamas de piras funerárias por si construídas, a fim de renascer das próprias cinzas. É neste contexto factual que se identificou no direito inglês o denominado “síndrome de Fénix” (*Phoenix syndrome*): os controladores da sociedade (geralmente sócios e administradores) colocam uma sociedade em liquidação insolvente, deixando-a com dívidas substanciais e sem possibilidade de o seu património ser suficiente para o pagamento das suas obrigações e responsabilidades, com o objectivo de continuar a mesma actividade empresarial sob o jugo de uma nova sociedade (*successor* ou *phoenix company*), que não responderá pelas obrigações sociais da primeira sociedade (*first company*). O grau de prejudicialidade da conduta em face do interesse público e do interesse dos credores sociais – assinala-se – será mais intenso quando se transferem bens da primeira sociedade para a segunda sociedade abaixo do seu valor ou quando a nova sociedade adopta uma firma que a associa à primeira sociedade, pois aí surge a aparência de que a *successor company* é a mesma que – ou pelo menos está relacionada com – a primeira sociedade e será responsável pelas suas dívidas. Em consequência, o legislador inglês atacou o “problema” nas secs. 216 e 217 do *Insolvency Act* de 1986, ainda que de *forma limitada*. <sup>395</sup>

Antes do mais, essas prescrições não tratam de conferir uma garantia adicional aos credores da primeira sociedade <sup>396</sup>, mas conferem uma *tutela*

---

<sup>393</sup> E parte decisiva, se ele ou eles forem suficientes para vincular a sociedade perante terceiros.

<sup>394</sup> Reconhecendo hipóteses similares como um “caso” dentro da *Existenzvernichtungshaftung*, ALFRED HUECK/LORENZ FASTRICH, pág. 296, *Rdn.* 72; em sentido próximo, MARCUS LUTTER/NIRMAL ROBERT BANERJEA, pág. 415.

<sup>395</sup> V. LESLIE WISE, “Perils of an unfit director”, *InsLP*, 1994, pág. 36, STEPHEN GRIFFIN, *Personal liability and disqualification of company directors*, 1999, pág. 99, ID., “Extinguishing the flames of the Phoenix company”, *Current legal problems*, edited by M. D. A. Freeman, 2002, págs. 377 e ss, ID., “Problems in the identification of a company director”, *NILQ*, 2003, págs. 45-46 e n. (15), PAUL DAVIES, *Gower and Davies’ principles of modern company law*, 2003, págs. 200 e ss, ROBERT PENNINGTON, *Company law cit.*, págs. 46-47.

<sup>396</sup> Pois isso é feito através do expediente da declaração judicial de *wrongful trading* (sec. 214 do *InsAct* de 1986), através do qual se chama à responsabilidade os administradores que, antes do processo de *winding up*, continuaram a actividade empresarial e a contrair dívidas novas sabendo ou não podendo deixar de saber (de acordo com o padrão de uma pessoa “razoavelmente diligente”) que a sociedade as não poderia satisfazer e que era inevitável, à data, a entrada da sociedade em insolvência (*insolvent liquidation*). Em consequência, o tribunal, no curso do processo de *winding up*, pode condenar os administradores a contribuírem pessoalmente para o acervo patrimonial da sociedade na medida considerada apropriada para satisfazer os credores. A este preceito regressarei daqui a pouco.

*especial* aos que se relacionam com a *phoenix company*, ainda que só se esta se encontrar *notoriamente relacionada* com essa primeira sociedade. Efectivamente, impõe-se que, a não ser que, entre outras excepções, haja autorização do tribunal, todos os que tenham sido administradores (ou *shadow directors*) da primeira sociedade nos últimos 12 meses antes da respectiva entrada em processo de liquidação não podem ser, nos cinco anos seguintes, administradores de uma sociedade que utilize uma firma similar ou de composição associada à firma da sociedade em liquidação (ou ao “nome” pela qual é conhecida no tráfico: *trading name*)<sup>397-398</sup>. E só destas<sup>399</sup>. Em consequência, todos os que, em contravenção daquelas inibições<sup>400</sup>, forem administradores ou estiverem, directa ou indirectamente, envolvidos na administração da *sucessor company* ou, nessas vestes, actuarem de acordo com as instruções dadas por quem se sabe que está a violar as referidas inibições *vão responder pelas dívidas “relevantes”*<sup>401</sup> dessa ulterior sociedade juntamente com esta (ou qualquer outra pessoa responsável)<sup>402</sup>. Sem que seja necessário – também se assinala – que se prove que esses administradores ou outros envolvidos na gestão quisessem defraudar ou enganar algum dos credores da sociedade.<sup>403</sup>

Além do reconhecimento além-fronteiras, essa “descapitalização provocada” ajusta-se a uma *tipologia de casos* (ou *sub-casos*) já bem visível na jurisprudência portuguesa. Originariamente, devem ser vistos nos acórdãos da

---

<sup>397</sup> Ou, ainda, estar envolvido ou relacionado, directa ou indirectamente, com a constituição ou gestão de tal sociedade e com a celebração de negócios levados a cabo por essa sociedade (cfr. sec. 216 (3)).

<sup>398</sup> Essa relação entre firmas tem que ser averiguada à luz de todas as circunstâncias segundo as quais as duas firmas são utilizadas ou invocadas pelas sociedades, incluindo o tipo de produtos, a localização, o tipo de clientes e as pessoas envolvidas em cada uma das sociedades: neste sentido, GEOFFREY MORSE/STEPHEN GIRVIN, *Charlesworth company law*, 2005, pág. 319.

<sup>399</sup> Criticamente, pois assim não se consegue erradicar na íntegra o vigor da “má pratica corporativa” representada pelo “síndrome de Fénix”, possibilitando-se a constituição de uma qualquer outra sociedade ao serviço da actividade antes explorada na sociedade insolvente, STEPHEN GRIFFIN, *Personal liability...* cit., págs. 102-103.

<sup>400</sup> Cujá violação constitui crime, de acordo com a sec. 216 (4).

<sup>401</sup> Isto é, contraídas ao tempo do exercício de funções ou do comportamento da pessoa responsável (sec. 217 (3)).

<sup>402</sup> Cfr. sec. 217, §§ (1), (2) e (4).

<sup>403</sup> Para mais desenvolvimentos e indicações jurisprudenciais, v. STEPHEN GRIFFIN, *Personal liability...* cit., págs. 101 e ss, ID., “Extinguishing the flames...”, *loc. cit.*, págs. 382 e ss (com perspectivas de reforma da sec. 216 do InsAct para promover o “interesse público” subjacente ao combate deste fenómeno abusivo; no mesmo sentido para a Irlanda do Norte, DAVID MILMAN, “Personal liability and disqualification of company directors: something old, something new”, *NILQ*, 1992, págs. 17-18), e GEOFFREY MORSE/STEPHEN GIRVIN, *Charlesworth company law*, págs. 319-320 (“responsabilidade pelo uso de firma de sociedade insolvente”). Este regime tem sido compreendido, ademais, como manifestação de ruptura do “princípio da separação” relativo à personalidade jurídica societária, ou seja, como exemplo legal da sua *desconsideração*: ROBERT PENNINGTON, *últ. ob. cit.*, pág. 44.

**Relação de Évora, de 25 de Maio de 1998** <sup>404</sup>, e da **Relação do Porto, de 15 de Outubro de 2001** <sup>405</sup>. Depois, pelas lides resolvidas pelos acórdãos da **Relação de Coimbra, de 8 de Março de 2006** <sup>406</sup>, da **Relação do Porto, de 22 de Junho de 2009** <sup>407</sup>, e da **Relação de Lisboa, de 2 de Julho de 2009** <sup>408</sup> e de **31 de Maio de**

---

<sup>404</sup>In *CJ*, 1998, III, pág. 258, ss. Sobre o aresto, v. umas breves notas em RICARDO COSTA, *A sociedade por quotas unipessoal...* cit., págs. 726-727.

O fundamento da decisão cautelar (arresto de bens pessoais dos gerentes de uma sociedade por quotas) foi o art. 78<sup>o</sup> CSC (com alusão ainda ao art. 483<sup>o</sup>, n.º 1, do CC), mas a ponderação da desconsideração responsabilizadora (com alicerce no “abuso da personalidade jurídica das sociedades, reconduzível juridicamente ao abuso do direito”) foi usada para solidificar a ilicitude propiciadora da responsabilidade civil societária que resultava da aplicação do art. 78<sup>o</sup>: v., em especial, a pág. 260. Sobre o ponto, v. RICARDO COSTA, “Desconsiderar ou não desconsiderar...”, *loc. cit.*, n. (5) – pág. 30; em sentido crítico, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores...* cit., n. 391 – págs. 320-321. Mas note-se que, para esse resultado da aplicação do art. 78<sup>o</sup> CSC, o tribunal não indicou a violação de qualquer norma de protecção de credores por parte dos gerentes... (também já assim observou COUTINHO DE ABREU, “Diálogos com a jurisprudência, II – Responsabilidade dos administradores...”, *loc. cit.*, pág. 54).

<sup>405</sup> In *CJ*, 2001, IV, pág. 215.

O fundamento da decisão (arresto preventivo de bens pessoais) foi a desconsideração da personalidade jurídica para responsabilizar os gerentes enquanto sócios (não obstante a permanente referência aos “sócios-gerentes”) com base na instrumentalização abusiva e fraudulenta da sociedade em prejuízo dos seus credores, ainda que o pedido fosse feito tendo por base o art. 78<sup>o</sup> do CSC. Atente-se no elucidativo Sumário: “I – Actuam com abuso do direito da personalidade colectiva que a lei empresta às sociedades comerciais, desvirtuando a finalidade da respectiva atribuição, os sócios-gerentes de uma sociedade comercial que, esvaziando o património social desta e fazendo cessar por completo a sua actividade, constituem uma nova sociedade, com os mesmos sócios, o mesmo objecto social, os mesmos empregados, obrigando-se com as mesmas assinaturas, e com a sede no mesmo local, só para privar os credores daquela de poderem satisfazer os seus créditos”. De todo o modo, não era, como decidiram os desembargadores, de imputar o “levantamento” do véu à segunda sociedade constituída, pois, ainda que a sua constituição fosse instrumental do procedimento global de “descapitalização” da primeira sociedade e prejudicialidade fraudulenta da actuação dos sócios (e gerentes), não era com ela que se relacionara a credora insatisfeita (v., também assim, COUTINHO DE ABREU, *últ. est.e loc. cits.*, pág. 58).

<sup>406</sup> Já referido: v. *supra*, n. 390.

<sup>407</sup> Cit. a n. 366.

Nesta circunstância, os estabelecimentos da primeira sociedade foram transmitidos para duas outras sociedades, ficando a primeira sem qualquer “actividade comercial efectiva” e ficando as segunda e terceira sociedades a utilizar “todo o seu [da primeira sociedade] imobilizado corpóreo” e a auferir “as receitas dos estabelecimentos explorados” pela primeira sociedade. Os sócios das segunda e terceira sociedades eram os cônjuges dos sócios da primeira sociedade; um destes sócios era o gerente de ambas as sociedades constituídas posteriormente. Estava em causa o arresto dos bens das segunda e terceira sociedades, em favor do credor insatisfeito da primeira sociedade. Porém, mais uma vez em rigor (v. *supra*, n. 405), estaria em causa a responsabilidade dos sócios da sociedade devedora e não das segunda e terceira sociedades (o tribunal concluiu pela existência de fundamento jurídico para exigir delas “o pagamento do seu crédito”): no bom sentido, v. COUTINHO DE ABREU, “Diálogos com a jurisprudência, II – Responsabilidade dos administradores...”, *loc. cit.*, pág. 58); esta responsabilidade poderia ser chamada se houvesse confusão ou mistura contemporânea de esferas de actividades entre as sociedades (o que não consta dos autos). Uma última nota: os juízes ancoram-se no art. 334<sup>o</sup> do CCiv., mas por violação das regras da boa fé negocial (cfr. Sumário e pág. 8/10; cfr. *supra*, n. 366)).

<sup>408</sup> In *www.dgsi.pt*, processo 3435/08.7TBTVD-B.L1-6.

O caso, com factos análogos ao anterior, era ainda mais claro: nas duas sociedades os sócios eram os mesmos, tendo os sócios-gerentes transmitido o património da primeira para a segunda, “passando a segunda a laborar no mesmo local, com os mesmos trabalhadores e com os mesmos materiais e equipamentos, deixando a primeira de ter qualquer actividade” (ponto I do Sumário). São estes os casos mais óbvios de actuação globalmente abusiva e fraudulenta de descapitalização e constituição (ou

**2011** <sup>409-410</sup>. São situações que nos remetem para a recente síntese da doutrina: "Estando uma sociedade em crise (actual ou iminente), os sócios não têm o dever de a recapitalizar. <sup>411</sup> Podem, por exemplo, dissolvê-la; podem os administradores ter mesmo o dever de requerer a declaração de insolvência. Mas não é permitido aos sócios agravar ou espoletar a crise descapitalizando a sociedade, liquidando-a «a frio» ou inanimando-a em detrimento dos credores sociais. Menos ainda quando eles continuam a mesma actividade em outra sociedade; quando, em vez de (re)investirem na sociedade em crise, investem noutra e descapitalizam (mais) a primeira, descautelando direitos e interesses dos credores desta" <sup>412</sup>.

aproveitamento) de outra sociedade com património da sociedade descapitalizada, em que, desconsiderando e responsabilizando-se os sócios da sociedade descapitalizada, indirectamente se chega ao património da ou das "segundas" sociedades através da execução das participações daqueles sócios nessas sociedades (v. COUTINHO DE ABREU, "Diálogos com a jurisprudência, II – Responsabilidade dos administradores...", *loc. cit.*, n. (20) – pág. 58). Em abono dos interesses dos credores da sociedade descapitalizada pode ainda ser invocada a nulidade dos negócios que deram corpo à descapitalização (e sua restituição à sociedade primitiva), tendo por base, entre outras motivações, a simulação, a fraude à lei, o desrespeito da especialidade do fim (art. 6º), etc.

No que toca à responsabilidade dos sócios das "segundas" sociedades que não sejam sócios da sociedade descapitalizada, desde que seja demonstrado o conluio nessa actuação, essa não pode resultar da desconsideração das "segundas" sociedades. Parece que aqui só poderá ser mobilizada e verificada a responsabilidade civil delitual com recurso à ilicitude extra-negocial fundada em abuso de direito.

<sup>409</sup> In *CJ*, 2011, III, pág. 102, ss – um caso claro de descapitalização de três sociedades (entretanto declaradas insolventes) em benefício de outras, em que o tribunal se refere a uma "mistura de sujeitos de responsabilidade" e a uma "confusão ao nível da personalidade" de cada uma das sociedades envolvidas (e dominadas pelos mesmos sócios), que, para além da responsabilidade dos sócios "comuns" às sociedades, conduziu a que se chegasse à responsabilidade de uma das sociedades beneficiárias do esvaziamento patrimonial...

<sup>410</sup> Veja-se ainda o Ac. da **Relação do Porto**, de **31 de Janeiro de 2007** (in *CJ*, 2007, I, pág. 173, ss), numa situação em que o tribunal considerou não terem os sócios da sociedade devedora actuado com abuso institucional. A doutrina comentadora manifestou opinião contrária, fundando-se em "descapitalização provocada" dos sócios da sociedade devedora e, depois (originariamente ou supervenientemente – não se apurou), sócios de uma sociedade para onde, nomeadamente, se transferiram bens aquando da desactivação da primeira sociedade: refiro-me a COUTINHO DE ABREU, "Diálogos com a jurisprudência, II – Responsabilidade dos administradores...", *loc. cit.*, págs. 51, 57-58.

Também no Ac. da mesma **Relação do Porto**, agora de **29 de Novembro de 2007** (in *www.dgsi.pt*, processo 0735578), em que se pedia a responsabilidade dos gerentes-sócios em face dos credores com base no art. 78º, n.º 1, o tribunal, ainda que não se referisse à desconsideração da personalidade jurídica, entendeu não haver abuso de direito na actuação desses sócios. E com razão: não obstante suscitarem-se dúvidas sobre uma gestão desordenada e sobre as relações entre duas sociedades, não havia prova suficiente para concluir-se ter havido descapitalização em benefício de uma outra sociedade – v. a minha anotação no já referido "Responsabilidade dos gerentes...", em esp. as págs. 51-52, 69.

<sup>411</sup> De acordo com MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores...* cit., págs. 297-298, o actual regime de redução do capital social legitima a liberdade de os sócios "procederem a uma redução da própria dimensão do projecto empresarial em cuja exploração consiste a actividade do ente societário, permitindo-lhes, de certo modo, o «desinvestimento» pessoal e financeiro na sociedade comercial".

<sup>412</sup> COUTINHO DE ABREU, *últ. est. e loc. cits.*, pág. 57; ainda do mesmo Autor, v. *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., págs. 78-79.

Ia já em sentido análogo a proposta de OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, Volume IV cit., págs. 79-80, quando aponta o recurso à desconsideração na "hipótese de os sócios manterem artificialmente em vida uma entidade tecnicamente falida, aumentando assim os débitos", considerando que "a lei consagrou o dever de apresentação à falência" e se está "a transferir os riscos para os outros". Mais recente é a inclusão

Tal desinteresse qualificado deve ser base para esses credores responsabilizarem por “levantamento do véu” da sociedade devedora os sócios “abusadores”.<sup>413</sup> Porém, é bom relevar que a actuação dos sócios estará normal (e verosimilmente) associada à actuação dos administradores ou gerentes, em especial se eles acumularem essa qualidade. Nesses casos se vê com mais nitidez a possibilidade de ser pedida a responsabilidade por desconsideração aos sócios ou a responsabilidade civil aos administradores (ainda que sócios) da sociedade devedora – ou perante a sociedade (pelo desrespeito de deveres legais gerais ou específicos), subrogando-se os credores na posição activa social (art. 78º, n.º 2), ou directamente perante os credores (art. 78º, n.º 1).

De todo o modo, esses são caminhos diferenciados, mesmo quando os sujeitos a responsabilizar sejam simultaneamente sócios e gerentes ou administradores da sociedade: por um lado, a responsabilidade prevista no art. 78º, n.º 1, enquanto administradores; por outro lado, a imputação de responsabilidade pessoal dos sócios em virtude da *desconsideração (para efeitos de responsabilidade) da personalidade jurídica* da sociedade. Estaremos, neste caso, em que os gerentes são simultaneamente sócios e gerentes, perante duas vias alternativas para atingir o mesmo desiderato: a responsabilização de tais sujeitos *enquanto gerentes* em face do credor insatisfeito, pelo exercício ilícito e culposo das suas funções de gestão e/ou representação – no primeiro caso, como indemnização pelo prejuízo causado ao património social (dano emergente directo) que o tornou insuficiente para pagar ao credor-autor (prejudicado indirecto); no segundo caso, como responsabilidade ilimitada do *sócio*, enquanto

---

feita por MENEZES CORDEIRO (em evolução-complemento relativos a escrito anterior: v. *supra*, n. 391) da “transferência de activos de uma sociedade para outra, para prejudicar os credores”, “contra a boa fé”, no grupo de casos típicos de desconsideração a que chama “atentado a terceiros” – *Código das Sociedades Comerciais anotado... cit., sub art. 5º, pág. 90, anot. 20.*

<sup>413</sup> Em sentido desfavorável à utilização do mecanismo da desconsideração se revela, depois de uma exaustiva descrição da jurisprudência e dogmática alemãs da *Existenzvernichtungshaftung*, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores... cit.*, págs. 295 e ss. Em síntese, depois de mobilizados os arts. 31º e ss do CSC, nomeadamente o art. 34º, n.º 5, para reintegração do património social, a Autora reconduz o comportamento dos sócios “desinteressados” a comportamentos de sócios concorrentes da sociedade (“coloca-se a questão de saber se pode o sócio concorrer com a sociedade, por si ou através de outra sociedade que ele controla ou administra”). Ora, se não for gerente e o seu acto não violar as regras de não concorrência dos gerentes, o sócio não deve ser responsabilizado por se ter desinteressado do exercício da actividade da sociedade, nem pode entender-se que tal actuação constitui violação do dever de lealdade para com a sociedade (em sentido oposto, COUTINHO DE ABREU, “Diálogos com a jurisprudência, II – Responsabilidade dos administradores...”, *loc. cit.*, pág. 59, com a correspondente responsabilidade interna perante a sociedade, ainda que prefira responsabilizar os sócios externamente perante os credores sociais pela via da desconsideração da personalidade jurídica). Resta, para a Autora, a sindicância das regras da insolvência e uma eventual responsabilização dos administradores pela violação do “cumprimento pontual do dever de apresentação da sociedade à insolvência”.

outra pessoa que não a sociedade responsável pela dívida ao credor-autor<sup>414</sup>.<sup>415</sup> Estas são vias diferentes de responsabilização, não obstante a acumulação de qualidades (sócio e gerente) – mas por causa dela, desde logo. Mas que se excluem mutuamente por se precipitarem em fundamentos distintos e, por isso, em pedido indemnizatório com raiz diferenciada: um, em relação à actuação do sócio (que é administrador); o outro, em relação à actuação gestória do administrador (que é sócio), de acordo com o art. 78º, n.º 1.

Esta visão foi, em parte adoptada pelos referidos acórdãos de Évora (1998) e do Porto (2001). Porém, foi contrariada, a meu ver sem razão, por um aresto do **STJ**, de **3 de Fevereiro 2009**: “A aplicação do instituto da desconsideração da personalidade jurídica tem carácter subsidiário, pois só deverá ser invocada quando inexistir outro fundamento legal que invalide a conduta do sócio ou da sociedade que se pretende atacar” (ponto VI do Sumário)<sup>416</sup>.<sup>417</sup> A distinção entre a actuação do sócio enquanto sócio na esfera de

---

<sup>414</sup> V. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., págs. 78-79, bem como, sinteticamente, CASSIANO DOS SANTOS, *A sociedade por quotas unipessoal...* cit., pág. 53. Na lei, v. o art. 468º, n.º 1, do CPC. Focando igualmente esta distinção, mas tendo em conta a responsabilidade deliberativa dos sócios, v. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “Desconsideração da personalidade jurídica e ‘descapitalização’ de sociedade”, *RDES*, 2011, págs. 176 e ss.

<sup>415</sup> Falta, depois, tomar posição sobre a natureza solidária ou subsidiária da responsabilidade operada por desconsideração. Continuo a pensar que deve ser subsidiária, como responsabilidade que constitui uma garantia para terceiros, que funcionará depois de rateada a garantia principal, constituída pelos bens da sociedade, deixando esta de estar solvente: v. RICARDO COSTA, *A sociedade por quotas unipessoal...* cit., n. (911) – págs. 693-694, com indicações bibliográficas sobre a polémica. Para a subcapitalização, v. RAÚL VENTURA, “Apontamentos para a reforma das sociedades por quotas de responsabilidade limitada”, *BMJ* n.º 182, 1969, p. 121. Optando pela subsidiariedade na descapitalização provocada e na subcapitalização material, COUTINHO DE ABREU, “Diálogos com a jurisprudência, II – Responsabilidade dos administradores...”, *loc. cit.*, págs. 57 e 61, ID., *Curso...*, vol. II cit., págs. 181, 185-186. Por ver na desconsideração uma “re-imputação” das relações da sociedade ao sócio, CASSIANO DOS SANTOS, *últ. ob. cit.*, pág. 55, diz que não há que optar entre os termos da alternativa da responsabilidade, conquanto admita que, na prática, isso redundará numa “espécie de subsidiariedade”, pois só haverá interesse no caso de o património da sociedade se revelar insuficiente.

<sup>416</sup> Contra a desconsideração como “instituto”, antes uma “tentativa de obter um determinado resultado que, em concreto, se afigura o mais justo”, v. MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores...* cit., págs. 131, 639 (na senda de HOLGER ALTMETZEN, “Ausfall- und Verhaltenshaftung des Mitgesellshafters in der GmbH. Zugleich Besprechung des BGH-Urteils vom 25.2.2002”, *ZIP*, 2002, pág. 966, mas também do já clássico WERNER FLUME, págs. 83-84). Observando nela, ao invés, um “instituto de enquadramento” dos critérios e institutos vários que respondem a problemas específicos, v. MENEZES CORDEIRO, *O levantamento...* cit., págs. 148-149, e CATARINA SERRA, “Desdramatizando o afastamento...”, *loc. cit.*, págs. 129-130.

<sup>417</sup> Nessa decisão, a desconsideração seria afastada porque a responsabilidade dos gerentes mereceria confirmação, uma vez que não se mostrava excluída por aplicação do art. 72º, n.º 4 (in *www.dgsi.pt*, processo 08A3991). No mesmo sentido argumentaram os Acs. da **Relação do Porto**, de **25 de Outubro de 2005** (in *www.dgsi.pt*, processo 0524260) – no caso, em relação à aplicação das normas que poderiam conduzir à nulidade dos negócios, isto é, os arts. 280º, n.º 2, e 240º, n.º 2, do CCiv (a desconsideração “só deverá ser invocada quando inexistir outro fundamento legal que invalide a conduta do sócio ou da sociedade que se pretende atacar”: ponto III do Sumário) –, e de **25 de Março de 2010** (cit. *supra*, n. 371).

competências do sócio e na eventual relação com a administração <sup>418</sup> – que provoca a indissociação de esferas jurídicas (patrimonial e não só) <sup>419</sup> ou causa e/ou intensifica a subcapitalização material da sociedade e com elas se conforma – e a actuação do administrador (que pode não ser sócio) – que responderá pela violação culposa dos seus deveres e/ou de disposições de tutela dos credores (e, neste caso, determinou a insuficiência do património social) <sup>420</sup> – não aconselha a essa tomada de posição. Antes se deverá averiguar, com independência e em igualdade na lide processual, o comportamento do sujeito *em cada um dos seus horizontes de actuação, respectivo catálogo de direitos e deveres e hemisfério de danos produzidos*. Por isso, para além da pretensão alternativa, esses dois caminhos podem acabar por ser subjectivamente concorrentes, desde que estejamos perante pretensões contra um administrador (sócio ou não) e contra um sócio (não administrador), eventualmente coligados na mesma acção (art. 30º, n.os 1 e 2, do CPC) <sup>421</sup>.

Todos os três modelos, ainda que diversos nos pressupostos e nas consequências de regime, contribuem para delinear a disciplina daquela que se chamará a *responsabilidade por poder ilegítimo* e das correspondentes técnicas

---

Na linha desse princípio de subsidiariedade se tem pronunciado a nossa doutrina: supondo na autonomia da desconsideração a subsidiariedade, que aparece como “cláusula de reserva”, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, Volume IV cit., pág. 85; ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, pág. 50; MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores...* cit., *passim*, em esp. v. págs. 62-63, 130-131 (no que toca à responsabilização dos “sócios controladores”) 324-325, 640, ID., “Desconsideração da personalidade jurídica e ‘descapitalização’ de sociedade”, *loc. cit.*, págs. 179 e ss; CATARINA SERRA, “Desdramatizando o afastamento...”, *loc. cit.*, pág. 114; ARMANDO TRIUNFANTE/LUÍS TRIUNFANTE, págs. 139-140, 141.

<sup>418</sup> Especialmente relevante no caso da sociedade por quotas, mais uma vez atento o art. 259º do CSC.

<sup>419</sup> Sobre esta precisão dogmática, v. RICARDO COSTA, *A sociedade por quotas unipessoal...* cit., n. (696) – págs. 696-697.

<sup>420</sup> E, neste horizonte, indica o poder-dever de administrar orientado pela preservação de património e interesses alheios, hoje fiscalizado, exemplificativa mas elucidativamente, na lei, uma vez que o art. 64º, n.º 1, al. a), alude à «disponibilidade», à «competência técnica» e ao «conhecimento da actividade da sociedade» «adequados às suas funções» de administrador, e a al. b) do mesmo artigo, quanto ao dever de lealdade, implica a consideração do «interesse da sociedade, atendendo aos interesses de longo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores»: neste sentido, v. CARNEIRO DA FRADA, “A *business judgment rule* no quadro dos deveres gerais dos administradores”, *Jornadas «Sociedades abertas, valores mobiliários e intermediação financeira»*, coord.: Maria de Fátima Ribeiro, 2007, págs. 207-208, 209-213.

<sup>421</sup> V. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., pág. 79.

Sobre o complexo tema da pluralidade de pretensões e para a distinção entre “concurso de fundamentos” (títulos de aquisição da prestação, normas de pretensão) e “concurso de pretensões”, v. TEIXEIRA DE SOUSA, *O concurso de títulos de aquisição da prestação. Estudo sobre a dogmática da pretensão e do concurso de pretensões*, 1988, págs. 160 e ss, em esp. 177-178, 184-186, 215-216.



sancionatórias.<sup>422</sup> Uma disciplina centrada nas “diversas hipóteses de heterodeterminação ilegítima das (ou, pelo menos, participação nas) escolhas gestórias do ente”. A *ilegitimidade do poder* assume, desta feita, “uma conotação essencialmente *subjectiva*, entendendo-se por «ilegítimo» aquele poder que vem exercitado por uma pessoa privada da investidura orgânica requerida pela lei”<sup>423, 424</sup>

É uma preocupação que se surpreende notoriamente no (improffícuo) Projecto de Nona Directiva de 1984, sobre as coligações entre empresas e, em esp., os grupos de sociedades<sup>425</sup>. O seu art. 9º, n.º 1, previa que «A empresa que se

---

<sup>422</sup> A acumulação destas vias de resolução explica o menor relevo que a figura do administrador de facto encontra na Alemanha, onde a “subcapitalização” e a “descapitalização intencional” manifestam uma grande difusão no âmbito da *Durchgriffshaftung* e os mecanismos de responsabilidade delitual comum (no momento actual, essencialmente o § 826 do BGB, mas também o § 823 (2)) entraram definitivamente no âmbito de acção das sociedades. Acresce que a protecção dos interesses da sociedade e dos credores sociais é ainda empreendida com a disciplina especial da responsabilidade nos grupos (nomeadamente os §§ 311 e 317 da AktGesetz para os “grupos de facto” em relação de domínio), a convocação da responsabilidade do sócio pela violação do seu “dever de lealdade” (*Treuepflicht*) para com a sociedade e com os restantes sócios quando se envolve na gestão (nomeadamente na *GmbH*) e pela aplicação do § 117 da AktGesetz para o accionista “influenciador” – v., por ex., MARCUS LUTTER, “Gefahren persönlicher Haftung für Gesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH”, *DB*, 1994, págs. 129 e ss, UWE W. SCHNEIDER, “Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung”, *loc. cit.*, *sub* § 43, págs. 2229-2230, *Rdn.* 23-25, e, mais desenvolvidamente, URSULA STEIN, *Das faktische Organ* *cit.*, *passim*, em esp. págs. 152 e ss, 156 e ss, 164 e ss, 170 e ss, 174 e ss, 200, na procura (e resposta afirmativa) de essas tutelas ocuparem o lugar de um alargamento, nos casos lacunosos, da responsabilidade típica do órgão para terceiros não administradores (ou “não-órgãos”), nomeadamente o sócio por trás do *Strohmann* e o sócio “influenciador” através de intervenções directas e instruções (ilegais) sobre a gestão, e MARC DINKHOFF, págs. 129-130, 183 e ss, para quem o tratamento da administração de facto se faz pela protecção suficiente dos regimes gerais contra “acções arbitrárias e ilegais” e sem necessidade de um duvidoso tratamento à parte, baseado na interpretação extensiva ou analógica de normas singulares. Contra esse discurso através da rejeição da suficiência dos §§ 117 (responsabilidade por utilização da influência para a determinação da prática de actos danosos pela administração), 311 e 317-318 (responsabilidade da “empresa dominante” por força do exercício concreto de influência em relação de domínio intersocietário fora de “contrato de domínio” ou de “anexação”: *Konzern* de facto) para escorar a responsabilidade do sócio instigador (*Hintermannhaftung*), v. HOLGER FLEISCHER, “Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit...”, *loc. cit.*, pág. 525. Para uma comparação entre a realidade alemã e os outros ordenamentos, cfr. HANS SONNENBERGER, “Gesellschaftsrechtliche Vertantwortunglichkeit geschäftsführender Organe von Kapitalgesellschaften. Rechtsvergleichende Bemerkungen zum deutschen, englischen und französischen Recht”, *GmbHRR*, 1973, págs. 25-26, ss, P. J. ZAHN, *Geschäftsleiterhaftung und Gläubigerschutz bei Kapitalgesellschaften in Frankreich*, 1986, págs. 274-275 (*apud* NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto... cit.*, n. (118) – pág. 60).

<sup>423</sup> Aproveito uma vez mais NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto... cit.*, pág. 5 e n. (6).

<sup>424</sup> Ainda na doutrina italiana, FABRIZIO GUERRERA, *Illecito e responsabilità... cit.*, págs. 403-404, não coloca o instituto da responsabilidade civil (extra-contratual, no confronto com terceiros, credores e sócios *uti singuli*), “graças à sua ductilidade e capacidade expansiva”, em “antítese radical” com a perspectiva metodológica da “superação” da personalidade jurídica; antes as vê como duas técnicas *sancionatórias* de solução dos problemas de “abuso”, que, seja no plano das *fattispecie*, seja no plano dos efeitos práticos, se caracterizam por uma “área não marginal de interferência e de sobreposição na utilização dos dois instrumentos conceituais”.

<sup>425</sup> Baseada no art. 54º, § 3º, al. *g*), do TCEE.

Para a leitura da Proposta, bem como da “Relação das Comunidades Europeias”, v., por ex., *Riv. Soc.*, 1985, pág. 1040, ss, 1071, ss. Sobre o percurso histórico da frustrada tentativa de uniformizar(-codificar) o

comporte como *dirigente de facto* perante uma sociedade responde perante esta última por qualquer dano resultante dessa intervenção e proveniente de um erro de gestão como se a empresa fizesse parte do órgão de direcção da sociedade e devesse, portanto, zelar pelo respeito do interesse dessa sociedade». A clara menção ao carácter *exterior* da “empresa administradora de facto” – definida no n.º 2 como aquela que «exerça, directa ou indirectamente, uma influência determinante nas decisões tomadas pelo órgão de administração da sociedade»<sup>426</sup> – denota o cuidado em sancionar a influência ilegítima no processo decisório dos

---

direito dos grupos no espaço comunitário-europeu, v. MENEZES CORDEIRO, *Direito europeu das sociedades*, 2005, págs. 771-773. E sobre as questões da necessidade desse direito e a não aprovação da Nona Directiva – “O anteprojecto de uma directiva respeitante a grupos foi abandonado na sequência da resistência da maioria dos estados membros, o que se prendia com a forte influência do direito alemão sobre o anteprojecto”: HANS-GEORG KOPPENSTEINER, *Os grupos no direito societário alemão* cit., pág. 35; “O projecto de 9.ª Directriz (...) pode considerar-se abandonado: não suscitou consensos mínimos e versa matéria que melhor poderá ser tratada noutros moldes”: MENEZES CORDEIRO, *ibid.*, pág. 88 –, v. COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade...* cit., págs. 272 e ss, em esp. pág. 279.

<sup>426</sup> A referência a «empresa» por parte do legislador comunitário resolve a dúvida sobre a susceptibilidade de qualificação de *personas colectivas* (no caso a sociedade-mãe ou a sociedade *holding*) como administradores de facto e a sua consequente responsabilidade prevista pela norma (neste sentido, cfr., entre outros, GIULIANA SCOGNAMILIO, “La responsabilità della società capogruppo: problemi ed orientamenti”, *Riv. dir. civ.*, 1988, n. (19) – pág. 372). O que é confirmado pela estatuição do n.º 3, al. a), do art. 9º, que faz responder solidária e ilimitadamente com a sociedade dominante (empresa administradora de facto) «cada pessoa responsável pela direcção da empresa em virtude da legislação a que esta está sujeita». O que significa que os administradores (de direito) da dominante acrescentariam a sua responsabilidade (“presuntiva”: «O visado pode todavia liberar-se da sua responsabilidade quando prove que o evento danoso não lhe é imputável», reza a 2.ª parte dessa alínea) à responsabilidade da sociedade dominante: cfr. AGOSTINO GAMBINO, “I gruppi in Italia alla luce del progetto di IX Direttiva”, *Giur. comm.*, 1987, I, págs. 12-13, que refere a “forte penalização do grupo de facto quanto à responsabilidade pessoal do *management* da *capogruppo*”, “também pelos erros de gestão [das sociedades controladas] por eles não conhecidos”; NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., pág. 108.

Porém, para MATTEO RESCIGNO, “I gruppi di società nel diritto italiano”, *Jus*, 1989, pág. 180, essa configuração de administrador de facto dificilmente se adaptaria a qualquer forma de exercício de “direcção unitária” pela sociedade-mãe (e sempre como *reflexo da acção dos seus administradores*). Quando muito poderiam estar cobertas hipóteses de grupos “particularmente concentrados”, pois, como salientaram PIETRO ABADESSA, “I gruppi di società nel diritto italiano”, *I gruppi di società. Ricerche per uno studio critico*, 1982, n. (86) – pág. 142, PIER GIUSTO JAEGER, “«Direzione unitaria» di gruppo...”, *loc. cit.*, pág. 824, VINCENZO FRANCESCHELLI/MICHAEL LEHMANN, “Superamento della personalità giuridica e società collegate: sviluppi di diritto continentale”, *Responsabilità limitata e gruppi di società. Unità economica e pluralità giuridica e di imprese nei gruppi di società. Profili di diritto interno e comparato*, 1987, págs. 96-97, GIULIANA SCOGNAMIGLIO, n. (38) – págs. 377-378 (a propósito da responsabilidade dos administradores de direito da *società controlante*, em caso de *direzione unitaria* de grupo, pelos prejuízos causados pelos administradores da *società controllata*, determinada pela Lei n. 95, de 3 de Abril de 1979 – conhecida por *legge Prodi* –, sobre a administração extraordinária das grandes empresas em crise, art. 3º, 10º §), a regra em tais casos seria apenas a centralização de algumas funções “estratégicas”, não a participação dos órgãos de governo em todas as decisões que a sociedade dominada é chamada a tomar. Ora, se para a identificação de um sujeito como um administrador de facto seria necessário demonstrar que ele desenvolve contínua e genericamente todas as funções próprias dos administradores de direito, então só em casos limites essas circunstâncias poderiam ser referidas aos administradores de uma sociedade dominante e, por essa via, a essa sociedade dominante. De todo o modo, v. ANTONIO PAVONE LA ROSA, “Osservazioni sulla proposta di nona direttiva sui gruppi di società”, *Giur. comm.*, 1986, págs. 840-842, para várias precisões e correctivos tanto da responsabilidade dos administradores da sociedade controlante como da responsabilidade da própria sociedade controlante.

órgãos da sociedade (centrada, no caso, para as relações de domínio grupal *fáctico*<sup>427</sup>) por quem se comporta e age como se fosse dirigente para todos os efeitos no plano jurídico (segundo um critério de ordem funcional-substancial<sup>428</sup>): aquele que, de fora para dentro, exerce *indirectamente* influência sobre as decisões da administração da controlada (assim, num conceito amplo de administração fáctica, se substituindo ao respectivo administrador de direito no exercício das suas funções); aquele que o faz mediante uma intervenção sistemática no processo da decisão da gestão centralizada e, por isso, responsabiliza-se (como ele) pelos erros de gestão.<sup>429</sup> Não é, de tal modo, uma responsabilidade de natureza “institucional” ou “de posição” (abrangendo todos os ilícitos gestórios no seio da “influência”), antes se constrói *sobre o modelo da responsabilidade do administrador de facto e dos danos resultantes da sua intervenção*, rigidamente limitada a restaurar os prejuízos sofridos *concretamente* pela sociedade controlada, em resultado de ingerências “prevaricadoras”<sup>430</sup>.

---

<sup>427</sup> Pois a responsabilidade assim prescrita sancionaria as intervenções danosas sem serem para tal autorizadas, isto é, constituía a consequência jurídica do princípio segundo o qual, “para além das formas de grupo previstas pela directiva, as sociedades não podem agir senão segundo o próprio interesse e devem conservar a própria capacidade de autodeterminação” (“Relação da Comissão das Comunidades Europeias”, *loc. cit.*, pág. 1053).

<sup>428</sup> A “Relação da Comissão das Comunidades Europeias” não podia ser mais clara: “Consideradas as múltiplas formas de organização que pode assumir uma empresa (sociedade de capitais, sociedade de pessoas, empresa individual, etc.) e as diferenças existentes a este respeito entre os ordenamentos jurídicos nacionais, as pessoas previstas por esta disposição [art. 9º, n.º 2] não são definidas tendo por base a sua pertença a um órgão preciso, mas sim com base no *tipo de funções que exercem* (...). A única função tomada em consideração é a *função de direcção da empresa*, ou seja, aquela que permite determinar as orientações e decidir ao mais alto nível. As pessoas que participam, a outro título, na gestão corrente da empresa não entram na previsão do artigo” (*loc. cit.*, pág. 1054). E mais ainda. Não seria qualquer intervenção externa que chegava para a aplicação das disposições em causa: seria preciso que “a outra empresa tome de facto o cargo de representante legal da sociedade e assumia de modo total ou parcial as suas funções” (*loc. cit.*, pág. 1055).

<sup>429</sup> V. PETER ULMER, *Europäisches Unternehmensrecht. Grundlagen, Stand und Entwicklung nebst Texten und Materialien zur Rechtsangleichung*, 1996, pág. 241; mais desenvolvidamente, ANTONIO PAVONE LA ROSA, *últ. est. e loc. cits.*, pág. 839, para quem o art. 9º, não obstante partir da necessidade de garantir a autonomia gestória das entidades singulares do grupo e de impedir que as mesmas possam ser induzidas a operar em vantagem de outras entidades com o respectivo prejuízo, entende a *influência com efeitos perversos* como uma “dimensão naturalmente conexas ao exercício do controlo”, ao invés de ser vista como um “fenómeno marginal e patológico”.

V. ainda, a este pretexto, a “Relação da Comissão das Comunidades Europeias”, *loc. cit.*, págs. 1053-1054, que aprecia a noção de dirigente de facto como a designação para um comportamento “aparente”.

<sup>430</sup> Para esta conclusão, v. ANTONIO PAVONE LA ROSA, “L’insolvenza nelle aggregazioni societarie”, *Dir. fall.*, 1987, págs. 508-509, NICCOLÒ ABRIANI, *últ. ob. cit.*, págs. 108-109.

A formulação do art. 9º veio aclarar as dúvidas que a (precedente) Proposta de Nona Directiva inculcava – refiro-me ao seu art. 7º – em redor do tipo de responsabilidade da “empresa dominante”: se uma responsabilidade *objectiva* pelas consequências danosas que resultassem do exercício da sua influência, se uma responsabilidade *subjectiva*, assimilável *tout court* à de um administrador de facto da sociedade dependente. Esta última perspectiva reduziria substancialmente a possibilidade de tutela das sociedades dependentes (e dos seus credores e sócios livres), devendo estas demonstrar o prejuízo sofrido e o seu fundamento em “erro de gestão” (a violação de deveres legais ou estatutários). Era, por isso, norma a precisar de um sobrepujamento da “apresentação subjectiva” desta responsabilidade, pois acabaria por

Ora, o que mais ressalta desta previsão da «Responsabilidade pelo controlo de facto»<sup>431</sup> é a (razoável) possibilidade de sustentar não poder ela ser apenas ligada ao direito dos grupos em sentido estrito, com o fito de a estender a todas as hipóteses em que seja reconhecível uma *influência similar* sobre a gestão da sociedade<sup>432</sup>. Antes será aconselhável, como fez ULRICH IMMENGA, ver nela (uma *manifestação* de) uma regulamentação geral do direito das sociedades comerciais: “os efeitos jurídicos dessa responsabilidade são aplicáveis para cada acção com uma influência correspondente”<sup>433</sup>. Que poderá, segundo se crê com fulgor medrante, ser uma ferramenta extremamente útil no campo da luta contra as irregularidades e abusos gestórios nas sociedades que oferecem a irresponsabilidade patrimonial aos sócios<sup>434, 435</sup>.

---

exonerar na maioria dos casos a responsabilidade da sociedade dominante de qualquer responsabilidade consequente a instruções *prejudiciais*: neste sentido, cfr. ALESSANDRO CERRAI, “I gruppi di società nel diritto comunitario”, *I gruppi di società. Ricerche per uno studio critico* (a cura di Antonio Pavone La Rosa), 1982, págs. 519-522.

<sup>431</sup> É a epígrafe do mencionado art. 9º do Projecto de Nona Directiva, que, por sua vez, se integra na 4.ª Sec. (arts. 6º-12º), dedicada à «Tutela da sociedade que esteja sob a influência de outra» (que, na sistemática do Projecto, corresponde à regulação dos “grupos de facto”, que dispensam a existência de um contrato de subordinação, uma declaração unilateral de constituição de grupo ou qualquer outra possibilidade de grupo subordinado – disciplina prevista nos arts. 13º-38º).

<sup>432</sup> Para que a responsabilidade imposta pelo art. 9º do Projecto de Nona Directiva viesse aplicada, entendia-se, na “Relação da Comissão das Comunidades Europeias”, *loc. e últ. pág. cits.*, que o elemento decisivo é “a influência determinante exercida sobre o órgão de direcção e o prejuízo que daí derivou”.

<sup>433</sup> “L’harmonization du droit des groupes de sociétés. La proposition d’une Directive de la Commission de la C.E.E.”, *Giur. Comm.*, 1986, I, pág. 853 (que alude apenas às sociedades anónimas: note-se que o Projecto de Nona Directiva teria como âmbito de aplicação esse tipo societário). E, neste ponto, teremos o apoio de outra passagem da “Relação da Comissão das Comunidades Europeias”, *loc. e últ. pág. cits.*: “a sociedade de que fala o art. 9º não deve corresponder aos critérios do art. 2º e não deve, portanto, ser uma *sociedade-filha no sentido desta disposição*” (pág. 1054, o sublinhado é da minha iniciativa).

Tanto mais que, como salientou ANTONIO PAVONE LA ROSA, “Osservazioni...”, *loc. cit.*, pág. 835, *controlo* e *grupo* são fenómenos tipologicamente diferentes: “se não pode haver «grupo» na ausência de posições de controlo, não é qualquer vínculo de controlo que comporta necessariamente a existência de um grupo societário”. E, se seguir a sua fundamentação, devo concordar que a *influência* desenvolvida através do exercício de poderes institucionalmente atribuído aos sócios constitui uma explicitação natural do poder de “controlo” e isso não basta para gerar um fenómeno de grupo. Para que este desponte requer-se que a influência seja exercida em nome de uma  *direcção unitária* das empresas-sociedade nele participantes. Ou seja, se a sociedade controlante, independentemente do grau onde actua, apenas se basta com a ingerência ao nível a escolha dos componentes dos órgãos gestores da sociedade controlada (e ao exercício dos outros poderes que a titularidade do direito de voto lhe dá), há apenas uma  *simples* relação de controlo. Que será, dizemos nós, berço para a influência, porventura nociva, sobre as suas decisões. Para que essa relação avance como instrumento para uma agregação típica de grupo é pressuposto que a ingerência invista em momentos fundamentais das sociedades dominadas, como seja a formulação da estratégia geral da gestão, a adopção de decisões operativas fundamentais, a escolha de dirigentes, etc. Em suma: se a diferença é mais ou menos clara, o  *controlo* precipitado em  *influência* deverá ser fiscalizado haja ou não grupo.

<sup>434</sup> Como apreendeu HARM-JAN DE KLUIVER, “Europe and the private company, an introduction”, *The European Private Company?*, 1995, pág. 30, Autor a quem, para assim concluir, não passou despercebido o fenómeno juscomparatístico de  *extensão* da disciplina relativa à responsabilidade dos administradores em caso de insolvência a pessoas (singulares e colectivas – “legal entities”) que não ostentam a posição de  *director* mas que de facto dominam a sociedade e instruem os administradores no que fazer.

Essa regra apresenta um escopo: não deixar escapar quem lesou e não é titular legítimo da qualidade para responder por essa lesão. A este fim responderia o resultado sancionatório das três técnicas a que aludimos: imputação dos danos a título de responsabilidade delitual (responsabilidade *por acto ilícito* <sup>436</sup>), derrogação da autonomia subjectivo-patrimonial da sociedade e responsabilidade pelas dívidas sociais (responsabilidade *de posição* <sup>437</sup>) ou extensão(-aplicação) da responsabilidade civil societária dos administradores – que posso chamar responsabilidade *por acto subjectivamente ilegítimo*. Porém, só aparentemente se poderá afinar estes modelos ou técnicas pelo mesmo diapasão.

Entre o primeiro e o último existem *prima facie* semelhanças de vulto quando a responsabilidade civil societária seja *extra-negocial* (arts. 78º e 79º). Mas as dissemelhanças serão acentuadas no que respeita à responsabilidade *negocial* determinada pelo art. 72º a 77º. Não esqueçamos que esta forma de imputação da actuação dos administradores funda-se na pré-existência de um vínculo válido e eficaz entre administrador e sociedade, o que não sucede na espécie coberta pela administração de facto. Esta é, aliás, um das objecções tradicionalmente colocadas à configuração dessa responsabilidade. Como aplicá-la se não há relação ou há uma relação inquinada quando um sujeito actua como se fosse administrador? Como justificá-la à luz do estrito desenho de uma responsabilidade que castiga quem «falta culposamente ao cumprimento da obrigação» (art. 798º do CCiv.) de não praticar «actos ou omissões praticados com preterição dos deveres legais ou contratuais» (art. 72º, n.º 1)? <sup>438</sup>

---

<sup>435</sup> Já antes, em 1970, a Comissão das Comunidades Europeias fora autora de um *Projecto de convenção comunitária sobre processos de insolvência* (Doc. 3327/1/XIV/70), onde se estendia a falência a «qualquer administrador, de direito ou de facto, notório ou oculto» que houvesse abusado dos bens sociais e gerido a sociedade como se fosse uma empresa individual (I., art. 1). Também se prescrevia que se qualquer administrador, tal como fora descrito, não pagasse o montante decretado por via de uma acção social de responsabilidade, seria ele próprio declarado falido (II., art. 2). Eram previsões então directamente inspiradas no art. 101 da *Loi n.º 67-563* de 1967 (v. *supra*, n. 223), que foram depois abandonadas na *Convenção relativa aos processos de insolvência*, aprovada em 25 de Novembro de 1995 e ratificada por todos os (então) Estados-membros, com a excepção do Reino Unido (razão pela qual não entrou em vigor), bem como no *Regulamento n.º 1346/2000* do Conselho da União Europeia, de 29 de Maio de 2000, *relativo aos processos de insolvência* (in *JOCE* n.º L 160, de 30 de Junho de 2000, pág. 1, ss).

<sup>436</sup> FABRIZIO GUERRERA, *Illecito e responsabilità...* cit., pág. 404, para a responsabilidade *externa* do sócio.

<sup>437</sup> FABRIZIO GUERRERA, *últ. ob. e loc. cits.*, para a mesma responsabilidade.

<sup>438</sup> Em Itália, assinalo ainda que se comenta ser a acção por ilícito extra-contratual geradora de um agravamento do ónus probatório, ao contrário da “doutrina do administrador de facto”, que, baseada no

Entre o segundo e o último comungam-se o *fundamento* – reagir a comportamentos desviantes no que concerne às regras legais básicas de organização e estruturação de competências das sociedades comerciais <sup>439</sup> – e a *finalidade* – impedir a *não imputabilidade* daqueles que actuam sob a protecção de formas jurídicas pré-estabelecidas ou beneficiam precisamente da sua falta. Tanto a desconsideração da personalidade como a “doutrina do administrador de facto” acabam por ser técnicas correctivas que prescindem da *forma* – num caso, a personificação jurídica do ente colectivo, no outro, a condição de administrador formal da sociedade – para indagar a realidade pessoal que jaz por baixo da realidade jurídico-societária formal e, em abono dos interesses em jogo, realizar a *justiça material no caso concreto*. <sup>440</sup> Razões para que se realce entre eles uma idêntica

---

incumprimento de obrigações jurídicas pré-existentes (as exigidas ao administrador de direito e fiscalizadas pelo regime-regra da responsabilidade civil societária), acarreta uma verificação menos onerosa da *eficiência causal* e da *imputabilidade psicológica* dos contributos comportamentais singulares: NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., pág. 3. É aqui que se compreende que FABRIZIO GUERRERA, *últ. ob. cit.*, págs. 404-405, veja a responsabilidade delitual com âmbito mais restrito e de utilização mais problemática, enquanto a desconsideração fosse mais incisiva e fruível, ainda que mais rígida e radical no êxito aplicativo. Agravamento aquele, porém, na óptica de LUIGI SALVATO, pág. 811, menos forte do que poderia parecer à primeira vista, desde que venha comedido à dificuldade de demonstrar, com o rigor necessário, a existência de *actos idóneos* para provar uma gestão de facto e a repetição de tais actos. Para a França, foi igualmente notado muito vagamente por JEAN-MARIE MACQUERON, pág. 35, que, em comparação com a *action en comblement de passif*, o recurso à responsabilidade delitual (art. 1382 do *Code Civil*) seria menos cómodo porque implicava a prova da “existência de um prejuízo, de um facto e de um laço de causalidade”. Por sua vez, em Espanha, observou-se que a aplicação do regime comum da responsabilidade (seja a relativa à “gestão de negócios alheios”, seja a correspondente à extra-contratual) conduziria a resultados “certamente paradoxais” em aspectos como o tipo de diligência exigida, a medida da culpa, as causas de exoneração ou a legitimidade para accionar – JESÚS QUIJANO GONZALEZ, *La responsabilidad civil de los administradores...* cit., págs. 354-355 e n. (161) –, inadequação apoiada por ALONSO UREBA, “Presupuestos de la responsabilidad social...”, *loc. cit.*, pág. 672.

<sup>439</sup> Claro que estou a ser restrito na análise. Porquê? De uma forma mais ampla, todos dividem o mesmo fundamento, pois sempre implicam uma conduta anti-jurídica que transgredir regras de organização patrimonial e/ou corporativa da sociedade (FABRIZIO GUERRERA, *Illecito e responsabilità...* cit., pág. 404; antes, em sentido próximo no direito alemão, NORBERT REICH, pág. 1665).

<sup>440</sup> NORBERT REICH, pág. 1665, que focaliza a comunhão na análise de actuação reprovável do sócio único ou maioritário, umas vezes pelo abuso do princípio da separação entre sociedade e sócio (*Durchgriffsfall*) e outras vezes pelo abuso da separação de competências entre órgão administrativo e sócio (*Fall des faktischen Organmitgliedes*); HANS-JOACHIM FLECK, “Zur Haftung des GmbH-Geschäftsführers”, *GmbHR*, 1974, pág. 232; CLAUDE CHAMPAUD/DIDIER DANET, “Sociétés et autres groupements. Dirigeant de fait – Versailles, 8 févr. 1994 (15<sup>e</sup> ch.)”, *loc. cit.*, pág. 283, que acentuam que a noção de administrador de facto permite “penetrar” no *écran* societário para sujeitar aos constrangimentos legais aqueles que exercem o controlo societário e a direcção empresarial, obviando às “falhas do sistema” das regras de direito; ID. “Sociétés et autres groupements. Dirigeant de fait – Com. 5 nov. 1991”, *loc. cit.*, pág. 818 – a doutrina da administração de facto adequa-se a surpreender a “realidade do controlo” sob a “aparência estatutária”; JOSÉ LUIZ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., págs. 144-145, 179; NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., pág. 27; JOSÉ EMBID IRUJO, “La responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, pág. 2394 – que assinala a comum tentativa de solução “material” de um problema prático não contemplado nem resolvido no ordenamento, já que, tanto no “levantamento do véu” da personalidade jurídica como no administrador de facto, determinadas circunstâncias observadas na realidade societária

premissa metodológica, vista na *revisão*, em sentido *substancialista*, da noção de pessoa jurídica, para um <sup>441</sup>, e de órgão da mesma, para outro <sup>442</sup>.

E, pelo menos para alguns dos casos sintomáticos (os *Fallgruppen* dos alemães) sistematizados para efeitos de responsabilidade (*Haftungsdurchgriff*) pela teoria da desconsideração, os *pressupostos* são susceptíveis de coincidirem<sup>443</sup>. Veja-se a *indissociação de esferas patrimoniais e de negócios sociais e pessoais pessoais-familiares*, que legitimará o “levantamento do véu” societário e a exigência de os sócios, que desrespeitarem a autonomia da sociedade como titular de um património e de um conjunto de relações jurídicas próprias, responderem perante os credores da sociedade. Hipótese verosímil para sócios com um nível intenso de domínio ou de influência sobre a sociedade, em particular nas sociedades de substrato pessoal

---

demandam uma resposta jurídica justa, ausente *prima facie* das previsões do legislador; MARÍA JOSÉ VERDÚ CAÑETE, *La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en el concurso de acreedores*, 2008, págs. 136, 138-139; LUIS HERNANDO CEBRIÁ, “Sociedad dominante administradora de hecho? Más allá del velo corporativo”, *RDM*, 2011, págs. 164-165, 167 – ambas as figuras permitem encontrar “novos centros de imputação” pelas dívidas da sociedade e pelas responsabilidades derivadas da gestão empresarial, superando-se “as inevitáveis barreiras formalistas da regulação positiva” e restaurando-se “a integridade de uma obrigação ou de uma responsabilidade que escapa, em princípio, aos confines da personalidade jurídica da sociedade obrigada, num caso, e da actuação dos administradores de direito, no outro”.

<sup>441</sup> V. de novo as minhas linhas (*A sociedade por quotas unipessoal...* cit., págs. 673-675) e as reflexões de COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II cit., págs. 163 e ss (também *Da empresarialidade...* cit., págs. 197 e ss).

<sup>442</sup> Cfr. NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., pág. 6; JOSÉ EMBID IRUJO, “La responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, pág. 2394, para quem as duas perspectivas estão irmanadas no intuito de combater a fraude e de tornar possível uma solução justa do problema, não condicionada pelo entendimento puramente formal da segurança jurídica; JOSÉ LUIZ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., págs. 25, 144 (“Ambos constituem expressões da «perspectiva fáctica» do Direito, em oposição à [perspectiva] formalista de interpretação dos conceitos jurídicos. Pretende-se que a posição formal de uma pessoa em relação com uma sociedade não prevaleça sobre a realidade económica subjacente.”), 179; LUIS HERNANDO CEBRIÁ, pág. 167.

<sup>443</sup> E daí a admissibilidade do administrador de facto como figura destinada, em geral, a golpear os “abusos da personalidade jurídica” – ALESSANDRO NIGRO, “Le società per azioni nelle procedure concorsuali”, *loc. cit.*, pág. 372 – e a sua “susceptibilidade de aplicação simultânea” (por ex., nos casos de “identidade de pessoas ou esferas” e de “direcção efectiva externa” – MARÍA JOSÉ VERDÚ CAÑETE, pág. 137. Em sentido contrário, uma vez que a diversidade e a falta de homogeneidade desse naipe de problemas tratados pela doutrina da desconsideração fazem duvidar da “coerência dos seus perfis e da conveniência em utilizá-la como substituta” da figura do administrador de facto, v. JOSÉ EMBID IRUJO, *últ. est. e loc. cit.* Para uma outra perspectiva, na Alemanha, KARSTEN SCHMIDT, “Zur Durchgriffsfestigkeit der GmbH. Grenzen der Gesellschafter- und Geschäftsführerhaftung gegenüber Dritten nach dem BGH-Urteil vom 13. April 1994”, in *ZIP*, 1994, pág. 840, sublinha que a distribuição atípica de papéis administrativos entre o administrador formal e registado e o administrador de facto (nomeadamente o sócio que exerce influência e domínio sobre o administrador de direito único e outro sócio, nas sociedades com participação “50/50” no capital) surge como uma “linha defensiva” contra os ataques de *Haftungsdurchgriff*. Por seu lado, MARC DINKHOFF, pág. 114 e n. (664), admite que, desde logo pela coincidência de casos possíveis, a responsabilidade orgânica de um administrador de facto seria “uma espécie” de *Durchgriffshaftung*.

reduzido e nas sociedades unipessoais <sup>444</sup>. Ora, estes são sujeitos cuja actuação os coloca com a aptidão necessária para serem qualificados de administradores de facto e virem a responder pela gestão danosa <sup>445-446</sup>.

Também o *domínio qualificado entre sociedades*, em que, havendo uma relação intersocietária abrangida pelo art. 486º, “a sociedade A [sócio dominante da sociedade B] intervém continuamente na administração da sociedade B – fora dos órgãos para isso apropriados –, determinando uma constante subordinação dos interesses desta aos seus próprios interesses, com consequentes desequilíbrios da

---

<sup>444</sup> Sobre esta última particularidade, v. RICARDO COSTA, *A sociedade por quotas unipessoal...* cit., págs. 696-699.

<sup>445</sup> Cfr. NURIA LATORRE CHINER, *últ. ob. cit.*, págs. 28-29, aproveitando para salvaguardar a escolha de uma ou outra opção, “a fim de aplicar a responsabilidade correspondente e não sobrecarregar o sócio-gestor com uma dupla «sanção» pelos mesmos factos”; MARÍA JOSÉ VERDÚ CAÑETE, págs. 137-138, sublinhando que a confusão ou equivalência entre as técnicas são favorecidas pela ampla configuração do âmbito subjectivo de aplicação da responsabilidade pelo “défice na insolvência”. Ainda em Espanha, JOSÉ LUIZ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., págs. 145-146, assinala que a técnica da desconsideração deixa de ser possível quando se comprova a separação clara entre o património social e o dos sócios (e “a personalidade jurídica corresponde a uma autêntica actividade económica da sociedade”). Mas se ocorre que um sujeito exerça uma actuação de administração, directamente ou por intermédio dos administradores legais, na ausência de uma nomeação formal para esse efeito, que daria lugar a responsabilidade, se fosse desempenhada pelos administradores de direito, deve acudir-se à figura do administrador de facto. Comparativamente, como a desconsideração não resolve todos os casos, este expediente operativo deverá chegar a várias outras situações. Em França, JEAN-MARIE MACQUERON, págs. 138-139, vê na “confusão de patrimónios” operada pela indissociação da sede social e do domicílio privado do sócio um dos critérios “acessórios” de identificação do administrador de facto (v. *infra*, Parte III, ); e encontra actos de gestão para esse efeito nos comportamentos fraudulentos que tradicionalmente fazem desconsiderar em sede de responsabilidade, como a organização de uma tesouraria fictícia, a elaboração de uma contabilidade falsificada ou o alinhavo de uma fraude fiscal; conclui que o administrador de facto será frequentemente quem tenha confundido em diferentes circunstâncias o seu património com o da sociedade (pág. 181). Nesta pegada de vizinhança entre as duas realidades, ainda em França, JEAN TRICOT, pág. 26, sublinha que a “confusão de patrimónios” é frequentemente a consequência de uma administração exercida de facto por uma pessoa sobre uma outra, em nome do primado dos interesses do administrador de facto. Contra a similitude das técnicas, v. PABLO GIRGADO PERANDONES, *La responsabilidad de la sociedad matriz...* cit., pág. 180 e sua n. (133): enquanto que o “levantamento do véu” se produz numa situação de abuso ou fraude, a situação do administrador de facto enquanto tal, resultante do incumprimento dos requisitos legalmente exigidos e do incurso num vício de fundo ou de forma, não se traduz numa anormalidade do exercício administrativo que implique necessariamente uma actuação abusiva ou fraudulenta.

<sup>446</sup> Parece-me ser particularmente ilustrativo desta realidade *sobreposta* o Ac. da **Relação de Lisboa**, de **3 de Março de 2005** (in *www.dgsi.pt*, processo 1119/2005-6, em esp. págs. 8-10/11). A sócia condenada ao pagamento dos débitos depois de levantado o véu da personalidade societária, após um primeiro momento em que era gerente da sociedade, deixou de o ser para adquirir a qualidade de “directora clínica”. E era com esse estatuto – e o de sócia, directa e indirectamente, esmagadoramente maioritária – que ela ordenava todo o curso da actividade social como se a sociedade “fosse propriedade individual”. Os juízes consideraram ser de sancionar tal sócio pela sua “actuação oculta”... (Numa outra sociedade, convocada igualmente para a lide mas sem consequências condenatórias, o “gerente ficticiamente designado” era o marido da sua empregada doméstica e a mesma pessoa, sócia basicamente nas mesmas condições da sociedade condenada, servia-se de procurações [supõe-se que outorgadas pela gerência] com plenos poderes para actuar em nome da sociedade – ainda que o fizesse, segundo o aresto, por conta dos seus interesses individuais.)



sociedade B”<sup>447</sup>. Estamos perante o exercício de «uma influência dominante» (art. 486º, n.º 1) traduzida numa instrumentalização da sociedade dominada (cujos administradores acatam invariavelmente as respectivas instruções) em proveito da sociedade dominante (e/ou de outras sociedades por ela controladas). Isto conduzirá, no intuito de tutelar os legítimos interesses dos credores da sociedade dominada, a responsabilizar a sociedade dominante pelas dívidas da sociedade dominada. Também aqui poderá confluír a responsabilidade da sociedade-alvo e/ou dos seus gerentes e administradores na(s) qualidade(s) de administrador de facto<sup>448, 449-450</sup>

---

<sup>447</sup> COUTINHO DE ABREU, “Diálogos com a jurisprudência, II – Responsabilidade...”, *loc. cit.*, págs. 63-64, Autor que, nesse local, dá conta de uma evolução de um princípio de responsabilidade por desconsideração da sociedade dominante para um princípio de responsabilidade por administração de facto “na sombra”.

<sup>448</sup> A responsabilidade da sociedade dominante *enquanto sócio* (por comunicação de uma responsabilidade por acto ilícito realizado pelos seus administradores de direito: cfr., entre outros, PIER GIUSTO JAEGER, “«Direzione unitaria» di gruppo...”, *loc. cit.*, págs. 830-831) não exclui – como outro caminho de enquadramento – a plausibilidade de responsabilizar independentemente os *administradores de direito* (mesmo sendo representantes de outra pessoa colectiva) da *sociedade dominante-mãe* pela gestão directa ou indirecta (nomeadamente oculta) junto da administração da *sociedade dominada-filial* (justamente enquanto representantes dessa sociedade dominante) – assim se verá no ponto 7.1. da Parte II.

<sup>449</sup> Não por acaso o art. 2476, § 7º, do CCIt., que alguns vêem como disposição reflectora da responsabilização do administrador de facto (e sócio) – v. *supra*, n. 329 –, foi encarado como uma precipitação do levantamento do véu da personalidade jurídica, fazendo de contrapeso (necessário) a uma presença “forte” dos sócios: assim, CINZIA MOTTI, “La società a responsabilità limitata: introduzione alla nuova disciplina”, *La riforma delle società di capitali. Aziendalisti e giuristi a confronto*, 2004, págs. 107-108.

<sup>450</sup> E não por acaso se vê também a nossa doutrina a variar nas propostas quanto a esta responsabilidade das sociedades dominantes “instrumentalizadoras” nas relações de grupo de facto. E até a evoluir de um para outro modelo no que toca a essa responsabilização.

Seguindo entre nós a convocação por via da analogia das normas que regem os grupos de direito – nomeadamente as dos arts. 501º e 502º do CSC – aos grupos de facto qualificados, ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades... cit.*, págs. 600-601. ORLANDO VOGLER GUINÉ, “A responsabilização solidária nas relações de domínio qualificado – Uma primeira noção sobre o seu critério e limites”, *ROA*, 2006, págs. 309 e ss, 322, mobiliza o art. 501º por um argumento de maioria de razão; neste encalce, PINTO MONTEIRO/PEDRO MAIA, “Sociedades anónimas unipessoais e a Reforma de 2006”, *RLJ* nº 3960, 2010, n. (15) – pág. 142 (“... por maioria de razão se há-de entender que a sócia tem essa mesma responsabilidade se, apesar de não ter o direito de dar instruções, as deu *de facto*, instrumentalizando a sociedade participada”).

Preferindo, numa primeira fase, a técnica da desconsideração da personalidade jurídica para responsabilizar as sociedades que instrumentalizam em seu exclusivo proveito as sociedades dominadas, COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade... cit.*, págs. 208-209, como depois nas edições anteriores do *Curso de direito comercial*, volume II, *Das sociedades*: para a 3.ª ed. de 2009, v. pág. 183; porém, numa fase actual, como já dei conta, inclina-se para a responsabilidade da sociedade dominante como administradora de facto “na sombra” da sociedade dominada, nos termos do art. 72º e 78º, n.º 1: COUTINHO DE ABREU, “Diálogos com a jurisprudência, II – Responsabilidade dos administradores...”, *loc. cit.*, págs. 63-64. Nos casos em que não é possível individualizar actos da sociedade dominante (ou dos seus administradores) mas um controlo intenso em prejuízo da sociedade dependente, DIOGO PEREIRA DUARTE, *Aspectos do levantamento... cit.*, págs. 345 e ss, afasta a aplicação analógica do artigo 501º e defende a responsabilidade da sociedade dominante pelas dívidas da sociedade dependente com base na desconsideração do “regime da personalidade colectiva” e recurso ao abuso de direito previsto no art. 334º do CC. Por seu turno, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores... cit.*, págs. 443 e ss, 450 e ss, 457 e ss, 642-643, confrontando a ausência de previsão legal específica que vise evitar consequências danosas do exercício efectivo de

Igualmente os casos de *falta de interesse patrimonial-negocial censurável* (que deram origem à *Existenzvernichtungshaftung* da jurisprudência alemã), particularmente os que se desdobram em descapitalização fraudulenta das sociedades, são referidos em primeira linha à actuação do sócio ou dos sócios que dominam a sociedade.<sup>451</sup>

influência dominante (fora dos “contratos de subordinação” e de uma “relação de grupo com domínio total”) em detrimento do interesse da sociedade dependente – ou, em alternativa, uma previsão que, permitindo esse exercício, lhe associasse responsabilização pelos danos causados a essa sociedade dependente, seus sócios e seus credores –, a insuficiência das soluções previstas pelo art. 83º (responsabilidade do sócio dominante) e a irrazoabilidade da analogia com os arts. 501º e 502º (especialmente na sociedade por quotas dominada), julga aplicável o regime da responsabilidade civil societária dos administradores (arts. 72º e ss do CSC) à actuação da sociedade dominante (como sócio “controlador”), em virtude da sua qualificação como “administrador de facto” e o conseqüente recurso à aplicação do art. 80º («As disposições respeitantes à responsabilidade dos gerentes ou administradores aplicam-se a outras pessoas a quem sejam confiadas funções de administração»), interpretado extensivamente para nele incluir o cenário de as funções de administração, para além de serem realizadas por incumbência (informal ou formalmente inválida) de quem se sinta habilitado (administrador de direito, maioria de sócios), “serem espontaneamente assumidas ou ‘tomadas’”. Por último, ANA PERESTRELO 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, sub art. 486º, 2011, pág. 1234, anot. 32, entre outros mecanismos de protecção da sociedade dependente, dos seus sócios “externos” e credores, pondera a responsabilidade como administradora de facto e a responsabilidade por levantamento da personalidade jurídica.

<sup>451</sup> A conjugação destes “grupos de casos” com a identificação do ou dos sócios maioritários e “influenciadores” ou “dominantes” (que actuam como administradores ou determinam a acção dos administradores de direito) como administradores de facto, com a subsequente responsabilização deles enquanto submetidos à disciplina de responsabilidade própria dos administradores, é particularmente frisada como um percurso alternativo à desconsideração em alguma doutrina alemã e austríaca – HERBERT WIEDEMANN, “Haftungsbeschränkung und Kapitaleinsatz...”, *loc. cit.*, pág. 52; ECKARD REHBINDER, “Zehn Jahre Rechtsprechung...”, *loc. cit.*, pág. 584; GÜNTER ROTH, págs. 427 e ss, em esp. 429-430 (o Autor centra-se na subcapitalização inicial, na “descapitalização” e na “continuação dos negócios depois do esgotamento dos fundos de responsabilidade” e defende que, em sentido prático, as duas linhas de argumentação, para o sócio que se intromete na gestão em razão da sua participação determinante no capital, “conduzem ao mesmo resultado”); ULRICH EHRICKE, “Zur Begründbarkeit der Durchgriffshaftung...”, *loc. cit.*, págs. 296-297, distinguindo entre a actuação-marioneta dos gerentes nas mãos dos sócios que, atrás deles, “puxam os cordelinhos” e os sócios que, eles próprios, tomam “parte activa” na realização das tarefas próprias da gestão (que, para o Autor, perde significado tendo em conta a assunção fáctica da gestão por trás da separação formal entre sócio e gerente); ULRICH HAAS, “Die Gesellschafterhaftung wegen «Existenzvernichtung»”, *loc. cit.*, pág. 1940 (para os casos em que o administrador de direito é “uma abúlica marioneta sem vontade do sócio”); LUTZ STROHN, “Existenzvernichtungshaftung, §§ 30, 31, 43 GmbHG und § 64 S. 3 GmbHG – Koordinierungsbedarf?”, *ZHR*, 2009, págs. 593-594 (assumindo a falta de reconhecimento legal do *shadow director*).

Por seu turno, na jurisprudência da *Existenzvernichtungshaftung*, o **BGH**, no caso *L-Kosmetic*, de **25 de Fevereiro de 2002** (cit. a n. 347), ponderou expressamente a condição de administrador de facto, ainda que para rejeitar a responsabilidade por essa via em face da falta de uma “actividade substancial” no domínio próprio da administração “formal” que fosse normal ou duradouramente ostensiva e evidente para o exterior da sociedade e, assim, indutora da confiança de terceiros nessa aparência (elevado a requisito para se submeter o “órgão de facto” à disciplina legal do membro do órgão de direito: como veremos no cap. 1.º da Parte III). Antes, em Espanha, a já conhecida **AP de Palencia de 18 de Novembro de 1999** (cit. a n. 300) baseou a responsabilidade perante credor social de um sócio minoritário e ex-administrador único da sociedade, com base em conduta patrimonial “fraudulenta”, tanto como *administrador de facto* – quem, ainda que externa e registalmente não ostentasse tais funções, realmente era quem as exercia –, a quem se imputa a “responsabilidade própria do administrador” (e liquidatário, no caso), como pela *teoria do*

Porém, não se olvide uma distinção *de princípio* entre a responsabilidade por desconsideração e a responsabilidade por administração de facto. Nem sempre os comportamentos abusivos dos sócios em prejuízo da sociedade e dos seus credores são compreendidos como *actos de administração* – nomeadamente, apropriações e desvios de bens do património social e benefício de “vantagens particulares” sem fundamento nos estatutos ou em deliberação dos órgãos sociais. Se assim for, falece o requisito de base para constituir tais sócios na posição de administradores de facto e subsequente responsabilidade nessa posição.<sup>452</sup>

Para além disso, não se desdenhem as *diferenças*: a) enquanto a responsabilidade imposta pela desconsideração penaliza os sócios “abusadores” por *utilização anti-jurídica*<sup>453</sup> (e fraudulenta) do instituto societário – “para, por seu

---

*levantamento do véu*, em nome da punição do abuso da ficção legal que a personificação jurídica é. Esta mesma fundamentação é ainda mais acentuada, para hipóteses de “confusão de patrimónios”, nas sentenças da **AP de Teruel de 22 de Dezembro de 1998** (in *AC*, 1998, tomo I, vol. III, pág. 1172, ss) e da **AP de Cuenca de 11 de Fevereiro de 2000** (in *AC*, 2000, vol. II, 922, págs. 210 e ss).

<sup>452</sup> V., com tal precisão para o direito francês, JEAN-LOUIS RIVES LANGE, págs. 42-43, GÉRARD NOTTÉ, *Les dirigeants de fait...* cit., págs. 124 e ss.

<sup>453</sup> Com isto integramo-nos na legitimação do “levantamento” da personalidade com recurso *normativo* ao instituto do abuso do direito, como vimos. Esta via sofreu entre nós uma reacção doutrinal – a de Carneiro da Frada (v. *supra*, n. 381), à qual dedico agora mais cuidada reflexão.

“O recurso a um abuso do *direito de invocar a personalidade colectiva* (...) afigura-se claramente insuficiente, pois a responsabilidade do sócio não pode seguramente derivar *apenas* desse facto. O que corresponde ao carácter abusivo dessa invocação é imediatamente a sua inibição, mas daí não segue qualquer obrigação de indemnizar. Nem se vê bem como poderia surgir, pois aquela invocação não é em si a causa do prejuízo cuja reparação (fundamentalmente) se pede. (...) Há sempre que transcender a eficácia inibitória do abuso. (...) Torna-se necessário *fundamentar* a sua responsabilidade própria perante os credores sociais e, por conseguinte, determinar aquelas regras de conduta cujo respeito se impõe aos próprios sócios, ou seja, *fixar os seus deveres*”: CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança...* cit., n. (121) – págs. 169-170. Para o Autor, que privilegia na sua análise a desconsideração na hipótese de “descapitalização” da sociedade, o mister decisivo é ponderar os deveres e restrições que a “intenção reguladora da ordem jurídica no seu conjunto” estabelece à actividade dos sujeitos por meio de uma pessoa colectiva ou aos seus órgãos. Esses deveres e restrições derivariam, na sua perspectiva, do respeito pelo “mínimo ético-jurídico exigível” a todos os membros da comunidade – é a proposta dogmático-normativa desta doutrina para sujeitar a responsabilidade delitual todo aquele que causa prejuízos a outrem sem incorrer nas duas previsões básicas do art. 483º, n.º 1, do CCiv., superar a mera eficácia preclusiva ou impeditiva que se extrai (tecnicamente) do art. 334º do CCiv., e integrar a lacuna de regulação no sistema de responsabilidade aquiliana através do “reconhecimento de uma norma não escrita” reclamável do exercício reprovável da “liberdade natural de agir” do sujeito, que se traduz, ao fim e ao cabo, numa proibição de condutas de sentido análogo à do § 826 do *BGB* (*qualificadas* por contrárias aos bons costumes): *ibid.*, n. cit., págs. 164-169 (e antes o seu *Uma «terceira via» no direito da responsabilidade civil?/O problema da imputação dos danos causados a terceiros por auditores de sociedades*, 1997, págs. 48 e ss); no seu encalce, MARIA JOÃO PESTANA DE VASCONCELOS, “Algumas questões sobre a ressarcibilidade delitual de danos patrimoniais puros no ordenamento jurídico português”, *Novas tendências da responsabilidade civil*, 2007, págs. 191 e ss, em esp. 199 (onde acrescenta, como alternativa, a aplicação analógica do art. 334º do CC). Assim, o levantamento doloso de fundos da sociedade em prejuízo dos credores e a criação intencional de uma sociedade originariamente subcapitalizada representam casos de “causação consciente e intencional de prejuízos (a coberto da pessoa colectiva)”, merecedores de responsabilidade pela ofensa ao mínimo ético-jurídico.

Numa segunda linha, CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança...* cit., n. (121) – págs. 171-172, 173 (e, com interesse, n. (221) – pág. 249), admite, em esp. para o caso da “descapitalização” societária, a existência de normas jurídicas, que tutelam directamente a sociedade e reflexamente situam os credores no seu *âmbito de protecção*, a imputar directamente aos sócios determinados prejuízos pela sua conduta. Assim é, pois dessas normas é possível conceber “adstrições imediatas dos que determinaram a descapitalização da sociedade perante aqueles que concretamente se relacionaram com essa sociedade e se apresentam como credores dela ou face aos sujeitos que, cognoscivelmente, entrarão em contacto com a sociedade e se tornarão também dela credores: deveres específicos, nomeadamente de protecção, alicerçáveis na regra da conduta da boa fé na medida em que suponham a possibilidade de afirmação de uma ligação especial entre os sócios ou titulares de órgãos e esses credores”. É este outro caminho – e, aparentemente, um outro, assente na solução delitual que aceite *outros deveres no tráfico a impende sobre os sócios e destinados a não prejudicar terceiros* – que conduz o Autor a sentenciar “perfeitamente dispensável o recurso à desconsideração enquanto noção técnica”.

Não creio que esta dogmática responsabilizante fora do abuso seja diversa no plano da exequibilidade das soluções. O abuso que faz levantar a personalidade societária só releva se o lesado identificar os *actos abusivos* – acções e/ou omissões – praticados pelos sócios. Que serão nada mais nada menos que *infracções de deveres de conduta projectados para a boa utilização e funcionamento ordenado do instituto societário*, em particular aqueles que ressaltam, individualmente ou em globo, das disposições que tutelam a autonomia patrimonial, a salubridade financeira e a aptidão creditícia (nas palavras de VASCO LOBO XAVIER, *Anulação de deliberação social e deliberações conexas*, 1976 (reimp. 1998), n. (34) – pág. 140), o esquema decisório-organizatório das sociedades. E, note-se bem, o abuso, sendo ilícito e completando, por o ser, as regras da responsabilidade civil delitual, não dispensa essa identificação, sob pena de decaimento da pretensão do credor afectado. Não se poderá “levantar o véu” sem que efectuem as duas operações: primeiro, *qualificar* uma situação jurídica como *abuso* institucional e da faculdade de beneficiar da responsabilidade limitada por via da pessoa societária – o que dá fundamento no direito positivo à avaliação judicial (que deixa de ser discricionária); segundo, *desaplicar* o regime societário de privilégio a favor dos sócios. Um exemplo: só se os credores provarem, para a circunstância de descapitalização e/ou subcapitalização material, que a manifesta insuficiência patrimonial da sociedade devedora resultou de os sócios terem deliberado vários mútuos gratuitos (mesmo que válidos à luz do art. 6º, n.º 1) a outros sujeitos e sociedades, não terem exigido a restituição das quantias mutuadas, não terem efectuado suprimentos, não terem aumentado o capital, não terem recorrido ao crédito bancário, conformando-se com a situação e, depois, a sociedade não dispor de meios para pagar aos credores – só depois disso, repito –, poderão os sócios responder pessoal e ilimitadamente pelas obrigações da sociedade instrumentalizada-abusada.

De todo o modo, em relação à dispensa de desconsideração referida por Carneiro da Frada quando se tiver recortado uma solução aquiliana, não quero deixar de assinalar que, pelo facto de estarmos a fundamentar em abuso a desconsideração da personalidade jurídica – e, mediatamente, em normas de protecção ou, imediatamente, em normas “desconsiderantes”, como é o art. 270º-F, n.º 4, para o sócio único quotista –, isso não significa que essa pretensão se confunda ou absorva a responsabilidade *delitual* dos sócios “abusadores”. Ambas as garantias estarão ao dispor dos credores insatisfeitos. A procedência do levantamento possibilita a satisfação dos créditos incumpridos por se permitir o ataque directo aos sócios, tendente a estes responderem pessoalmente pelas obrigações da sociedade: por esta via os credores são *pagos*. O fundamento da responsabilidade é o *incumprimento obrigacional*, a determinação do seu responsável é que muda com a ponderação trazida pelo comportamento abusivo. Enquanto isso, em princípio (já que se requerem os pressupostos do art. 483º, n.º 1, do CCiv.), subsiste a responsabilidade *extranegocial por facto ilícito*, directa e originariamente activada entre o sócio como pessoa singular, a título principal, e o sujeito-credor lesado. Neste caso, a *indemnização* ou *ressarcimento* dos prejuízos fazem-se, em princípio, como resultado da *violação das normas que tutelam*, directa ou reflexamente, *os credores no ordenamento societário* (segunda modalidade de ilicitude do art. 483º, n.º 1, do CCiv.), que coincidentemente protegem a sociedade como meio económico do tráfico. Mas também, como *ultima ratio* (e perante o insucesso do *processo de indentificação e relevância das normas agredidas*), em razão do *abuso institucional* da faculdade jurídica de constituição de pessoas colectivas societárias para a prossecução de fins e interesses contrários à função do instituto. Pois essa conduta *ilícita* debilitou, directamente, o património da sociedade, contribuiu para o seu esgotamento ou para a sua insuficiência, e impossibilitou, indirectamente, o cumprimento dos deveres contratuais da sociedade. Já deixei claros estes pontos de vista no meu *A sociedade por quotas unipessoal...* cit., n. (951) – págs. 715, 721 e ss, e mantenho – como se terá visto antes no texto.

intermédio, cometer fraudes à lei, causar danos ao património social e prejudicar terceiros”<sup>454</sup> –, a responsabilidade exigível ao administrador de facto penaliza *não só sócios que interfiram na gestão* e ressarce os danos causados à sociedade pela «preterição» de «deveres legais ou contratuais» dos administradores, aos credores pela «inobservância culposa das disposições legais ou contratuais destinadas à [sua] protecção» e consequente dissipação do património social, e a sócios e (outros) terceiros no «exercício das suas funções», no âmbito de uma gestão não formalizada mas determinante dos destinos da sociedade; *b)* a responsabilidade dos administradores sociais, incluindo a dos administradores de facto, pelos prejuízos causados à sociedade, credores, sócios e outros terceiros *decorre da lei* e não obriga a qualquer operação prévia fora da lei, ainda que esta seja interpretada no sentido de abranger a administração de facto; enquanto isso, a responsabilidade dos sócios por desconsideração necessita, para ser efectiva, do “levantamento do véu” da pessoa jurídica e supõe uma excepção ao princípio da responsabilidade limitada nas sociedades de capitais; *c)* a responsabilidade “desconsiderante” do sócio acresce à responsabilidade negocial da sociedade (e do seu património) pelas suas obrigações, na qualidade de um terceiro obrigado ao cumprimento (“pagamento”) de dívidas alheias, enquanto a responsabilidade do administrador de facto é uma responsabilidade de um sujeito diferente da sociedade<sup>455</sup>, analisada à luz dos pressupostos de responsabilidade orgânica (negocial e extra-negocial existentes para os administradores de direito, imputável a título directo e originada em comportamento próprio; *d)* a responsabilidade decretada pela desconsideração beneficia tão-só os credores sociais prejudicados pela actuação reprovável em sede de incumprimento negocial, enquanto que a responsabilidade do administrador de facto acode a todas as restantes pessoas atendidas pelos arts. 72º e 79º (a sociedade, sócios ou outros terceiros).<sup>456</sup>

De todo o modo, partilho a opinião de que a linha nevrálgica desta divergência reside no *âmbito da responsabilidade* entre a equiparação do agente extra-orgânico ao

---

<sup>454</sup> RICARDO COSTA, *últ. ob. cit.*, pág. 643.

<sup>455</sup> A não ser na possibilidade de qualificar como administradores de facto (solidariamente com os seus administradores de direito) as sociedades directoras e dominantes nas coligações interssocietárias de “grupo” ou em “relação de domínio” – cfr. *infra*, ponto 7.1.

<sup>456</sup> Para este cotejo, v., em sentido próximo mas sucinto, PIERRE-OLIVER GEHRIGER, págs. 117-118, NURIA LATORRE CHINER, *últ. ob. cit.*, págs. 28 e 30, MARÍA JOSÉ VERDÚ CAÑETE, págs. 138-139, LUIS HERNANDO CEBRIÁ, págs. 167-168.

administrador formal e a dissolução da autonomia patrimonial da sociedade e imputação das obrigações sociais ao sócio, ou sócios, artífices dos abusos. A violação das regras do direito societário pelos administradores não conduz *por si só* à desconsideração da personalidade da sociedade administrada. Os danos não são imputados aos sócios, a não ser que sejam administradores e pela sua actuação como administradores. Pois uma coisa é dar corpo a uma translação integral da responsabilidade patrimonial da sociedade para os sócios, em particular o seu *dominus*. Outra coisa, menos radical, é declarar uma obrigação ressarcitória circunscrita aos danos a ele imputáveis na sua qualidade de “co-administrador de facto” da sociedade. Esta última observação explicará o sucesso crescente do modelo *fáctico* de administração nos ordenamentos mais renitentes em aceitar a superação do princípio da limitação da responsabilidade (irresponsabilidade) dos sócios.<sup>457</sup>

\*\*

É para este objectivo que cresce o relevo do administrador de facto: *constituir um modelo repressivo da sua acção*. Tal desiderato está de acordo com os esforços de revisão uniformizadora do direito societário na Europa. Penso nas valorações amadurecidas a nível comunitário e resultantes do trabalho final do denominado *High Level Group of Company Law Experts*<sup>458</sup>, mais conhecido como *Relatório Winter* e intitulado “A modern regulatory framework for company law in Europe”<sup>459</sup>. Aqui, no Capítulo III, dedicado ao “*Corporate governance*”, quanto a estabelecer uma norma básica europeia em matéria de *wrongful trading*, o *Relatório* declara responsáveis os *company directors* pelas dívidas da sociedade quando a deixem subsistir no tráfico e continuar a actuar quando é previsível que não será capaz de pagar os seus débitos; neste quadro, os administradores devem decidir se recuperam a sociedade (e garantem os pagamentos futuros aos credores) ou procedem à sua liquidação – se

---

<sup>457</sup> V., para este ponto, NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., págs. 2 e 4.

<sup>458</sup> O *Relatório* foi o resultado de uma solicitação da Comissão Europeia (o “Grupo de Alto Nível” foi nomeado pelo comissário Frits Bolkenstein, responsável pelo “Mercado único, fiscalidade e taxas”, em Setembro de 2001) e foi apresentado na sua versão final (ou Segundo Relatório, pois houve, em Janeiro de 2002, um Primeiro Relatório sobre “ofertas públicas de aquisição”) em 4/11/2002 (in <http://europa.eu.int>).

<sup>459</sup> Designação que se ficou a dever ao seu *Chairman*, o Professor holandês Jaap Winter, que liderou a equipa também constituída pelos Professores José Maria Garrido Garcia, Klaus J. Hopt, Jonathan Rickford, Guido Rossi, Jan Schans Christensen e Jöelle Simon. Os mesmos Peritos foram mais tarde os autores do Relatório Final intitulado *European Corporate Governance in company law and codes*, apresentado na *European Corporate Governance Conference* realizada em Den Haag, Holanda, a 18 de Outubro de 2004, por iniciativa do Comité Holandês de *Corporate Governance*, o *Tabaksblat Committee* (in <http://corp.gov.nl>).

assim não for, os administradores devem responder total ou parcialmente perante os credores sociais. Esta mesma recomendação é reiterada no Capítulo IV, onde se trata da “*Capital formation and maintenance*”, uma vez que se volta a acentuar essa responsabilidade pelas dívidas sociais em face dessa previsibilidade justamente no momento anterior ao de a sociedade se tornar insolvente <sup>460</sup>. Ora, no desiderato amplo de os direitos dos Estados-membros melhorarem o funcionamento das sociedades e grupos de sociedades, sem dependência de uma harmonização do inteiro corpo de normas nacionais sobre a responsabilidade dos administradores, bem como incrementarem a confiança dos credores e a sua vontade para fazer negócios, por intermédio do reforço dessa responsabilidade, os peritos incluíram no lote de responsáveis o *administrador de facto* e o “*shadow director*” <sup>461</sup>.

---

<sup>460</sup> V. JOSÉ MARÍA GARRIDO, “El Informe Winter y el gobierno societario en la Unión Europea”, *RdS*, 2003, págs. 129-130, MARGARITA VIÑUELAS SANZ, “Insolvencia de la sociedad y responsabilidad de sus administradores en derecho inglés: *wrongful trading*”, *RDM*, 2005, págs. 316-317, em esp. n. (65).

<sup>461</sup> Cfr. “A modern regulatory framework for company law in Europe”, *loc. cit.*, “Recomendação III. 13.” – pág. 12, e págs. 68-69, 76, correspondentes ao desenvolvimento da recomendação, onde, aliás, se faz referência expressa à hipótese das sociedades-mãe e seus administradores actuarem como administradores de facto ou *shadow directors* na relação com as sociedades filiais no âmbito dos grupos; “Recomendação IV. 10.” – pág. 15, págs. 86, 92 – “A responsabilidade dos administradores quando a sociedade se torna insolvente tem o seu mais importante efeito antes da insolvência e este é um elemento-chave para um apropriado regime de *corporate governance*”. (Apenso que, no rol de acções a terem prioridade num “plano de acção em direito das sociedades” a elaborar pela Comissão Europeia, tal como propõe o *Relatório Winter* a fim de se agendar as iniciativas de regulação na União no domínio jussocietário, a descrita regra para o *wrongful trading*, abrangendo administradores formais e fácticos, assume a categoria de acção a “médio prazo”: cfr. “A modern regulatory...”, *loc. cit.*, págs. 125-126.)

Essa extensão também é feita, porém a título *facultativo* no entender dos peritos (*could be extended*), no que respeita às sanções a aplicar aos administradores (responsabilidade pessoal, destituição) para as situações de “falta de correcção” (*misleading*) do “certificado de solvência”, documento que deveria ser por eles emitidos para confirmar que a distribuição de lucros ou outra retribuição respeitaria um denominado “teste de solvência” da sociedade (gizado como instrumento de protecção dos credores sociais, mas também em favor dos interesses dos accionistas e das perspectivas de financiamento da sociedade): cfr. “Recomendação IV. 11.” – pág. 16, págs. 87-88, 92.

Como resposta aos desafios do *Relatório Winter* (e respeitando-os em grande medida), a Comissão Europeia apresentou em 21/5/2003 uma *Comunicação ao Conselho e ao Parlamento Europeu* intitulado “Modernizar o direito das sociedades e reforçar o governo das sociedades na União Europeia – Uma estratégia para o futuro” (COM/2003/0284 final, consultado in <http://ec.europa.eu>; para uma descrição rápida, v. MENEZES CORDEIRO, *Direito europeu das sociedades* cit., págs. 91 e ss). Nela considerou-se que as intervenções a nível da União Europeia na área do direito das sociedades deveriam perseguir, para além do fomento da eficiência e da competitividade das empresas, o reforço dos direitos dos accionistas e a protecção de terceiros. É neste escopo que a Comissão enquadrava a clarificação das responsabilidades dos gestores. Para a prossecução desses objectivos políticos, a Comissão requeria nesse documento a adopção de um *Plano de Acção (Action Plan)*, onde se elencaram um conjunto de prioridades da regulamentação societária, definidas a curto, a médio e a longo prazo. No que respeita ao escopo de “Modernizar a estrutura do conselho de administração”, as “responsabilidades dos administradores” constituíam um *item* onde se apoiavam as recomendações do *Relatório Winter* na matéria da elaboração de uma regra da “negligência comercial”. Esse reforço da responsabilidade dos membros do conselho de administração inseria-se nas acções a médio prazo (2006-2008) e teria uma directiva como instrumento regulamentar a ser utilizado. Note-se, porém, que a *Comunicação* da Comissão *omitia qualquer alusão à administração de facto*.

Curiosamente, o *Relatório Winter* menciona somente o administrador *na sombra* (*shadow director*) nas situações de responsabilidade do administrador por actuação negligente. Só encontramos referência às *duas espécies* da administração de facto – tal como são reconhecidas tradicionalmente e já adoptei superficialmente em pontos anteriores deste trabalho – no âmbito das *sociedades em relação de grupo* <sup>462</sup>. Mas não deverá ser tal opção vista como um *estreitamento* da figura ao “administrador na sombra”. Antes deveremos ver a menção literal como uma evidente influência do ordenamento legal inglês.

Neste é visível a consideração *preferencial* do administrador *indirecto* – como o apelidei em estudo anterior <sup>463</sup> e o apelidarei <sup>464</sup>. Uma das facetas dessa visibilidade é justamente a (já referida) sec. 214 do InsAct de 1986, que prevê a declaração de responsabilidade por *wrongful trading* no decurso do *winding up* insolvencial da sociedade: os administradores que conhecem ou devem conhecer a inexistência de perspectiva razoável de a sociedade evitar a liquidação resultante da insolvência (*insolvent liquidation*) antes de começar o processo de *winding up* devem tomar as medidas tendentes a minimizar as perdas potenciais para os credores sociais, de acordo com os critérios de uma pessoa razoavelmente diligente (*reasonably diligent person*); se a sociedade liquidada por insolvência apresenta um património insuficiente para o pagamento das suas dívidas, responsabilidades e custos do processo (*balance sheet test*), os administradores (actuais ou anteriores), por omissão ou violação dessa conduta, podem ser condenados a reintegrar esse património “*as the court thinks proper*” (v., em esp. os §§ (1) a (4) e (6)) e, assim, reparar o prejuízo que os credores sofreram com as relações negociais estabelecidas com uma sociedade insolvente. <sup>465</sup> Ora, o § (7) da sec. 214 veio justamente alargar *ex professo* este regime ao *shadow director* <sup>466</sup>.

---

<sup>462</sup> V. “A modern regulatory...”, *loc. cit.*, pág. 68.

<sup>463</sup> Em oposição ao administrador de facto *directo* ou na *primeira pessoa*: cfr. RICARDO COSTA, “Responsabilidade civil societária...”, *loc. cit.*, pág. 30.

<sup>464</sup> Cfr. *infra*, ponto 11.3.

<sup>465</sup> Este expediente aparece como complemento para a responsabilidade pela reintegração do património daqueles, nomeadamente administradores (mas qualquer outra pessoa também, como sócios, *officers* ou outras sociedades), cujas actuações no seio da sociedade foram realizadas com a intenção de defraudar credores ou qualquer outro motivo fraudulento (*fraudulent trading*): sec. 213 do InsAct. Pois bem: a prova do dolo não é necessária para a condenação por *wrongful trading*, direccionado para a falta de diligência (negligência, portanto: “*culpable conduct*”) na continuação da actividade empresarial-social a partir do momento em que se conhece ou é cognoscível a impossibilidade de evitar a insolvência. Sobre estes pontos (também comparativos) e outros pressupostos da responsabilização por *wrongful trading*, v.



Parece-me compreensível essa influência. A propugnada repressão do comportamento do administrador não tem imperativamente que redundar na aplicabilidade ao administrador de facto da responsabilidade estabelecida para o administrador de direito. Outras alternativas surgem, *de iure condendo*, como idóneas a reprimir uma actuação ilícita e danosa. A mais arrojada será equiparar o administrador de facto ao administrador de direito *seja em geral, seja nas disciplinas pertinentes*, ficando ele colocado *no mesmo patamar também em matéria de posições passivas como de posições passivas*. Isto é, nos poderes e obrigações do catálogo típico-legal do administrador formal. E depois obter necessariamente os reflexos do desrespeito dessas disciplinas em plano de igualdade.<sup>467</sup>

Ora, é precisamente no Reino Unido que a emancipação do administrador de facto se consagra com mais alcance por intermédio dessa extensão *in genere* da disciplina dos administradores. Não, portanto, em consequência de uma equiparação *reduzida ao fragmento normativo específico da responsabilidade*. Ao invés, decidiu-se em vários diplomas por uma equivalência *subjectiva* em geral – *quem é* – e a *confirmação dessa equivalência em algumas das disciplinas aplicáveis*.

O *Companies Act* de 1985 (CAct 1985) apresentou-nos a mais ambiciosa vereda de tratamento do administrador de facto, seguido, depois da sua revogação, pelo *Companies Act* de 2006 (CAct 2006): colocá-lo no âmbito da *definição legal de administrador*. Para o § (1) da sec. 741 do CAct 1985<sup>468</sup>, como agora para a sec. 250 do CAct 2006, *director* é «toda a pessoa que ocupe a posição de administrador, *seja*

---

ROY GOODE, “Wrongful trading and the balance sheet test of insolvency”, *JBL*, 1989, 436 e ss, ID., *Principles of corporate insolvency law*, 2005, págs. 524 e ss, 527 e ss, T. E. COOKE/ANDREW HICKS, “Wrongful trading – Predicting insolvency”, *JBL*, 1993, págs. 338 e ss, JANET DINE, “Punishing directors”, *JBL*, 1994, págs. 333 e ss, ANDREW HICKS, “Directors’ liability for management errors”, *Law Quart. Rev.*, 1994, págs. 390 e ss (na problematização da relação com o cumprimento do *duty of care*), DONNA MCKENZIE, “Wrongful trading – a paper tiger?”, *Jur. Rev.*, 1995, págs. 518 e ss, BRENDA HANNIGAN, *Company law* cit., págs. 844 e ss; fora da doutrina britânica, com variada jurisprudência e contributos doutrinários, v. MARGARITA VIÑUELAS SANZ, págs. 300 e ss, 304 e ss; entre nós, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “A responsabilidade de gerentes e administradores pela actuação na proximidade da insolvência de sociedade comercial”, *O Direito*, 2010, págs. 108 e ss.

<sup>466</sup> Sem que a doutrina não deixe de notar, por influência jurisprudencial, que o *de facto director* também está abrangido pelo âmbito de aplicação da norma: entre outros, v. ROY GOODE, *Principles of corporate insolvency law*, 2005, pág. 532, GEOFFREY MORSE/STEPHEN GIRVIN, *Charlesworth company law*, pág. 317 e n. (39).

<sup>467</sup> Uma outra será impor medidas eficazes, eventualmente de natureza penal e/ou administrativa, de forma a evitar que os administradores de direito estejam dispostos a permitir usurpações das funções e a dissuadir aqueles, sócios ou outros, que possam ser induzidos a uma gestão de facto: para esta proposta, v. LUIGI SALVATO, pág. 814.

<sup>468</sup> Opto por designar através de § as subsecções em que se dividem as secções de cada um dos diplomas.

qual for o nome que ostente [*by whatever name called*]»<sup>469</sup>, o que propicia ver nesta definição (*abrangente*) manifestações de administração fáctica (em particular, *directa*<sup>470</sup>).

Para a outra espécie de administrador de facto, a sec. 741, § (2), 1.<sup>a</sup> frase, do CAct 1985 e a sec. 251, § (1), do CAct 2006 definem *shadow director* como «uma pessoa cujas directrizes ou instruções os administradores de uma sociedade estão habituados a seguir na sua actuação [*are accustomed to act*]». O § (2) da sec. 251 (como antes a 2.<sup>a</sup> frase do § (2) da sec. 741 do CAct de 1985) exclui expressamente da sua definição aqueles que fornecem conselho profissional aos administradores: «Uma pessoa não é considerada um administrador-sombra simplesmente porque os administradores de uma sociedade actuam por aconselhamento por ela dado em função da sua habilitação profissional». <sup>471</sup>

---

<sup>469</sup> A definição alargada de *director*, assente na fórmula «*by whatever name called*», parece remontar ao *Companies Act* de 1900, sec. 30, § (3). E confirmou-se na sec. 455, § (1), do *Companies Act* de 1948.

<sup>470</sup> O sublinhado constante do texto exhibe a controvérsia sobre o exacto alcance desta inexausta previsão: apenas se compreendem as pessoas que de forma própria são designadas como administradores (*de jure*, por isso), conquanto actuem sob um diferente título nos termos dos estatutos (v. g., como “*governor*”, “*manager*” ou “*trustee*”) – é uma das visões na *common law* e na doutrina: v. JOHN H. FARRAR/BRENDA HANNIGAN, *Farrar’s Company Law*, págs. 328, 336, JOHN LOWRY/ALAN DIGNAM, *Company law*, 2003, págs. 253-254 – ou permite-se aí compreender, por ser uma definição que cobre todas as possibilidades de exercício de funções administrativas (*inclusive definition*) – identificando como razão para que os *Acts* não promovam qualquer distinção entre *executive directors*, *non-executive directors*, *alternate directors* e *company chairmen* no escopo de evitar a fuga aos deveres legais (*statutory duties*) destinados a salvaguardar as sociedades e os seus sócios, v. STEPHEN GIRVIN, “Statutory liability of shadow directors”, *Jur. Rev.*, 1995, pág. 414 – todos os outros que, mesmo que indevidamente designados, se devam esguardar como administradores – neste sentido, GEOFFREY MORSE/STEPHEN GIRVIN, *Charlesworth company law*, págs. 266-267 (incluindo os *de facto* e os *shadow directors*). De tal modo que só em razão desse conceito (e na ausência de definição legal semelhante à que existe para o caso do “administrador-sombra”, bem como de normas que equiparem os *de facto directors* aos *de jure directors*, em contraste com a abundância de normas de equivalência para o *shadow director*) se perceba que outra doutrina divise que este conceito de administrador implica, desde logo (e à luz ainda do CAct de 1985), que “um administrador de facto assume as responsabilidades que estão ligadas com o órgão de administração e, portanto, deva obrigações fiduciárias à sociedade” (EILÍS FERRAN, *Company law and corporate finance*, 1999, pág. 155).

<sup>471</sup> A asserção legal de *shadow director* teve a sua origem na sec. 3, 2.<sup>a</sup> parte, do *Companies (Particulars as to Directors) Act* de 1917, com continuidade e ramificações no *Companies Act* de 1929, sec. 145 (respeitante aos «*Particulars [Informações] with respect to directors in trade catalogues, circulars, etc.*»), § (4), al. (a), e sec. 271 (reguladora de «*Offences by directors, managers or officers of companies in liquidation*») § (3); no *Companies Act* de 1948, sec. 455, § (2) – onde se excluía pela primeira vez aqueles que aconselhavam a administração a pretexto da sua *professional capacity* –, e 328, § (3) – igualmente para «*Offences by officers of companies in liquidation*» (registava-se ainda reconhecimento da figura nas secs. 124, § (4), 200, § (9), al. (a), e 201, § (4), al. (a)); no § (3) da sec. 25 («*Penalisation of dealing by director of a company in options to buy or sell shares in, or debentures of, the company or associated companies*») do *Companies Act* de 1967 (com alusão também nas secs. 27, § (1), e 29, § (14)); e, finalmente, no *Companies Act* de 1980, onde a sec. 63 apresentava expressamente o *shadow director* como epígrafe – pela primeira vez esta nomenclatura particular era utilizada, como foi observado por DANIEL D. PRENTICE, *Companies Act 1980*, 1980, pág. 88 –, definindo-o (e excluindo os que se caracterizavam pelos conselhos profissionais) no § (1), a fim de o submeter à respectiva Parte IV («*Duties of directors and conflicts of interests*»).

Essas definições (e exclusão) são reproduzidas na secção 251 do InsAct de 1986 (último significado), na secção 22, §§ (4) e (5), do *Company Directors Disqualification Act* de 1986 e na secção 417, § (1), als. (a) e (b), do *Financial Services and Markets Act* de 2000 <sup>472</sup>.

Num outro plano, em razão da definição *ampla e funcional* de *director* (e até de *officer*), esses mesmos instrumentos legais dispõem em vários regimes (não só de responsabilidade) a correspondência com os administradores de facto, em particular os *indirectos*:

– no CAct 2006, a sec. 170, § (5) faz aplicar os «*general duties*» (§§ 171-177) dos administradores aos *shadow directors*, «sempre e na extensão» que correspondam à aplicação das «*common law rules or equitable principles*» <sup>473.474</sup>;

---

Esta última previsão foi estribada pelo *Standing Committee* da *House of Commons* na precisão de evitar a evasão dos *terms* do *Act* pela nomeação de “dummy directors” (os administradores “testas-de-ferro”, portanto), que actuariam de acordo com as instruções de alguém que controlaria na realidade a sociedade mas não era tecnicamente administrador. Em algumas circunstâncias, foi alegado, os administradores-sombra poderiam garantir um conselho de administração para agir em detrimento dos interesses da sociedade. Por ex., um sócio com uma posição substancial poderia, “puxando os cordelinhos por trás do pano” (*by pulling the strings from behind the scenes*), escapar ao intento da legislação, que, entre outras matérias, consistia em reforçar o controlo da extensão de vantagens indevidas que os administradores poderiam obter dos recursos societários mediante o recebimento ilimitado de empréstimos. Com referência aos debates parlamentares, v. por todos STEPHEN GIRVIN, pág. 415.

<sup>472</sup> As mencionadas secs. 741, § (2), 1.<sup>a</sup> e 2.<sup>a</sup> frases, do CAct 1985 e 251, §§ (1) e (2), do CAct 2006 têm correspondente na adjacente República da Irlanda na definição de *shadow director*: refiro-me à sec. 27, § (1), do *Companies Act/N.º 33* de 1990.

<sup>473</sup> Na sec. 239, que trata da «ratificação dos actos dos administradores» com violação de deveres através de deliberação dos sócios, o *shadow director* é, para efeitos de tal conduta, expressamente equiparado a *director*: cfr. § (5), al. (c).

<sup>474</sup> Na sequência dos Documentos e do *Final Report* (de 26 de Julho de 2001) apresentados pela *Company Law Review*, o governo britânico publicou, primeiro, uma resposta parcial a essas propostas no *White Paper on Modernising the Company Law* (de Julho de 2002) e, depois, o definitivo (e completo) *White Paper – Company Law Reform* (de Março de 2005), que pode ser visto como o fundamento das opções do CAct 2006.

O *White Paper*, no contexto da necessidade de uma positivação legal (*statutory statement*) dos “deveres gerais” dos administradores, sustentava que estes deveres se deverão destinar de igual modo aos “administradores-sombra”, não obstante “haver alguns aspectos dos deveres que se deverão aplicar diferentemente aos *shadow directors*” (Chapter 3 – *Enhancing shareholder engagement and a long-term investment culture*, in <http://www.dti.gov.uk/files/file13958.pdf>, pág. 25; na doutrina, estende-se essa aplicação igualmente aos deveres sentenciados pela *common law*: cfr. PAUL DAVIES, *Gower and Davies’ principles...* cit., pág. 379). E, adicione-se, os *de facto directors* não foram esquecidos (sem que se perceba se se integravam na categoria dos *shadow directors*). Desta feita, para avançar com a sua cobertura na mesma base dos administradores formais no que tange à responsabilidade por terem autorizado, participado em, permitido ou omitido medidas activas (incluindo a monitorização de falhas, se for apropriado) a fim de prevenir o incumprimento de obrigações e requisitos legais (*officer in default*): Chapter 4 – *Ensuring better regulation and a “Think Small First” approach*, loc. cit., pág. 37.

– no mesmo CAct 2006, as secs. 260, § (5), al. (b), e 265, § (7), al. (d), permitem demandar expressamente o *shadow director* em sede de *derivative claim* (acção de responsabilidade proposta por sócios);

– no CAct 2006, a sec. 993, § (1) (como a pretérita sec. 458 do CAct 1985), censura o *fraudulent trading* por uma sociedade a «*quaisquer pessoas que tenham conscientemente participado na condução dos negócios*» com o fim de defraudar credores sociais (ou de qualquer outra pessoa) ou para qualquer propósito fraudulento <sup>475</sup>, tal como a sec. 213 do InsAct chama essas mesmas pessoas à responsabilidade, no seu § (2), ao sancionar o mesmo *fraudulent trading* no decurso do *winding up* da sociedade, sempre que persigam um escopo doloso (-fraudulento) <sup>476</sup>;

– este mesmo InsAct, na sua sec. 249, considera «*pessoa relacionada com uma sociedade*», para o efeito de aplicação das normas pertinentes <sup>477</sup>, numa acepção paritária, tanto o *director* como o *shadow director*;

– tal paridade é igualmente imposta pelo § (7) da sec. 214 desse InsAct, de tal modo, como já vimos, que se aplica ao “administrador-sombra” <sup>478</sup> a responsabilidade por *wrongful trading* dos administradores que, cientes da impossibilidade de evitar a insolvência da sociedade, não adoptaram a conduta prudencial para minimizar a perda potencial para os credores sociais <sup>479</sup> – v., em esp., os §§ (2) e (3) <sup>480-481</sup>;

---

<sup>475</sup> Abrangendo, por isso, os “de facto *controllers*” da sociedade: JOHN H. FARRAR, “Fraudulent trading”, *JBL*, 1980, pág. 342.

<sup>476</sup> Do mesmo modo a sec. 212, § (1), al. (c), manda aplicar o regime de *malpractice* antes e durante a “liquidação” da sociedade, a quem «se ocupa ou se tem ocupado, ou tomou parte, na promoção, formação ou gestão da sociedade». No mesmo capítulo, a sec. 206 disciplina as *offences* dos *officers* da sociedade antes do *winding up*: o § (3) manda integrar o *shadow director* na categoria de *officer*.

<sup>477</sup> Elas são, no entender de EILÍS FERRAN, n. (120) – pág. 482, as secs. 238 (negócios a preço subavaliado), 239 (convenção de preferências negociais) e 245 (impedimento das garantias creditícias *floating charges*) do *Insolvency Act*.

<sup>478</sup> E também aos administradores de facto *directos*, por extensão patrocinada pela doutrina: cfr. GEOFFREY MORSE/STEPHEN GIRVIN, *Charlesworth company law*, n. (39) – pág. 317.

<sup>479</sup> Igualmente, v. a sec. 178, § (7), al. a), do *Insolvency Order* de 1989 da Irlanda do Norte.

<sup>480</sup> Esta considerável ampliação das espécies de pessoas contra quem pode ser declarada tal responsabilidade tem sido problematizada e julgada essencialmente contra as *sociedades-mãe* das sociedades administradas e os *bancos financiadores* (v. por todos PAUL DAVIES, *Gower and Davies' principles...* cit., pág. 197), pontos a que dedicarei atenção na Parte II, 7.1. e 7.3.

<sup>481</sup> A equiparação entre *shadow director* e *director* em sede de responsabilidade na insolvência por *wrongful trading*, sendo certo que a sociedade-mãe no interior de um grupo é qualificável como “administrador-sombra” – assim como, em paralelo, a mesma (possível) qualificação como *dirigeant de fait* na *action en comblement du passif* do ordenamento francês da insolvência –, foi a inspiração directa para o *Forum Europaeum sul Diritto dei Gruppi di Società* avançar, na sua Proposta de Directiva europeia em matéria de grupos de sociedades, com um *standard* mínimo de comportamento das sociedades-mãe na hipótese de crise das sociedades subordinadas. Esta uniformidade no mercado interno, advogada em nome

– o CAct 1985 mandava aplicar ao *shadow director* os regimes das (i) secs. 288 (obrigatoriedade de inscrição no registo dos *directors* e *secretaries* da sociedade) e 288B (cfr. § (6) da secção 288), (ii) 309 («*Directors to have regard to interests of employees*: cfr. § 3), (iii) 317 (*Directors to disclose interest in contracts*): cfr. § 8; mas tais conflitos de interesse na contratação com a sociedade eram supridos pela declaração escrita do seu interesse junto dos administradores, nas condições das als. (a) e (b)), (iv) 318 (*Directors' service contracts to be open to inspection*: cfr. § (6)), (v) 319 («*Director's contract of employment for more than 5 years*»: cfr. § (7), *in fine*), (vi) 320-322 («*Substantial property transactions involving directors, etc.*», excepções e responsabilidades decorrentes do desrespeito pelas proibições da secção 320: cfr. § (3) da secção 320), (vii) 322B, § (3) (tratava o único sócio de uma *private company limited by shares* ou *by guarantee* que seja *shadow director* como *director* no âmbito da disciplina dos contratos celebrados entre as sociedades unipessoais e os seus sócios que sejam administradores), (viii) 323 (*Prohibition on directors dealing in share options*: cfr. § (4)<sup>482</sup>), (ix) 324 (*Duty of director to disclose shareholdings in own company*, com excepção de participações em sociedade totalmente dominada: cfr. § (6)) e 325 (dever de organizar um registo na sociedade para o cumprimento do dever da secção 324: cfr. § (6)), (x) 330-346 (em matéria de restrições aos poderes da sociedade para conceder empréstimos e outras transacções aos/com os

---

do interesse de “uma gestão juridicamente certa”, daria azo, mormente nos grupos transnacionais onde frequentemente a sociedade-mãe não está consciente de como deverá comportar-se para com as sociedades-filha ou sociedades-neta (para não incorrer no risco de responsabilidade ou compensação pelas suas dívidas), a suprir a incidência negativa que essa incerteza gera na liberdade de estabelecimento e de movimento de capitais dos investidores e a impedir que cada um dos Estados possa obter vantagens concorrenciais através de uma menor tutela dos credores sociais. Em resumo, seria de positivar, a título de orientação principal (nas relações de grupo *qualificado*, note-se), uma obrigação de a sociedade-mãe sanear a sociedade controlada em crise (isto é, sem que apresente uma perspectiva razoável de poder evitar a sua dissolução com as suas próprias forças) ou promover a sua liquidação. Ou então, a título alternativo, serem esses os seus deveres, se induziu os administradores da sociedade controlada a perseguir uma política de gestão no interesse do grupo. Ora, em ambas, a sociedade-mãe só responderia perante os credores das sociedades controladas se ocorressem os requisitos típicos do *shadow director* (ou do *dirigeant de fait*), que é assumido como *verdadeiro conceito operativo* da qualificação da sociedade-mãe para efeito da sua responsabilidade. Isto significa, no juízo dos autores do estudo, que uma relação de grupo simples (a qualificação depende da afirmação de um vínculo grupal solidificado pela administração de facto), “no âmbito do qual a direcção da sociedade-filha e neta actua de acordo com o princípio *at arm's length*”, não traz risco para a sociedade-mãe, que deve ser tratada aqui como um investidor privado. Para o expandido, v. PETER HOMMELHOFF/FORUM EUROPAEUM SUL DIRITTO DEI GRUPPI DI SOCIETÀ, “Un diritto dei gruppi di società per l'Europa. IX. Obblighi degli amministratori in caso di crisi (*wrongful trading*)”, *Riv. Soc.*, 2001, págs. 427 e ss, em esp. 435 e ss, 439-440.

<sup>482</sup> Esta prescrição aplicava-se, por força da sec. 327, aos cônjuges e filhos maiores dos administradores (não sendo eles próprios administradores); o respectivo § (2), al. (c), equivalia também para esta consequência o “administrador-sombra” ao administrador de direito.

administradores e a pessoas com eles relacionadas: cfr. § (5) da secção 330)<sup>483</sup>; essas prescrições foram traduzidas e reconfiguradas no CAct 2006, correspondendo ou dando lugar às (i) secs. 162 («*Register of directors*»), § (6), 165 («*Register of directors' residential addresses*»), § (4), 167 («*Duty to notify registrar of changes*»), § (4), 272 («*Direction requiring public company to appoint secretary*»), § (6), 275 («*Duty to keep register of companies*»), § (6), 276 («*Duty to notify registrar of changes*»), § (3) – o *shadow director* sempre considerado como *officer* da sociedade –, e 859 (para o dever de elaboração do “*company's annual return*”: secs. 854 e ss); (iii) sec. 187, §§ (1) a (4), em relação à sec. 182 («*Declaration of interest in existing transaction or arrangement*»); (iv) sec. 230, em relação aos preceitos do cap. dos «*Directors' service contracts*» (secs. 227-229); (v)/(vi)/(x) sec. 223, § (1), em relação aos regimes das secs. 188 e 189 («*Directors' long term service contracts*»), 190 a 196 («*Substantial*

---

<sup>483</sup> A Parte X do CAct de 1985 (secções 311-347) regulava as medidas para o «*Enforcement of fair dealing by director*». Eram, por isso, particularmente significativas as várias submissões do “administrador-sombra” às “modernas disposições” dessa Parte X: neste sentido, v. PAUL DAVIES, *Introduction to company law*, 2002, pág. 153. Aliás, um dos documentos resultantes do labor reformador do *Steering Group* da *Company Law Review* (incumbida em Março de 1998 pelo *Department of Trade and Industry* para empreender uma revisão modernizadora da *company law* para o século XXI) propôs que todos preceitos da Parte X se aplicassem aos *shadow directors* como se aplicavam aos *directors* (v. *Modern company law for a competitive economy: completing the structure*, URN 00/1335, Chapter 4 – *Corporate governance: unlisted and smaller quoted companies, directors and the corporate control*, in <http://www.dti.gov.uk/bbf/co-law-reform-bill/clr-review/page25080.html>, Novembro 2000, pág. 56). Anteriormente, a *English Law Commission* e a *Scottish Law Commission* (respectivamente, *Law Com n.º 261* e *Scot Law Com n.º 173*), no seu Relatório Conjunto *Company Directors: regulating conflicts of interests and formulating a statement of duties* (de Setembro de 1999), que deu seguimento ao *Joint Consultation Paper* com a mesma designação (de Setembro de 1998), observavam que a maioria dos respondentes à Consulta entendiam que a Parte X se devia aplicar tanto aos *shadow directors* como aos “administradores que não tenham sido designados de acordo com a lei” (in [http://www.lawcom.gov.uk/lc\\_reports.htm](http://www.lawcom.gov.uk/lc_reports.htm), 1999 Reports, pág. 11).

Por exclusão da 2.ª frase do § (3) da sec. 741 do CAct 1985, as secs. 309, 319, 320 a 322, 322B, 330 a 346, não se aplicavam às sociedades *holding* (no texto legislativo, através do seu «*body corporate*»): estas não eram para tal efeito *shadow directors* de qualquer das suas *subsidiary companies* «pela simples razão de os administradores da [sociedade] dependente estarem habituados a actuar de acordo com as suas orientações ou instruções». Por conseguinte, eram aquelas disposições somente relevantes para o “administrador-sombra” que fosse pessoa singular. O mesmo raciocínio se deve aplicar ao actualmente vigente § (3) da sec. 251 do CAct 2006, que confirma a exclusão para os caps. reguladores de «*general duties of directors*», «*transactions requiring members' approval*» e do «*contract with sole member who is also a director*».

Ao invés, o InsAct, seja na sec. 214, seja na sec. 251 (definição), não limita a configurabilidade da figura do *shadow director* às pessoas singulares. O que permitirá, nomeadamente, imputar substancialmente a responsabilidade por *wrongful trading* à sociedade-mãe no confronto das sociedades por si controladas: é esta verificação de PETER HOMMELHOFF/FORUM EUROPAEUM SUL DIRITTO DEI GRUPPI DI SOCIETÀ, “Un diritto dei gruppi...”, *loc. cit.*, pág. 431 e n. (357).

*property transactions*»), 197 a 214 («*Loans, quasi-loans and credit transactions*») e 215 a 222 («*Payments for loss of office*»); (vii) sec. 231, § (5); <sup>484</sup>

– por último, o *Company Directors Disqualification Act* alarga ao *shadow director* os procedimentos relativos a «fraude» no *winding up* da sociedade (incluindo-o na categoria de *officer*: sec. 4, e § (2), última parte) e a *unfitness* (secs. 6 e (7): cfr. § (3C) da sec. 6).

\*\*\*

O ordenamento societário espanhol, por sua vez, optou pela equiparação entre administrador oficial e não oficial *em sede de responsabilidade civil societária pela administração social*. Em vez de um tratamento do administrador de facto a montante – *quem é, o que pode fazer, o que deve fazer* –, estendeu-se o regime legal da responsabilidade à figura do administrador de facto <sup>485</sup>.

Como fez o vizinho ibérico?

A *Ley 26/2003*, de 17 de Julho (que ficou conhecida como *Ley de la Transparencia*, tendo modificado a LSAE e a LMVE), com o fim de reforçar a transparência das sociedades anónimas cotadas, deu nova redacção ao art. 133 da LSAE (que tinha como epígrafe «Responsabilidade» e pertencia à Secção 3.<sup>a</sup> – «Dos administradores» – do Capítulo V – «Dos órgãos da sociedade»). No seu n.º 2 passou a estatuir-se que «[q]uem actue como administrador de facto da sociedade responderá pessoalmente em face da sociedade, em face dos accionistas e em face dos credores pelo dano que cause por actos contrários à Lei ou aos estatutos ou pelos realizados em incumprimento dos deveres que esta Lei impõe a quem formalmente ostente de acordo com esta [Lei] a condição de administrador» <sup>486-487</sup>. Este salto normativo foi

---

<sup>484</sup> Para outras normas do CAct 2006 que empreendem a equivalência do *shadow director* a administrador de direito ou o tratamento como *officer* – verdadeiro princípio estruturante do diploma –, v. as secs. 63, § (2), 68, § (5), 75, § (5), 76, § (6), 84, § (2), 156, § (6) [agente activo de *offences*]; 157, § (5), al. (b) [responsabilidade mesmo que não pudesse ser administrador por falta de idade mínima]; 247, § (5), al. (b); 379, § (1).

<sup>485</sup> No direito italiano da década de 70 do século passado, foi dito que tal equiparação já teria permitido há muito tempo superar *de plano* todos os vários problemas suscitados nesta matéria: ALESSANDRO BORGIOLI, “Amministratori di fatto e direttori generali”, *loc. cit.*, pág. 602.

<sup>486</sup> A norma, segundo RAFAEL MATEU DE ROS CEREZO, *La Ley de la Transparencia de las sociedades anonimas cotizadas*, 2004, pág. 167, deveria incluir a fórmula «e omissões». Em contraponto, assumiu-se que essa previsão seria desnecessária: o n.º 1 da disposição sofreu justamente esse acréscimo, de modo que se fizesse ingressar nesta disciplina a “incorporação das condutas omissivas nos comportamentos geradores de responsabilidade”: JAVIER JUSTE MENCÍA/FERNANDO IGARTUA ARREGUI, “Deberes de los

acompanhado pela actual LSCE, no seu art. 236, n.º 1, que veio confirmar essa equiparação através de uma *identidade entre as duas figuras para efeitos de responsabilidade*: «Os administradores de direito ou de facto[,] enquanto tais, responderão em face da sociedade, em face dos sócios e em face dos credores sociais, pelo prejuízo que causem por actos ou omissões contrários à lei ou aos estatutos ou realizados em incumprimento dos deveres inerentes ao desempenho do cargo»<sup>488</sup>.

A extensão do regime da responsabilidade dos administradores aos administradores de facto – nas palavras de CÁNDIDO PAZ-ARES, um “passo de gigante”<sup>489</sup> – seguiu as indicações do chamado *Relatório Aldama*<sup>490</sup>, que constituiu a inspiração fundamental dessa reforma societária. Não obstante, o legislador espanhol superou o que era aconselhado pelo *Relatório*. Este documento entendia que seria um elemento decisivo para incrementar a segurança dos mercados oficiais de valores

---

administradores (Reforma de la LSA por la Ley de Transparencia)”, *RdS*, 2005, págs. 86-87. A redacção do art. 236 da LSC supriu essa crítica.

<sup>487</sup> Igual assimilação é feita pela LMVE em matéria de “responsabilidade administrativa” pela infracção das normas de regulação ou disciplina do mercado de valores mobiliários. O art. 95º, § 1º, menciona ser responsável «quem ostente de facto ou de direito cargos de administração ou direcção [das entidades a que se aplicam os preceitos da LMVE]», sendo que ostentam esses cargos os «administradores ou membros dos seus órgãos colegiais de administração, assim como os seus Directores Gerais e similares, entendendo-se como tais aquelas pessoas que, de facto ou de direito, desenvolvam na entidade funções de alta direcção» (§ 2º da mesma disposição).

<sup>488</sup> A norma actual seguiu a filosofia (não acompanhada em 2003) da *Propuesta de Código de Sociedades Mercantiles*, da responsabilidade da Comisión General de Codificación – Sección de Derecho Mercantil, publicada em Maio de 2002, que consagrava igual identidade dos administradores, «sejam de direito ou de facto», para o fim de responderem perante a sociedade, os sócios e os credores sociais (refiro-me ao seu art. 128, n.º 1: “uma fórmula mais simples “ que “afecta de igual modo” ambas as categorias, de acordo com o comentário elogioso de FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores en las sociedades de capital*, 2005, n. (24) – pág. 294).

<sup>489</sup> “La responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, pág. 102.

<sup>490</sup> Este trabalho foi o produto da constituição de uma Comissão Especial por decisão do Governo espanhol (Conselho de Ministros de 19 de Julho de 2002), com vista ao «fomento da transparência e segurança nos mercados financeiros e nas sociedades cotadas». A designação é tributária do nome do seu Presidente, Enrique de Aldama y Minón, e a sua apresentação pública data de 8 de Janeiro de 2003 (in [http://www.cnmv.es/index.htm\\_Legislación](http://www.cnmv.es/index.htm_Legislación), Jurisprudencia y otras normas, Buen Gobierno Corporativo\_Comisión especial para la transparencia y seguridad de los mercados financieros y sociedades cotizadas (Comisión Aldama), “Informe Final de la Comisión”).

O *Relatório Aldama* foi uma revisão e, simultaneamente, uma ampliação do anterior *Relatório Olivencia* – “O governo das sociedades cotadas” (in [http://www.cnmv.es/index.htm\\_Legislación](http://www.cnmv.es/index.htm_Legislación), Jurisprudencia y otras normas, Buen Gobierno Corporativo\_Comisión especial para el estudio de un código ético de los consejos de administración de las sociedades (Comisión Olivencia), “Código de Buen Gobierno”). Também este saiu do trabalho de uma Comissão Especial para o “estudo de um código ético dos conselhos de administração das sociedades”, criada por decisão do Governo de 28 de Fevereiro de 1997 e presidida por Manuel Olivencia Ruiz. O *Relatório*, que inclui uma série de recomendações apelidadas de “Código de Bom Governo” (parte III), foi tornado público a 26 de Fevereiro de 1998. Para as semelhanças e as diferenças entre os dois Relatórios – ao menos saiba-se que o *Relatório Olivencia* assentava numa filosofia de auto-regulação e não propunha normas de direito objectivo, antes medidas que se confiavam às regras de funcionamento das sociedades cotadas –, v. RAFAEL MATEU DE ROS CEREZO, págs. 16 e ss.



mobiliários a extensão *subjectiva* somente dos deveres *de lealdade* exigidos aos administradores formais, e desde que a natureza das obrigações o permitisse, a quem, sem ostentar uma posição formal de administrador, desempenhasse na sociedade um *papel de índole similar*. Entre esses, o *Relatório Aldama* mencionava “os administradores de facto, quer dizer, aquelas pessoas que na realidade do tráfico desempenham sem título – ou com título nulo ou extinto – as (...) funções”, e os “administradores ocultos, sob cujas instruções costumam actuar os administradores da sociedade”<sup>491</sup>.<sup>492</sup> Ora, ainda que só se referindo aos administradores de facto<sup>493</sup>, a lei, nos dois diferentes momentos, foi mais longe: *mesmo não definindo quem deveria entender-se por administrador de facto*, limitando-se a indicar quem actuasse *como tal*<sup>494</sup>, sujeitou-os, pelo menos *a priori*, a *todos* e aos *mesmos* deveres exigíveis pela lei

---

<sup>491</sup> Também se aludia, nesse círculo subjectivo, aos representantes dos administradores que fossem pessoas colectivas, aos “altos executivos” que não ostentassem a condição de membros do órgão de administração (*consejeros*) e aos “accionistas de controlo”.

Esta preocupação vinha na linha do que tinha sido sustentado pelo *Relatório Olivencia*, que propunha às sociedades bolsistas a propagação aos aí denominados accionistas *significativos* (“accionistas capazes de influir, individual ou conjuntamente, no controlo da companhia”) dos deveres fiduciários de lealdade reclamados aos administradores mediante a adopção de medidas de salvaguarda ou de garantia semelhantes. Assim deveria ser nomeadamente nos casos de conflitos de interesses entre a sociedade e os accionistas daquele tipo – na Recomendação 17. do *Código de Buen Gobierno*, preconizam-se “cautelares para as transacções que se realizem entre estes e a sociedade” – e de uso de informação não pública, com o fim de eliminar ou, pelo menos, reduzir o risco de que façam uso da sua posição de privilégio para obter vantagens especiais, sejam de índole informativa, contratual ou patrimonial. Cfr. “Código de Buen Gobierno” cit., págs. 49-50, 66. E, já agora, diga-se que a redacção proposta pelo *Borrador* do Projecto de Lei de modificação da LMVE e da LSAE avançava com um n.º 3 para o art. 133 da LSAE que, em vez de imputar responsabilidade aos accionistas de controlo, optava por consagrar a responsabilidade dos *accionistas que designassem os administradores* causadores de prejuízos, o que foi deixado cair na primeira versão do Projecto em detrimento da responsabilidade dos administradores das sociedades dominantes: sobre o ponto, v. SALVADOR CORDECH/CERDÁ ALBERO/RUIZ GARCÍA/PIÑEIRO SALGUERO/RUBÍ PUIG, “Derecho de daños y responsabilidad limitada en las sociedades de capital”, [www.indret.com/pdf/145\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/145_es.pdf), págs. 26-27.

<sup>492</sup> Cfr. ponto III – El principio de seguridad y el deber de lealtad. Las responsabilidades de los administradores, 2. 3. La responsabilidad de los administradores: deberes de lealtad y diligencia – *La extensión subjectiva de los deberes de lealtad*, in “Informe final de la Comisión” cit., pág. 25.

Na mesma linha continuou, mesmo depois da alteração produzida pela *Ley de la Transparencia*, o *Projecto de Código Unificado de Recomendaciones sobre buen gobierno de las sociedades cotizadas*, cuja primeira versão foi apresentada a 18 de Janeiro de 2006 (in <http://www.cnmv.es>) e que derivou, por incumbência deliberada pelo Conselho de Ministros em 29 de Julho de 2005, de um Grupo de Trabalho Especial formado no âmbito da CNVM, com o fim de harmonizar e actualizar as recomendações dos *Relatórios Olivencia* e *Aldama* com as recomendações da Comissão Europeia e outras instituições. Uma das suas «Recomendações complementares» (é a 8.ª, constante do Anexo 1) consiste precisamente na *Responsabilidade dos administradores por deslealdade*. Ora, no âmbito de uma maior severidade e eficácia dessa responsabilidade, aponta-se a medida (é a al. b)) de proceder à extensão dos deveres de lealdade aos “administradores de facto e aos ocultos” (e ainda, mais uma vez, aos accionistas de controlo). A recomendação não foi transposta para a versão final do *Código Unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas*, de 19 de Maio de 2006.

<sup>493</sup> V. *infra*, n. 498.

<sup>494</sup> O que, no contexto de ser esta uma novidade positiva para o ordenamento espanhol, era uma faceta menos apreciada por NURIA FERNÁNDEZ PÉREZ, “El significado de la Ley de la Transparencia en la

a quem administra de direito (informação, diligência, fidelidade, sigilo, e não só lealdade <sup>495</sup>) <sup>496</sup>. Trata-se, por isso, de uma extensão *integral* ou *in totum* que logra assimilá-los para todos os efeitos (relevantes, em matéria de responsabilidade, tanto por deslealdade como por negligência) ao administrador <sup>497</sup>, *na medida em que actuem como administradores* (enquanto actuação semelhante a quem formalmente ostenta a condição de administrador de acordo com a lei) <sup>498</sup> e *sem qualquer dependência de qual seja a fonte da irregularidade da nomeação ou da sua ausência* <sup>499</sup>.

---

modernización del derecho societario español”, *RdS*, 2004, págs. 104-105: “(...) não existe um *protótipo de situação* que possa classificar-se, a todo o momento e sem margem de erro, como administrador de facto”. Vimos quem fosse mais longe. Caracterizando como árdua a tarefa de definir as circunstâncias em que os “accionistas de controlo”, as pessoas singulares representantes das pessoas colectivas, os altos executivos da sociedade, pudessem ser considerados administradores de facto, JAVIER JUSTE MENCÍA/FERNANDO IGARTUA ARREGUI, pág. 87, emitiram a opinião de que teria sido mais prudente o legislador ter-se inclinado por uma “definição geral”, “capaz de englobar todos os casos em que o poder de direcção é exercido por pessoa distinta da que foi formalmente nomeada para ele”.

<sup>495</sup> V. arts. 51 LSRL e 112 LSAE («Direito de informação» dos sócios perante os administradores), 61 LSRL e 127 LSAE («Dever de administração diligente»), 127 *bis* da LSAE («Deveres de fidelidade»), 127 *ter* da LSAE («Deveres de lealdade»), 127 *quáter* da LSAE e 61 da LSRL («Dever de sigilo»), e art. 65 da LSRL («Proibição de concorrência»), correspondentes aos arts. 196-197, 225 («Dever de administração diligente»), 226 («Dever de lealdade»), 227 («Proibição de utilizar o nome da sociedade e de invocar a condição de administrador»), 228 («Proibição de aproveitar oportunidades de negócio»), 229 («Situações de conflito de interesses»), 231 («Pessoas vinculadas aos administradores»), 232 («Dever de sigilo») e 230 («Proibição de concorrência») da LSCE.

<sup>496</sup> Cfr. NURIA LATORRE CHINER, “El concepto...”, *loc. cit.*, págs. 854-855. Contra, porquanto, em teoria, um administrador de facto não deveria adstringir-se formalmente ao dever de diligência, nem tão-pouco aos deveres de cumprimento, já que carece do título e do conseqüente reconhecimento, RAFAEL MATEU DE ROS CERESO, pág. 168, no seguimento, aliás, de ter reconhecido que a circunstância de os princípios reconhecidos a título geral na organização e funcionamento dos órgãos da sociedade anónima – no que interessa, o “conteúdo dos deveres fiduciários dos administradores” – terem passado a fazer parte da “estrutura institucional” inerente ao conceito de sociedade anónima implicaria, quando aplicados a pessoas distintas dos administradores (de direito), “a modulação e redefinição” desses princípios (págs. 37 e 38).

Ainda quanto à superação do *Relatório* pela *Ley de la Transparencia*, mais ainda é realçado pela primeira Autora: a reforma da LSA implicou a generalização a todas as sociedades anónimas, fossem cotadas ou não, de um amplo número de aspectos que no citado *Relatório* apareciam pensados unicamente para as primeiras (o que é reprovado pela doutrina, que não entende bem a razão dessa equiparação, quando se estabelece paralelamente um regime específico para a anónima cotada na LMVE, nem aceita a intensificação da *brecha* entre a sociedade anónima fechada e a sociedade de responsabilidade limitada, *maxime*, em sede de estatuto dos administradores e do *standard* de diligência exigido na anónima e na por responsabilidade limitada: JOSÉ EMBID IRUJO, “El buen gobierno corporativo y los grupos de sociedades”, *RDM*, 2003, págs. 954-956); a responsabilidade do administrador de facto constitui um desses aspectos, pois o seu regime é aplicável não só a todas as sociedades anónimas como também à sociedade de responsabilidade limitada por efeito da anterior remissão do art. 69 da LSRL e agora da aplicação a ambos os tipos pelo art. 1 da LSCE.

<sup>497</sup> Inclusivamente, como já vimos antes (v. *supra*, n. 337), o *Relatório Aldama* entendia ser essa extensão mais justificada que a própria regra originária referida aos administradores, em nome da *maior eficácia* dos instrumentos sancionadores da responsabilidade no combate à *maior opacidade da actividade dessas pessoas*, que amiúde actuam *na sombra* ou detrás dos órgãos de decisão formais.

<sup>498</sup> Assim, cfr. CÁNDIDO PAZ-ARES, “La responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, pág. 78.

Esta mesma doutrina critica a técnica legislativa que precipitou o alcance “curto” da extensão, por esta vir formulada só para os administradores de facto, pois da fórmula restrita não se pode defender, “por imperativos de coerência e de racionalidade teleológica”, que nesse conceito não tenham cabida “todas

Não obstante as limitações apontadas, a reforma foi vista como *acertada*. O pensamento de NURIA LATORRE CHINER resume essa visão: disciplina-se a responsabilidade societária do administrador de facto, “a única que permanecia pendente entre aquelas que conformam a estrutura plural da responsabilidade dos administradores”, contribuindo-se para “a unidade do sistema jurídico” e evitando-se as “dissonâncias que se produziriam se um mesmo sujeito fosse qualificado como administrador de facto” no âmbito da responsabilidade na insolvência, penal e

---

aquelas pessoas ou entidades que, *de facto*, têm capacidade para condicionar ou dirigir a gestão da sociedade”, nomeadamente os administradores ocultos – “autor e indutor merecem a mesma consideração” – e os accionistas de controlo (pág. 102, n. (30) – págs. 77-78); no mesmo sentido, FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores...* cit., pág. 337.

Por outro lado, acrescenta-se que a primeira versão do Projecto de *Ley de reforma de la LVM y de la LSA* responsabilizava também quem desempenhasse, de facto ou de direito, «cargos de direcção», quem actuasse «em nome ou representação da sociedade» (n.º 2 do art. 133) e os administradores da sociedade dominante pelos danos causados à sociedade dominada, seus accionistas e credores, pelas instruções dadas aos administradores dessa sociedade dominada, «sempre que em virtude delas estes realizem actos contrários à lei ou aos estatutos» (n.º 3 do art. 133). Todas essas formas de responsabilidade foram suprimidas pelo Congresso dos Deputados no texto final, talvez porque, entre outras razões (v. SALVADOR CORDECH *et alii*, pág. 28), esses outros sujeitos (nos quais se empadrou o tão discutido “director geral”) estariam abrangidos pelos vários sentidos admitidos pela categoria do administrador de facto. Em sentido contrário, NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., págs. 172-174, suporta que se optou, com tal supressão, por não se confundir a responsabilidade orgânica com outras formas de responsabilidade (na relação interna com a sociedade e na relação laboral) e, assim, não regular a responsabilidade desses sujeitos, nem expressamente, nem através da disciplina do administrador fáctico – o silêncio do legislador foi reprovado por JOSÉ EMBID IRUJO, “El buen gobierno corporativo...”, *loc. cit.*, pág. 968, no que concerne aos administradores das sociedades dominantes, pois o problema deveria ser tratado por pautas adequadas, construídas pela lei, ao invés de o atirar para “soluções simplificadoras”, do estilo do “levantamento do véu” da personalidade jurídica –, ainda que não se pudesse negar a qualificação deles como administradores de facto quando se verificassem os requisitos para isso.

Ainda a propósito da intersecção do comportamento dos sócios de controlo (uma outra categoria de sujeitos apontada pelo *Relatório*, recorde-se, a merecer inclusão no perímetro de sujeitos responsáveis) com a orbe da administração de facto, Paz-Ares – n. (34), pág. 78 – faz outras precisões interessantes: (1) a extensão da disciplina dos administradores aos “accionistas de controlo” *só será integral* no caso de actuarem efectivamente como administradores, ou seja, quando duradouramente exercitem os seus poderes para dirigir a política da sociedade, sendo indiferente, para tal consequência, actuarem directamente como administradores de facto, indirectamente mediante instruções ou que façam uma ou outra coisa como sociedade-mãe dentro de uma estratégia de grupo qualificada por uma direcção centralizada; (2) se não assumirem essa qualidade, a extensão será *parcialmente* circunscrita aos deveres de lealdade, ainda que limitados aos que derivam do “conflito de interesses directo” (com a sociedade); (3) como não é fácil deslindar se um sócio de controlo está a comportar-se como “administrador de facto” – ou “oculto” – ou como simples accionista, no que será uma *zona cinzenta* em que se desenvolve uma actividade que excede a mero accionista mas não se chega a ser administrador de facto, a extensão parcial ao sócio de controlo dos deveres de lealdade será uma garantia de tutela dos investidores no sector de actividade (transacções interessadas e práticas afins) mais preocupante.

<sup>499</sup> Cfr. NURIA FERNÁNDEZ PÉREZ, pág. 105. Foi esta a razão para JUSTINO DUQUE DOMÍNGUEZ, “Del texto refundido de la LSA de 1989 a la Ley de Transparencia de 2003: Hitos y situación actual del ordenamiento español en materia de gobierno corporativo”, *Derecho de sociedades anónimas cotizadas (Estructura de gobierno y mercados)*, tomo I, Dirección: Fernando Rodríguez Artigas [*et alii*], 2006, pág. 283, afirmar que o que impunha o (então novo) art. 133, n.º 2, da LSAE “é especialmente duro” para os administradores de facto, pois é uma responsabilidade “pelas mesmas causas que fundam a responsabilidade dos administradores”.

tributária<sup>500</sup>; a submissão à responsabilidade própria dos administradores evita o recurso ao regime geral da responsabilidade civil e faz triunfar uma “interpretação funcional” do termo legal «administrador»<sup>501</sup>; o direito espanhol ganha avanço ou uma “posição avantajada” em relação aos restantes ordenamentos, que, em geral, ainda negligenciam a referência ao administrador de facto<sup>502-503</sup>; mais do que nunca, portanto, a pergunta-chave passa a ser “o que se entende por administrador de facto”<sup>504</sup>.

\*\*\*\*

Como vimos escrito, ainda que apresente já uma vida longa, “a figura do administrador de facto está em alta”<sup>505</sup>. Certamente conhecedora da inclinação do direito estrangeiro para codificar a responsabilidade por *mala gestio* de todos aqueles que, ainda que não sendo administradores, participam em concreto na gestão da sociedade, a CMVM, impulsionadora da *Reforma de 2006* do CSC, averiguou a necessidade de consagrar no nosso direito societário a responsabilidade pela administração de facto. E concluiu *não haver razões para tal providência*, declarando-se contrária a qualquer modificação da lei. Nestes termos:

“Retenha-se, preliminarmente, que o *Código das Sociedades Comerciais* reúne já um acervo considerável de normas que podem responder, e respondem, a diversas situações para as quais se desenvolveu inicialmente a doutrina do administrador de

---

<sup>500</sup> *El administrador de hecho... cit.*, págs. 154-155, “El concepto de administrador de hecho...”, *loc. cit.*, pág. 858.

<sup>501</sup> *Últ. est. e loc. cits.*, pág. 859.

<sup>502</sup> *El administrador de hecho... cit.*, págs. 154, “El concepto de administrador de hecho...”, *loc. cit.*, pág. 858-859.

<sup>503</sup> Esta foi a via seguida na Suíça depois da reforma de 1991 do direito das sociedades. O art. 754 (1), do *Código das Obrigações* prevê, na sociedade anónima (e aplicável por analogia à sociedade de responsabilidade limitada *ex vi* art. 827), a responsabilidade pela gestão social em face da sociedade, accionistas e credores sociais, para além dos administradores (*die Mitglieder des Verwaltungsrates*), de «todas as pessoas que se ocupam da administração» (*alle mit der Geschäftsführung befassten Personen*); ao invés, a redacção primitiva de 1936 apenas nomeava «as pessoas a quem se confiava a administração ou a direcção da sociedade» (*betrauten Personen*). A modificação legislativa promoveu, assim, o englobamento (*Erfassung*) do doutrinamente chamado “órgão material” ou “de facto”, composto por “aquelas pessoas que, sem para isso serem formalmente nomeadas, assumem as funções do órgão como se fossem eleitos membros do conselho de administração” (PETER FORSTMOSER, “Die Verantwortlichkeit der Organe. Von der Willkür zur Berechenbarkeit?”, *SchwTr*, 1991, págs. 536-537 e n. (5) – pág. 540; antes, *de lege lata* propondo a criação de um § (3) no art. 754 para responsabilizar as pessoas singulares e colectivas que influenciassem a administração, PIERRE-OLIVIER GEHRIGER, pág. 161; em geral sobre a extensão *funcional* dessa norma antes da revisão, ANDREAS VON PLANTA, *Die Haftung des Hauptaktionärs*, 1981, págs. 83 e ss, 89 e ss).

<sup>504</sup> NURIA LATORRE CHINER, *últ. est. e loc. cits.*, pág. 859.

<sup>505</sup> M.<sup>a</sup> LUISA DE ARRIBA FERNÁNDEZ, pág. 453.

*facto* no Direito societário. Atente-se no disposto no artigo 80º do Código, que disciplina a responsabilidade de outros sujeitos a quem foram confiadas funções de administração. Depois, atenda-se à responsabilidade solidária do sócio, nos termos do artigo 83º, ou do sócio único, nos termos do artigo 84º. Paradigmática é a responsabilidade da sociedade subordinante ou absolutamente dominante, nos termos dos artigos 501º e 491º, respectivamente”;

“Por outro lado, também não é certo que *o conceito de administrador de facto* não possa já ser tido por *pertinente* no âmbito dos *preceitos relativos à responsabilidade civil dos administradores*, constantes dos artigos 72º e seguintes do Código. De facto, um adequado uso da metodologia jurídica poderá permitir justamente essa possibilidade. *Caberá à doutrina e à jurisprudência explorá-lo ou negá-lo*. Aliás, *o próprio legislador já terá antecipado essa possibilidade no artigo 82º, n.º 2, alínea a), do Código da Insolvência*. Aí se atribui legitimidade activa ao administrador da insolvência para propor acções de responsabilidade civil, em favor do devedor, contra o administrador de direito ou de facto da [sociedade] insolvente. Tratando-se de sociedades, os pressupostos da responsabilidade civil aferir-se-ão justamente nos termos gerais de aferição da responsabilidade dos administradores do Código das Sociedades Comerciais. Tal *significa implicitamente que se considerou já aplicáveis ao administrador de facto as normas relativas ao administrador de direito*”;

e finaliza-se a motivação da ausência de intervenção da lei com “a *exiguidade de discussão nacional*, na literatura e jurisprudência”.<sup>506</sup>

Assim sendo, o promotor da reforma negou reconhecer *direito de cidadania* no ordenamento societário à figura do administrador de facto e confiou no direito existente<sup>507-508</sup>. Em contramão, porém, a jurisprudência nacional já teve a

---

<sup>506</sup> CMVM, *Governo das sociedades anónimas: propostas de alteração ao Código das Sociedades Comerciais*, Processo de Consulta Pública n.º 1/2006, Janeiro de 2006, pág. 17 (in <http://www.cmvm.pt>; o sublinhado é da minha responsabilidade).

<sup>507</sup> A opção da CMVM, seguida pelo legislador, foi aprovada por ANA PERESTRELO OLIVEIRA: *A responsabilidade civil dos administradores nas sociedades em relação de grupo*, 2007, n. (82) – págs. 46-47, *Grupos de sociedades e deveres de lealdade...* cit., n. (1735) – pág. 557: considerou bem o legislador que “a tarefa de explorar a figura do administrador de facto deveria ser deixada aos tribunais e à doutrina, sendo afinal um problema de aplicação do direito vigente”.

<sup>508</sup> Para igual surpresa, depois da *Reforma do CClT. de 2003*, pois tratava-se de lacuna *tanto mais grave* depois da introdução da possibilidade de constituir sociedades anónimas por um só sócio, e *tanto mais injustificada* se se considerasse a apreensão na *Relazione* que acompanhou o diploma reformador da circunstância de a realidade concreta surpreender frequentemente que “o poder efectivo de administração não corresponde à assunção da respectiva veste formal”, v. MARINA SPIOTTA, “Articolo 2392.

---

oportunidade de confessar a incomodidade de não haver “uma definição legal “ nem “uma definição doutrinária rígida ou unívoca do que seja um administrador de facto”<sup>509</sup>.

É neste ponto que o direito das sociedades se encontra. Portanto, é daqui que me abalanço para o tratamento de uma figura “tão controversa como incolor”<sup>510</sup>.

---

Responsabilità verso la società”, *Il nuovo diritto societario*, Volume 1\*, Artt. 2325-2409 c.c., diretto da Gastone Cottino [et alii], 2004, págs. 770-771.

<sup>509</sup> **Tribunal Judicial de Ponta Delgada**, 4º Juízo, de **26 de Janeiro de 2009**, Processo n.º 1401/07.9TBPD-L-F (incidente de qualificação de insolvência), inédito, pág. 6.

<sup>510</sup> ANTONIO PAVONE LA ROSA, “Rassegna...”, *loc. cit.*, pág. 1099.

## **PARTE II**

---

### **A FUNÇÃO ADMINISTRATIVA NAS SOCIEDADES E A FENOMENOLOGIA DO ADMINISTRADOR DE FACTO**

**SUMÁRIO:** **6.** Exercício da função de administrador, anomalias da relação de administração e categorias de exercício anómalo da função administrativa. — **7.** Omissão do acto de designação e sujeitos que tipicamente exercem poderes administrativos não formalizados. **7.1.** Sócio não administrador de direito e sociedade em “relação de domínio” e em “relação de grupo”. **7.2.** Sócio “influenciador” no art. 83º. **7.3.** Sócio “interveniente” no art. 40º. **7.4.** Sócio comanditário. **7.5.** Terceiros controladores. — **8.** Continuação do exercício das funções administrativas depois de terminada ou suspensa a relação de administração. **8.1.** Caducidade do título de administração. 8.1.1. Decurso do prazo de designação. 8.1.2. O relevo da incapacidade e da incompatibilidade supervenientes. 8.1.3. Refracções da liberdade contratual na prorrogação de funções administrativas. 8.1.4. Falta de prestação de caução. 8.1.5. Cooptação e designação de administrador substituto pelo conselho fiscal ou comissão de auditoria sem ratificação pelos sócios. **8.2.** Falta definitiva ou temporária dos gerentes das sociedades por quotas e impedimento ou falta dos gerentes das sociedades em comandita. **8.3.** Renúncia e destituição. **8.4.** A previsão estatutária de cessação reflexa de funções administrativas: a cláusula “*simul stabunt simul cadent*”. 8.4.1. Validade da cláusula: admissão com restrições. 8.4.2. Efeitos da cláusula: os administradores “causados” (e, se necessário, os administradores “causantes”) poderão ser administradores de facto? **8.5.** As várias formas de suspensão dos administradores. 8.5.1. Em particular: a suspensão judicial cautelar. 8.5.2. Ainda mais em particular: a situação do administrador designado após a citação ou notificação do procedimento cautelar suspensivo. 8.5.3. Súmula. 8.5.4. A “substituição temporária” dos administradores suspensos. **8.6.** A extinção do título de administração por efeito da dissolução da sociedade e a não coincidência entre os anteriores administradores de direito da sociedade e os liquidatários da sociedade dissolvida. — **9.** Administrador com designação inválida.



## 6. Exercício da função de administrador, anomalias da relação de administração e categorias de exercício anómalo da função administrativa

A administração de facto não encontra tradução num único parâmetro concreto. Não existe uma situação prototipizada que se possa qualificar, sem margem de erro e em qualquer circunstância, como administração informal ou irregular. Desde logo porque a falta de investidura de acordo com o procedimento legal se espraia em dois grupos definidos. Já os anunciei: são as espécies de *ilegitimidade* que estão na base do administrador de facto.

Numa delas encontram-se os sujeitos que, *sem ocupar formalmente o cargo de administrador* – porque não têm título ou o título pretérito se extinguiu ou se encontra suspenso ou dispõem de um título para outro efeito e competências –, exercem de modo efectivo as funções da administração.

O outro compõe-se de gestores que *ocupam formalmente o cargo de administrador por efeito de uma designação*, ainda que a sua nomeação esteja afectada por algum vício ou irregularidade (procedimental, substancial ou de conteúdo, ou, segundo alguns Autores, mesmo de publicidade <sup>511</sup>).

Para o primeiro desses grupos é relevante expor algumas espécies em que o autor do acto de gestão societária é *radicalmente privado de legitimação orgânica*, sendo um “estranho” para a organização administrativa da sociedade (ainda que ocupe uma posição “de ponta” na organização *da empresa social* ou se relacione notoriamente com a empresa e/ou a sociedade através de outro tipo de relação jurídica <sup>512</sup>) – o administrador de facto *puro*, na terminologia de FERNANDEZ DE LA

---

<sup>511</sup> Sendo comum a referência por tais Autores à omissão publicitária – ou seja, à inscrição no registo comercial do título constitutivo da relação de administração –, não é rigoroso compreendê-la como vício que origine o exercício fáctico de funções gestórias. Aí gera-se tão-só um problema de imputação à sociedade dos actos praticados pelos administradores de direito nas relações exógenas, sem colocar em causa a aquisição formal da posição de membro ou titular do órgão – cfr. *infra*, Parte II, ponto 9.

<sup>512</sup> Esta dupla realidade poderá ser um escolho *em sede probatória* à demonstração de que tal sujeito realizou actos no seio da sociedade que são susceptíveis de lhe atribuir a qualidade de administrador de facto. Se a pessoa que não tem título para intervir na exploração da empresa ou no funcionamento da sociedade não acumula qualquer outro cargo ou relação com a sociedade, a faculdade de ponderar esses actos para a qualificação pretendida é bem mais fácil do que nas hipóteses de esse mesmo sujeito apresentar outras razões ou pretextos (fora da actividade de administração) para aparecer ligado ou relacionado com aquela empresa e/ou sociedade – serão as circunstâncias de um trabalhador assalariado com posto elevado, um conselheiro técnico, um banqueiro preocupado com a destinação dos fundos que emprestou, etc.

GÁNDARA<sup>513</sup>. No segundo grupo, estão os casos em que, ao invés, o sujeito recebeu uma *investidura* de acordo com os modos prescritos pelo direito societário mas *imperfeita ou ferida de vícios mais ou menos graves* (o que prejudica a efectividade ou legitimidade da sua inserção na organização colectiva, mas confere subsistência, mais ou menos frágil, ao título formal e ao respectivo exercício do cargo) ou, mesmo que regular, tal *investidura se extinguiu*<sup>514</sup> ou *se encontra suspensa*, continuando o sujeito a exercer funções.<sup>515</sup>

Alguns estudiosos do assunto não enfatizam as eventuais diferenças entre a *privação radical de legitimidade orgânica* e a *irregularidade do procedimento de*

---

<sup>513</sup> “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, 1997, pág. 48. Adoptando a mesma terminologia: MANUEL MARÍA SÁNCHEZ ALVAREZ, *Los delitos societários*, 1996, pág. 63, ANTONIO MOYA JIMÉNEZ, *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, 2006, pág. 71. Todavía, a designação pioneira coube a OLIVARES JAMES, págs. 301 e 321, para quem o exercício de funções administrativas sem prévia nomeação expressa corresponde à “figura assepticamente pura” ou “quimicamente pura”.

<sup>514</sup> E, portanto, se tornou ineficaz (com cessação dos seus efeitos) por força de eventos posteriores ao momento da sua constituição – ainda manifestação da ineficácia *em sentido amplo*: por todos, CARLOS MOTA PINTO, *Teoria geral...* cit., págs. 615-616.

<sup>515</sup> Ainda que a maior parte dos Autores menosprezem as hipóteses de suspensão, para estas categorias v., *ex multis*, NORBERT REICH, págs. 1663-1664, ALESSANDRO BORGIOLI, “Amministratori di fatto e direttori generali”, *loc. cit.*, pág. 596, PIERRE-OLIVIER GEHRIGER, págs. 14-15, VINCENZO FRANCESCHELLI, “Richiami in tema di invalidità di assemblea di società per azioni e di amministratori di fatto”, *Giur. It.*, 1982, I, Sez. 2, pág. 665, CESARE SILVETTI/GINO CAVALLI, pág. 274, URSULA STEIN, “Die Normadressaten...”, *loc. cit.*, págs. 212-213, JESÚS QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil...* cit., pág. 351, ROBERT PENNINGTON, *Directors’ personal liability* cit., págs. 25, 26, PETER FORSTMOSER, *Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit. Die Haftung der mit der Verwaltung, Geschäftsführung, Kontrolle und Liquidation einer AG betrauten Personen*, 1987, pág. 213, GÜNTER ROTH, pág. 423, CHRISTOPHER L. RYAN, *Company directors. Liabilities, rights and duties*, 1990, pág. 113, GIOVANNI CASELLI, *Vicende del rapporto di amministrazione* cit., pág. 48, GEOFFREY WALTERS, “Introduction”, *Company directors: law and liability*, Editors: Neil Sinclair/David Vogel/Richard Snowden, 1997, pág. 13, ROBERT WEIMAR, “Grundprobleme und offene Fragen... (I)”, *loc. cit.*, págs. 474-475, 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, 1997, pág. 46 (reiterado em “La responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital”, *Comentarios a la Ley Concursal*, coord.: Luis Fernández de la Gándara/Manuel María Sánchez Alvarez, 2004, pág. 708), JOSÉ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, “La responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, pág. 82, FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, págs. 139, 204; FRANCESCO FERRARA Jr./FRANCESCO CORSI, *Gli imprenditori...* cit. 1999, pág. 584, PERCY GARCÍA CAVERO, págs. 112 e ss, 116 e ss, PAOLA FERRARI BRAVO, pág. 465, ANTONIO PERDICES HUETOS, pág. 280, ALDO SCHERMI, “Annotazioni sull’amministratore di fatto...”, *loc. cit.*, pág. 81; NURIA FERNÁNDEZ PÉREZ, pág. 105; CÁNDIDO PAZ-ARES, “La responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, pág. 77; UWE W. SCHNEIDER, “§ 6 Geschäftsführer”, *loc. cit.*, pág. 398, *Rdn.* 48, H. A. J. FORD/R. P. AUSTIN, *Ford’s Principles of Corporations Law*, 2001, pág. 305 (para a exegese da noção de «director» constant da sec. 9 do *Corporations Act* australiano de 2001), NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., págs. 87, 101, MARC DINKHOFF, pág. 13, HOLGER FLEISCHER, “Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit...”, *loc. cit.*, págs. 517-518, ORESTE CIPOLLA, pág. 256, JUSTINO DUQUE DOMÍNGUEZ, “Del texto refundido...”, *loc. cit.*, pág. 283, JOSÉ LUIS DÍAZ ECHEGARAY, *Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, 2006, págs. 253-254, MARÍA JOSÉ VERDÚ CAÑETE, págs. 128-129.

*investidura orgânica*. Segundo FABRIZIO GUERRERA, nem sob o ponto de vista *histórico-comparístico* (“pois a figura do administrador de facto abraça tradicionalmente, para além das hipóteses de intervenção gestória não autorizada, aquelas de invalidade da nomeação e da prossecução da relação de administração depois da sua caducidade, por causa da dificuldade de distinguir, no contexto da patologia formativa da relação gestória, entre as deformidades radicais e os (simples) vícios constitutivos que a *fattispecie* apresenta em relação ao modelo legal”), nem *dogmático* (“uma vez que a linha de fronteira que separa as hipóteses de total falta daquelas de nulidade da nomeação pode revelar-se extremamente instável”), nem *axiológico* (“pois o conjunto de interesses tutelado pela rígida estruturação do procedimento de nomeação e das conexas sanções de invalidade não difere substancialmente daquele que a mesma tipicidade legal da *fattispecie* propositória é destinada a assegurar, ponderando a autonomia de escolha dos sócios com a exigência de garantir a funcionalidade do organismo societário e de proteger a confiança dos terceiros”), se sofrerão “ampliações inoportunas”<sup>516</sup>; além disso, o problema é ainda e sempre o mesmo: “restauração da ordem jurídica violada” e “(re)adaptação da situação de facto à de direito”<sup>517</sup>. Já para outros Autores, como GÜNTER ROTH, a ocupação do lugar de administrador por quem encontra fundamento num acto de nomeação, ainda que incorrecto ou irregular (*fehlerhaft bestellte Organ*), permite justificar plausivelmente e desenvolver com mais facilidade uma tese de *posição equiparada* com o administrador nomeado sem vícios<sup>518</sup>. Seja como for, o que mais interessa destacar, por ora, é que existem circunstâncias societárias mais propícias que outras para que se produza o fenómeno da administração de facto. Existem sujeitos, sociais ou não, pessoas colectivas (através dos seus representantes legais ou voluntários) ou pessoas singulares, que com maior facilidade se apresentam como administradores de facto. Não se trata de todos serem necessariamente administradores de facto. O que acontece é que nesses contextos, objectivos e/ou subjectivos, é mais fácil e provável que se dêem situações de exercício das funções administrativas fora do quadro nominal ou formal estabelecido;

---

<sup>516</sup> Cfr. “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, págs. 139-140. A págs. 141, o Autor italiano acomuna as diversas situações sob o dado do exercício efectivo de funções administrativas sem título.

<sup>517</sup> FABRIZIO GUERRERA, *últ. est. e loc. cits.*, pág. 142.

<sup>518</sup> “Die Haftung als faktischer Geschäftsführer im Konkurs der GmbH”, *loc. cit.*, pág. 423.

contextos onde é consentido delinear o “potencial espectro aplicativo” do instituto <sup>519</sup>. Para isso, julgo que o critério essencial para arrumar sistematicamente os vários “tipos” ou “constelações” ou “grupos de casos” (*Typen von faktischen Organmitgliedern* <sup>520</sup>, *Fallkonstellationen* <sup>521</sup>, *Fallgruppen* <sup>522</sup>) em que é pensável a administração de facto passa por identificar a *causa de inexistência* – articulada com a condição dos sujeitos e uma outra eventual relação com a sociedade administrada –, *cessação e suspensão da relação administrativa*.

Neste caminho, dedicarei de imediato atenção ao primeiro daqueles dois grupos: a inexistência *radical* de título – *omissão de qualquer acto de designação ou eleição* <sup>523</sup>. Deixarei para mais tarde a atenção que merecem os trabalhadores subordinados e restantes agentes que levam a cabo funções administrativas (com destaque para o “director geral” e para o “procurador geral” da sociedade), uma vez que, sabendo que estes sujeitos pertencem a este primeiro grupo da dicotomia apresentada, a discussão dessa categoria de *não detentores de título orgânico (ainda que detentores de um outro título de actuação)* contende nevrálgicamente com o pressuposto da *autonomia própria do administrador*, enquanto pressuposto da condição jurídica do administrador de facto relevante <sup>524</sup>.

Depois, no segundo grupo, particularmente ricos em problemas e situações de fronteira são os casos em que, tendo existido título, este se encontra extinto ou suspenso, sem que o administrador se tenha conformado com a nova falta de *status* – aqui se encontram as situações de *continuação do exercício das funções de administrador* <sup>525</sup>. Ainda neste agregado, dedicarei a *final* atenção às circunstâncias de nomeação feridas de ilegalidade, que, tendo merecido de alguma doutrina a exclusão (total ou parcial) nesta sede, não deixa de nos remeter para o reconhecimento de uma actuação fáctica, mas com *especialidades* que não é curial deixar de salientar <sup>526</sup>.

---

<sup>519</sup> NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., pág. 182.

<sup>520</sup> NORBERT REICH, pág. 1663.

<sup>521</sup> GÜNTER ROTH, pág. 422, MARC DINKHOFF, pág. 15.

<sup>522</sup> Como outra doutrina alemã usa, numa teorização mais chegada à dogmática *Durchgriff*: HOLGER FLEISCHER, “Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit...”, *loc. cit.*, pág. 526, MARKUS GEIßLER, pág. 1107.

<sup>523</sup> V. *infra*, ponto 7.

<sup>524</sup> V. *infra*, pontos 11.2.1. e 11.2.2.

<sup>525</sup> V. *infra*, ponto 8.

<sup>526</sup> V. *infra*, ponto 9.

## 7. Omissão do acto de designação e sujeitos que exercem tipicamente poderes administrativos não formalizados

### 7.1. Sócio não administrador de direito e sociedade em “relação de domínio” e em “relação de grupo”

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 arts. 270<sup>o</sup>-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”<sup>527</sup>, a hipótese de o sócio único concentrar poderes administrativos e/ou influenciar as operações dos administradores e estes serem mero *instrumento* do sócio único<sup>528</sup>. Há mesmo quem suponha que será difícil ao sócio único não gerente escapar a uma acção de responsabilidade como gerente de facto<sup>529</sup> ou até advogue que o sócio único que executa por si próprio as suas decisões em sede de administração não pode mesmo deixar de se submeter à responsabilidade específica do administrador<sup>530</sup>. Ou, menos taxativo, assume-se 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

---

<sup>527</sup> PETER FORSTMOSER, “Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht”, *loc. cit.*, pág. 147.

<sup>528</sup> RICARDO COSTA, *A sociedade por quotas unipessoal...* cit., págs. 604-605, n. (951) – págs. 718 e ss.

<sup>529</sup> DOMINIQUE VIDAL, pág. 217.

<sup>530</sup> LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, “El régimen de responsabilidad...”, *loc. cit.*, 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* cit., 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, *El administrador de hecho...* cit., págs. 134-135.

assumir ele próprio”<sup>531</sup>. Tudo porque o protagonismo 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 unissubjectiva 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”<sup>532</sup> também se aplicam, mesmo que com adaptações, e devem ser respeitadas na SQU<sup>533</sup>. Não se pode afirmar *aprioristicamente* que o sócio único, ainda que pela circunstância de influir exclusivamente na nomeação da gerência, confere à sociedade uma orientação completamente entregue à sua vontade (e, até por isso, porventura contrária 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 anular as consequências de ordem jurídica que derivam dos vínculos e relações de natureza orgânica que mantém a sociedade de que é único sócio – e, portanto, mantém-se a dualidade de

---

<sup>531</sup> NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., n. (23) – pág. 86.

Na doutrina alemã, MARKUS GEIßLER, pág. 1112, chama a atenção para a necessidade de se ser particularmente 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.

<sup>532</sup> GASTONE COTTINO, *Diritto societario* cit., pág. 327.

<sup>533</sup> O art. 270º-E, n.º 1, 2.ª parte, quando elenca como único exemplo de exercício de competências pelo sócio 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 enquanto tal (e dos seus poderes) e a recusa de qualquer reserva ao sócio de uma competência ilimitada de gestão directa.

personalidades e de esferas jurídicas e mantém-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 e matérias (certos contratos, realização de certas operações, ultrapassagem nos actos sociais de certos montantes, escolha de trabalhadores e quadros intermédios da sociedade, princípios estruturais de “alta direcção” e/ou gestão extraordinária na política empresarial, etc.) em que a actuação da gerência (decisão ou execução do anteriormente decidido) dependa de uma prévia autorização ou de pronúncia genérica do sócio (art. 246º, proémio do n.º 1), afora o direito geral que, tendo por base o art. 259º, 2.ª parte, aos quotistas cabe de emitir, por iniciativa própria e mesmo que os estatutos os não habilite através de cláusula pertinente, directivas e instruções (mais ou menos concretas) em assuntos de gestão <sup>534</sup>, 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 quotas <sup>535</sup>. 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, antes 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) 259º, 2.ª parte <sup>536</sup>, em confronto com os arts.

---

<sup>534</sup> Para a relação destes dois preceitos com a responsabilização do sócio enquanto titular de poderes administrativos à luz do art. 80º, v. Parte III, ponto 15.2., em esp. n. 2247.

<sup>535</sup> Desenvolvidamente, com várias referências e diálogos doutrinários, v. RICARDO COSTA, *últ. ob. 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...* cit., págs. 104-105.

<sup>536</sup> 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 anteriores considerações, a que pertencem as citações (e percursos bibliográficos, para este e para trilho 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 agora PINTO FURTADO, *Deliberações dos sócios*, Comentário ao Código das Sociedades Comerciais, *Artigos 53 a 63*, 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 sociedades por quotas, não deve, mesmo aí, 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*, 2000, n. (1041) – pág. 387; CASSIANO DOS SANTOS, *Estrutura associativa...* cit., págs. 210-211 (na perspectiva de “violação dos elementos do tipo” da “cláusula que atribua à assembleia a administração da sociedade”); e COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., 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* cit., págs. 89, 91 e ss, em esp. 93, 247, 278, HEINRICH SUDHOFF, *Rechte und Pflichten des Geschäftsführers einer GmbH*, 1972, pág. 40, HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht...* cit., pág. 336, HANS-JOACHIM MERTENS, “Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung”, in MAX HACHENBURG, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) – Großkommentar*, Zweiter Band: §§ 35-52, 1997, sub § 37, 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* cit., págs. 1069, 1070-1071, MARC DINKHOFF, págs. 70-71, 85; WOLFGANG ZÖLLNER/ULRICH NOACK, “Abschnitt Drei. Vertretung und Geschäftsführung”, *loc. cit.*, 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, HOLGER ALTMEPPEN/GÜNTER ROTH, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH)*, 2009, sub § 37, págs. 680-681, Rdn. 3-4, UWE H. SCHNEIDER, “Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung”, *loc. cit.*, sub § 37, pág. 2099, Rdn. 30-31, págs. 2105-2106, Rdn. 50 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, 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...*, volume II cit., 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 proíbam a prática de certo acto”); aparentemente, ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito das sociedades. Parte geral*, 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



373º, n.ºs 2 e 3, 405º, n.º 1, e 406º<sup>537</sup>; existindo e sendo exercidas licitamente, não permitem ver no sócio um administrador de facto.

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...* cit., 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...* cit., 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, 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, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Comerciais anotado...* cit., sub art. 246º, pág. 726, anot. 8; em geral, VASCO LOBO XAVIER, *Anulação de deliberação social...* cit., 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.*, págs. 56-57, 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, deixando de ser genéricas (ou suficientemente genéricas para ainda entregarem a densificação aos gerentes) – corporizando um poder geral ainda lícito de administração –, incidirem especificamente sobre condutas concretas e apelarem a (*recte*, ordenarem) uma execução permanente e (por detalhada) sem poder de concretização e/ou explicitação por parte dos gerentes (v., a propósito, 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...*, vol. II cit. 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...*, vol. II cit., págs. 529 e ss.

<sup>537</sup> Nas sociedades anónimas não se aceita, pelo menos expressamente, um poder deliberativo “oficioso” dos accionistas sobre a gestão, desde logo porque à aparelhagem legal-normativa subjaz a intenção de o accionista contribuir fundamentalmente para a administração através da participação nos procedimentos relativos a momentos *organizativos* e *financeiros* da sociedade; essa intervenção gestória é, em regra, espoletada por vontade da administração, ainda que se possa discutir se o «pedido» a que se refere o art. 373º, n.º 3, possa ser, mais do que uma faculdade, um verdadeiro dever (na diligência exigida aos administradores na execução da relação administrativa) de seleccionar e submeter aos sócios a pronúncia sobre matérias de interesse estratégico para a sociedade (fora de causa estão os actos de “gestão corrente”, sob pena de paralisia da actividade social); para já não aventar uma “competência deliberativa implícita” dos sócios, excepcional e restrita, para essas matérias, com relevo análogo aos assuntos que implicam modificação da vontade dos sócios plasmada nos estatutos (v. *retro*, Parte I, ponto 1, em esp. n. 22).

O que se deve aceitar é a viabilidade de uma permissão contratual-estatutária para os accionistas deliberarem sobre matérias determinadas de gestão (portanto, elencadas pela vontade dos sócios) nos termos do art. 373º, n.º 2 (*habilitação prévia*), e 405º, n.º 1 (*subordinação ulterior*) – enquanto poder de autorização ou veto dos sócios que *integra*, nesses casos e em *concurso necessário*, o poder originário dos administradores, numa espécie de “*reserva estatutária* à colectividade dos sócios de uma «fracção»” desse poder decisório dos administradores: assim, FABRIZIO GUERREIRA, *La responsabilità «deliberativa»...* cit., págs. 74-75; no mesmo sentido, PIETRO ABBADESSA, “La competenzaza assembleare...”, *loc. cit.*, pág. 10 –,

para além das hipóteses de atribuição legal para os accionistas deliberarem sobre matérias de gestão e do aludido «pedido» (repto: faculdade e, porventura, dever em certas matérias de interesse estratégico) a que alude o art. 373º, n.º 3. No entanto, 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, págs. 81-82, MARIA AUGUSTA FRANÇA, *A estrutura das sociedades anónimas em relação de grupo*, 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, NOGUEIRA SERENS, *Notas sobre a sociedade anónima*, 1997, pág. 34, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Os poderes de representação...* cit., págs. 195 e ss, 203 e ss, ID., *Administradores-delegados...* cit., págs. 32-33, JOÃO ESPÍRITO SANTO, págs. 412 e ss, em esp. 415, CALVÃO DA SILVA, “Conflito de interesses e abuso do direito nas sociedades”, *Estudos jurídicos (Pareceres)*, 2001, págs. 109 e ss, PEDRO MAIA, *Função e funcionamento...* cit., págs. 137 e ss, PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais*, 2012, pág. 707, JOSÉ VASQUES, *Estruturas e conflitos de poderes nas sociedades anónimas*, 2007, págs. 69 e ss, FERNANDES DE OLIVEIRA, “Responsabilidade civil dos administradores”, *Código das Sociedades Comerciais e governo das sociedades*, 2008, pág. 301, ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito das sociedades...* cit., págs. 283-284 e n. (605) – pág. 294). Porém, em sentido 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*, 2001, págs. 241-242; RICARDO COSTA, *A sociedade por quotas unipessoal...* cit., n. (757) – págs. 604-606 (admissibilidade de outorga à assembleia geral da gestão empresarial através da pertinente inserção de cláusula no pacto social); AGOSTINHO MACHADO, *Deveres dos gerentes e administradores das sociedades comerciais e corporate governance*, 2005, n. (21) – págs. 47-48; 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. 608-609; MENEZES CORDEIRO, *SA: assembleia geral e deliberações sociais*, 2007, pág. 134; PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de gestão...* cit., págs. 220 e ss (abonando a estipulação estatutária da necessidade de “autorização integrativa” dos sócios – mas não instruções por iniciativa própria – para a adopção de determinados actos pelo órgão de administração, ainda que mais restrita na sociedade anónima aberta). Serve também de apoio internormativo o regime da sociedade anónima desportiva, através do art. 18º, n.ºs 1 e 2, do DL n.º 67/97, de 3 de Abril («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 de autorização da assembleia geral os actos que excedam as previsões inscritas no orçamento»).

Mesmo assim, a autorização prevista nos estatutos acaba por ter efeitos meramente *internos*, tendo em conta que essa limitação estatutária à actuação dos administradores, mesmo que levada a registo, é inoponível em relação a terceiros e não obsta à vinculação da sociedade (art. 409º, n.º 1; no mesmo sentido para as sociedades por quotas se encontra o art. 260º, n.º 1); isso mesmo que o terceiro conheça a limitação, pois não se trata de um acto que exceda o objecto social. De todo o modo, o administrador incorre em responsabilidade (e, eventualmente, justa causa para destituição) se tiver havido deliberação dos accionistas e, de acordo com a determinação dos estatutos, for violado o dever de subordinação inscrito no art. 405º, n.º 1, o que faz com que os administradores tenham actuado à luz de um poder que, *a final*, não dispunham (desde que, para isso, tendo havido, por ex., negação de consentimento para uma certa operação ou negócio, não haja causa de dispensa da vinculatividade da deliberação e justificação da ilicitude).

Para além das autorizações estatutárias, é sempre possível aos administradores pedir à assembleia um parecer consultivo sobre determinada operação que têm em vista decidir ou executar depois de a terem decidido, independentemente de tal faculdade não estar escorada numa cláusula estatutária. Neste caso, não subsiste qualquer dever de subordinação, pois os administradores conservam integralmente a sua liberdade de actuação, seja qual for o sentido da pronúncia deliberativa dos sócios.

Para uma 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*, 1982, págs. 490

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”<sup>538</sup> – não permitem que o canal *orgânico-oficial* da expressão deliberativa dos sócios possa ser usado *ilicitamente* de um modo *genérico, indistinto e sistemático*, 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)<sup>539</sup>. Nem o

---

e ss, VINCENZO CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa...* cit., págs. 27 e ss, GIUSEPPE PORTALE, “Rapporti fra assemblea e organo gestorio...”, *loc. cit.*, págs. 11 e ss.

<sup>538</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito comercial*, volume IV cit., pág. 443.

No mesmo sentido, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores...* cit., 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...”.

<sup>539</sup> 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 – que, acima de tudo, deve ser usado para o âmbito da *gestão estratégica* e da *decisão sobre operações societárias estruturais e com impacto para o património social e a prossecução do objecto da sociedade* –, 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...”, *loc. cit.*, 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”, *loc. cit.*, sub § 43, pág. 2229, *Rdn.* 24. Igualmente 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 (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 da sociedade de responsabilidade limitada poderá dar instruções ao órgão de administração ou submeter a 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*, 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 de haver um exercício deliberativo “num

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 gerência <sup>540</sup> 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; logo, no exterior dessa (condicionada) legitimidade *estatutária (para deliberar)* ou *estritamente deliberativa* <sup>541</sup>. 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 societário <sup>542</sup> (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 permitido pelos arts. 246º-259º <sup>543</sup> e 373º, 2-405º, ou executam interna e externamente actos de gestão; *indirectos*, se instigam, condicionam e orientam a actuação directa dos administradores (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

---

contexto de respeito formal das competências institucionais dos outros órgãos sociais”, cfr. NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., pág. 79 e n. (8).

<sup>540</sup> GÜNTHER ROTH, págs. 426-427.

<sup>541</sup> 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) – e não, como salienta PIETRO ABBADESSA, “I poteri extra-assembleari dell’azionista di controllo”, *Studi in onore di Gastone Cottino*, volume II, 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.

<sup>542</sup> RICARDO COSTA, *últ. ob. cit.*, págs. 591-592.

<sup>543</sup> Neste sentido, para a aplicação do art. 80º ao “sócio controlador” como “gerente de facto”, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores...* cit., 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...”.

dos processos deliberativos ou conjugando deliberações lícitas com actos extra-organísticos de influência<sup>544</sup>.<sup>545</sup>

Logicamente, direi então que a SQU não será diferente, na *potencialidade* de encontrar administração de facto, de outras sociedades, ainda que plurais<sup>546</sup> (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 accionistas<sup>547</sup>). A investigação sobre a qualidade de administrador de facto não pode

---

<sup>544</sup> As diferentes situações de ocupação das tarefas de gestão pelo sócio dominante são exemplarmente resumidas por URSULA STEIN, *Das faktische Organ* cit., pág. 181: “organicamente ou não, directamente ou através de instruções, legais ou ilegais”.

<sup>545</sup> Para a identificação do sócio único como eventual ou possível administrador de facto, v., a título ilustrativo de uma nota deveras comum, PIERRE-OLIVIER GEHRIGER, 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, pág. 153, YVES GUYON, *Droit des affaires*, Tome 2, *Entreprises en difficultés. Redressement judiciaire – Faillite*, 1999, pág. 436, PAOLO CECCHI, págs. 701-702, NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., págs. 85 e ss, PABLO GIRGADO PERANDONES, *La responsabilidad de la sociedad matriz...* cit., págs. 181-182, JOSÉ LUIS DIÁZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., 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, 2002, págs. 3918-3919, NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., págs. 132 e ss, MARKUS GEIßLER, pág. 1112, FRIEDRICH ROBRECHT, “Der alleinige GmbH-Gesellschafter als «faktischer Geschäftsführer» im Recht der Unfallverhütung”, *GmbHHR*, 2003, págs. 762-763, MARC DINKHOFF, pág. 118, HANS-CHRISTOPH VOIGT, *Haftung aus Einfluss auf die Aktiengesellschaft (§§ 117, 309, 317 AktG)*, 2004, págs. 203-204, WOLFGANG ZÖLLNER/ULRICH NOACK, “Abschnitt Drei. Vertretung und Geschäftsführung”, *loc. cit.*, sub § 43, págs. 881-882, *Rdn.* 3.

Entre nós, RICARDO COSTA, *A sociedade por quotas unipessoal...* cit., págs. 604 e ss, em esp. pág. 611, n. (951) – págs. 718 e ss, ID., “Artigo 84º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord.: J. M. Coutinho de Abreu, Volume I (Artigos 1.º a 84.º), 2010, n. (33) – pág. 974, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores...* cit., n. (152) – pág. 466.

<sup>546</sup> A começar pelas sociedades de pluralidade fictícia (RICARDO COSTA, *A sociedade por quotas unipessoal...* cit., *passim*, tendo interesse especial as 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).

<sup>547</sup> 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 do 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

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 <sup>548</sup> e – factor não despiciendo – 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” <sup>549</sup>, que se equivalham a *efectivos* administradores, por adquirirem, tendo em conta empenho directo ou ingerência indirecta, um papel *decisivo* no desenvolvimento concreto dos processos decisórios e executivos da gestão da sociedade.

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 participações <sup>550</sup>, 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) <sup>551</sup>, 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

---

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 verdadeiramente sua. Por isso – acrescento e concludo –, 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, se podem exceder e invadir, como administradores de facto, a esfera do órgão de administração.

<sup>548</sup> Nomeadamente, o peso que o direito de voto de cada um deles tem no quadro das decisões colectivas ou globais do órgão deliberativo: o *Stimmkraft* de WOLFGANG ZÖLLNER, *Die Shranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden*, 1963, pág. 1.

<sup>549</sup> COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., pág. 17.

<sup>550</sup> PIERRE-OLIVIER GEHRIGER, págs. 46-47, para as sociedades bipessoais (em articulação com as págs. 22-23: “Influência exercida com base na participação”: cfr. *infra*, n. 1608); FABRIZIO GUERRERA, *La responsabilità “deliberativa”...* cit., págs. 136-137 (relevância da participação social como “veículo potencial do concurso directo para o governo da empresa”).

<sup>551</sup> 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*, 2007, págs. 77 e ss.

expressos dos sócios habitualmente presentes) ou em concertação com outros minoritários (designadamente através da vinculação operada em acordos parassociais <sup>552</sup> 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 controlador ou dominante <sup>553</sup>. 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

---

<sup>552</sup> 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...* cit., 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.

<sup>553</sup> Para esta noção de sócio controlador ou dominante, sigo, entre nós, COUTINHO DE ABREU/ELISABETE RAMOS, pág. 50, e, lá fora, FABRIZIO GUERRERA, *La responsabilit  deliberativa...* cit., pág. 122, STEPHEN BAINBRIDGE, *Corporate law* cit., 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*, 2º volume, Artigos 75 a 137, 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 ULHOA COELHO, *Manual de direito comercial. Direito de empresa*, 2007, pág. 211; FÁBIO KONDER COMPARATO/CALIXTO SALOMÃO FILHO, págs. 141-142 (“poder de orientar e dirigir, em última instância, as actividades sociais”), doutrina que, significativamente, 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 “accionista 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 do véu dos procuradores ou dos terceiros eleitos para administrar a sociedade”; isto é, ainda sem a etiqueta própria, RUBENS REQUIÃO, *Curso de direito comercial*, 2008, pág. 149, identifica a necessidade de lhe imputar as consequências de ser verdadeiramente administrador de facto por actuar através de pessoas interpostas.

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)).

sociedade”<sup>554</sup> – que dá ao sócio maioritário ou de comando (individualmente ou em coligação) a *capacidade de determinar 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*.<sup>555</sup>

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<sup>556</sup>.

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

---

<sup>554</sup> Ou seja, em causa está a influência detida em razão do “âmbito objectivo” das matérias confiadas à competência deliberativa dos sócios pela lei e pelos estatutos – o “*gegenständliche Umfang des Stimmrechts*”, ainda na dogmática de WOLFGANG ZÖLLNER, *Die Shranken mitgliederschaftlicher Stimmrechtsmacht...* cit., págs. 1-2.

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

<sup>555</sup> 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., págs. 663-664.

<sup>556</sup> Em sentido análogo mas especialmente para as sociedades em relação de domínio, COUTINHO DE ABREU, “Diálogos com a jurisprudência, II – Responsabilidade dos administradores...”, *loc. cit.*, n. (37) – pág. 63.



sociedade, desde logo porque a responsabilidade das escolhas de gestão 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)...”<sup>557</sup>

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*)<sup>558</sup>.

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

---

<sup>557</sup> *Governança das sociedades comerciais* cit., págs. 155-156.

<sup>558</sup> URSULA STEIN, *Das faktische Organ* cit., 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.

administradores formais), e não é nessa 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<sup>559</sup>.<sup>560</sup>

---

<sup>559</sup> Sobre a “liberdade de decidir” dos administradores perante deliberações opinativo-consultivas, v. COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., pág. 58.

<sup>560</sup> 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, 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, *Gli amministratori di fatto...* cit., 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 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. 158 (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)*, 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, 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* n.º 1, 2009, 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 órgão de administração); CAROLINA CUNHA, “Artigo 17º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord.: J. M. Coutinho de Abreu, Volume I (Artigos 1º a 84º), 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

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* <sup>561</sup> ou *simplesmente intelectuais* <sup>562</sup>) da condução dos negócios sociais e das tarefas administradoras <sup>563</sup>, por sócio *abusivo* ou *tiranno* (na consagrada dogmática italiana<sup>564</sup>): com uma *escala* e uma *intensidade* nessa assunção que lhe dá, na formulação de KARSTEN SCHMIDT, uma *função condutora da gestão empresarial da*

---

parassociais – Síntese das questões jurídicas mais relevantes”, *Problemas do direito das sociedades*, 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 (v. *infra*, n. 1651).

<sup>561</sup> URSULA STEIN, *Das faktische Organ* cit., pág. 182, FABRIZIO GUERRERA, *La responsabilità “deliberativa”*... cit., pág. 136.

<sup>562</sup> MARC DINKHOFF, pág. 34.

<sup>563</sup> Na verdade, não vejo que seja de afastar uma influenciação 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).

<sup>564</sup> 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, *Gli amministratori di fatto*... cit., págs. 79-80, FRANCESCO FERRARA Jr./FRANCESCO CORSI, *Gli imprenditori*... cit. 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, 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*... cit., 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).

sociedade <sup>565</sup> e o torna *funcionalmente comparável* (*funktionale Vergleichbarkeit*) ao administrador de direito <sup>566</sup>, 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. <sup>567</sup>. 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, sabermos 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 sabermos 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 sociedade para lá dos direitos e poderes da sua condição de sócio e, eventualmente, como “bode expiatório” (*capro espiatorio*) da sua acção <sup>568-569</sup>.

---

<sup>565</sup> “Anhang § 64. Insolvenzverschleppung und Insolvenzverschleppungshaftung”, *Scholz Kommentar zum GmbH-Gesetz mit Anhang Konzernrecht*, III. Band, §§ 53-85, Nachtrag MoMiG, 2010, págs. 4214-4215, *Rdn.* 22. Ainda na Alemanha, enfatizando a *amplitude* da intensidade na influenciação (*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, págs. 117-118.

<sup>566</sup> ULRICH HAAS/HILDEGARD ZIEMONS, pág. 488, *Rdn.* 28, WOLFGANG ZÖLLNER/ULRICH NOACK, “Abschnitt Drei. Vertretung und Geschäftsführung”, *loc. cit.*, sub § 43, pág. 881-882, *Rdn.* 3.

<sup>567</sup> MARKUS GEIßLER, pág. 1112, ULRICH HAAS/HILDEGARD ZIEMONS, pág. 488, *Rdn.* 9.

<sup>568</sup> FRANCESCO FERRARA Jr./FRANCESCO CORSI, *Gli imprenditori...* cit. 1999, n. (1) – pág. 392.

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 social<sup>570-571</sup>, mas também os princípios de actuação inibidores de “desconsideração” da personalidade jurídica)<sup>572</sup>. Nem se mescla com a eventual extensão dos deveres e

---

<sup>569</sup> Para a distinção entre “influenciação legítima” (*legitime Einflussnahme*) e “intromissão ilegítima” (*illegitime Einmischung*) como linha de fronteira, v. HOLGER FLEISCHER, “Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit...”, *loc. cit.*, 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.

<sup>570</sup> V., em esp., o regime do art. 83º.

<sup>571</sup> Se o sócio for também administrador (“sócio gestor”) – ou exercer outros cargos e funções na orgânica social –, é curial 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: é a posição, a seguir, de PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social...* cit., págs. 78-79, 365--366 (“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. A diferença de poder deve traduzir-se em diferença de responsabilidade.”).

<sup>572</sup> Para essa conclusão, v., desenvolvidamente, URSULA STEIN, *Das faktische Organ* cit., 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, “Abschnitt Drei. Vertretung und Geschäftsführung”, *loc. cit.*, 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 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...”, *loc. cit.*, 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 mitgliederschaftlicher Stimmrechtsmacht...* cit., págs. 300-301, 427 e ss, em esp. 430, e, para a Itália, de FABRIZIO GUERRERA, *La responsabilità “deliberativa”...* cit., *passim*, tendo particular interesse as 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”

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* <sup>573</sup>.

---

ao poder da maioria (abuso de direito, dever de lealdade e interesse social), v., entre nós, PEDRO MAIA, *Voto e corporate governance...*, volume I cit., págs. 203 e ss.

<sup>573</sup> Para os EUA, indiferentes ao lapso de tempo entretanto decorrido, v. ADOLF BERLE, Jr./GARDINER MEANS, 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 **Massachusetts**, *Donahue vs Rodd Electrotype 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*, 2000 (reimp. 2003), págs. 445-446; JAMES FANTO, *Directors’ and officers liability*, 2007, págs. 37 e ss; STEPHEN BAINBRIDGE, *Corporate law* cit., págs. 166-167; ALAN PALMITER, *Corporations*, 2009, págs. 329 e ss.

Na Alemanha, usando-se expressa ou implicitamente as virtudes do método analógico, WERNER FLUME, 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*, 1981, págs. 330 e ss, 336 e ss, em esp. 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”) através da aplicação por analogia dos §§ 43 da GmbHG e (mais especificamente para os casos de grosseira violação da diligência mínima) 93 (5), 2.<sup>a</sup> e 3.<sup>a</sup> frases, da AktGesetz (responsabilidade orgânica “essencial”), por HOLGER ALTMEPPEN, “Grundlegend Neues...”, *loc. cit.*, 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, da possibilidade de responsabilidade por aplicação do § 826 do BGB e a convocação do regime dos grupos: para amostra, v. URSULA STEIN, *Das faktische Organ* cit., págs. 171, 172; (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”, *loc. cit.*, págs. 262-263, ID., “Von «TBB» zu «Bremer Vulkan»...”, *loc. cit.*, 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, “Zur aktienrechtliche Verantwortlichkeit...”, *loc. cit.*, pág. 527; UWE H. SCHNEIDER, “Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung”, *loc. cit.*, sub § 43, pág. 2229, *Rdn.* 23; WOLFGANG ZÖLLNER/ULRICH NOCK, “Abschnitt Drei. Vertretung und Geschäftsführung”, *loc. cit.*, sub § 43, pág. 882, *Rdn.* 3.

\*

A esses cenários de administração de facto – regresso ao tema principal – 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) <sup>574</sup>. <sup>575</sup> 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) <sup>576</sup>. 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” <sup>577</sup> –, isso não vale, à falta de uma pronúncia

---

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, *últ. est. e loc. cits.*, págs. 78-79 (e 75).

<sup>574</sup> Sendo aplicáveis às sociedades em comandita por acções as disposições relativas às sociedades anónimas (art. 478º).

<sup>575</sup> 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.

<sup>576</sup> Para uma interpretação restritiva do normativo análogo do RSEE (art. 3º, n.º 1, al. b) [“Direito de designar ou de destituir a maioria dos membros dos órgãos de administração ou de fiscalização”] no que respeita à aferição da possibilidade de exercício de «influência dominante» em virtude de designar membros dos órgãos de fiscalização”, v. COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, volume I cit., pág. 265.

<sup>577</sup> *Participações qualificadas e domínio conjunto – A propósito do caso “António Champalimaud – Banco Santander”*, 2000, pág. 49. Com cobertura similar, FRANCISCO PEREIRA COELHO, “Grupos de sociedades...”, *loc. cit.*, pág. 314.

normativa expressa, para modificar a articulação organizativa (e interorgânica) das competências tal como delineada pela lei para cada um dos tipos e as faculdades lícitas de intervenção na gestão nos órgãos para isso adequados <sup>578</sup>. Todavia – e esta parece ser, a meu ver, o *relevo fundamental da positivação legal (escassa na disciplina e carente de um regime específico* <sup>579</sup>) –, 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 “d direcção unitária” *efectiva* <sup>580</sup> – 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 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

---

<sup>578</sup> Neste sentido, distinguindo entre domínio “orgânico-interno” e domínio “fático-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 fática”, v. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades...* cit., págs. 469-470, 530 e ss, onde o Autor expressa a recusa de serem as relações de dependência económica, fática 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 fática, 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.

<sup>579</sup> Remeto o leitor para RICARDO COSTA, *A sociedade por quotas unipessoal...* cit., n. (609) – págs. 513-514.

<sup>580</sup> Sobre a *direcção unitária* como “verdadeiro centro de gravidade operatório da estrutura organizacional da empresa de grupo”, directamente subsidiária do § 18 (1), 1.ª frase, da AktGesetz, v. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades...* cit., págs. 54-55, 113 e ss (em esp. 121-122); para a visão da “d direcção unitária” como um *quid pluris* relativamente ao “controlo” em que assenta a “influência dominante”, v. ANA PERESTRELO OLIVEIRA, *Grupos de sociedades e deveres de lealdade...* cit., pág. 17, ss. Porém, a “d direcção unitária” não envolve necessariamente centralização, ou seja, como afirma COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade...* cit., n. (687) – pág. 262, “é perfeitamente compatível com uma gestão descentralizada das sociedades dependentes”.



política de *coordenação e agregação económica, mais ou menos unificadas, entre as sociedades desse mesmo grupo* <sup>581</sup>. <sup>582</sup> 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 <sup>583</sup>. <sup>584</sup>

---

<sup>581</sup> 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, *Da empresarialidade...* 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, ID., *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., n. (68) – pág. 35.

<sup>582</sup> 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”. Aliás, a propósito desta dependência da administração em relação às ordens-instruções dos sócios, vemos como elucidativa a tirada de KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht* cit., págs. 1210-1211, ao considerar que a sociedade por quotas (*GmbH*) é a “filial ideal de grupo” (*ideale Konzerntochter*).

Ao invés, na sociedade anónima e na sociedade em comandita 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. 373º, n.º 2, e, depois, 405º, n.º 1. 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.

<sup>583</sup> Nesse juízo caberá a ponderação da alegação de preenchimento da causa de anulabilidade prevista no art. 58º, n.º 1, al. b) (deliberações abusivas).

<sup>584</sup> [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, *Gesellschaftsrecht* cit., 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*, 1985, págs. 834-835, ID., “Grenzen zulässiger Einflußnahme im faktischen Konzern – Nachbetrachtung zum Mannesmann/Vodafone-Takeover”, *Festschrift für Martin Peltzer zum 70. Geburtstag*, herausgegeben von Marcus Lutter/Manfred Scholz/Walter Sigle, 2001, págs. 242 e ss, 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*, 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, 1997, págs. 929 e ss, PABLO GIRGADO PERANDONES, *La empresa de grupo y el derecho de sociedades*, 2001, págs. 180 e ss, 199 e ss (em esp. 205 e ss), 246, 323 e ss, 354-355,

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 credores <sup>585</sup> – não vale, todavia, para justificar

---

368 e ss, JUSTINO DOQUE DOMÍNGUEZ, “El concepto de grupo de sociedades y su desarrollo en el derecho español”, *Derecho de sociedades. Libro homenaje ao Profesor Fernando Sánchez Calero*, Voumen V, 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”, *loc. cit.*, págs. 340 e ss, HANS-GEORG KOPPENSTEINER, “Vorbemerkungen vor § 311”, págs. 959 e ss, *Rdn.* 8 e ss (em esp. 11-12), e “§ 311. Shranken 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, 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, 2005, págs. 285 e ss, 296 e ss, MÓNICA FUENTES NAHARRO, págs. 85 e ss, 113 e ss, 120 e ss (em esp. 126), 275 e ss (em esp. 277), ALONSO UREBA/JUANA PULGAR EZQUERRA, págs. 28 e ss, JOCHEN VETTER, “§ 311 Shranken des Einflusses”, in KARSTEN SCHMIDT/MARCUS LUTTER, *Aktiengesetz Kommentar*, II. Band, §§ 150-410, 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*, 2002, pág. 393, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores...* cit., págs. 443-444, DIOGO PEREIRA DUARTE, *Aspectos do levantamento...* cit., págs. 338, 340), v., em sentido próximo, ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades...* cit., págs. 583 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 o interesses da própria sociedade dependente ou desde que tais decisões não sejam prejudiciais a este interesse” –, ID., “The governance of corporate groups”, *RDS*, 2012, vol. 7, pág. 37; mais incisiva, ANA PERESTRELO OLIVEIRA, *Código das Sociedades Comerciais anotado...* cit., *sub art.* 486º, pág. 1232, anot. 20 – a influência dominante surge como “o poder que assiste à sociedade dominante de (imediate ou mediatemente) 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, “A imputação...”, *loc. cit.*, 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”.

<sup>585</sup> É neste quadro de compromisso que vemos KLAUS HOPT, “Legal elements and policy decisions in regulating groups of companies”, *Groups of companies*, edited by Clive M. Schmitthoff/Frank Wooldridge, 1991, págs. 96-97, a avançar com a possibilidade de legitimar a consideração do interesse do grupo “at

“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 dominantes <sup>586</sup>) 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 intergrupal 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* <sup>587</sup>. 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*<sup>588</sup>. 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

---

*large*” desde que o “management” não menospreze uma adequada protecção dos credores e dos “outside shareholders” da subsidiária.

<sup>586</sup> A elas se refere ANA PERESTRELO OLIVEIRA, *últ. ob. e loc. cit.*, 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 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*, 2003, pág. 66.

<sup>587</sup> Assim, no direito inglês, ROY GOODE, *Principles of corporate insolvency law cit.*, pág. 514.

<sup>588</sup> Algo de claramente enfatizado na doutrina espanhola: NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., págs. 127-128, MÓNICA FUENTES NAHARRO, págs. 273-274, 277, ALONSO UREBA/JUANA PULGAR EZQUERRA, pág. 29, LUIS HERNANDO CEBRIÁ, págs. 155, 161.

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?

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)<sup>589</sup>, contratuais<sup>590</sup> ou simplesmente económico-fáticas<sup>591</sup> – de exteriorização da influência (nomeadamente, empresarial)<sup>592</sup> e do *leitmotiv* de concertação (mesmo que somente fáctica e especialmente na tramitação fora da assembleia) sobre esses mesmos órgãos, que pode descambar para uma emanação sistemática e estável de instruções e directivas *externas*, mais ou menos detalhadas, por parte da *holding* (ou da *subholding* 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 emanação 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 correspondentes aos interesses próprios das sociedades que gerem. Se essa

---

<sup>589</sup> 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.

<sup>590</sup> Sobre os instrumentos jurídico-negociais que podem dar corpo à unidade de direcção económica das sociedades em grupos de “base contratual”, v. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades...* 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.).

<sup>591</sup> Para exemplos de “dependência económica” em “relações fácticas 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, *Responsabilidade por exercício de influência...* cit., págs. 88 e ss.

<sup>592</sup> 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, págs. 305 e ss, 322, RUI PEREIRA DIAS, *últ. ob. cit.*, págs. 86 e ss, 88 e ss, em esp. 90-91.

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* <sup>593-594, 595</sup>

---

<sup>593</sup> 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 citada, 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 qualifizierte faktische Konzern”, *AG*, 1990, págs. 179 e ss, CARSTEN THOMAS EBENROTH, “Die qualifiziert faktische Konzernierung und ihre körperschaftsteuerrechtliche 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*, 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, 1997, págs. 996 e ss.

Entre nós, v. ENGRÁCIA ANTUNES, *Liability of corporate groups. Autonomy and control in parent-subsidiary relationships in US, German and EU law. An international and comparative perspective*, 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, *A tutela dos credores...* cit., págs. 444-445 (implicitamente); COUTINHO DE ABREU, “Diálogos com a jurisprudência, II – Deliberações...”, *loc. cit.*, pág. 63; ANA PERESTRELO OLIVEIRA, *Código das Sociedades Comerciais anotado...* 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.

<sup>594</sup> 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 dominante (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”.

<sup>595</sup> 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 OLIVEIRA, *Código das Sociedades Comerciais anotado...* cit., sub art. 486º, n. (13) – pág. 1233), 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 ANTUNES, *Os grupos de sociedades...* cit., págs. 78-79 e n. (113) [“Por essa razão também cumpre recordar que os legisladores europeus vêm crescentemente procurando remediar os abusos daqui resultantes através do conceito de ‘administrador de facto’...”], 534 e ss). Desenvolvidamente sobre o *interlocking directorship* como instrumento de domínio efectivo das sociedades, PEDRO MAIA, *Voto e corporate governance...*, volume I cit., págs. 676 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, com proveito ainda do Autor, *Liability of corporate groups...* cit., págs. 191 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).

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 <sup>596</sup>. Essa qualificação – sempre condicionada, caso a caso,

Ora, é justamente estas formas extremas de centralização e de integração – *subjectiva* e *objectiva*, se quisermos – que a doutrina (muitas vezes na pegada do Projecto de 9.ª Directiva: v. *supra*, Parte I, ponto 5.) 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, 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...”, *loc. cit.*, pág. 180; ANDREW HICKS, “Advising on wrongful trading: Part 2”, *Comp. Lawyer*, 1992, 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, *Gli amministratori di fatto...* cit., 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, *El administrador de hecho...* cit., 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 matriz pelo exercício da “direcção unitária”); JOSÉ EMBID IRUJO, “La responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, págs. 2406-2407; MIRIAM LOZANO SAIGÍ, pág. 1068; FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, “Ámbito subjetivo de la responsabilidad”, *loc. cit.*, pág. 71; MÓNICA FUENTES NAHARRO, págs. 275, 281, 282; NICCOLÒ ABRIANI/PAOLO MONTALENTI, 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.

<sup>596</sup> 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...* cit., 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, 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, *Das faktische Organ* cit., 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...”, *loc. cit.*, 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”); ROBERT PENNINGTON, *Company law* cit., págs. 647-648, 903; ANDREW WILKINSON, 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, 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...”, *loc. cit.*, págs. 674-675; LAURENT LEVENEUR, pág. 65 (exercício de uma “influência determinante” da sociedade-mãe sobre a actividade e evolução da filial e detenção de uma autoridade sobre os seus responsáveis); JACQUES DUPICHOT, “La responsabilité des dirigeants de société en droit français : principes directeurs”, *Die Haftung der Leitungsgorgane 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.), 1991, págs. 161; DANIEL D. PRENTICE, “Group indebtedness”, *Groups of companies*, edited by Clive M. Schmitthoff/Frank Wooldridge, 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, “Legal elements...”, *loc. cit.*, págs. 103-104 (segundo o art. 9º do Projecto de Nona Directiva); ANDREW HICKS, *últ est e loc. cits.*, pág. 59; FABRIZIO GUERRERA, *Illecito e responsabilità... cit.*, pág. 431 (“nos casos de ingerência sistemática e tirânica da controlante na esfera gestonária da controlada, com a conseqüente exautoração dos órgãos institucionais desta [última]”, pode encontrar-se “uma solução plausível na doutrina do administrador de facto”); JOHN DONALDSON [*et all.*], págs. 9-10; GUIDO ROSSI, “Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolversi”, *Riv. soc.*, 1995, págs. 1149 e ss, em esp. 1151; STEPHEN GIRVIN, 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*, 1997, págs. 389 e ss (acentuando a determinação efectiva da vontade da sociedade dependente na esfera de funções administrativas); MANUEL MARÍA SÁNCHEZ ALVAREZ, “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, *Gli amministratori di fatto... cit.*, 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 (seguido por JOSÉ LUIS DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho... cit.*, págs. 85 e ss); PAOLO MONTALENTI, “L’abuso della personalità giuridica”, *Persona giuridica, gruppi di società, corporate governance. Studi in tema di società per azioni*, 1999, pág. 43; JOHN H. FARRAR/BRENDA HANNIGAN, *Farrar’s Company Law*, 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, 2002, págs. 1314 e ss (para a responsabilidade criminal); ANTONIO PERDICES HUETOS, pág. 286; MASSIMO FRANZONI, *Gli amministratori e i sindaci cit.*, 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); ANTONIO PERDICES HUETOS, pág. 286; JUSTINO DUQUE DOMÍNGUEZ, “El tráfico de acciones...”, *loc. cit.*, págs. 61-62; BRENDA HANNIGAN, pág. 142 (na dependência do “*level of control*” que se demonstre); PAUL DAVIES, *Introduction to company law cit.*, págs. 104-105, ID., *Gower and Davies’ principles... cit.*, págs. 197-198; NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho... cit.*, 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...”, *loc. cit.*, 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, “Ámbito subjetivo de la responsabilidad”, *loc. cit.*, págs. 70 e ss; HOLGER FLEISCHER, “Zur aktienrechtliche Verantwortlichkeit...”, *loc. cit.*, pág. 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...* *cit.*, 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; GIUSEPPE PORTALE, “Rapporti fra assemblea e organo gestorio...”, *loc. cit.*, pág. 32; ROY GOODE, *Principles of corporate insolvency law* *cit.*, págs. 514-515; 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 ilegítimamente 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, 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, págs. 370 e ss, em esp. 377 e n. (38) – ou só para casos extremos ou limite; MATTEO RESCIGNO, “I gruppi di società...”, *loc. cit.*, págs. 179-180; PIER GIUSTO JAEGER, “«Direzione unitaria» di gruppo...”, *loc. cit.*, pág. 824. Por seu turno, ainda em Itália, GIUSEPPE GUIZZI, 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 VELARDOCCIO, *Lamy Sociétés Commerciales*, Lamy, Paris, 2003, pág. 268); **Cour de Cassation de 2 de Novembro de 2005** (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.

pelo concurso dos pressupostos de relevância da administração de facto <sup>597</sup> – 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 dificuldades probatórias <sup>598</sup>, 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. <sup>599-600</sup>

---

*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, *A tutela dos credores...* cit., 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”); 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). Também ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades...* cit., págs. 593-594, como sabemos, se referiu à constituição de um dirigente “de facto” pela sociedade dominante em casos de “situações desviantes” de exercício do domínio intersocietário (a propósito do art. 126º-A do revogado CPREF). Mais recentemente, ANA PERESTRELO OLIVEIRA, não obstante ter admitido em *Código das Sociedades Comerciais anotado...* cit., sub art. 486º, pág. 1234, anot. 32, a “responsabilidade civil da sociedade [dominante] como administradora (de facto) da sociedade dependente, por violação de deveres decorrentes do *status* de administradora”, entre outros expedientes, rejeita em *Grupos de sociedades e deveres de lealdade...* cit., págs. 223, 559 e ss, a equiparação da sociedade-mãe a administradora da sociedade-filha nos grupos de facto para efeitos de responsabilidade civil por violação dos deveres resultantes da “conexão do grupo” e do poder de influência que ela acarreta (em esp., págs. 561-562), ainda que reconheça que “a sociedade-mãe preenche, em muitos casos, os requisitos de que dependeria, à partida, a qualificação de determinado sujeito como administrador de facto”.

<sup>597</sup> V. *infra*, Parte III, 11.

<sup>598</sup> FABRIZIO GUERRERA, *Illecito e responsabilita...* 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.).

<sup>599</sup> 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, 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, *Les dirigeants de fait...* cit., págs. 114 e ss (que alude à tentação de ver o sócio maioritário como um “dirigeant de fait virtuel”); JEAN-MARIE MACQUERON, págs. 103-104; URSULA STEIN, *Das faktische Organ* cit., págs. 154-155, 161, 177 e ss, 188 e ss; PETER ULMER, “Der Gläubigerschutz im faktischen...”, *loc. cit.*, págs. 414-415; GIOVANNI LO CASCIO, 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, 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 cit., 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 “substantial shareholder”); NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., págs. 76 e ss, 236; ULRICH EHRICKE, “Zur Begründbarkeit der Durchgriffshaftung...”, *loc. cit.*, págs. 296-297; PAOLO CECCHI, págs. 697 e ss; RICHARD SMERDON, *Palmer’s Company Law Manual*, pág. 198; ANTONIO PERDICES HUETOS, pág. 286; MARKUS GEISLER, 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, “La responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, pág. 78; JOSÉ LUIS DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., 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, *El administrador de hecho...* cit., págs. 122 e ss; JOSÉ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, “De la calificación del concurso”, *loc. cit.*, sub art. 172, pág. 2586; MARÍA ISABEL CANDELARIO MACÍAS/LUISA RODRÍGUEZ GRILLO, “Responsabilidad de los administradores en los grupos de sociedades”, *DN*, 2004, págs. 18 e ss (as Autoras destacam o grau de centralização apropriado pelo órgão de administração da dominante para este ser administrador de facto); 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, pág. 264; MIRIAM LOZANO SAIGÍ, págs. 1066-1067; JOHN H. FARRAR, *Corporate governance. Theories, Principles and Practice*, 2005, pág. 98; ULRICH HAAS, “Der Entwurf des «MoMiG» und weitergehende Vorschläge zur Bekämpfung des Missbrauchs der GmbH”, *GmbHHR*, 2006, pág. 733; HANS CRISTOPH GRIGOLEIT, págs. 116, 117-118; ALONSO UREBA/JUANA PULGAR EZQUERRA, págs. 30 e ss; UWE H. SCHNEIDER, “Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung”, *loc. cit.*, sub § 43, págs. 2228, 2229-2230, *Rdn.* 22, 24-25, págs. 2231-2232, *Rdn.* 26; LUTZ STROHN, págs. 593-594; DETLEF KLEINDIECK, “Haftung der Geschäftsführer. § 43”, *loc. cit.*, pág. 1001, *Rdn.* 2; WOLFGANG ZÖLLNER/ULRICH NOACK, “Abschnitt Drei. Vertretung und Geschäftsführung”, *loc. cit.*, 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, CARNEIRO DA FRADA, “A responsabilidade dos administradores na insolvência”, *loc. cit.*, pág. 692, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores...* cit., págs. 465-467, 471-473, 490-491.

<sup>600</sup> É neste contexto e de acordo com os mesmos pressupostos que será apurado se o Estado e/ou outra entidade pública estadual pode ser visto como administrador de facto quando é sócio em sociedades de capitais públicos exclusivos ou maioritários (também as constituídas por lei ou decreto-lei) em que possam exercer, isolada ou conjuntamente, de forma directa ou indirecta, uma “influência dominante” (art. 3º, 1, RSEE: «detenção da maioria do capital ou dos direitos de voto»; “direito de designar ou de destituir a maioria dos membros dos órgãos de administração ou de fiscalização”) – ponderando-se essa qualidade igualmente para os seus representantes institucionais-governativos (Direcção-Geral do Tesouro e Finanças, ministro das finanças e ministro responsável pelo sector) ou societários (a título de exercício indirecto,

sociedades de capitais exclusivamente públicos e os seus gestores: art. 10º RSEE) – ou se constituída uma EPE (não societária) que, não obstante ser pessoa colectiva de direito público, tem o seu «capital estatutário» detido pelo Estado e órgãos de administração com estrutura, modos de designação e competências tal como previsto no regime da sociedade anónima (arts. 7º, n.º 1, 23º, n.º 1, 26º, 27º, em esp. n.ºs 1, 2, 4, RSEE). Assim, é de excluir, por regra de respeito das atribuições do órgão administrativo, que o Estado (sócio ou titular de poder legislativo e político) ou entidade pública possa interferir, directa ou indirectamente, na gestão empresarial da sociedade comercial dominada, de capitais públicos exclusivos ou mistos (sem esquecer as empresas públicas «participadas», que não entram nas situações previstas no art. 3º, n.º 1, de acordo com o art. 2º, n.ºs 1, 2ª parte, 2 a 4, 36º, n.ºs 1 e ss, sempre do RSEE – mas os seus administradores, quando designados pelo Estado, estão sujeitos a alguma parte do regime do “gestor público”: art. 2º, n.º 1, EGP (COUTINHO DE ABREU, “Sobre os gestores públicos”, *loc. cit.*, págs. 31-32) –, mas em que a posição social é suficiente para assegurar o controlo da sociedade; assim como as empresas em que o Estado ou outras entidades públicas sejam titulares de direitos especiais: art. 36º, n.º 4, RSEE), ou na gestão da EPE.

Acontece, porém, que, como empresas *públicas* que são as previstas no art. 3º do RSEE e prosseguindo (“só ou também”) finalidades *públicas* – COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, volume I *cit.*, págs. 264 e ss –, o quadro de intervenção *legítima* (e não *fáctica*) na gestão é *positivamente alargado* (nomeadamente na comparação com o regime geral das sociedades), em razão do quadro próprio dos direitos *excepcionais* inerentes à sua função accionista, previstos nos termos dos arts. 11º e ss do RSEE, e da posição do Estado constituinte de EPE, de acordo com os arts. 23º e ss do mesmo RSEE. Em particular: a) quando se emitem as «orientações estratégicas» do Conselho de Ministros e as «orientações «gerais» e «específicas» de ministros, reflectidas nas deliberações das assembleias gerais das sociedades e nos «contratos de gestão» celebrados com os gestores públicos (arts. 11º, 1 a 4, RSEE, 18º, em esp. n.º 1, al. a), do EGP), bem como quando se verifica o cumprimento dessas “orientações” e, em consequência, se emitem «recomendações para a sua prossecução» (art. 11º, 5 e 6, RSEE); b) quando os ministros reagem à informação adicional elencada nos arts. 13º e 13ºA do RSSE; c), quando, além disso, para as EPE (não sociedades), o Governo, através dos ministros, exerce «tutela económica e financeira» e «poder de superintendência», naturalmente sobre o órgão de administração da EPE (arts. 29º, 31º, 32º, RSEE); d) quando, ainda para as EPE, o Governo as submete a um «regime especial de gestão» (art. 30º RSEE). Consequentemente, estes poderes acrescidos têm repercussão na condição do gestor público (administrador de direito, portanto): arts. 4º, 5º, em esp. als. a) e b), 6º, 7º, 8º, 10º («Observado o disposto nas orientações fixadas ao abrigo da lei, designadamente as previstas no art. 11º do Decreto-Lei n.º 588/99, de 17 de Dezembro, e no contrato de gestão, o conselho de administração goza de autonomia de gestão»), 25º, n.º 1, em esp. als. a) e b), 37º, n.º 2, do EGP.

Lá fora, em França, o Estado, entidades (centrais e municipais) e estabelecimentos públicos confrontaram-se com a condição de administradores de facto na *action en comblement du passif social* – v., a propósito da decisão da **Cour de Cassation de 6 de Fevereiro de 2001** (*BRMG et autres c/ Me Frontil-Couture ès-qual*), JEAN-FRANÇOIS BARBIÈRI, “Imputation d’une direction de fait à un EPIC: problème de compétence, niveau d’appréciation de la direction de fait, faute de gestion au regard de l’intervention des pouvoirs publics et des déclenchements d’alerte, originalité de l’action en comblement”, *Bull. Joly Soc.*, 2001, pág. 597 e ss, com outras indicações (o aresto está a pág. 593, ss), que enquadra o exercício de um verdadeiro poder de decisão e a demissão da independência e soberania do conselho de administração da sociedade gerida como “abuso de autoridade”; ANDRÉ JACQUEMONT, pág. 597; antes, LAURENT LEVENEUR, pág. 65, CORINNE SAINT-ALARY-HOUIN, pág. 639, YVES GUYON, *Droit des affaires*, Tome 2 *cit.*, pág. 436, MICHEL JEANTIN/PAUL LE CANNU, *Droit commercial. Instruments de paiement et de crédit. Entreprises en difficulté*, 1999, pág. 568.

A questão tinha sido fundamentalmente objecto de discussão (também quanto à competência jurisdicional) na década de 80 do século passado com a decisão em sentido afirmativo dessa condição exarada pelo **Tribunal de Commerce de Rouen de 10 de Março de 1981** (in *Rec. Dalloz*, 1982, *Jurisprudence*, pág. 391): então críticos quanto à acomodação imprópria da noção de administrador de facto às pessoas colectivas públicas, nomeadamente se há uma intervenção sistemática dos poderes públicos nas empresas em dificuldades financeiras (“imperativo social”) e isso conduz a uma exoneração da responsabilidade dos administradores de direito, v. PHILIPPE MERLE, “Règlement judiciaire, liquidation des biens, faillite personnelle et plan de redressement. Effets sur la personne du débiteur et à l’égard des dirigeants sociaux”, *Rev. trim. dr. comm.*, 1982, págs. 468 e ss, PAUL AMSELEK, “Note Trib. com. Roen, 10 mars 1981”, *Rec. Dalloz*, 1982, *Jurisprudence*, pág. 391 e ss, em esp. 395-396, MICHEL VASSEUR, “Droit

\*\*

Diferente do domínio-dependência, mesmo que facticamente qualificado, é a relação interssocietária de *grupo* “de direito”, seja fundada em contrato de subordinação <sup>601</sup>, seja fundada em domínio total de participação <sup>602</sup> – onde se integra unipessoalidade anónima (originária e superveniente) e quotista (somente a derivada) <sup>603</sup>. 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

---

bancaire – Trib. Com. de Rouen, 10 mars 1981”, *Rec. Dalloz*, 1981, Informations Rapides – Sommaires Commentés, págs. 337-338; mais tarde, ANNE PAPELARD, *La notion de dirigeant de fait appliquée aux personnes publiques*, 1992, em esp. págs. 16-17, 20-21, 23-24, 43, Autora que, porém (a págs. 33 e ss) a aceita se os poderes públicos, no entanto, intervierem exclusivamente no quadro jurídico do direito privado; dubitativo, JEAN GUYÉNOT, “*Observations – Tribunal de Commerce de Rouen, 10 mars 1981*”, *Rev. Soc.*, 1982, Jurisprudence, pág. 577. Quanto à (in)competência dos tribunais de comércio (em face dos tribunais administrativos), a jurisprudência dividira-se ainda nessa década, sem entrar na questão de fundo da qualidade do chamado “Estado intervencionista” (*État interventionniste*) nas empresas em dificuldades financeiras: **Tribunal des Conflits, de 2 de Julho de 1984** (in *JCP*, Éd. Générale, II – Jurisprudence, 1984, 20306, pág. 1, ss) e de **23 de Janeiro de 1989** (in *Rec. Dalloz*, 1989, Jurisprudence, pág. 367, ss) – v. as apreciações de FERNAND DERRIDA, “*Note Tribunal des Conflits, 2 juillet 1984*”, *Rec. Dalloz*, Jurisprudence, 1984, págs. 545 e ss, ÉLIE ALFANDARI, “*Observations Trib. Conflits 2 juillet 1984*”, *JCP*, Éd. Générale, II – Jurisprudence, 1984, 20306, pág. 4 e ss, YVES GUYON, “*Compétence des juridictions administratives pour connaître de l’action en comblement de l’insuffisance d’actif exercée contre l’Etat, dirigeant de fait*”, *Rev. Soc.*, 1989, pág. 708 e ss, PAUL AMSELEK/FERNAND DERRIDA, “*Note Tribunal des conflits, 23 janvier 1989*”, *Rec. Dalloz*, 1989, Jurisprudence, págs. 370 e ss, DIDIER PLANTAMP, “*Note – Tribunal des conflits, 23 janvier 1989*”, *Gazz. Palais*, 1989, II – Jurisprudence, págs. 579 e ss; para os arestos posteriores (que mantiveram a dúvida), em esp. o de **20 de Novembro de 2006**, v. as indicações de ANDRÉ JACQUEMONT, pág. 597 e ns. (40) e (41).

Alicerçado na experiência francesa, v., em Itália, as reflexões de NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., págs. 129 e ss (com várias indicações doutrinárias e as suas divisões), considerando, por ex. nas sociedades com *partecipazioni statali*, as “ordens relativas a operações singulares ou actos” e destacando o “carácter continuado” da ingerência para elucidar o poder fáctico assumido pelas directrizes elaboradas abusivamente pelo Estado e entidades públicas sócios no confronto com a autonomia dos administradores sociais (em particular os que são nomeados por eles ou com o seu voto sendo determinante), de tal modo que a teoria do administrador de facto poderia ser um “correctivo idóneo a reprimir algumas das mais graves – e por assim dizer endémicas – anomalias funcionais” aquando da ingerência do sujeito público na gestão das sociedades controladas; mesmo se, acrescenta o Autor, o Estado não tem participação no capital e, portanto, é um terceiro em relação à sociedade mas, por força de vínculos de outro género (decorrentes, a título de exemplo, do saneamento financeiro e reestruturação de sectores económicos), acaba a exercer uma influência decisiva na condução das sociedades e inerente esvaziamento das funções dos seus administradores. Seguidor em Espanha: JOSÉ LUIS DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., págs. 104 e ss.

<sup>601</sup> Arts. 493º-508º, 483º, n.º 1.

<sup>602</sup> Arts. 488º-491º, 483º, n.º 1.

<sup>603</sup> 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.

*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 societário <sup>604</sup> e a acabar na violação de disposições estatutárias <sup>605</sup> 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 grupos <sup>606</sup> – art. 503º (e art. 491º, para a

---

<sup>604</sup> Exemplos em ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades...* cit., pág. 734.

<sup>605</sup> 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 OLIVEIRA, *Código das Sociedades Comerciais anotado...* cit., *sub art.* 503º, pág. 1306, anot. 26.

<sup>606</sup> Logo, aqui poderemos referir o “interesse de grupo”, como “(simplificadora) locução-resumo” desses interesses, “justificadores do sacrifício 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. 204-205 (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 componentes do grupo e que estivesse na titularidade do grupo de sociedades (que não tem personalidade jurídica), v. ANA PERESTRELO OLIVEIRA, *A responsabilidade civil dos administradores...* cit., 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 êxito económico do grupo”, e 177. V. ainda MARIA AUGUSTA FRANÇA, págs. 45-46, 54, 97, que hesita entre a “consideração global de todas as 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, *A tutela dos credores...* cit., 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”, *loc. cit.*, 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](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

remissão para o domínio total) <sup>607</sup>. 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 dominante* <sup>608</sup> e ao *acatamento irrecusável (em regra) por parte dos administradores da sociedade subordinada ou dominada* <sup>609</sup>.

---

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.

<sup>607</sup> 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<sup>o</sup>, 502<sup>o</sup> e, justamente, 504<sup>o</sup>, n.º 2.

<sup>608</sup> 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. 246<sup>o</sup>-259<sup>o</sup>, 405<sup>o</sup>, n.º 1-373<sup>o</sup>, n.º 2, 442<sup>o</sup>, n.º 1 (para o conselho geral e de supervisão).

E, já agora, as instruções que o art. 503<sup>o</sup> 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 estabeleçam, igualmente, com 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.

<sup>609</sup> 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. 503<sup>o</sup>, 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. 503<sup>o</sup>, n.º 2), susceptível de erigir um direito de *rejeição*, sob pena de responsabilidade (art. 504<sup>o</sup>, 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, 2004, págs. 922-923, *Rdn.* 65 e ss, THOMAS RAISER/RÜDIGER VEIL, pág. 783, *Rdn.* 43), v. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades...* 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 OLIVEIRA, *Código das Sociedades Comerciais anotado...* cit., sub art. 504<sup>o</sup>, pág. 1312, anot. 27 (e, mais detalhadamente, em *A responsabilidade civil dos administradores...* cit., págs. 164 e ss). Aparentemente limitando ainda menos esse poder-dever de recusa, nos casos de ponderação do interesse do grupo, somente a “situações flagrantes e clamorosas, dadas

Porém, o órgão de administração da sociedade subordinada ou dominada não se extingue nem deixam os seus membros de ser titulares dos direitos e obrigações atribuídos pela lei (nomeadamente o poder de representar a sociedade, que não pode ser apropriado pelos administradores da sociedade *instrutora* <sup>610</sup>) e pelos estatutos; muito menos os administradores ou gerentes da subordinante ou dominante vêem a sua posição jurídica ocupada ou substituída (em termos formais) <sup>611</sup>; 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) <sup>612</sup>, permitindo, no limite, dirigir e instruir por completo e sem qualquer respeito pela autonomia da administração da subordinada ou dominada. Para tanto, estes administradores devem colocar-se, em primeiro lugar, na posição *superior* de administradores norteados pelo interesse (ou

---

as características da actividade dos administradores”, v. MARIA AUGUSTA FRANÇA, págs. 89 e ss, em esp. pág. 93.

<sup>610</sup> 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 naípe de competências conservados pelos administradores ou gerentes das sociedades subordinadas ou dominadas.

<sup>611</sup> 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*, 1994 (reimp. 2003), pág. 118, ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades...* cit., págs. 646-647.

<sup>612</sup> “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 traduzam 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.



interesses) destilados das sociedades que fazem parte do “grupo” (não se tratará de se guiarem por um 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 dominada <sup>613</sup> ou que se informem dos conflitos de interesses que se colocam na gestão das dominadas. <sup>614</sup> Assim se poderá compreender o art. 504<sup>o</sup>, 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. 72<sup>o</sup> a 77<sup>o</sup> desta lei, com as necessárias adaptações (...)» – por um lado, e, por outro, o n.º 3 desse mesmo art. 503<sup>o</sup> – «Os membros do órgão de administração da sociedade subordinada não são responsáveis pelos actos ou omissões praticados na execução de instruções lícitas recebidas». <sup>615</sup> 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

---

<sup>613</sup> Neste sentido, RAÚL VENTURA, *últ. est. e loc. cit.*, 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. 215<sup>o</sup> e 291<sup>o</sup>, n.º 4...”.

<sup>614</sup> V., em conclusão próxima, ENGRÁCIA ANTUNES, “The governance of corporate groups”, *loc. cit.*, 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).

<sup>615</sup> 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...* cit., n. (68) – pág. 35; sublinhei).

dessas sociedades, como salienta HERBERT WIEDEMANN (*Verlagerung der Verantwortlichkeit*)<sup>616</sup>.

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*<sup>617-618, 619-620</sup>

---

<sup>616</sup> *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, *sub* § 308, págs. 1646 e ss, *Rdn.* 10 e ss, *sub* § 309, pág. 1654, *Rdn.* 9 e ss).

<sup>617</sup> 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-netas), 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).

<sup>618</sup> Ser administrador de facto dessas outras sociedades não é configuração despicienda sob o ponto de vista aplicativo – desde logo, atente-se na convocação dos arts 78º e 79º para esses administradores, preceitos 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.

<sup>619</sup> Não deixa de ser próxima, mas sem a consequência dogmática e aplicativa que se explicita no texto, a posição de ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades...* 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 OLIVEIRA, *A responsabilidade civil 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*”.

<sup>620</sup> O mesmo juízo de administração de facto *ope legis* pode ser trasladado para o Estado (*rectius*, Governo e seus ministros) que têm o direito legal de emitir orientações, recomendações e directrizes no âmbito das empresas públicas, societárias ou EPE (e, em certa medida, também as sociedades participadas pelo Estado-sócio minoritário, se designam administradores: art. 10º do EGP *ex vi* art. 2º, n.º 1, do RSEE), estando os “gestores públicos” de direito obrigados a cumprir essas determinações (cfr. arts. 4º, 5º, n.º 1, als. *a*) e *b*), 25º, n.º 1, al. *a*), EGP). Para esta “relação de supra-ordenação com os gestores públicos”, v. COUTINHO DE ABREU, “Sobre os gestores públicos”, *loc. cit.*, págs. 32-33, 34-35 (“Mesmo quando o Estado aparece (directa ou indirectamente), nas empresas públicas societárias, como sócio (não como poder

De acordo com a posição assumida, 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 <sup>621</sup>; 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. <sup>622</sup>

---

político) emitindo ‘orientações específicas’ (com respeito pelas orientações estratégicas), ele aparece com poderes bem mais latos do que os atribuídos por lei aos accionistas comuns e à assembleia geral”).

<sup>621</sup> Sobre o ponto, v. ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades...* cit., págs. 722-723, ANA PERESTRELO OLIVEIRA, *Código das sociedades comerciais anotado...* cit., sub art. 503º, pág. 1304, anot. 6.

<sup>622</sup> 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, *últ. ob. cit.*, 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), e ANA PERESTRELO OLIVEIRA, *A responsabilidade civil dos administradores...* cit., pág. 113, ID., *Código das Sociedades Comerciais anotado...* cit., sub art. 503º, pág. 1305, anot. 15.

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?

A primeira tendência é imputar a condição de administrador de facto ao sócio, isto é, à sociedade dominante, uma vez que a qualificação surge essencialmente como expediente para a responsabilizar pelos prejuízos resultantes da actuação realizada pela sociedade dominada quando essa actuação se afigura causalmente imputável à acção dos administradores (e/ou outros seus trabalhadores e colaboradores no exercício de funções administrativas) enquanto representantes dessa sociedade-sócio dominante ou controlador. E esses nada mais fazem do que agir em razão e no círculo de funções organicamente realizadas no seio da sua sociedade, tendo em conta que o exercício da “directão unitária”, a ser feito, é, acima de tudo, apenas mais um *acto de gestão e representação* ao serviço da dominante. Logo, o seu agir não pode deixar de ser imputável pura e simplesmente à sociedade cuja vontade expressam; é a sociedade dominante que está a agir através dos seus administradores.<sup>623</sup>

---

<sup>623</sup> ADRIENNE HONORAT, “Jurisprudence en matière de faillites...”, *loc. cit.*, pág. 286; URSULA STEIN, *Das faktische Organ* cit., pág. 187; LAURENT LEVENEUR, pág. 65; KLAUS HOPT, “Legal elements...”, *loc. cit.*, pág. 103; DANIEL TRICOT, pág. 24; PETER HOMMELHOFF/FORUM EUROPAEUM SUL DIRITTO DEI GRUPPI DI SOCIETÀ, “Un diritto dei gruppi...”, *loc. cit.*, págs. 435 e ss, em esp. 436, 440; JOSÉ LUIS DIÁZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., pág. 140; JOSÉ EMBID IRUJO, “La responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, págs. 2407-2408; JOSÉ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, “De la calificación del concurso”, *loc. cit.*, sub art. 172, págs. 2585, 2586-2587 (distinguindo a actuação dos representantes orgânicos, que actuam de acordo com o procedimento e as regras predispostas na normatividade de cada um dos tipos e sendo as suas instruções qualificáveis como vontade da sociedade, da actuação não expressiva dessa vontade, caso em que são os seus administradores a poderem ser vistos como administradores de facto), 2586-2587; LISA LUCAS MARTÍN, “Una reciente revisión del concepto de «administrador de hecho» en el derecho británico”, *RDBB*, 2011, págs. 264-265.

Mais significativamente nesta corrente se encontram os Autores ingleses, como sejam DANIEL D. PRENTICE, “Group indebtedness”, *loc. cit.*, pág. 78, JOHN DONALDSON [*et all.*], págs. 10, 18, GEOFFREY WALTERS, págs. 20/22-23, JOHN H. FARRAR/BRENDA HANNIGAN, *Farrar’s Company Law*, pág. 338 (distinguindo entre a responsabilidade da sociedade, sempre que as instruções para os administradores da dominada vieram do órgão próprio de administração da dependente, actuando colegialmente, e a responsabilidade pessoal dos ou de alguns administradores da dominante se actuarem individualmente nessa emissão de orientações ou instruções), FIONA TOLMIE, “Winding up”, *Gore-Browne on Companies*, Chapter 35, 2003 (?), pág. 35.030, BRENDA HANNIGAN, pág. 142, PAUL DAVIES, *Gower and Davies’ principles...* cit., págs. 197-198, ROY GOODE, *Principles of corporate insolvency law* cit., págs. 514-513, ROBERT PENNINGTON, *Company law* cit., págs. 647-648, 903, entre outros.

Como já dei conta, foi essa posição no aresto inglês *Re Hydrodam (Corby) Ltd (Chancery Division/17 de Dezembro de 1993, BCLC* cit. n. 596, em esp. p. 184), a não ser que os próprios

Todavia, quando procuramos o administrador de facto, essa procura é feita para o submeter ao regime legal próprio do administrador de direito que apresenta, acima de tudo, um *carácter pessoal*, próprio de um *status* feito de um juízo sobre condições particulares da própria pessoa e obrigações individuais (ainda que actuadas colegialmente) <sup>624</sup>. Repare-se que, mesmo quando a lei permite *ex professo* que sejam pessoas colectivas a serem designadas e a assumirem (por aceitação) a condição de administrador de sociedade anónima (390º, n.º 4, 425º, n.º 8, 83º, n.º 2), tal pessoa colectiva «deve nomear *uma pessoa singular para exercer o cargo em nome próprio*», relativamente à qual, desde logo, se exige a capacidade jurídica plena para aceder ao cargo e se fiscalizam as incompatibilidades legais ou estatutárias: é a pessoa singular quem, de direito e de facto, goza os direitos, quem exerce os poderes (gestórios, técnicos e representativos) e há-de cumprir os deveres que predis põem o órgão de administração da sociedade (e do seu interesse), embora sem reflexo directo e

---

administradores tivessem dado instruções “individualmente e pessoalmente”, e não quando o fazem na sua qualidade de administradores do órgão da dominante, designadamente através da tomada e transmissão de deliberações das *board meetings* respeitantes à *subsidiary*; administrador de facto é a sociedade (e não o órgão e os seus membros); enquanto administradores da sociedade “administradora na sombra” não estão sujeitos a uma presunção automática de serem eles próprios *shadow directors*. Favoráveis: GEOFFREY WALTERS, pág. 23; FIONA TOLMIE, pág. 35.030; DERMOT TURING, “Lender liability, shadow directors and the case of Re Hydrodam (Corby) Ltd”, *JIBL*, 1994, pág. 244; STEPHEN GIRVIN, págs. 421-422 (que realça o “nexo suficiente” entre a actuação individual dos administradores da *holding company* e as actividades da *subsidiary company*); PAUL DAVIES, *Introduction to company law* cit., pág. 104; JOHN H. FARRAR/BRENDA HANNIGAN, *Farrar’s Company Law*, pág. 338; ROBERT PENNINGTON, *ibid.*, pág. 648. Crítico quanto à dificuldade na distinção: N. R. CAMPBELL, “Liability as a Shadow Director”, *JBL*, 1994, págs. 610 e ss, em esp. 612.

Neste contexto pode ser compreendida a refutação da qualidade de *de facto director* a um dos dois sócios (e cônjuges) de sociedade que detinha integralmente uma outra sociedade (administrada pelos mesmos dois cônjuges), que, por seu turno, era a *corporate director* de quarenta e duas outras sociedades, considerando que “Mr. Holland” actuara somente no âmbito das competências de administrador da sociedade-administrador de direito: pertence à mais alta instância do Reino Unido, o **Supreme Court**, no caso *Holland v The Commissioners for her Majesty’s Revenue and Customs and another*, de **24 de Novembro de 2010** (in [www.supremecourt.gov.uk/decided-cases/docs/UKSC\\_2009\\_0131\\_Judgment.pdf](http://www.supremecourt.gov.uk/decided-cases/docs/UKSC_2009_0131_Judgment.pdf)).

<sup>624</sup> Ora, é justamente com base nesta racionalidade que se perceberá o significado da sec. 251, § (3), do CAct de 2006, que (mais amplamente que na pretérita sec. 741, § (3), do CAct de 1985) determina que a «*body corporate*» (= sociedade dominante que, através dos seus órgãos próprios e do controlo sobre a composição do órgão de administração, é susceptível de determinar a *business policy* da sociedade dominada: assim, por todos, ROBERT PENNINGTON, *Directors’ personal liability* cit., págs. 28-29, *ID.*, *Company law* cit., pág. 647) não é considerada *shadow director* das suas subsidiárias para o efeito de aplicação (i) dos deveres gerais dos administradores (cap. 2, secc. 170 e ss), (ii) das regras sobre os negócios celebrados com os administradores que requerem aprovação dos sócios (cap. 4, secs. 188 e ss) e (iii) da disciplina dos negócios entre o sócio único e administrador e sociedade unipessoal (cap. 6, sec. 231), mesmo que os administradores das dominadas actuem geralmente de acordo com as orientações e instruções da dominante.

E foi ainda com base nessa valoração que a jurisprudência italiana rejeitou a configuração de uma relação administrativa de facto imputada à sociedade dominante em detrimento dos seus administradores-pessoas singulares: **Corte d’Appello de Milano de 9 de Dezembro de 1994** (in *Società*, 1995, pág. 926, ss, em esp. pág. 928), com acordo de ANDREA FATTORI, “Attribuzione della qualifica di amministratore di fatto e conseguente responsabilità. Il commento”, *Società*, 1995, págs. 932-933.

necessário de imputabilidade na esfera jurídica da pessoa colectiva (e mesmo que o indicado seja representante orgânico da própria pessoa colectiva) <sup>625</sup>. <sup>626</sup> Acontece que, para o que agora releva, não temos designação formal das sociedades directoras ou dominantes (“de direito” ou “de facto”). Mas o princípio legal da designação das pessoas colectivas actuará por maioria de razão. Tal como se fossem indicados ou nomeados para o efeito, são os administradores e gerentes das sociedades directoras ou dominantes (ou alguém por eles e de acordo com a sua vontade) que exercem *a título pessoal* o poder de decisão e de influência (autonomamente ou em execução das deliberações sociais da sociedade directora ou dominante) no raio (ainda que desrespeitado) das competências do órgão de

---

<sup>625</sup> A favor da designação da pessoa colectiva, através dos meios jurídicos predispostos pela lei, como administrador, sem que, porém, a ela assista o poder de gerir a sociedade ou de exercer qualquer das atribuições que são características do administrador, mas somente o poder-dever de nomear uma pessoa singular para esse exercício, v. RAÚL VENTURA, “Nota sobre a pessoa colectiva designada administrador de sociedade anónima”, *Novos estudos sobre sociedades anónimas e sociedades em nome colectivo. Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, 1994 (reimp. 2003), págs. 179-180, 181 (a pessoa física indicada “exerce o cargo... como se pessoal e directamente tivesse sido designada pelo contrato ou eleita pela assembleia”), 184, 185-186; JOÃO LABAREDA, “Da designação de pessoas colectivas para cargos sociais em sociedades comerciais”, *Direito societário português – algumas questões*, 1998, págs. 12 e ss, em esp. 16-17, 20, 38, 40-41, 42, 44-45, 48-49, posição focada no *dever jurídico* de a pessoa colectiva indicar pessoa singular para o efectivo exercício do cargo, acompanhado pelo *poder de livre escolha* da pessoa encarregada de exercer em nome próprio o cargo, e, por outro lado, na distinção entre *designação* e *exercício do cargo*; PAULO OLAVO CUNHA, “Designação de pessoas colectivas para os órgãos de sociedades anónimas e por quotas”, *DSR*, 2009, vol. 1, págs. 196-197, 198 e ss (destacando o *onus* de indicação de pessoa singular para o efeito), 202, 206 (“a nomeação da pessoa física é uma condição de eficácia da designação da pessoa colectiva como titular do órgão social”); aparentemente, também ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, págs. 122-123, MARIA JOÃO DIAS, *A substituição de administradores*, 2011, págs. 252-253.

Contra a atribuição da qualidade de administrador à pessoa colectiva, v. NOGUEIRA SERENS, “Pessoas colectivas...”, *loc. cit.*, págs. 81 e ss, em esp. 90-91, Autor para quem a lei confere apenas à pessoa colectiva um *direito especial* de escolher um membro do conselho de administração; MENEZES CORDEIRO, *Código das sociedades comerciais anotado... cit., sub art. 390º*, pág. 1047, anots. 13 e ss: “Administrador será, sim, a pessoa singular indicada, pessoa essa que exerce o lugar *nomine proprio* e, não, em representação. Os requisitos aplicáveis deverão mostrar-se reunidos na pessoa singular, indicada para o lugar. A designação de pessoa colectiva tem, pois, o sentido jurídico de, a ela, conferir um *direito potestativo* à designação do administrador” (sublinhei); em apoio desta última asserção, v. PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de gestão... cit.*, págs. 28-29, pelo que está implicado “um posterior acto de designação”.

<sup>626</sup> São estes mesmos argumentos e procedimento que permitem admitir por aplicação analógica do regime da anónima a designação de pessoas colectivas nas sociedades por quotas, não obstante a oposição de parte da doutrina – RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas. Comentário...*, volume III *cit., sub art. 252º*, pág. 12 (capacidade de “querer e entender”); JOÃO ESPÍRITO SANTO, pág. 362 e n. (975); PAULO TARSO DOMINGUES, “A vinculação das sociedades por quotas no Código das Sociedades Comerciais”, *RFDUP*, 2004, pág. 282; ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, pág. 400; PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais cit.*, pág. 680; ANA PERESTRELO OLIVEIRA, *Grupos de sociedades e deveres de lealdade... cit.*, n. (1744) – pág. 559 – que alega, no essencial, o facto de o art. 252º, n.º 1, exigir «capacidade jurídica plena» aos gerentes; mas também o fazem os arts. 390º, n.º 3, e 425º, n.º 6, al. d), para os administradores das sociedades anónimas... No sentido da admissibilidade (e validade, portanto), v. JOÃO LABAREDA, “Da designação de pessoas colectivas...”, *loc. cit.*, págs. 32 e ss, em esp. 34-35 e 36, mas optando pela relação com o art. 253º, n.º 1, que teria o “mérito de revelar não ser contrária à natureza da sociedade por quotas a assunção da gerência por entidades colectivas”; COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais cit.*, n. (154) – pág. 66; DIOGO PEREIRA DUARTE, *Código das Sociedades Comerciais anotado... cit., sub art. 252º*, pág. 736, anots. 11-12.

administração e na sua transposição, enquanto representantes orgânicos da directora ou da dominante, para a actuação (deliberativa e administrativa) das sociedades subordinadas, dominadas e dependentes. Por outras palavras, são eles que *materializam* a actuação administrativa fáctica da sociedade de que são membros orgânicos no *raio funcional* das sociedades coligadas (de facto ou de direito) e a eles cabe imputar-se-lhes os direitos e os deveres típicos da posição de administrador. Assim se explicam, também por isso, as determinações do art. 504<sup>o</sup> para os administradores das sociedades directoras ou dominantes nos “grupos de direito”.<sup>627</sup>

Essa solução de princípio, contudo, não parece excluir que possamos exigir à sociedade alguns comportamentos *referidos à pessoa colectiva enquanto administrador de facto*, ainda que, evidentemente, as consequências se transportem para actos e negócios que se venham a celebrar pelos seus administradores, pelos seus directores e trabalhadores, pelos seus mandatários e procuradores e todos os demais sujeitos que intervêm em nome, no interesse e por conta da sociedade<sup>628</sup>. Assim se justificaria chamar, por ex., a proibição de

---

<sup>627</sup> PIERRE-OLIVIER GEHRIGER, págs. 105 e ss, em esp. 107, 168 (uma posição de órgão de facto é antes atribuída aos titulares do efectivo poder de direcção no grupo de sociedades dependentes); MAX ALBERS-SCHÖNBERG, págs. 38, 42, 63-65, 121; FABRIZIO GUERRERA, *Illecito e responsabilità...* cit., pág. 449 (“na medida em que os administradores da *holding* efectivamente gerem a empresa de grupo através da sistemática direcção operativa da sociedade controlada, de tal forma que se configuram como *co-administradores de facto* dela” em casos de “abuso do poder de influência”: destaquei); FRANCO BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, 1992, págs. 138-139 (embora não sejam tipicamente administradores de facto mas assumam verdadeiramente essa posição); ANDREA FATTORI, “Attribuzione della qualifica di amministratore...”, *loc. cit.*, pág. 933; MANUEL MARÍA SÁNCHEZ ALVAREZ, “Grupos de sociedades...”, *loc. cit.*, págs. 134-135, 141; CATHERINE MALECKI, “Les dirigeants des filiales”, *Rev. Soc.*, 2000, pág. 476 (mas vendo no administrador da sociedade dominada o *dirigeant de société par personne interposée*); H. A. J. FORD/R. P. AUSTIN, págs. 307-308 (afastando-se, no direito australiano, da tese dominante inglesa mas com divisão jurisprudencial); M.<sup>a</sup> ISABEL CANDELARIO MACÍAS, págs. 146-147; FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, “Ámbito subjetivo de la responsabilidad”, *loc. cit.*, pág. 70 (em primeira linha); DIDIER PORACCHIA, pág. 409 (assim se exercem efectivamente o poder de decisão respeitante à administração de facto da sociedade em relação às suas filiais); LUIS HERNANDO CEBRIÁ, págs. 157-158, 159-160, 161-162. Não sendo esta a posição de princípio de NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., pág. 100 (a pessoa jurídica-administrador de facto responderá pela actuação do seu representante; o representante responderá em relação à pessoa jurídica segundo a relação que os vincula), a Autora espanhola admite, porém, que serão os administradores de direito das sociedades dominantes a responderem como administradores de facto das sociedades dominadas “pelos *actos de gestão que se integrem no seio da política do grupo*”; não o podem ser na qualidade de administradores de facto indirectos (que a Autora não reconhece) mas só se actuarem como o fariam os administradores da sociedade filial (págs. 98, 124, 127-129, 130-131).

<sup>628</sup> Parece ser nesta posição intermédia que navega NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., págs. 279 e ss, em esp. 283, 285, tendo em conta que a qualificação da pessoa jurídica, em geral, como administrador de facto pressupõe a verificação de imputabilidade de comportamentos que integram a administração de facto. Em França, GÉRARD NOTTÉ, *Les dirigeants de fait...* cit., págs. 220 e ss, em esp. 224 e 237, e págs. 248-249, entendeu que “a qualificação de uma pessoa colectiva como administrador de facto deveria constituir a excepção”, sem a recusar (especialmente para administração de facto oculta nos grupos de sociedades), e sendo a respectiva ingerência apreciada de acordo com os cânones exigidos para uma

concorrência (arts. 254º, 398º, 3) e a proibição de negócios com a sociedade (art. 397º), com as devidas adaptações.

No mesmo enquadramento, poderemos também demandar, como administradores de facto, a sociedade e os seus administradores para efeitos de responsabilidade societária *ex* arts. 72º e ss.<sup>629</sup>,<sup>630</sup> Assim será quando a actuação danosa seja imputável às decisões aprovadas organicamente pelos seus sócios através de deliberação, nomeadamente através dos conteúdos e formas considerados ilegítimos. E, noutras situações (mesmo quando só estão em causa deliberações do próprio órgão de administração), sempre que os administradores de direito actuam exclusivamente como representantes da sociedade dominante e, qualificadamente, como portadores e transmissores dos interesses da sua sociedade (ou do “interesse de grupo” ou do interesse de outras sociedades agrupadas), tendo em conta que, em nome desses interesses, transgridem o seu espaço de licitude na faculdade de “directão” do grupo e violam a normatividade legal e estatutária ou, no caso das relações grupais “de direito”, o fazem a coberto da lei. Destarte, o exercício em nome próprio mas no interesse da sociedade justifica a *translação* da qualidade *também* para a sociedade representada (num exercício de equiparação com a designação formal de pessoa colectiva)<sup>631</sup>,<sup>632</sup> Se assim for, em termos positivos, a responsabilidade é solidária: a) em geral, aplica-se o art. 73º; b) em particular, aplica-se o princípio da 2.ª parte do art. 390º, n.º 4 («a pessoa colectiva *responde solidariamente* com a *pessoa designada* pelos *actos desta*»), nomeadamente sempre que se comprovar culpa *in eligendo* na escolha da

---

pessoa singular. Em Espanha, por fim, MANUEL MARÍA SÁNCHEZ ALVAREZ, “Responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, pág. 328, aparentemente conclui pela imputação da qualidade de administrador de facto à pessoa colectiva e à pessoa singular designada como representante para o exercício das funções próprias do cargo.

<sup>629</sup> Também nos “grupos de direito”, para além do art. 504º, n.º 2.

<sup>630</sup> Mesmo para o direito alemão, em que a possibilidade de nomear pessoas colectivas como administradores se entende vedada (§§ 76 (3) AktGesetz, 6 (2) GmbHG), HOLGER FLEISCHER, “Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit...”, *loc. cit.*, págs. 526, 528, sustenta que a necessidade de proteger sócios e credores implicará que a noção de órgão para efeitos de responsabilidade civil societária se possa emancipar dos pressupostos legais de elegibilidade, de tal modo que, para a aplicação das normas respectivas, a pessoa colectiva possa ser vista como administrador de facto em razão de ocupar a posição de gestor da sociedade (*Okkupierung der Geschäftsleiterposition*); v. ainda UWE H. SCHNEIDER, “Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung”, *loc. cit.*, sub § 43, pág. 2232, Rdn. 26, 27.

<sup>631</sup> GÉRARD NOTTÉ, *Les dirigeants de fait...* cit., pág. 239, nestas hipóteses, não descartava a técnica de condenar o órgão legal, em vez da pessoa jurídica propriamente dita.

<sup>632</sup> A essa responsabilidade ainda poderá acrescer a responsabilidade do sócio maioritário ou controlador da própria sociedade dominante (nomeadamente pessoa singular), particularmente nas “relações de domínio”. Para além da contribuição desse sócio para uma actuação deliberativa ilícita, essa coligação será muitas vezes traduzida na actuação do administrador de direito da dominante como administrador de facto indirecto da dependente, dirigindo e condicionando extra-organicamente a administração de direito em execução das instruções recebidas por esse sócio maioritário ou controlador. A questão será sempre provar esse encadeamento de influências (menos difícil, contudo, se os administradores da dominante e da dominada forem comuns).



pessoa indicada para o exercício da administração (v. ainda, sistematicamente, o art. 83º, n.º 2, em articulação com o n.º 1). Já assim não é – ou seja, não respondem solidariamente a sociedade e o seu ou os seus administradores de direito –, quando esses administradores actuam por sua própria conta e no seu próprio interesse (fora da órbita da vontade da sociedade-mãe), caso em que assumem em exclusivo a qualidade de administrador de facto (directo ou indirecto) e a consequente responsabilidade.<sup>633-634</sup>

## 7.2. 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 administração<sup>635</sup> 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 directamente<sup>636</sup>) a praticar ou omitir acto que se veio a demonstrar

---

<sup>633</sup> Nestes sentidos, v. VINCENZO ALLEGRI, *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, 1979, págs. 186-187, JOSÉ EMBID IRUJO, “El buen gobierno corporativo...”, *loc. cit.*, págs. 975-976, ID., “La responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, pág. 2408; PABLO GIRGADO PERANDONES, *Grupos de sociedades...* cit., págs. 256-257, ID., *La responsabilidad de la sociedad matriz...* cit., págs. 185-186, 201 (associando mesmo, nessas circunstâncias, a violação do *standard* de diligência que se lhes exige em função do seu cargo de “administrador do grupo”); MARÍA ISABEL CANDELARIO MACÍAS/LUISA RODRÍGUEZ GRILLO, pág. 20; MIRIAM LOZANO SAIGÍ, pág. 1068; FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores...* cit., pág. 338 (“os causantes do acto sejam os administradores da matriz ou de forma difusa a própria sociedade dominante”); MÓNICA FUENTES NAHARRO, págs. 283-284 (oferta de “dois patrimónios de agressão”); LUIS HERNANDO CEBRIÁ, págs. 162-163 (só quando as instruções provenham de deliberação da assembleia geral da sociedade dominante).

<sup>634</sup> Outra questão é a responsabilidade civil da sociedade pelos «actos ou omissões de quem legalmente a represente, nos termos em que os comitentes respondem pelos actos ou omissões dos comissários» (art. 6º, n.º 5).

<sup>635</sup> 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, *Os grupos de sociedades...* cit., pág. 590.

<sup>636</sup> RUI PEREIRA DIAS, *últ. ob. cit.*, págs. 92-93.

ilícito e danoso <sup>637</sup>. 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 sociedade <sup>638</sup>. Nesta medida, pode esse sócio, sozinho ou por actuação concertada no perímetro de vínculos parassociais <sup>639</sup>, 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* <sup>640</sup>.

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 já referi que a lei, neste particular, apresenta um *aflorescimento* de regulação da figura <sup>641</sup> e outros Autores já admitiram que “o sócio influenciador da administração (...) pode ser qualificado como administrador de facto, mais especificamente administrador na sombra” <sup>642, 643</sup>

---

<sup>637</sup> 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.

<sup>638</sup> É a hipótese trazida para o direito português por COUTINHO DE ABREU/ELISABETE RAMOS, págs. 51 e ss; favoráveis, RUI PEREIRA DIAS, *últ. ob. cit.*, pág. 102, FERREIRA GOMES, “Conflito de interesses entre administradores e os accionistas na sociedade anónima: os negócios com a sociedade e a remuneração dos administradores”, *Conflito de interesses no direito societário e financeiro. Um balanço a partir da crise financeira*, 2010, págs. 150-151.

<sup>639</sup> Especialmente os acordos que regulem o exercício do direito de voto (“sindicatos de voto”): cfr. *supra*, n. 552.

<sup>640</sup> 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.

<sup>641</sup> RICARDO COSTA, “Responsabilidade civil societária...”, *loc. cit.*, n. (10) – pág. 35.

<sup>642</sup> COUTINHO DE ABREU/ELISABETE RAMOS, n. (93) – pág. 55. No mesmo sentido, MENEZES CORDEIRO, “Capítulo VII – Responsabilidade civil...”, *loc. cit.*, pág. 276, anot. 42; FERREIRA GOMES, págs. 152-153 (no entanto, o Autor sustenta que, em caso de sobreposição do exercício da administração de facto com a responsabilidade do accionista controlador pelo exercício da influência, deve prevalecer o regime do art. 83º, n.º 4, “não só pela sua maior especificidade, como pela segurança jurídica associada à sua positivação”).

<sup>643</sup> 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, 1985, pág. 1124, Rdn. 8, HANS-CRISTOPH VOIGT, 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, “Schadensersatzhaftung der Leitungsorgane von Kapitalgesellschaften”, in *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.), 1991, págs. 13-14, e MICHAEL KORT, “Die Haftung des Einflussnehmers auf Kapitalgesellschaften in ausländischen Rechtsordnungen – Vorbild für ein neues Verständnis von § 117 AktG”, *AG*, 2005, págs. 454-455, 459.

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. 83º<sup>644</sup>, desde que haja ilicitude (independentemente da tomada em si da deliberação) no acto ou omissão determinados (por imposição ou autorização) ao administrador ou gerente<sup>645</sup>; (ii) os meros conselhos, recomendações e pareceres contam para a determinação do comportamento do administrador que se fiscaliza no art. 83º<sup>646</sup>;

---

<sup>644</sup> 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, Herausgegeben von Klaus J. Hopt/Herbert Wiedemann, 2005, sub § 117, págs. 1508 e ss, em esp. pág. 1512, Rdn. 247-248, UWE HÜFFER, sub § 117, pág. 624, 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”).

<sup>645</sup> 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’”, *loc. cit.*, 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 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. 313-314, 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), 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, Hrsg.: Bruno Kropff, 2004, pág. 1281, Rdn. 5.

<sup>646</sup> 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.

(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 episódica <sup>647</sup>.

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 <sup>648, 649</sup>.

### 7.3. 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 jurídica <sup>650</sup>–, solidariamente (entre si e com a sociedade) «todos os que no negócio agirem em representação» da sociedade <sup>651</sup>. Como sujeitos que celebram os negócios imputados à sociedade pré-registada incluem-se um conjunto amplo de *agentes* que actuam em representação da sociedade, tenham ou não poderes estritos de representação orgânica da sociedade <sup>652</sup> – os administradores ou gerentes de

---

<sup>647</sup> RUI PEREIRA DIAS, *últ. ob. cit.*, págs. 102-103.

<sup>648</sup> 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, *Das faktische Organ* cit., pág. 188, BRUNO KROPPF, pág. 1281, *Rdn. 2*, HANS-CRISTOPH VOIGT, pág. 46, MICHAEL KORT, *Großkommentar Aktiengesetz...* cit., sub § 117, pág. 1457, *Rdn. 6*, UWE HÜFFER, sub § 117, pág. 621, *Rdn. 1*.

Sobre as variantes da influência sobre o administrador, v. *infra*, Parte III, 10.3.

<sup>649</sup> 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, *últ. ob. cit.*, págs. 175, 188 (insusceptibilidade de aplicação analógica do § 117, em particular quando se afasta por completo a vontade do conselho), HOLGER FLEISCHER, “Zur aktienrechtliche Verantwortlichkeit...”, *loc. cit.*, pág. 525, HANS-CRISTOPH VOIGT, págs. 201 e ss, 365.

<sup>650</sup> Desenvolvidamente, RICARDO COSTA, *A sociedade por quotas unipessoal...* cit., págs. 482 e ss, em esp. 487-488 (com as indicações de suporte).

<sup>651</sup> RICARDO COSTA, *últ. ob. cit.*, págs. 495-496, em esp. n. (585).

<sup>652</sup> 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*, 1994,

direito (nesse período já designados) <sup>653</sup>; os procuradores e os mandatários nomeados pela sociedade (em princípio pelos administradores ou gerentes formais); os 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 <sup>654</sup>.

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 <sup>655</sup>. 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. <sup>656</sup>

---

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...* cit., 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. 130 e n. (85): “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), 2010, págs. 578-579.

<sup>653</sup> Restringindo aos “administradores, entretanto nomeados”, a disciplina do art. 40º para a sociedade anónima, v., minoritário, NOGUEIRA SERENS, *Notas sobre a sociedade anónima* cit., pág. 27.

<sup>654</sup> Neste sentido, COUTINHO DE ABREU, *últ. ob. cit.*, n. (85) – pág. 130.

Para esta compreensão, v., em Itália (para o art. 2331, § 2º, do CCIt.), CARLO GIANNATTASIO, “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”, pág. 980, e, ainda que somente com alusão implícita, NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., pág. 273, PAOLO MONTALENTI/NICCOLÒ ABRIANI, 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, 1992, sub § 11, pág. 531, *Rdn.* 107; cfr. ainda ROBERT WEIMAR, “Grundprobleme und offene Fragen... (I)”, *loc. cit.*, 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*.

<sup>655</sup> Consentimento que não se presume na economia dos tipos sociais abrangidos pelo art. 40º: v. ELISABETE RAMOS, “Artigo 40º...”, *loc. cit.*, pág. 579.

<sup>656</sup> 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,

#### 7.4. Sócio comanditário

Nas sociedades em comandita, a regra legal supletiva é a de só os sócios comanditados <sup>657</sup> poderem ser gerentes (art. 470º, n.º 1) <sup>658</sup>. <sup>659</sup> 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 <sup>660</sup>. 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 entendido como administrador informal e responder pela *assunção de facto* da qualidade de administrador <sup>661</sup>.

#### 7.5. Terceiros controladores

Também em outras situações, baseadas na existência de relação contratual *particular* com a sociedade, se pode colocar a possibilidade de a contraparte da sociedade ultrapassar a *acção estipulada na esfera contratual, destinada à concretização do objecto do contrato estabelecido com a sociedade*, e transmutarem-se em agentes activos, directa ou indirectamente, na gestão dessa concreta sociedade e a

---

“Artigo 39º, págs. 572 e ss, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord.: J. M. Coutinho de Abreu, Volume I (Artigos 1º a 84º), 2010.

<sup>657</sup> 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).

<sup>658</sup> 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).

<sup>659</sup> Supletiva pois a 2.ª parte desse n.º 1 permite que o contrato de sociedade confira a atribuição da gerência a sócios comanditários.

<sup>660</sup> V. os n.ºs 2 e 3 do art. 470º.

<sup>661</sup> Assim: RENZO COSTI, *L'azionista accomandatario*, 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, 1985, pág. 17.

O último Professor foi mais longe nas consequências: entendeu que o comanditário que administra de facto com o consenso tácito da assembleia seria qualificável como “comanditado de facto” e, enquanto tal, estaria submetido à responsabilidade pessoal e ilimitada típica desse sócio, tal como prescreve o nosso art. 465º, n.º 1, 2.ª parte. Fazia-o, em primeiro lugar, pela equiparação entre administrador regularmente nomeado e administrador de facto e, em segundo e passo lógico seguinte, pelo necessário nexos existente entre o cargo de administrador e a qualidade de sócio comanditado (ainda que, na lei portuguesa, como norma supletiva – na lei italiana das sociedades em comandita por acções, os sócios comanditados são de direito administradores: art. 2455, 2º §, CCIt.).

No direito francês, a qualificação do comanditário como administrador de facto é, para efeitos de responsabilidade, desvalorizada pela doutrina (GÉRARD NOTTÉ, *Les dirigeants de fait...* cit., pág. 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; L. 226-2, al. 2.ª], uma vez violada, produziria um mal-entendido junto de terceiros sobre os seus direitos na sociedade.

dominarem a vontade e/ou substituírem-se aos administradores de direito dessa sociedade. Claro que poderemos entender que haverá sempre que diferenciar entre a influência de terceiros “fora da sociedade”, em regra insusceptíveis de assumir uma posição factual de gestão, e todos os restantes sujeitos com actuação e/ou exercício de influência no seio da sociedade <sup>662</sup>: pelo menos no *grau de potencialidade* de se tomar as rédeas da administração da sociedade. Mesmo assim, em todas estas hipóteses continua a discutir-se a fronteira de *domínio ilegítimo e sabotador da independência dos administradores formais das sociedades*. Por isso, a todos esses sujeitos poderei chamar de *terceiros controladores*, que gozam de uma supremacia efectiva e concreta sobre a condução dos assuntos sociais e, em particular, da exploração da empresa social (portanto, “autoridade de facto” <sup>663</sup>). <sup>664</sup>

Olhando para a experiência dos direitos estrangeiros, encontramos à cabeça a “banca-administrador de facto” – *rectius*, a “instituição de crédito” <sup>665</sup> –, que, beneficiando de uma condição forte na relação negocial com as sociedades financiadas ou assistidas, interfere activamente na gestão das suas *clientes*, colocando os respectivos administradores numa *posição de infra-ordenação* e perda da sua autonomia e liberdade de decisão (até ao limite da *subserviência*). O ponto fundamental é sempre verificar a *dividing line* entre o financiador que protege os seus interesses próprios e exerce um poder de informação e inspecção sobre o rumo da sociedade devedora tendente à conservação e salvaguarda das garantias de pagamento dos seus créditos – ainda no quadro *normal* de relações entre “banqueiro” e cliente e na esfera dos seus *interesses próprios* – e o financiador que, ainda que motivado, totalmente ou em parte, pelo mesmo escopo, se apropria das competências dos gestores dessa sociedade ou os condiciona e/ou influencia em manifesta extrapolação do âmbito de eficácia da relação jurídica de financiamento (ou outra). <sup>666</sup>

---

<sup>662</sup> PETER FORSTMOSER, “Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht”, *loc. cit.*, págs. 140-141.

<sup>663</sup> DOMINIQUE RANDOUX, pág. 296.

<sup>664</sup> Focando, em determinadas circunstâncias, que são os credores que avançaram com grandes quantias para financiar as sociedades que acabam por controlar efectivamente o *management*, em detrimento dos accionistas, particularmente se pulverizados, pois estes acabam por se substituir pelos esforços de monitorização desses *large creditors*: PAUL DAVIES, *Introduction to company law cit.*, págs. 67-68.

<sup>665</sup> V. arts. 2º, 3º e 4º do RGICSF.

<sup>666</sup> É neste sentido que PAUL DAVIES, *Introduction to company law cit.*, págs. 67-68, afirma que, nas sociedades com dispersão de sócios, os credores que controlam a gestão das sociedades a quem avançaram

Como exemplarmente se resumiu na jurisprudência inglesa, mister é encontrar a linha “entre a posição de um cão de guarda [*watch-dog*] ou conselheiro (...) e a de um *de facto* ou *shadow director*”<sup>667</sup>. Ou, nas palavras de YVES GUYON, a dificuldade está em distinguir entre o *devoir de conseil* que é susceptível de ser reconhecido à instituição de crédito e um fenómeno *patológico* de “*immixtion dans la gestion*”<sup>668</sup>.

Se os representantes (administradores, directores, trabalhadores, colaboradores independentes) de uma sociedade que explora a actividade bancária e financeira se ficam por uma acção de simples vigilância e “monitorização” dos “fundos” objecto de um contrato de mútuo e da sua utilização na actividade social (nomeadamente acrescentando nos contratos especiais deveres de informação aos administradores, como seja a exigência de “relatórios” periódicos sobre várias matérias relevantes para a solvabilidade e variações patrimoniais da sociedade financiada) e/ou fornecimento (mesmo que intenso) de conselhos técnicos à administração e a outros sujeitos que gerem a sociedade mutuada e/ou a instrução não vinculante das suas decisões (nomeadamente as do foro contabilístico e financeiro) em situações de crise, este credor (e seus agentes, administradores ou não) não podem ser vistos automaticamente como administradores de facto. Ainda estamos no campo da relação negocial, seja no campo dos seus pressupostos de celebração ou continuação, seja no domínio de acréscimo de direitos e obrigações *laterais ou acessórios*, sempre ditados em última análise pelo interesse de cumprimento contratual de que o banco é portador – interesse esse que continua a ser avaliado pelo poder de decisão dos administradores, a quem cabe julgar (e tomar a responsabilidade) se aceitam ou não esses *financing requirements* e outorgam ou não ou mantêm ou não essa relação. Não obstante, mesmo que reconheçamos que tais clausulados e garantias só são possíveis porque as instituições de crédito se caracterizam por obterem uma posição contratual forte no confronto das debilidades financeiras das sociedades-clientes e na necessidade de fiscalização dos seus gestores, o que o banco não tem é o direito de intervenção e/ou de influência nos negócios e na exploração da empresa dos seus devedores, *para além da extensão necessária de*

---

com fundos e não querem o risco de incumprimento acabam por vigiar muito mais de perto os administradores do que propriamente os sócios.

<sup>667</sup> Assim se referiu no (commumente referido) caso inglês *Re Tasbian Ltd No. 3 (Chancery Division de 26 de Abril de 1991*, in *BCC*, 1991, págs. 435, ss, a pág. 443; objecto de recurso e decisão no *Court of Appeal de 11 de Fevereiro de 1992: BCC*, 1992, págs. 358 e ss).

<sup>668</sup> *Droit des affaires*, Tome 2 cit., pág. 436.



monitorização para satisfazer o seu interesse de que a sociedade devedora possa cumprir e até ao ponto de a sua administração ser privada, em medida total ou substancial, da sua própria e livre formação de vontade, sob pena de (mais uma vez) se desrespeitar o âmbito de competências inalienável do órgão de administração e o princípio fundamental de correlação entre poder gestório e responsabilidade. É mais uma vez neste espaço que pode configurar-se a administração de facto (nomeadamente por influência indirecta) <sup>669</sup>. <sup>670-671</sup>

---

<sup>669</sup> Também se fará uma avaliação idêntica para determinados credores que, em face da sua posição para com a sociedade, acabam por realizar operações típicas das instituições de crédito (v., em esp., arts. 4º, n.º 1, 8º, n.ºs 1 e 2, do RICSF: são exemplos de “limites legais específicos” à capacidade jurídica para a prática de tais operações por outras sociedades – COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II cit., n. (53) – pág. 189) mas sem que disponham dessa qualidade (e das qualificações legais para a constituição, autorização e funcionamento como tal: arts. 14º, 16º e ss, RICSF); estaremos perante um “banco de facto” ou “irregular” – v., no direito espanhol, a autonomização da categoria feita por VICENTE SANTOS, “El banco de hecho”, *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, vol. III, 1971, págs. 257 e ss, em esp. 263-265 –, que, para o que aqui interessa, poderá ser administrador de facto enquanto terceiro credor.

<sup>670</sup> Nestes sentidos, que se afiguram consensuais, v. JEAN STOUFFLET, “L’ouverture de crédit peut-elle être source de responsabilité envers les tiers?”, *JCP*, Éd. Générale, I – Doctrine, 1965, pág. 1882/8-9 (ainda que não expresamente para o reconhecimento de administração de facto), ID., “Cour d’Appel de Paris, 6 janvier 1977 – Observations”, *loc. cit.*, pág. 18689/5-6, que destaca que da “posição de força” de um credor bancário não se retira automaticamente a qualidade de *dirigeant de fait*, mas sublinha a valência para esse efeito da nomeação como administradores da sociedade devedora de “homens-de-palha” do banco, sem qualquer autonomia, ID., “Cour d’Appel de Nancy, 15 décembre 1977 – Observations”, *JCP*, Éd. Générale, II – Jurisprudence, 1978, pág. 18912/6-7; JEAN-LOUIS RIVES-LANGE, pág. 42; MICHEL VASSEUR, “Note Cour d’Appel de Paris, 6 janvier 1977”, *loc. cit.*, pág. 149-150, ID., “Jurisprudence en matière de droit bancaire – Cour d’Appel de Nancy, 15 décembre 1977”, *Rec. Dalloz*, 1978, Informations Rapides, págs. 225-226; MICHEL CABRILLAC/JEAN-LOUIS RIVES-LANGE, “Crédit et titres de crédit. Crédit à une entreprise en difficulté. Responsabilité de la banque (non). Banque dirigeante de fait (non)”, *Rev. trim. dr. comm.*, 1977, pág. 143; GÉRARD NOTTÉ, *Les dirigeants de fait...* cit., págs. 239 e ss; PETER FORSTMOSER, “Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht”, *loc. cit.*, págs. 141-142 (acentuando que a autonomia na decisão por parte do órgão formal de administração ainda é conciliável com formas simples de aconselhamento, assistência, controlo e informação, que não precipitam a posição de órgão de facto), 144-145, 148-149 (destacando a rejeição de administrador de facto quando a influência sobre a sociedade apenas garante objectivamente os seus interesses próprios); DANIEL D. PRENTICE, “Fraudulent trading: parent company’s liability for the debts of its subsidiary”, *Law Quart. Rev.*, 1987, págs. 13-14; ANDREW HICKS, “Advising on wrongful trading...”, *loc. cit.*, págs. 58-59; JEAN-PIERRE ROTH, “Gestion de fait”, *Paffiches*, 1991, págs. 13, 14-15; PETER FIDLER, págs. 97-98, 99 (com uma lista de actuações da banca, especialmente em sede *informativa* e de *vigilância*, que não são suficientes para a constituir como *shadow director*); OLIVER DRENNAN, pág. 177-178 (destacando a linha entre “relação comercial usual” e “*something approaching day to day control*”); JOHN DONALDSON [et al.], págs. 13-14; PEARLIE KOCH, págs. 348 e ss, em esp. 350, e 351; DANIEL TRICOT, pág. 26; JAMES O’DONOVAN, “Banks as shadow directors”, *VUWELLR*, 1995, págs. 284 e ss (chamando a atenção para a indicação pelo banco de consultores externos e a recomendação de a sociedade seguir a estratégia por eles delineada), ID., *Lender liability* cit., págs. 499-500 (apontando formas de “controlo negativo” dos consultores indicados pelo banco sobre as operações sociais como expressão de um *shadow director*); PHILIPPE HAEHL, “Redressment et liquidation judiciaires. Sanctions”, *Rev. trim. dr. comm.*, 1996, pág. 539; ELENA FRASCAROLI SANTI, “Controllo della banca sull’utilizzazione dei fondi e il dirigente di fatto”, *CI*, 1996, págs. 829 e ss (aprovaro problemáticamente os critérios da jurisprudência francesa), em esp. 833 e ss; NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., págs. 140 e ss, 146 e ss; PAUL LE CANNU, “Direction de fait et contrat avec la société dirigée”, *Bull. Joly*, 1998, págs. 8-9; FRIEDRICH ENGELKE, “Faktische Geschäftsführung durch Kreditinstitute?”, *DBank*, 1998, págs. 432-433

Atenção particular merece a actuação de bancos que (i) condicionam a concessão de crédito (ou a sua renovação ou a sua não resolução imediata) a sociedades em graves dificuldades financeiras à adopção de medidas de reorganização (por ex., aumento de capital com entradas em bens imóveis, redução de custos, implementação de programas de reestruturação de recursos humanos, venda de activos, pagamento preferencial de certos credores, etc.)<sup>672</sup> e/ou à inibição sem permissão do banco da celebração de certos negócios, como os que alienem bens imóveis ou que sejam arriscados e/ou superiores a certo montante (numa forma mediata de *poder de veto* sobre actos sociais perigosos) ou que (ii) convencionam uma maior extensão de garantias sobre parte dos seus activos, ou que (iii) participam nos esforços de recuperação das sociedades (por ex., fazendo parte ou indicando especialistas para reuniões de trabalho sobre o planeamento contabilístico e o plano técnico e de desenvolvimento das actividades da sociedade) e/ou nas reuniões do conselho de administração, ou que (iv) solicitam relatórios permanentes das medidas de recuperação financeira das sociedades, ou ainda que (iv) impõem novas estruturas

---

(afirmando a regra de predomínio do interesse creditício na actuação perseguida pela instituição de crédito, diferente do interesse social, tarefa dos administradores, envolvidos na política e organização empresarial); MARTIN MARKOVIC, "Banks and shadow directorships: not an 'almost entirely imaginary' risk in Australia", *JBFLP*, 1998, págs. 300 e ss (para o direito australiano, mas seguindo as indicações da jurisprudência inglesa); MICHEL JEANTIN/PAUL LE CANNU, pág. 568; EILÍS FERRAN, págs. 483-484, 486; JOSÉ LUIS DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., págs. 107 e ss, em esp. 113-114 (circunscrevendo a administração de facto às manifestações patológicas e mais gravemente abusivas), 140; HOLGER FLEISCHER, "Zur aktienrechtliche Verantwortlichkeit...", *loc. cit.*, págs. 526, 527 (focando a "zona crítica" de expansão para "esfera corporativa" do concedente externo de crédito através da invasão na "estrutura legal de organização da sociedade"), 528; MIRIAM LOZANO SAIGÍ, pág. 1067 (assinalando a possível intervenção com "matizes «quase orgânicos» que se equipara mais a um administrador de direito do que a um terceiro exterior à sociedade"); MARK HAPGOOD, *Paget's Law of Banking*, 2007, pág. 292; ANDRÉ JACQUEMONT, págs. 595-596, 597.

<sup>671</sup> E é neste espaço ainda que pode surgir o contexto para o credor-administrador de facto adquirir a qualidade de sócio, por conversão do seu crédito "em capital da sociedade devedora, com subsequente intervenção porventura dominante na sua gestão, de modo a obter o seu saneamento financeiro e a posterior alienação da sua participação com recuperação indirecta do seu crédito": PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social...* cit., págs. 362-363 (que o distingue do "sócio predador", que "planeia a concessão de crédito excessivo como modo de captura da sociedade visada" "para o âmbito do seu grupo empresarial", "com o fim imediato de lhe criar o desequilíbrio financeiro", forçando depois a "conversão do seu crédito em capital" – exemplifica com a "relação de *instituições financeiras com clientes subcapitalizadas* estrategicamente interessantes para o banqueiro"; itálico da minha lavra). No mesmo sentido, ANA PERESTRELO OLIVEIRA, "Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para os credores controladores?", *RDS* n.º 1, 2009, págs. 105-106.

<sup>672</sup> Actuação diferente é o "corte" ou "ruptura do crédito": sobre as condições em que essa tomada de posição pode ser vista como exercício abusivo do direito de conceder ou recusar crédito numa relação negocial estabelecida, em face dos legítimos interesses de um "banqueiro minimamente avisado e diligente" e da particular "confiança" banqueiro-cliente, v. ALMENO DE SÁ, *Responsabilidade bancária*, 1998, págs. 97 e ss, 105 e ss, 115 e ss.

organizatórias a essas sociedades (em esp. para reforçar o órgão de fiscalização).<sup>673</sup> Ou, ainda mais em particular, alcançam a nomeação de pessoas de confiança (*fiduciários*) das instituições de crédito como administradores das sociedades “financiadas” (até mesmo ficando como administradores comuns) ou como directores de topo da organização empresarial dessas mesmas sociedades, no intuito de, numa espécie de *correias de transmissão*, colocarem em prática medidas de salvaguarda dos interesses do *financiamento*. Mesmo assim, tais comportamentos não asseguram *por si só* a gestão da sociedade – que não deixa de ser administrada por quem é regularmente “mandatado” para esse efeito, devedores de cumprimento do interesse dessa mesma sociedade e não do interesse da pessoa ou sócio que logrou a sua nomeação – nem nela a “banca”, *por efeito automático*, exerce efectivamente (mesmo que indirectamente) poderes de direcção: não teremos, em via de princípio e na falta de comportamentos *qualificados*, administradores de facto.<sup>674</sup>

---

<sup>673</sup> Alguns destes exemplos traduzem-se em *covenants* “restritivos” que, tipicamente, acabam por monitorizar ou, até mesmo, determinar, em excesso, alguns aspectos da gestão das sociedades: v., lá fora, EILÍS FERRAN, págs. 484 e ss; entre nós, ANA PERESTRELO OLIVEIRA, *últ. est. e loc. cits.*, págs. 102 e ss, 107, 110 (com juízo de licitude genérica, mesmo que importem, para o credor, poder de influência sobre a sociedade).

<sup>674</sup> Marcantes nestes sentidos foram, no direito francês, as decisões da **Cour d’Appel de Paris de 6 de Janeiro de 1977** (in *Rec. Dalloz*, 1977, Jurisprudence, págs. 144, ss), de **17 de Março de 1978** (in *Rec. Dalloz*, 1978, Informations Rapides, pág. 420), da **Cour d’Appel de Nancy de 15 de Dezembro de 1977** (in *JCP*, 1978, Éd. Générale, II – Jurisprudence, pág. 18912/1 e ss), da **Cour de Cassation de 9 de Maio de 1978** (in *Rec. Dalloz*, 1978, Jurisprudence, pág. 419, ss). Concordantes: JEAN STOUFFLET, “Cour d’Appel de Paris, 6 janvier 1977 – Observations”, *loc. cit.*, pág. 18689/5, ID., “Cour d’Appel de Nancy, 15 décembre 1977 – Observations”, *JCP*, Éd. Générale, II – Jurisprudence, 1978, pág. 18912/6-7, MICHEL VASSEUR, “Note Cour d’Appel de Paris, 6 janvier 1977”, *loc. cit.*, págs. 149-150, 152, ID., “Jurisprudence en matière de droit bancaire – Cour d’Appel de Nancy, 15 décembre 1977”, *loc. cit.*, págs. 225-226, ID., “Jurisprudence en matière de droit bancaire – Paris, 17 e 3 mars 1978”, *Rec. Dalloz*, 1978, Informations rapides, pág. 420, ID., “Note Cour de Cassation (Ch. Com.), 9 mai 1978”, *Rec. Dalloz*, 1978, Jurisprudence, pág. 427, MICHEL CABRILLAC/JEAN-LOUIS RIVES-LANGE, pág. 143. Mais recentes: **Cour d’Appel de Paris de 15 de Dezembro de 1995** (in *Rec. Dalloz*, 1996, Informations Rapides, pág. 74); **Cour de Cassation de 3 de Julho de 2007** (in <http://legimobile.fr>, processo 06-10.803). Favorável, tendo em conta a falta de “actos positivos de gestão” ou a imposição de tais actos ao *dirigeant légal* da sociedade de um banco que se comporta como um “credor preocupado em salvaguardar o seu crédito”, JEAN STOUFFLET, “Droit bancaire – Essai de définition des limites entre la vigilance normale d’un prêteur et le comportement relevant de la qualification de dirigeant de fait”, *JCP*, Entreprise et Affaires, 2007, 2377, pág. 17, ID., “Droit bancaire – Le contrôle exercé par un prêteur sur la gestion de l’emprunteur n’en fait pas nécessairement un dirigeant de fait”, *JCP*, Entreprise et Affaires, 2008, 1768, pág. 17; no mesmo sentido, PHILIPPE HAEHL, pág. 539.

No mesmo sentido para o direito helvético, no círculo global de qualquer outro *Vertragspartner*, PETER FORSTMOSER, *últ. est. e loc. cits.*, pág. 144-145, Autor que sublinha a legitimidade da defesa do interesse próprio e das suas posições obrigacionais de natureza contratual: nestas circunstâncias, “[a] influência sobre a sociedade surge meramente como *efeito reflexo*” [destaquei], e, para a Inglaterra, EILÍS FERRAN, págs. 483-484, doutrina que tem como fio de prumo a liberdade de a sociedade aceitar ou rejeitar as condições para a continuação do apoio financeiro do banco; no entanto, PHILIP COOK, “Shadow directors: liability of third parties?”, *ICCLR*, 1992, pág. 134, sustenta que tais circunstâncias, designadamente quando

Todavia, mesmo que a *intensidade do grau de interferência, directa ou indirecta, seja de formulação espinhosa*, nem sempre a resposta será negativa, pois a *linha divisória* do limbo da influência ou controlo ainda domiciliada na prossecução dos interesses próprios pode ser ultrapassada e a invocação das estipulações contratuais não chegará para justificar essa ultrapassagem.

Conjecturemos que o credor bancário assume o papel estratégico da sociedade, com base em cláusulas dos contratos de financiamento ou de contratos paralelos ou acessórios, ou mesmo sem se apoiar nelas e recorrendo somente ao estatuto fáctico que o seu poder creditício atingiu na subsistência social, e, em consequência, por ex., submete a autorização prévia todas as operações gestórias da sociedade (compras, pagamentos, contratações, etc.) ou impõe alterações significativas nas suas transacções, negócios e investimentos – teremos substituição dos administradores de direito e, de facto, assume-se a administração.<sup>675</sup>

Suponhamos que os administradores ou os directores “propostos” (*puppets*) pela entidade financeira seguem passivamente as directrizes do banco (*puppet-master*) para a gestão da sociedade financiada e – pressuposto necessário – que essas directrizes influenciam decisivamente as decisões (*finais*, se quisermos assim dizer) do órgão de administração, designadamente sem atender ao interesse da própria sociedade administrada (em detrimento da vontade do *verdadeiro administrador*) e exaurindo a autonomia dos restantes administradores (mesmo que em maioria no

---

se colocam em sociedades em estado de insolvência iminente e sem outras alternativas creditícias, constituem presunções de “controlo” sobre os negócios da sociedade.

<sup>675</sup> Sobre o poder de controlo dos bancos nas linhas estratégicas da sociedade, designadamente em razão de dependência financeira, v., em geral, o interessante estudo dos norte-americanos NEIL FLIGSTEIN/PETER BRANTLEY, “Bank control, owner control, or organizational dynamics: who controls the large modern corporation?”, *Company law*, edited by Sally Wheeler, 1993, págs. 153 e ss, em esp. 157-158, 161-163. Pioneiros no exercício do “controlo” bancário “*through dictation to the management*”, ADOLF BERLE, Jr./GARDINER MEANS, págs. 69-70. E é precisamente nos EUA que os riscos de *lender liability* do exercício efectivo desse controlo sobre as sociedades financiadas, em situações de *default* iminente, ocupam um lugar de atenção proeminente: v., por ex., MARGARET DOUGLAS-HAMILTON, “Creditor liabilities resulting from improper interference with the management of a financially troubled debtor”, *Bus. Lawyer*, 1975, págs. 343 e ss, DANIEL FISCHER, “The economics of lender liability”, *YaleLJ*, 1989, págs. 131 e ss, J. DENNIS HYNES, “Lender liability: the dilemma of the controlling creditor”, in *TennLR*, 1990, págs. 635 e ss. Para uma visão de conjunto dos pressupostos de responsabilidade por concessão de “crédito impróprio” no direito europeu, v. EDDY WYMEERSCH, “Bank liability for improper credit decisions: experience in continental Europe”, *Banks – Liability and risk*, 1990, págs. 179 e ss, em esp. 184 e ss. Dando conta do tema entre nós, ANA PERESTRELO OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário...”, *loc. cit.*, págs. 96 e ss, 102 e ss (nomeadamente quanto aos contratos ou cláusulas *covenants*, que são verdadeiramente constrangimentos à actuação dos administradores, impondo comportamentos e proibindo outros na gestão), em esp. ns. (26) e (33), que conclui pela necessidade de compreender a “diluição da clássica distinção entre capital externo e capital interno, motivada por novas formas de financiamento e, mais amplamente, pelo poder de influência em geral adquirido pelo grande credor” (v. ainda 130-131).

conselho): aqui teremos um controlo ilegítimo e poderemos ter a atribuição da qualidade de administradores de facto por via indirecta. <sup>676-677-678-679</sup>

<sup>676</sup> Muito importante nesta matéria é a experiência no Reino Unido.

Na doutrina, focada essencialmente no sentido de *shadow directorship* dos *bank lenders* (e dos seus agentes) e da conseqüente responsabilidade (*lender liability*) por *intensive care assignments*, em particular por *wrongful trading* nos processos de *winding up* de sociedades insolventes (com as naturais reservas que tal coloca à sustentação do apoio financeiro a sociedades em dificuldades), v. STEPHEN GILLESPIE, “Wrongful trading: policy and practice”, in *JIBL*, 1989, pág. 272; FIDELIS ODITAH, “Wrongful trading”, *MCLQuarterly*, 1990, págs. 212-213 (em face da dificuldade em clarificar o nível de controlo e de autoridade necessário para estabelecer uma gestão autónoma suficiente sobre a sociedade, “*the moral is: banks beware*”); HUGH COLLINS, págs. 741-742; ANDREW HICKS, “Advising on wrongful trading...”, *loc. cit.*, pág. 59 (enfazando a colocação de administradores *sitting on borrower company boards*); PHILIP COOK, pág. 132 e ss, em esp. 134; PETER FIDLER, págs. 98-99 (a quem pertence o sublinhar da relação entre *a puppet-master and his puppets*, referida num estudo do juiz Millet, responsável pela decisão no caso *Hydrodam*); OLIVER DRENNAN, págs. 176-177; GAUTHAM BHATTACHARYYA, “Re Hydrodam (Corby) Ltd – shadow directors and wrongful trading”, *Comp. Lawyer*, 1994, pág. 152, ID., “Shadow directors and wrongful trading revisited”, *Comp. Lawyer*, 1995, págs. 313-314 (Autor que sublinha a tese restritiva como legado do caso *Hydrodam* e a necessidade de provar uma extensão de interferência que leva à substituição do papel dos administradores e da sua autonomia para chegar aos “*deep pockets and potencial muscle-power*” dos bancos); DERMOT TURING, págs. 245, 246 (Autor que formula muitas reservas em não ver como administrador de facto o banco a quem assiste o poder de veto e de autorização sobre as operações negociais da sociedade); STEPHEN GIRVIN, pág. 422; GEOFFREY WALTERS, págs. 24-25; EILÍS FERRAN, págs. 483-484, 487; PAUL DAVIES, *Gower and Davies’ principles...* cit., pág. 197; FIONA TOLMIE, págs. 35.029-35.030; JAMES O’DONOVAN, *Lender liability*, 2005, págs. 488 e ss, em esp. 490-491 (se não querem ser administradores de facto: não devem participar nas decisões de gestão; devem deixar que sejam os administradores a tomar as estratégias de recuperação, mesmo que tenham feito recomendações anteriores; não devem participar em negociações em nome da sociedade com departamentos governamentais, fornecedores ou credores, ainda que aconselhem os administradores na forma de conduzir essas negociações; não devem participar no *day-to-day management*; etc.), 495 (o motivo para o *lender* dar instruções deve ser indiferente, desde que as dê), 497-498, 499-500; MARK HAPGOOD, págs. 292 (se o banco não deixa *real choice* aos administradores e assume o controlo da política e a execução efectiva da gestão, “há risco real de ser *shadow director*”), 294. Aparentemente numa leitura mais ampla de exclusão da administração de facto mesmo se a *customer/bank relationship* demandar um envolvimento e uma participação directa no processo de decisão da administração, v. FRANCIS BARTLETT, “Shadow director’ – a spectre that haunts the high street banker”, *InsLP*, 1994, págs. 52-53. Para o ordenamento australiano e de Singapura, segue-se (na inspiração inglesa) um mesmo critério de excesso de controlo e de imposição fora da relação contratual e adverte-se para a materialização de comportamentos perigosos: v. G. SYROTA, “Insolvent trading: hidden risks for accountants and banques participating in ‘work outs’”, *UWA Law Review*, 1993, pág. 334, PEARLIE KOCH, págs. 340, 341-342, 345-346 e, em esp., 348-349 e 350, JOHN H. FARRAR, *Corporate governance...* cit., pág. 98.

Essas tomadas de posição na Grã-Bretanha percorrem algumas pronúncias essenciais dos tribunais sobre a recusa ou admissão dessa responsabilidade pelas dívidas da sociedade em liquidação, pronúncias que cresceram depois da entrada em vigor do *Insolvency Act* de 1986: *Re a Company (No. 005009 of 1987)*, *ex parte Copp and another* (**Chancery Division**, de **28 de Abril de 1988**: in *BCLC*, 1989, pág. 13, ss) – conhecido pela não aplicação do “*obviously unsustainable*” test à condição de *shadow director* do banco (págs. 17 e ss, em esp. 21); *Re M C Bacon Ltd.* (**Chancery Division**, de **30 de Novembro de 1989**: in *BCC*, 1990, pág. 78, ss); *Kuwait Asia Bank EC v National Mutual Life Nominees Ltd* (**Privy Council**, de **21 de Maio de 1990** [recurso de decisão do *Court of Appeal* da Nova Zelândia]: in *BCLC*, 1990, pág. 868, ss, em esp. págs. 891 e ss) – banco como sócio e nomeador de dois dos cinco administradores, sujeitos esses que eram simultaneamente seus trabalhadores; *Re PFTZM Ltd (in liquidation) Jourdain & Others v Paul* (**Chancery Division**, de **18 de Novembro de 1994**: in *BCC*, 1995, pág. 280, ss; o juiz sentenciou negativamente: “O ponto central, tal como eu o vejo, é que não estavam a actuar como administradores da sociedade; actuaram na defesa dos seus próprios interesses. (...) Este é um caso em que o credor colocou condições para a continuação do crédito na eminência de *threatened default*”). Em *Re Tasbian Ltd (No. 3)* – **Chancery Division**, **26 de Abril de 1991**; **Court of Appeal**, **11 de Fevereiro de 1992**; cits. a n. 667) –, o maior

financiador da sociedade e seu sócio indica um contabilista para relatar a situação financeira e para aconselhar na recuperação; o seu envolvimento posterior nos negócios da sociedade conduz à discussão sobre a sua qualidade de *de facto* ou *shadow director*.

<sup>677</sup> Em França, o entendimento de entidade bancária como administrador de facto indirecto de sociedade teve, de acordo com as espécies consultadas, um impulso jurisprudencial relevante em dois momentos essenciais.

Primeiro, através da **Cour d'Appel de Paris**, em pronúncia de **3 de Março de 1978** (in *Rec. Dalloz*, 1978, Informations Rapides, pág. 420), para uma entidade bancária que participa no capital da sociedade e que delega os seus interesses num seu colaborador, que coloca a participar activamente na gestão e a impor as “decisões importantes” aos administradores de direito: concordante, MICHEL VASSEUR, “Jurisprudence en matière de droit bancaire – Paris, 17 e 3 mars 1978”, *loc. cit.*, págs. 420-421.

Depois, no caso do “banco Worms”. A **Cour d'Appel de Versailles**, em decisão de **29 de Abril de 2004** (in *JCP, Entreprise et affaires*, 2005, pág. 33, ss), qualificou como *administrateur de fait par personne interposée* o “banco-sociedade-mãe” de um grupo de sociedades financeiras pelo facto de a sociedade financiada ter dois administradores e dois membros da “comissão de estratégia” designados pelo banco (em execução de acordo parassocial em que interviera uma sociedade filial desse banco, que já tinha sido accionista dessa sociedade), por serem esses administradores seus “quadros”-trabalhadores (“director geral” e “director de participações”) e no cumprimento das funções inerentes aos seus contratos de trabalho e, sem possibilidade de se eximir, aos interesses do grupo da *Banque Worms*, e que, assim, eram intermediários que, aos olhos de terceiros, cumpriam acriticamente, como “testas-de-ferro”, as instruções da sua entidade patronal na gestão da sociedade (e, simultaneamente, tais “interpostas pessoas” ainda foram condenados como administradores de direito). Com críticas severas, uma vez que, para além da falência de uma alegada presunção de administração de facto do banco retirada da existência desses contratos de trabalho, a “aparência” sem a demonstração-verificação de “actos positivos e reais de gestão” por parte do banco na determinação das decisões e da política de administração não chega para a subsistência de administração de facto por “interposta pessoa”, v. MARIE-JEANNE CAMPANA, “Note Cour d'Appel Versailles, 13<sup>e</sup> ch., 29 avril 2004 – Condamnation d'une banque en comblement de passif en qualité d'administrateur de fait par personne interposée”, *JCP, Entreprise et affaires*, 2005, págs. 40 e ss, em esp. 41, onde a Autora entende que o tribunal de recurso admitira *contra legem* a categoria do *dirigeant de fait apparent*. Entendendo como juridicamente fundada a decisão judicial, em face de ter surpreendido na hipótese, mais do que uma administração de facto, uma simulação (em rigor, *dissimulação*) por interposição de pessoas no âmbito da administração de direito (que evidenciaria um “mandato oculto” entre o banco e os seus trabalhadores para fugir das responsabilidades do cargo) – tese rejeitada por Campana para explicar a opção do tribunal: págs. 41-42 –, que levou a que os terceiros considerassem a instituição de crédito como o verdadeiro administrador da sociedade, v., ao invés, ALEXIS CONSTANTIN/YVES LÉVY, “Une figure originale de la direction de fait, et un avertissement pour les banques, les sociétés de capital-investissement, et leurs cadres: l'administration de fait par personne interposée”, *Bull. Joly Soc.*, 2004, pág. 1214 e ss; igualmente favorável a esse enquadramento entre um “acto ostensivo” – designação dos dois quadros do banco como administradores – e um “acto secreto” – a representação dos interesses do banco no conselho de administração – e ao alargamento da noção de *dirigeant de fait* a estes casos, v. FRANÇOIS-XAVIER LUCAS, “Responsabilité bancaire: le banquier, administrateur de fait par personne interposée”, *RD Banc. Fin.*, 2004, 4, pág. 272 e n. (9); ainda neste enquadramento, mas crítico quanto à coerência da teoria da simulação (em esp., toda a montagem era ostensiva aos olhos de terceiros), PHILIPPE DELEBECQUE, “«L'administrateur de fait par personne interposée»: une notion à définir”, *JCP, Entreprise et affaires*, 2005, pág. 220 e ss: “entre os administradores de direito aparentes e um administrador de facto oculto, é preciso escolher”; não se logrou “estabelece que a banca se tinha substituído a esse administradores e tinha exercido em seu lugar os poderes que lhes foram conferidos”. A decisão foi confirmada pela **Cour de Cassation** de **27 de Junho de 2006** (in *JCP, Éd. Entreprise et affaires*, 2006, págs. 1629-1630), que sublinhou, em esp., o facto de (pelo menos) um dos administradores “indicados” ter influenciado por indicação do banco a redução ou eliminação do endividamento bancário da sociedade “holding” e de outras sociedades do grupo à custa da sociedade em causa, com transferência, sem contrapartida, do risco para essa sociedade, e, sendo utilizado para tal como intermediário do banco, este realizara, “de facto” e “com toda a independência”, “actos positivos de direcção da sociedade”. Favoráveis: ALAIN LIENHARD, “Une banque peut être administrateur de fait par personne interposée”, *Rec. Dalloz, Cahier Droit des Affaires*, 2006, págs. 1892-1893, e, realçando que a *Chambre commerciale* da *Cassation* evitara recorrer à noção de “interposição de pessoas”, em face das reservas que ela suscitara na relação com os princípios da simulação, YVES REINHARD, “Condamnation en comblement

No âmbito de distribuição em massa aos consumidores de bens e de serviços<sup>680</sup>, ressalta igualmente na experiência estrangeira a acção intrusiva de sociedades e seus representantes ou agentes no âmbito da execução de contratos de franquia e de concessão (que envolvem por natureza *colaboração entre as partes*) para além – ou em execução alargada – do respectivo programa contratual de direitos

---

de passif d'une banque em qualité de dirigeant de fait par l'intermédiaire d'administrateurs salariés de cette banque – Note Cass. com., 27 juin 2006“, *JCP*, Éd. Entreprise et affaires, 2006, 2408, págs. 1630-1631 (“o carácter pessoal do seu mandato não era mais que um subterfúgio!”). Advertindo para a precaução que os banqueiros devem colocar nestas “montagens”, sob pena de responder enquanto empregadores, v. CHRISTOPHE DELATTRE, “L'inlassable travail de la Cour de cassation quant à la détermination de la notion de direction de fait”, *JCP*, Entreprise et affaires, 2007, págs. 23-24 (“Acabou o tempo dos homens de palha?”).

<sup>678</sup> A hipótese não é desconhecida na doutrina portuguesa: MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito bancário*, 2010, pág. 403, na oportunidade em que questiona a possibilidade de responsabilizar um banco credor, por causa de “administração de facto” exercida em relação a um cliente “em perigo”, por força das decisões que tome no exercício de funções de gestão; ANA PERESTRELO OLIVEIRA, “Os credores e o governo societário...”, *loc. cit.*, págs. 95-96 (e, indirectamente, 107-108, quando se refere uma “posição funcional de controlo adquirida pelo mutuante e a intensa susceptibilidade de influência que faculta sobre a gestão da sociedade devedora, existam ou não *covenants*”, e 97, 102, 111, na medida em que a influência sobre a administração faz com que a posição dos “credores controladores” se equipare à do “accionista controlador”, “transformando-o em *insider*” na sociedade; no entanto, a Autora orienta a sua análise para os fazer incorrer em deveres e responsabilidades (v. g., deveres fiduciários) equivalentes aos do verdadeiro e próprio sócio controlador, em esp. tratando da vinculação ao dever de lealdade que vincula o sócio: págs. 111, 123 e ss); porém, em *Grupos de sociedades e deveres de lealdade... cit.*, págs. 279-280, a Autora refere que, “na maior parte dos casos”, não é possível seguir a via de configurar os credores controladores (em referência aos financiadores com “poder de influência especialmente intenso”) como administradores de facto da sociedade devedora.

<sup>679</sup> Não obstante, vemos na Alemanha, no mesmo quadro de ingerência fáctica e influência para concessão ou manutenção de crédito e/ou redução do risco de incumprimento, com a eliminação da acção dos administradores de direito e o ingresso na sociedade devedora de consultores fiduciários, a configuração do banco credor como “*sócio de facto*” da sociedade (nomeadamente para efeitos de aplicação do regime de proibição de distribuição de bens e pagamentos aos sócios: §§ 30, 31, 32a, GmbHG): v. RÜDIGER FROMM, “Banken als faktische Gesellschafter bei Turnaround-Finanzierungen Gefahren für Unternehmen und Kreditinstitute”, *GmbHRundschau*, 2003, págs. 1115-1116, 1117 e ss, no seguimento da decisão do BGH de **13 de Julho de 1992** (in *GmbHRundschau*, 1992, pág. 656, ss, em esp., para a influência sobre a política empresarial e a gestão, pág. 658); no entanto, a exemplificação das págs. 1118 e 1119 correspondem a situações típicas de possível administração de facto, e a passagem da conclusão 1. do Autor a pág. 1120 assim o elucida: “Quanto mais influência (directa ou indirecta) é realizada na gestão operacional, mais provável se vislumbra o perigo da tomada de uma posição como sócio de facto”...

No sentido correcto vão, em contraponto, ROBERT WEIMAR, “Grundprobleme und offene Fragen... (I)”, *loc. cit.*, pág. 476 (enfatizando, mais do que a atribuição de uma *faktische Organqualität*, a aplicação de normas de responsabilidade a quem se aproveita das competências de administração que não lhes cabe), MARKUS GEIßLER, pág. 1109 (chamando a atenção para os representantes dos bancos que tomam influência controladora e iniciativa nas decisões da gestão e, assim, orientam em grande escala a estratégia dos negócios), MARC DINKHOFF, pág. 18 (considerando o *Kreditgeber* se exerce uma influência forte sobre o administrador regular), e HOLGER FLEISCHER, “Zur aktienrechtliche Verantwortlichkeit...”, *loc. cit.*, pág. 527 (sublinhando a gestão de facto do credor bancário na autorização de decisões correspondentes a atribuições típicas do órgão administrativo e na assunção exclusiva dos assuntos financeiros na crise da sociedade, incluindo a exclusividade da negociação com todos os credores sociais).

<sup>680</sup> PINTO MONTEIRO, *Contratos de distribuição comercial – Direito comercial. Relatório*, 2002, págs. 33 e ss, 60 e ss, 71-73 (“todos os distribuidores são *juridicamente independentes* da outra parte – mas todos eles *recebem instruções* desta, aceitam as suas *orientações de política comercial*, sujeitam-se ao seu *controlo e fiscalização*, em ordem à sua (maior ou menor) *integração* em determinada *rede comercial*”).

e obrigações (com relevo para a sujeição aos poderes amplos do franquizador e do concedente – mais intensos, de todo o modo, no primeiro dos casos – em fiscalizar a integração do franquiado e do concessionário na “rede” e na “cadeia de distribuição” e o respeito pelas respectivas “normas” de organização e imagem empresarial e de política comercial) <sup>681</sup>. <sup>682</sup> Como também se regista a ampliação de poderes, até ao

---

<sup>681</sup> Para um caso afirmativo de responsabilização de uma sociedade franquidora em *action en comblement du passif* por extrapolação das prerrogativas contratuais e “ingerência excessiva” na gestão do franquiado, v. a decisão da **Cour de Cassation de 9 de Novembro de 1993** (in *JCP*, 1994, Éd. Générale, II – Jurisprudence, 22304, pág. 309). Favoráveis na doutrina, PHILIPPE LE TORNEAU, “Note Cour de Cassation (Com.), 9 novembre 1993 – L’action en comblement du passif contre un franchiseur dirigeant de fait, ou la frontière entre l’étroite collaboration des parties au contrat de franchise et l’immixtion dans la gestion”, *Rev. Soc.*, 1994, pág. 323 e ss, em esp. 324 (“o franquizador encontra-se perante a necessidade de manter um equilíbrio delicado – que é a arte do funâmbulo – entre por um lado a independência e, por outro, o controlo”), ID., “Note Cour de Cassation (Com.), 19 décembre 1995 – De l’action en responsabilité d’un dirigeant de fait pour insuffisance d’actif, dans une pseudo-franchisage financier”, *Rev. Soc.*, 1996, pág. 351; GEORGES VIRASSAMY, “Note Cass. Com., 9 nov. 1993”, *JCP*, 1994, Éd. Générale, II – Jurisprudence, 22304, pág. 309 e ss, em esp. 310-311 (em que o Autor alerta para a plausível inerência da administração de facto na própria natureza das “relações fornecedores-distribuidores”, tendo em conta a privilegiada determinação das políticas daqueles que se encontram numa clara dependência e subordinação económico-profissional em face do comando e autoridade dos fornecedores, e transporta o raciocínio para a sindicância dos vínculos e obrigações das cláusulas contratuais que atentem contra a independência jurídica do franquiado); DIDIER FERRIER, “Contrats de distribution commerciale – Note Cass. Com., 9 nov. 1993”, *Rec. Dalloz*, 1995, Sommaires commentés, pág. 79; DANIEL TRICOT, pág. 26; PHILIPPE HAEHL, pág. 538 (“Se é exacto que o franquizador transmite um *savoir faire* bem como um «savior-gérer» (...), isso não autoriza a que se substitua ao franquiado”). Antes, numa visão mais lata, a **Cour d’Appel de Rouen**, em aresto de **23 de Maio de 1978** (in *JCP*, 1979, Éd. Générale, II – Jurisprudence, 19235), atribui também a uma sociedade franquiada o estatuto de *dirigeant de fait* por ter ido além do direito de controlo e de verificação da boa execução das obrigações da contraparte, na exacta medida em que impôs directivas na relação com os trabalhadores, em esp. aquando da denúncia de um contrato de trabalho e da fixação de condições oferecidas a um assalariado, e, sendo estes “actos de gestão”, se impôs como o *patron de l’affaire*. Aparentemente favorável, GÉRARD NOTTÉ, “Observations – Cour d’Appel de Rouen, 23 mai 1978”, *JCP*, 1978, Éd. Générale, II – Jurisprudence, 19235, pág. 3/4. Crítico, tendo em consideração a legitimidade de emissão de directivas em várias matérias para o conjunto dos franquiados, v. PAUL LE CANNU, “Direction de fait...”, *loc. cit.*, pág. 8.

Em contrapartida, ainda no direito francês, para a rejeição da qualidade de administrador de facto de uma sociedade concessionária da *Ford France*, v. da **Cour de Cassation**, o aresto de **26 de Outubro de 1999** (in *Boll. Joly Soc.*, 2000, págs. 149-150): não basta, por concretização das estipulações contratuais, o exame dos “locais de actividade” do concessionário, dos seus “stocks”, dos seus contratos, contas, equipamentos e instalações; não basta a intervenção do “*chef de région*” da concedente na campanha de lançamento de um modelo automóvel; não basta a existência de directivas comuns para a contabilidade ou o fornecimento de crédito para o conjunto dos concessionários; não se provou o controlo sobre os trabalhadores nem estrangulamento financeiro sobre a concessão; necessária seria “uma participação na condução geral da sociedade, activa, regular e implicando poder de decisão”. Concordante: PAUL LE CANNU, *últ. est. e loc. cit.*, págs. 6-7 (com exposição da inversão de julgamento nas instâncias inferiores: antes, pela decisão de **30 de Junho de 1997** da **Cour d’Appel de Toulouse**) – mas admitindo que a previsão de actuações do “*chef de région*”, num outro contexto, poderia ser considerado um “índice” de *direction de fait* –, e “Dirigeant de fait et contrat avec la société dirigée... (suite)”, *Bull. Joly Soc.*, 2000, págs. 150-151; parece ser desfavorável, tendo em conta a largueza da actuação do concedente (“Em suma, ele fazia... tudo”), JEAN-PIERRE RÉMERY, “Notion de dirigeant de fait – Cass. com. 26 octobre 1999”, *RJDA*, 1999, pág. 945.

Realçando as situações de dependência e de submissão que os contratos de franquia e de concessão podem gerar (tal como se estivessemos perante um “grupo empresarial muito similar aos grupos de sociedades”, baseado numa relação contratual), levando a que a “alta direcção do negócio do franquiado ou concessionário é exercida pelo franquizador ou concedente” – logo, administração de facto, nomeadamente



âmago da gestão *alheia*, de sociedades ou pessoas singulares que prestam serviços de consultoria e/ou assistência especializada (*professional adviser*), como economistas, advogados ou contabilistas <sup>683</sup>. Sempre se fará o mesmo exame de ultrapassagem da

---

indirecta, em face da concretização das instruções da outra parte no contrato –, JOSÉ LUIS DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., págs. 114 e ss. Em sentido análogo (e também inspirado na experiência francesa), mas sumariamente, NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit. págs. 138 e ss.

Identificando situações de abuso na relação do “principal” com o concessionário, sendo este absorvido por “sócio predador”, v., na doutrina nacional, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social...* cit., pág. 362.

<sup>682</sup> Sobre as notas essenciais e o elenco típico de direitos e obrigações dessas figuras negociais, v., em estudos gerais e com demais referências doutrinárias e jurisprudenciais, MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito comercial* cit., págs. 654 e ss, 673 e ss, 682 e ss (em esp. 686-688: franquias); PINTO MONTEIRO, *últ. ob. cit.*, págs. 37-38, 65 e ss, 70 e ss, 105 e ss (em esp. 108-110), 120 e ss (em esp., 122-123: traços comuns e diferenças); ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos contratos comerciais*, 2009, págs. 446 e ss (para a concessão: as obrigações “podem descaracterizar a independência económica e empresarial do concessionário a ponto de, sob a capa de uma autonomia formal e de uma relação de colaboração, a poder aproximar de uma situação de dependência económica e uma relação de controlo interempresarial”), 451 e ss.

<sup>683</sup> Para o direito inglês: PHILIP COOK, págs. 132, 134; DERMOT TURING, pág. 245; GEOFFREY WALTERS, págs. 25-26/28 (“Se o consultor assume o processo de tomada de decisão em contrapartida do simples conselho e predisposição de alternativas submetidas à escolha do cliente, o consultor profissional fica em perigo de ser tratado como *shadow director*”); JAMES O’DONOVAN, *Lender liability* cit., págs. 486-487, 498-499 – “Conselho não envolve participação na gestão ou processo de decisão. Um consultor não assume o controlo sobre a actividade social ou emite instruções aos administradores designados. Conselho é uma opinião oferecida ou recomendada. É uma forma de orientação que pode ser aceite ou rejeitada; não implica qualquer elemento de obrigação ou imposição”. Concluindo que, depois de dissecar o caso *Re Tasbian Ltd No. 3*, a questão é definir a fronteira entre dar conselho (adoptado ou não pelos administradores) ou emitir directivas ou instruções, v. PEARLIE KOCH, pág. 351.

Neste particular, como sabemos, o § (2) da sec. 251 do CAct 2006 (como antes a 2.ª frase do § (2) da sec. 741 do CAct de 1985) – tal como, em esp., a sec. 251, última frase, do InsAct de 1986 – afasta expressamente da categoria de *shadow director* os consultores profissionais das sociedades no caso mais simples de os administradores actuarem somente em razão do aconselhamento fornecido em face da sua «habilitação profissional» («*professional capacity*»). Na jurisprudência, o já aludido *Re Tasbian Ltd No. 3* é o caso paradigmático de análise – em sentido negativo – da intervenção de um consultor especializado (no caso, um contabilista, Mr. Nixon) na gestão da sociedade, indicado por entidade financeira e simultaneamente sócio: apreciado *infra* em pormenor, Parte III, ponto 11.1.3., n. 1526. Mais tarde, para a qualificação positiva de um fornecedor de matéria prima que alegara o controlo da actividade social em razão da sua “*professional expertise*”, mas que participa efectivamente na gestão, como *de facto director*, v. *Re Moorgate Metals Ltd* da **Chancery Division** de **23 de Março de 1994** (in *BCLC*, 1995, 1, págs. 503, ss, em esp. págs. 517-518); para a resposta negativa perante um contabilista nomeado como “company secretary”, v. *Secretary of State for Trade and Industry v Hickling & Others* da **Chancery Division** de **29 de Março de 1996** (in *BCC*, 1996, pág. 678, ss); ainda para a conclusão afirmativa de um “*management consultant*” e (depois) sócio, v. *Secretary of State for Trade and Industry v Jones & Others* (in *BCC*, 1999, pág. 336, ss, em esp. 349-350); e outros, aludidos *supra*, Parte III, 11.1.3. O preceito inglês influenciou o juízo, na Alemanha, de HOLGER FLEISCHER, “Zur aktienrechtliche Verantwortlichkeit...”, *loc. cit.*, pág. 527, que, porém, não exclui os “casos patológicos” em que os consultores profissionais tomam em suas próprias mãos a direcção da empresa; antes, no mesmo sentido, THOMAS KALIGIN, “Konkursdelikt: Tatsächlicher Geschäftsführer in der GmbH als Normadressat – Anmerkung zum Urteil des BGH vom 22.09.1982”, *BB*, 1983, pág. 790, e MARC DINKHOFF, pág. 109.

Neste cruzamento, JAMES O’DONOVAN, *ibid.*, em esp. pág. 499, tendo em conta que os bancos mutuantes poderiam também actuar no âmbito de aconselhamento “*in a professional capacity*”, entendia aconselhável que os bancos recorressem a consultores externos em vez dos seus próprios quadros de colaboradores; o Autor dá particular ênfase à possibilidade de *vicarious liability* dos *lenders* por actos e omissões dos seus consultores-trabalhadores que colocam em prática as suas instruções e orientações (v.

“linha vermelha” (*ligne rouge*)<sup>684</sup> do controlo legítimo e da impossibilidade de expropriação da independência orgânica<sup>685</sup> para levar a cabo o julgamento da administração de facto.

## 8. Continuação do exercício das funções administrativas depois de terminada ou suspensa a relação de administração

A cessação da relação de administração produz-se com base em várias causas.

Umás são *previsíveis* ou *fisiológicas*, como é o caso do decurso do prazo e da reforma (contratualmente estabelecida) por velhice ou invalidez<sup>686</sup>, outras são

---

págs. 487-488); para esta mesma questão, mas para os administradores nomeados por indicação dos bancos, v., para o direito australiano, JASON PIZER, “Holding an appointer vicariously liable for its nominee director’s wrongdoing – an australian roadmap”, *Co. secur. law journal*, 1997, págs. 81 e ss (responsabilidade em função do *tipo de ilícito* cometido). Por sua vez, novamente em Inglaterra, DERMOT TURING, pág. 245, salienta a possibilidade de os bancos não poderem recorrer à excepção normativa se a actividade de consultoria promovida pela instituições financeiras não for claramente direccionada para realizar interesses da sociedade.

No direito francês, v. a atribuição da qualidade de administrador de facto de uma sociedade exploradora de um hotel à sociedade *Accor*, em face da extrapolação de um contrato de “assistência técnica” e de um contrato de “gestão-management”; a ela se reservava a contratação de pessoal e os licenciamentos, a organização administrativa e financeira do hotel, a definição da política de preços, a negociação dos contratos e a fixação da política comercial: *Soc. Accor c/ Mahieux ès qual*, **Cour de Cassation de 19 de Dezembro de 1995** (in *Rev. Soc.*, 1996, pág. 347, ss). Favorável e consciente da proximidade das circunstâncias do caso a um “*franchisage financier*”, v. PHILIPPE LE TORNEAU, “*Note Cour de Cassation (Com.)*, 19 décembre 1995 – De l’action en responsabilité d’un dirigeant de fait pour insuffisance d’actif, dans une pseudo-franchisage financier”, *Rev. Soc.*, 1996, pág. 351 e ss, em esp. 352; concordante e retirando um princípio para todos os contratantes com a sociedade que se “auto-investam” da maior parte dos poderes dos órgãos legais e acantonem os administradores ao papel de simples executantes das suas resoluções, v. JEAN-PHILIPPE HAEHL, págs. 537-538; vendo a confirmação de uma actividade positiva e independente no seio da administração, YVES CHAPUT, “*Société en difficulté. Assistance technique. Dirigeant de fait – Note Cass. Com.*, 19 déc. 1995”, *Dr. Sociétés*, 1996, pág. 9. Para outros casos julgados pela (inabarcável) jurisprudência francesa – consultor jurídico, auditor da empresa, conselheiro técnico ou da organização, fiscalizador da gestão, etc. –, v. JEAN-JACQUES DAIGRE, “*Note Cass. com.*, 6 octobre 1992 – Celui qui, sous couvert d’un contrat dit «de partenariat interne», se comporte comme un dirigeant de fait et commet des fautes de gestion en prélevant des honoraires excessifs et en détournant la clientèle, est passible d’une action en comblement de l’insuffisance d’actif”, *Bull. Joly*, 1992, págs. 1289-1290 (distinguindo entre o respeito pelos limites do mandato ou do contrato de prestação de serviços e a participação directa nas decisões de gestão), CORINNE SAINT-ALARY-HOUIN, pág. 639 e n. (32-1), MICHEL JEANTIN/PAUL LE CANNU, pág. 568 e n. (4), JACQUES MESTRE/DOMINIQUE VELARDOCCHIO, pág. 268.

<sup>684</sup> PAUL LE CANNU, “*Direction de fait...*”, *loc. cit.*, pág. 8.

<sup>685</sup> ANDRÉ JACQUEMONT, pág. 598, assinala com rigor que acaba por ser o “critério da dependência” que faz correr o risco de qualificação como administradores de facto dos “parceiros contratuais” da sociedade.

<sup>686</sup> V. o art. 402º.

*imprevisíveis* ou *não fisiológicas*, como a renúncia e a destituição <sup>687</sup>. Outras ainda provêm do *exercício da vontade* dos sócios e da sociedade, como o acordo revogatório e a destituição, ao contrário do prazo legal (ou estatutário) ou da nomeação judicial de administrador na sequência de inércia na designação de administradores, cujo efeito extintivo ocorre *independentemente de qualquer vontade social* <sup>688-689</sup>. Não obstante, a lei prevê, para outras circunstâncias, uma declaração de órgãos sociais no caso de um outro facto de extinção imediata: assim se passa, em alguns casos da sociedade anónima, na incapacidade ou incompatibilidade superveniente. Nesta linha considerante da vontade da sociedade, é ainda à falta de vontade dos sócios que se imputa a extinção do cargo administrativo que, adquirido por mor das substituições (para faltas definitivas dos administradores) operadas por intermédio de cooptação ou de designação pelo conselho fiscal (ou fiscal único) ou pela comissão de auditoria, não se viu ratificado na assembleia dos sócios <sup>690</sup>. Ainda noutras, a relação de administração extingue-se por algumas das vicissitudes sofridas pelas sociedades: a extinção dos órgãos das sociedades incorporadas ou fundidas na fusão, das sociedades cindidas, dissolvidas e fundidas-extintas na cisão, das sociedades transformadas na transformação (em função da existência de novos órgãos de administração da sociedade transformada) <sup>691</sup>; a substituição do órgão de administração pelo órgão de liquidação na sociedade dissolvida (antes de encerrada a liquidação sucessiva), sempre que o(s) liquidatário(s) não coincida(m) com o(s) administrador(es) de direito.

---

<sup>687</sup> Obviamente, no domínio da imprevisibilidade, não cabe aqui guarida para o falecimento do administrador, que, sendo fundamento óbvio da extinção sem mais da relação jurídica de administração (e o art. 252º, n.º 4, torna inviável a transmissão da gerência por morte, nem isolada nem juntamente com a quota), não conta para os casos que possibilitam em concreto a continuação das funções próprias do cargo.

<sup>688</sup> É o critério seguido por RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas. Comentário...*, volume III cit., sub art. 256º, págs. 81-82.

<sup>689</sup> O art. 394º, n.º 1 (aplicável ao conselho de administração executivo pela remissão operada pelo art. 426º), dá aos accionistas a faculdade de requerer processo judicial de nomeação de um administrador até que se proceda à eleição do conselho, em virtude das impossibilidades indicadas na 1.ª parte do preceito. Na data da nomeação judicial, os administradores existentes cessam as suas funções: assim manda o n.º 4 do art. 394º. Em rigor, a extinção dos vínculos de administração subsistentes originada pela nomeação judicial deve-se à omissão dos órgãos sociais (administração e sócios) em proceder à escolha ou eleição dos administradores substitutos ou novos. De todo o modo, a caducidade do título é imposto pela lei e não como resultado de um afastamento efectuado pelos órgãos da sociedade.

<sup>690</sup> V. o art. 393º, n.º 4, em referência às als. b) e c) do n.º 3.

<sup>691</sup> V., sobre este último grupo de casos, arts. 112º, n.º 1, al. a), 1.ª parte, 118º, n.º 1 (e 120º), 130º, 151º e 152º, acompanhados pelas observações de RAÚL VENTURA, *últ. ob. cit.*, pág. 82, JOÃO LABAREDA, "A cessação da relação de administração", *Direito societário português - algumas questões*, 1998, págs. 163 e ss, e COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., págs. 147-148.

A relação de administração fáctica pode ser a sucessora de uma relação de administração juridicamente válida e eficaz *na sua génese* – agora a posição de facto vem a enxertar-se numa relação societária que simplesmente exauriu a sua eficácia em razão da superveniência de uma causa de caducidade. Na realidade, se a relação administrativa esgota a sua eficácia por lhe sobrevir alguma causa de decadência dos seus efeitos, seja ela qual for, isso significa que a designação, que não apresentou qualquer defeito, deixa de formalmente ser o suporte *titulado* da relação de administração. Se a esse facto se junta a falta de resignação do administrador *cessante* em abandonar o exercício das suas funções e a continuação da gestão depois da sua renúncia, da destituição ou da expiração temporal do seu “mandato” – por se considerar as mais das vezes ainda o verdadeiro *maître de l’affaire* e a actuar como tal<sup>692</sup>–, entre outros factos, está constituída mais uma categoria típica – e frequente na prática – de possibilidade de administradores de facto <sup>693</sup>.

Vejamos alguns desses factos mais relevantes para o nosso estudo.

### **8.1. Caducidade do título de administração**

#### **8.1.1. Decurso do prazo de designação**

Um dado característico do regime jurídico da administração social da sociedade anónima (e da sociedade em comandita por acções) é a *duração determinada* do cargo de administrador. A vigência do cargo de administrador está informada *imperativamente* pelo *princípio da temporalidade*. O administrador não pode ser nomeado por tempo indefinido nem por períodos de tempo fixados livremente nos estatutos, de acordo com o art. 391º, n.º 3:

«(...) são designados por um período fixado no contrato de sociedade, não excedente a quatro anos civis, contando-se como completo o ano civil em que os

---

<sup>692</sup> JEAN-MARIE MACQUERON, pág. 9 e n. (1).

<sup>693</sup> Em geral, ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, págs. 481-482, aceita que, “se os administradores se mantiverem no exercício das funções não obstante a caducidade, serão considerados *administradores de facto* para efeitos de responsabilidade”. Lá fora, no mesmo sentido, GÉRARD NOTTÉ, *Les dirigeants de fait...* cit., págs. 80 e ss (referindo-se em particular à destituição, à renúncia e à não renovação de funções depois do termo do mandato), LAURENT LEVENEUR, pág. 66, DANIEL TRICOT, pág. 26, MARC DINKOFF, pág. 16, NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., págs. 171-172.

administradores forem designados; na falta de indicação do contrato, entende-se que a designação é feita por quatro anos civis (...)»<sup>694</sup>.<sup>695- 696</sup>.

Na falta de previsão estatutária especial que reduza o prazo legal máximo, o administrador da anónima fica nomeado pelo período máximo de quatro anos (ou

---

<sup>694</sup> Num outro sentido, também é determinado temporalmente o exercício dos administradores que vão *substituir* algum dos administradores para quem se verifica uma falta *individual* definitiva – não gerada pelo decurso do tempo legal ou estatutário para que foram nomeados, que é responsável por uma falta *conjunta* de todos os administradores, antes por outras hipóteses, previstas na lei ou no pacto social, de cessação do cargo *no decurso desse tempo*: renúncia, destituição, incapacidade ou incompatibilidade supervenientes, falecimento, etc.: cfr. RAÚL VENTURA, “Nota sobre a substituição de membros de órgãos de sociedades anónimas”, *Novos estudos sobre sociedades anónimas e sociedades em nome colectivo. Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, 1994 (reimp. 2003), pág. 162 –, sejam os suplentes chamados pelo presidente da mesa da assembleia, sejam os cooptados pelo órgão de administração, sejam os designados pelo conselho fiscal ou pela comissão de auditoria, sejam os eleitos para esse lugar deixado vago (als. *a* a *d*) do n.º 3 do art. 393º). A sua nomeação está *limitada* «até ao fim do período para o qual os administradores foram eleitos», numa espécie de temporalidade *derivada* ou *consequencial* (há uma conexão necessária entre a nomeação originária e a vaga produzida antecipadamente): é o que impõe o art. 393º, n.º 5, o que não pode deixar de ser visto como revelação da força da temporalidade na nossa lei das sociedades comerciais.

Aliás, esta mesma força transmite-se por via *doutrinal* ao regime da «substituição de gerentes» nas sociedades por quotas. No caso de os gerentes “ordinários” serem substituídos por gerentes “substitutos” ou “suplentes”, desde que prevista estatutariamente a possibilidade (e autorização) para a eleição desse tipo de gerentes (e por aplicação analógica, agora, do art. 393º, n.º 1, al. *a*)), o exercício das funções, se houver prazo fixado, “dura até ao fim do período para o qual o gerente substituído tenha sido eleito”: v. RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas. Comentário...*, volume III cit., *sub art.* 253º, págs. 44-45.

Essa mesma força pode ainda ser vista num outro dado *normativo*. O administrador destituído sem “justa causa” tem direito a ser indemnizado pelos danos sofridos. Mas a indemnização não pode exceder o montante das remunerações que presumivelmente receberia *até ao final do período para que foi designado* ou, na hipótese de ser gerente nomeado por tempo indeterminado, o montante que receberia em quatro anos (v. arts. 403º, n.º 5, 430º, n.º 2, 257º, n.º 7).

<sup>695</sup> Para a qualificação como imperativos dos preceitos que consagram o carácter temporário das funções dos administradores (das sociedades anónimas), porque integrados no conjunto de regras caracterizantes do esquema legal do tipo que se pretendem vigentes a todo o momento e sem dependência da vontade modificativa (estatutária e/ou deliberativa) dos sócios, e cuja vigência é esperada por todos aqueles que vierem a fazer parte do grémio social – isto é, por se considerarem que tais normas tutelam os interesses dos *sócios futuros* nas sociedades anónimas –, v. VASCO LOBO XAVIER, *Anulação de deliberação social...* cit., págs. 156 e ss, em esp. n. (61), com referência aos arts. 171º, § único, e 172º (e seu 1º §) do CCom. e indicações doutrinárias.

<sup>696</sup> V. ainda o art. 425º, n.º 2, para os administradores executivos.

Estas normas que impõe o carácter temporário das funções dos administradores *nas sociedades anónimas* são imperativas, não podendo ser estabelecido contratualmente outro regime de duração (indefinida, mais ou menos longa). Sobre esta regra como reflexo do princípio da supremacia da colectividade dos sócios sobre a administração da sociedade, de maneira que a assembleia geral seja colocada, com determinada periodicidade, perante o problema da designação dos membros da administração, v. entre nós VASCO LOBO XAVIER, *últ. ob. cit.*, n. (61) – pág. 157.

Note-se, porém, que seria mais avisado computar o tempo de duração em função dos exercícios sociais, na medida em que, sendo regra a coincidência entre o ano civil e o exercício social, ela pode ser excepcionada, nos termos dos arts. 9º, n.º 1, al. *i*) e 65º-A. Portanto, como pode acontecer que o primeiro exercício anual possa ter uma duração superior a um ano, deve ler-se o art. 391º, n.º 3, como determinando que o período de duração não deve exceder quatro exercícios sociais (linha interpretativa adoptada por PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais* cit., págs. 145 e ss, 721-722). Uma leitura que se conforma, além do mais, com o teor dos arts. 65º, n.ºs 1 («exercício anual») e 5 («encerramento de cada exercício anual»), e 376º, n.º 1 («encerramento do exercício»).

exercícios sociais) consecutivos de duração<sup>697</sup>, não se impedindo a reelegibilidade do mesmo administrador por adicionais períodos de quatro anos ou exercícios<sup>698</sup>.

---

<sup>697</sup> Portanto, os estatutos podem fixar um prazo menor, sem que a lei forneça um prazo *mínimo*. À primeira vista, nada impediria que se fixasse, como prazo de duração dos administradores no cargo e com carácter geral, um período bastante curto (três meses, por ex.). Uma vista mais ponderada da norma do art. 391º, n.º 3, impede-nos, porém, de o caucionar. Na verdade, o preceito dá a entender que o tempo de vigência do cargo se deve fixar por anos *civis* – ou, se assim não for, por exercícios sociais que, em princípio, correspondem a anos de duração. Mas, seja qual for o mês em que se dê início ao exercício das funções, a primeira etapa do “mandato” termina necessariamente no último dia do mês de Dezembro desse primeiro ano civil de funções – «(...) contando-se como completo o ano civil em que os administradores forem designados» – ou no último dia do mês com que coincide o encerramento do primeiro exercício social. (O preceito do CSC veio superar a questão, que se manteve em outros ordenamentos, sobre o critério da duração do exercício de funções dos administradores. De facto, quanto à interpretação da LSQ de 1901, entendeu-se que, “[s]e o período de exercício se acha determinado por ano, este deve contar-se, não por um período de 365 dias, mas sim por um período compreendido entre assembleias gerais ordinárias, continuando a gerência até à reunião da primeira assembleia ordinária que se realize após o termo do prazo”: SANTOS LOURENÇO, *Das sociedades por cotas. Comentario á lei de 11 de Abril de 1901*, II volume, Artigos 26º a 65º, 1926, sub art. 28º, 1926, pág. 24 (com actualização ortográfica), seguindo a doutrina francesa.)

Ora, esta primeira etapa pode ser tanto mais breve quanto mais tarde se der a nomeação (e aceitação) dos administradores. O que pode bem acontecer nos casos de designação originária no acto constituinte da sociedade (logo, quando a sociedade se constitui) ou de nova designação tardia (depois da assembleia geral ordinária). De todo o modo, se assim é, tem de entender-se que os estatutos não podem fixar um termo inferior a um ano, que coincidirá sempre formalmente com o primeiro ano *civil* (não esqueçamos, porém, a regra do art. 65º-A). Se, depois, em concreto, o prazo se revelou extremamente reduzido, isso deve ser tomado em consideração na previsão da cláusula estatutária relativa ao prazo da administração. Os sócios devem ponderar, em particular, a funcionalidade do órgão administrativo, que requer que os seus titulares disponham de uma duração minimamente razoável para o desempenho satisfatório das suas funções, a estabilidade deste desempenho, a fiscalização anual das “contas” da sociedade e da conseqüente responsabilidade pela gestão assim demonstrada e o facto de um prazo mínimo de um ano – que será, quase sempre, menos ao início – implicar o pressuposto normal de caducidade do título e provocar uma intervenção mais frequente da assembleia para efectuar novas designações (argumentos estes que servem para, lá fora, defender um prazo insusceptível de ser marcado abaixo de um ano: v. FRANCISCO VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico de derecho mercantil*, tomo I, volumen 1º, *Comerciantes – Sociedades – Derecho industrial*, 1991, pág. 642, FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, *Comentarios a la ley de sociedades anónimas*, tomo IV, *Administradores*, Artículos 123 a 143, 1994, sub art. 126, pág. 88, FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, “Artículo 126. Comentario”, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, volumen II, Coordinadores: Ignacio Arroyo/José Miguel Embid, 2001, pág. 1316). Com essa ponderação, parece que a lei, ao estatuir um sistema que não vai de data de nomeação a data de caducidade, nem de contrato ou assembleia constituintes ou assembleia electiva a assembleia electiva, antes acerta a contagem logo no primeiro ano (ou no primeiro exercício social, se não houve coincidência entre ambos), por muito curto que este se possa revelar, manifesta a sua preferência por um prazo mínimo de dois anos (ou dois exercícios). E a prática (por tradição) que conhecemos tem confirmado a previsão de um período de dois ou três anos (ou exercícios) – esta observação é partilhada por PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais* cit., pág. 721.

<sup>698</sup> A parte final do art. 391º, n.º 3, inculca uma certa preferência da lei pela reeleição (em detrimento de uma eleição *ex novo*), que se acha compreensível à luz da profissionalização dos gestores e da característica que deriva do modo com que o administrador tem de desempenhar o seu cargo, isto é, com estabilidade. Parece ter-se seguido, no que toca ao ordenamento societário anterior ao CSC, a concepção traduzida na LSQ. O seu art. 28º, § único, estatuiu que «o mandato dos gerentes pode sempre renovar-se», isto para a hipótese de a escritura determinar o período de duração e haver a necessidade de proceder a nova eleição (a outra hipótese, prevista pelo corpo do preceito, era não ser fixado o prazo de duração e haver um exercício contínuo das funções, até, nas palavras da lei, «expressa revogação do mandato»). Porém, o panorama não era uniforme nesta matéria. Quanto às sociedades anónimas, o CCom. deixava a

A norma pretende dotar o exercício do cargo de uma certa *estabilidade e fixação*, atento o generoso prazo máximo que é predeterminado supletivamente pela lei, o que assegura um certo *grau de independência* que os administradores devem ostentar em face dos sócios (em rigor, da assembleia dos sócios) <sup>699</sup>. Todavia, essa estabilidade não é *ilimitada*. É clara a finalidade visada pela lei de, para além de submeter todos os anos a gestão social ao exame e aprovação da assembleia geral (art. 376º, n.º 1), a assembleia renovar de forma expressa a sua confiança, ao menos de quatro em quatro anos, em todos e cada um dos que ocupam o posto de administrador. Assim se limitará o poder dos administradores e, indirectamente, se reforçará o poder dos sócios (ainda que se reconheça que o modelo legal está desvirtuado, nomeadamente nas sociedades anónimas «abertas», onde deverá ser dos administradores em funções que parte a iniciativa para a reeleição <sup>700</sup> ou não de um membro ou para a incorporação de novos membros <sup>701</sup>). <sup>702-703</sup> Poder esse que ainda

---

faculdade da reeleição nas mãos dos sócios. O art. 172º, § 1º, fazia com que competisse aos accionistas, por via dos estipulação nos estatutos, determinar se, «findo o prazo do mandato, *poderá* haver reeleição e, não o determinando, entender-se-á esta proibida». Isto é, no silêncio dos estatutos, a renovação de funções era proibida. Registando a diferença, v. SANTOS LOURENÇO, *Das sociedades por cotas* cit., II volume, *sub art.* 28º, págs. 23-24, PINTO COELHO, *Lições de direito comercial*, Fascículo II, *Obrigações mercantis em geral. Obrigações mercantis em especial (sociedades comerciais)*, 1966, pág. 35.

<sup>699</sup> Neste sentido, v. GUSTAVO MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., pág. 102.

<sup>700</sup> Isto é, renovar o poder de administrar e representar a sociedade a favor de quem exerceu a função no período imediatamente anterior.

<sup>701</sup> No que toca a este facto de “se ter convertido a reeleição num mecanismo automático que permite a autopetuação dos administradores nos seus cargos”, ALONSO UREBA/RONCERO SÁNCHEZ, “Sistema de elección de los consejeros. Comité de nombriamento”, *El gobierno de las sociedades cotizadas*, Coordinador: Gaudencio Esteban Velasco, 1999, págs. 222-223, destacam a redução do papel da assembleia geral a “mero referendo formal da proposta que realizam os próprios administradores”. O que contrasta com um dos principais fundamentos do carácter temporal do cargo de administrador, que é, como vimos, limitar o poder desses mesmos administradores ao submetê-los periodicamente à decisão da assembleia sobre a sua reeleição e, assim, de modo indirecto, reforçar o poder da assembleia (muito incisivo neste ponto é, por ex., FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores...* cit., págs. 113-114). Neste sentido, uma das formas de conseguir uma maior transparência neste procedimento de selecção ou renovação dos administradores é instaurar nas grandes sociedades comissões dentro do próprio conselho de administração que auxiliem nessa tarefa: é a opinião de FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, “Artículo 126. Comentario”, *loc. cit.*, págs. 1315-1316. Que se confirma nos *Relatórios Olivencia* e *Aldama*, *cits.* a n. 490. O primeiro sugeria a criação de “comissões delegadas” de controlo no seio do conselho, compostas exclusivamente por membros externos; entre elas a “comissão de nomeações”, a que se acometeria a função primordial de cuidar da integridade do processo de selecção dos conselheiros e dos altos executivos (cfr. págs. 28-29, e Recomendação 8. do “Código de Bom Governo”, parte III, pág. 65). O segundo, de entre as comissões destinadas a filtrar e a informar as decisões do conselho e, assim, reforçar as garantias de objectividade e reflexão das suas deliberações, elege igualmente uma “comissão de nomeações e retribuições”: sem se compor de conselheiros executivos, ela informaria, com carácter prévio, todas as propostas que o conselho de administração fizesse à assembleia geral para a designação ou cessação de funções dos conselheiros, incluindo os casos de cooptação por parte do próprio conselho (cfr. págs. 37-39).

<sup>702</sup> É o interesse usualmente apontado em Espanha: v., entre outros, FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, *Comentarios a la ley...* cit., *sub art.* 126, pág. 86 – que sublinha o significado de, como outra face da mesma

mais sai reforçado se completarmos o alcance da temporalidade com a norma que admite a destituição *ad nutum* dos administradores (arts. 403º, n.º 1, 430º, n.º 1<sup>704</sup>), ou seja, a faculdade de a sociedade prescindir deles a qualquer momento. Contudo, neste caso, necessário se torna ter presente a condição do n.º 2 e a consequência do n.º 5 do art. 403º (ainda a remissão do art. 430º, n.º 2). No mais importante – a falta de «justa causa» –, a lei prevê a indemnizabilidade dos prejuízos sofridos em consequência do afastamento do administrador, o que obriga a assembleia a considerar os fundamentos que levam à destituição se não quer correr esse risco. Ora, se o regime da destituição *sem justa causa e em qualquer momento* nos leva a fazer pensar que os sócios poderão exercer unilateralmente essa faculdade sem motivos aparentes, baseados numa administração deficiente ou inadequada, acabamos por ajuizar, no fim do círculo hermenêutico, que a lei deseja que tal não aconteça – dando prevalência à estabilidade da relação –, a não ser que ocorram motivos *justificativos* que levem à destituição *antes que se esgote o prazo de vigência do título como administrador*. Esta conclusão não deixa de ser um *plus* à densidade do interesse de permanência que a temporalidade das funções administrativas persegue.<sup>705</sup>

---

moeda, tal ser um “reforço relativo” do poder da assembleia geral –, RODRIGO URÍA/AURELIO MENÉNDEZ/JAVIER GARCÍA DE ENTERRÍA, “La sociedad anónima: órganos sociales. Los administradores”, in RODRIGO URÍA/AURELIO MENÉNDEZ [et all.], *Curso de derecho mercantil*, I, *Empresario, establecimiento mercantil y actividad empresarial. Derecho de la competencia e da la propiedad industrial e intelectual. Derecho de sociedades*, 1999, pág. 901, FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, “Artículo 126. Comentario”, *loc. cit.*, pág. 1315 – que vê no princípio da temporalidade uma norma que constringe a liberdade do próprio conselho de administração, que se vê na necessidade de renovar, periodicamente, a confiança posta nos administradores actuais e justificar as razões por que propõe à assembleia que determinadas pessoas sigam como administradores da sociedade –, FRANCISCO ALONSO ESPINOSA, “Sociedad anónima (VI). Estructura orgánica (2º): el órgano de administración”, in FRANCISCO ALONSO ESPINOSA (Dirección) [et all.], *Curso fundamental de derecho mercantil*, volumen II, *Derecho de sociedades*, 2004, pág. 291, para quem ao regime semelhante da lei espanhola subjaz “a ideia de relativa frequência das mudanças de sócios que são mais próprias da sociedade anónima cotada”.

<sup>703</sup> A prescrição do art. 391º, n.º 3, 1.ª parte, confirma a autonomia privilegiada dos estatutos para a organização da administração social, com a limitação clara de o termo máximo de exercício temporal não poder ser ampliado. Com essa orientação, creio ser válida a cláusula que proíba a reeleição ou aquela outra que limite os períodos sucessivos de reeleição. Só se nada for indicado é que se aplicará a 2.ª parte, *in fine* («sendo permitida a reeleição»). Note-se ainda que na estrutura germânica, a reeleição é proibida sempre que o administrador tenha renunciado ou sido destituído (art. 425º, n.º 3).

<sup>704</sup> Para a sociedade por quotas, a regra da livre destituição (a todo o tempo e sem justa causa) precipita-se no art. 257º, n.º 1, com a ressalva do n.º 7; para a sociedade em nome colectivo, v. o art. 191º, n.º 6 (como excepção para os gerentes não sócios; para estes, diferentemente, vejam-se os n.os 4 e 5 do preceito).

<sup>705</sup> O reconhecimento da faculdade de destituição dos administradores chegou a ser vista como fundamento para que o cargo de administrador fosse visto como temporal porque é essencialmente susceptível de revogação unilateral pelos sócios (assim, cfr. JOAQUÍN GARRIGUES/RODRIGO URÍA, *Comentario a la Ley de sociedades Anónimas*, tomo II, 1976, sub art. 72, pág. 66), sendo a temporalidade apenas absorvida pela possibilidade de destituição. Mas não deverá ser assim vista, pois as razões materiais



Neste duplo sentido, verifica-se que a duração do cargo serve para dar corpo a um princípio de *amovibilidade* dos administradores, que se exteriorizaria de duas formas: ou pelo decurso do prazo de nomeação ou pela destituição segundo o livre critério da assembleia. Formas complementares, desde logo, e complementares se assumem tendo em conta os *efeitos diferentes no exercício da alternativa que traduzem*. A posição do administrador repousa muito na confiança nas qualidades pessoais de um sujeito. Porém, à relação de administração, como relação jurídica de prestações duradouras desejavelmente sujeita a uma limitação temporal, não basta, para garantir essa limitação e a livre disponibilidade da relação, uma faculdade de denúncia unilateral da relação pela sociedade. Os administradores têm a seu cargo, com tendencial exclusividade, amplos poderes de gestão e representação, que lhe conferem autoridade para produzir efeitos jurídicos no património e na esfera de interesses da sociedade. Este dado gera a necessidade de manter a possibilidade de um cancelamento pacífico e ordenado da relação, em nome da autonomia privada e da liberdade da sociedade, que se dará mal com o exercício da faculdade destitutória como forma habitual de extinção do cargo: são os próprios interesses da sociedade que aconselham a afastar a “violência” e a “desordem” que intrinsecamente se colam à revogação *ad nutum* e ao juízo de censura que esta encerra <sup>706</sup>. Por outro lado, no que tange à tutela do interesse do administrador em recuperar a sua liberdade e desligar-se da relação com a sociedade, o estabelecimento de um prazo determinado constitui

---

de uma e outra são diferentes: a destituição não visa, em princípio, satisfazer o interesse da sociedade em não ficar vinculada indefinidamente aos administradores designados; a destituição aparece como um remédio sancionatório *in extremis*, utilizável em termos excepcionais (porque supõe uma eficácia superveniente, actuada unilateralmente e, em regra, quando haja “justa causa” para interromper o funcionamento programado da sociedade) quando a sociedade não pode esperar pelo esgotamento *normal* dos poderes atribuídos ao administrador (ou seja, “quando a temporalidade não basta, permanece sempre a arma representada pela destituição”): nesta linha, v. LUIS CORTÉZ DOMINGUÉZ, “La temporalidad del cargo de administrador en la sociedad anónima”, *RDM*, 1979, págs. 418, 430 e ss (em esp. 436-437). Justamente para uma visão da temporalidade no exercício do cargo de administrador como uma relação de complementaridade entre a revogabilidade *ad nutum* dos membros do órgão executivo e o facto de que o cargo está limitado ao prazo de duração previsto para o exercício do mesmo, cfr. MERCEDES CARID FOSSAS, “La designación de administradores en la escritura de constitución y el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas: doble sentido de la temporalidad, delimitación del nombramiento en el acto constitutivo y caducidad en el cargo”, *RJC*, 1976, págs. 185-186 e 188-189. Vendo a destituição “em qualquer momento” como suporte para se configurar a nomeação do administrador como feita por “tempo determinado”, v. PEDRO MIROSA MARTÍNEZ, “Temporalidad del cargo de administrador de sociedad anónima”, *RJC*, 1985, pág. 110.

<sup>706</sup> Vem de há muito o difundido argumento de CESARE VIVANTE sobre a preferência do decurso do prazo para a renovação do órgão administrativo sem acudir à destituição: “a lei favorece a brevidade do mandato de modo que os administradores possam renovar-se sem necessidade de destituição, *acto hostil que una assembleia difficilmente realiza*” (*Trattato di diritto commerciale*, Volume II cit., pág. 356, itálico meu).

a forma de garantir a sua independência ao poder negar-se a continuar a desempenhar o cargo, não admitindo a reeleição, com a exclusão da concorrência de outras quaisquer razões e sem consequências indemnizatórias se quiser lançar mão da renúncia injustificada.<sup>707</sup>

Mas não é só aquele interesse de estabilidade, mais ou menos mitigado, que motiva a temporalidade da nomeação dos administradores. Assim sendo, é mais fácil uma renovação (total ou de parte) dos membros do órgão de administração, mormente quando o móbil é reorganizar a administração em razão das modificações nos sócios ou no grupo de controlo da sociedade ou possibilitar uma troca com a eleição de pessoas mais idóneas. É curial perceber este sistema como estímulo à diligência e à eficácia dos administradores no exercício das suas funções (num tempo *mínimo* de desempenho da função administrativa), que se deve combinar com o rigor do regime da sua responsabilidade e, mais uma vez, a faculdade(-regra) de destituição *livre*<sup>708</sup>. Diligência essa que será ainda coadjuvada por intermédio da possibilidade, em face da eventual metamorfose dos administradores (ou de uma fracção deles), de outros administradores poderem examinar posteriormente a actuação dos precursores. A temporalidade facilita, por último, o exercício do direito das minorias a obter a eleição de administradores por representação proporcional,

---

<sup>707</sup> Sobre estes interesses da sociedade e dos administradores no ajuizar da complementaridade que vinha a discutir, v., por todos, PEDRO MIROSA MARTÍNEZ, “La temporalidad del cargo...”, *loc. cit.*, págs. 111 e ss.

<sup>708</sup> Não será só de *ordem psicológica* o interesse em limitar a duração das funções administrativas: considerar-se que destituir faz pesar sobre o interessado uma censura implícita, ao invés da decisão de não renovar o cargo, que não apresenta carácter pejorativo e, por isso, é tomada mais facilmente. Como salientou PIERRE-GILES GOURLAY, *Le conseil d'administration de la société anonyme. Organisation et fonctionnement*, 1979, pág. 31 (acompanhado, em Espanha, por MANUEL DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *Estudios de Derecho Mercantil*, I, vol. I, *La empresa y el empresario – Constitución, modificación y extinción de sociedades mercantiles – Uniones de empresas y sociedades*, 1977, pág. 592), a realidade desmente a tutela de tal interesse, já que, na maior parte dos casos, a assembleia que reelege os administradores limitar-se-á a seguir sem discussão as propostas do órgão e, portanto, dos mesmos administradores. Se não houver essa adesão, isso significa que se revelou um dissentimento importante entre o órgão de administração e a (maioria da) assembleia (ou, melhor, entre a maioria e a minoria). Ora, estes desacordos levarão ao uso da faculdade de destituição sem atender a qualquer factor psicológico e os administradores são sabedores dessa elementaridade (diferente seria se só houvesse destituição na ocorrência de “justa causa”). Como sabedores são que da regra da livre revogabilidade (a todo o tempo e independentemente de “justa causa”) – tradicionalmente associada à *perda* ou *falta de confiança* no administrador: v. ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, n. (392) – pág. 257, BRITO CORREIA, *Os administradores...* cit., págs. 699-700 – deriva uma *relativização* da estabilidade conferida pela necessária determinação da longevidade da administração (e com a estabilidade relativizada pela faculdade de destituição *ad nutum* ressentem-se um “certo grau de independência dos administradores no confronto com a assembleia” que é também *ratio* dessa duração determinada: neste ponto, v. GUSTAVO MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., pág. 102).

através dos sistemas estabelecidos pelos n.ºs 1 e 6 do art. 392º<sup>709</sup>, e, no reverso da medalha, evitar o enquistamento dos administradores nomeados pelas minorias.<sup>710</sup>

\*

Ao contrário do carácter temporalmente limitado do título de administrador comum ou administrador executivo, a designação de administradores nos outros tipos sociais não está obrigatoriamente sujeita a um prazo de duração. No que mais importa, o gerente da sociedade por quotas é designado *sem indicação de prazo ou por tempo indeterminado*: será a situação-regra que o art. 256º, 1.ª parte, pressupõe. Nada obsta, todavia, que se estipule uma duração para a vigência do seu título, seja por mor da cláusula estatutária que designa a gerência, seja por efeito da deliberação dos sócios que elege a gerência, seja na declaração em que o ou os sócios (com direito especial) nomeie(m) quem exercerá a gerência, de acordo com a faculdade que lhe(s)

---

<sup>709</sup> As sociedades anónimas com estrutura orgânica tradicional (mas nada impede a sua aplicação às sociedades com outra estrutura) têm dois sistemas de previsão estatutária – o primeiro previsto nos n.ºs 1 a 5, o segundo nos n.ºs 6 e 7: para a sua caracterização, v. COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., págs. 76 e ss –, ao serviço de impedir a exclusão de grupos de accionistas minoritários da designação de membros do conselho de administração (ainda que se tratem de minorias “fortes” na globalidade do capital social) e incentivar uma influência real na sua composição em contraponto ao poder de voto dos accionistas maioritários: por todos, v. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social...* cit., págs. 221-222.

Repare-se que, para o primeiro desses sistemas – eleição isolada por todos os sócios com direito de voto de pessoas indicadas por grupos de accionistas detentores de acções representativas de uma percentagem entre 10 a 20% do capital social –, a lei não permite que os outros administradores sejam eleitos enquanto não forem eleitos os administradores integrados nas listas subscritas por esses grupos de accionistas minoritários (n.º 5 do art. 392º). Assim, não se pode excluir que, no que respeita à eleição originária do conselho de administração, essa seja feita em dois momentos diferentes: elege-se numa assembleia um ou mais administradores propostos pelos minoritários correspondentes, no máximo, a 1/3 do número total de membros do conselho de administração; elege-se numa outra os administradores correspondentes ao número total de membros descontados o ou os administradores eleitos anteriormente ao abrigo da faculdade estatutária prevista no n.º 1 do art. 392º. Nenhuma norma impõe a eleição completa do conselho em virtude de uma única deliberação electiva tomada na mesma assembleia (igualmente com esta visão para o direito italiano, v. MARIO GHIDINI, “Cessazione e sostituzione degli amministratori delle società per azioni”, *Temì*, 1954, pág. 640), nem se vê como se possa impedir os próprios sócios de traduzirem como procedimento complementar ao sistema consagrado estatutariamente essa particularidade para a eleição (“em dois tempos”) para os cargos administrativos.

<sup>710</sup> Para esta bateria de interesses, v. LUIS CORTÉZ DOMÍNGUEZ, págs. 415-416, 431-432, em esp. a sua n. (28), onde identifica os interesses em impor a temporalidade do cargo de administrador – o “carácter indiscutível do princípio geral da temporalidade dos vínculos jurídicos” (de carácter duradouro); “a ideia intuitiva de que não voltar a eleger é diferente de destituir, supondo esta um acto hostil ou, pelo menos, embaraçoso” –, 443 e ss; PEDRO MIROSA MARTÍNEZ, “La temporalidad del cargo...”, *loc. cit.*, pág. 110; FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, *Comentarios a la ley...* cit., sub art. 126, págs. 86-87; ALONSO UREBA/RONCERO SÁNCHEZ, págs. 220-221. Contra o relevo da fundamentação da renovação temporal do órgão administrativo no direito de a minoria nele participar, *maxime* por não ser exercitável quando o administrador é único (o que equivale à renunciabilidade a fazer parte do órgão), v. MANUEL DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *Estudios de Derecho Mercantil*, I, vol. I cit., págs. 591-592.

assiste pelo negócio ou contrato constituinte de sociedade (v. arts. 252º, n.º 2, 2.ª parte, 83º, n.º 1), seja ainda na deliberação da gerência que nomeie, por força dos estatutos, gerente ou gerentes substitutos (v. também o art. 252º, n.º 2, 2.ª parte).<sup>711-</sup>  
<sup>-712</sup> A doutrina encontrou a principal razão para esta diferença tipológica na “diferença de estabilidade dos sócios e respectivos interesses” – “suposta a variabilidade da composição subjectiva da sociedade anónima, a restrita duração das funções dos administradores permite a periódica adaptação dos membros do órgão administrativo, enquanto a suposta estabilidade dos sócios de sociedades por quotas se reflecte na estabilidade da gerência”<sup>713</sup>. Seja como for, embora o traço generalizado às sociedades por quotas seja a duração por tempo indeterminado, a estipulação de prazo final para a relação de gerência coloca-nos no mesmo nível problemático da temporalidade da relação administrativa e da consequente caducidade por mor do decurso desse prazo.

\*\*

A mais usual situação de um administrador continuar a desempenhar as tarefas próprias da gestão é fazê-lo apesar de (e após) ter decorrido o prazo legal ou estatutário (ou deliberado ou declarado, no caso da sociedade por quotas) para que ele foi nomeado. Neste sentido, pode mesmo dizer-se que a temporalidade do cargo administrativo tem como inconveniente mais certo a possibilidade de caducar a nomeação sem que se tenha oportunamente procedido à eleição de outros<sup>714</sup>. Este

---

<sup>711</sup> Esta delimitação no tempo para estas fontes *societárias* de delimitação temporal do cargo na sociedade por quotas não depende de o pacto a consentir previamente: no mesmo sentido, RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas. Comentário...*, volume III cit., *sub* art. 256º, pág. 80, PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais* cit., pág. 682.

<sup>712</sup> Por sua vez, será imperativamente *com prazo* a nomeação de gerente quando feita pelo tribunal, ainda que um prazo *incerto*: o art. 253º, n.º 3, 2.ª parte, manda que o gerente exerça as funções correspondentes «até a situação [substituição do gerente que falta definitivamente e cuja intervenção é necessária por força do contrato para a representação da sociedade] ser regularizada».

Finalmente, os sócios que assumem os poderes (e deveres) da gerência sempre que faltarem definitivamente *todos os gerentes* têm também à sua frente um cargo *necessariamente determinado no tempo*, ainda que mais uma vez com prazo *incerto*: a 2.ª parte do art. 253º, n.º 2, determina que exercem as suas funções «até que sejam designados gerentes».

<sup>713</sup> RAÚL VENTURA, *últ. ob. e loc. cit.*

<sup>714</sup> Foi por isso que, em Espanha, no momento em que se analisava a revisão da lei das sociedades anónimas, se propugnou *de lege ferenda* as nomeações dos administradores sem sujeição a prazo: v. MANUEL DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, “Carácter temporal del cargo de administrador de las sociedades anónimas (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1978)”, *RDM*, 1979, págs. 281, 300. Baseava-se tal opinião no facto de a renovação periódica não se cumprir, fosse por inadvertência fosse por descuido, e, assim, originar-se o “gravíssimo problema” que comporta a existência de sociedades

risco foi tido em conta pelo nosso CSC: os arts. 391º, n.º 4, e 425º, n.º 3, impõem que os administradores se mantenham em funções até *nova* designação. O que tem conduzido a nossa doutrina a considerar que o decurso do prazo não gera *per se* o término do enlace com a sociedade anónima (e com a sociedade por quotas, uma vez convocada analogicamente a regra do art. 391º, n.º 4, nos termos do art. 2º, em face da lacuna do art. 256º<sup>715</sup>)<sup>716</sup>.

A caducidade do título legitimador da função – *rectius*, o termo da sua eficácia pelo curso do tempo para que foram os administradores nomeados – é vista como um facto extintivo *composto*, integrado pelos dois factores: o termo do prazo e a designação sucessiva de outro (ou o mesmo) administrador.<sup>717</sup> De maneira que, se

---

administradas de facto por gestores cujos poderes caducaram. Como a experiência demonstrara que eram “muitíssimos os casos” em que caducavam as nomeações sem que as sociedades respectivas tivessem reeleito (ao menos formalmente) os administradores ou eleito outros novos, prognosticava-se então que as situações anómalas (“sociedades carentes de administradores *de iure*”) experimentassem um considerável aumento.

<sup>715</sup> A favor da aplicação desse regime por analogia na sociedade por quotas, v. o Ac. da **Relação de Lisboa, de 29 de Abril de 2008** (in *www.dgsi.pt*, processo 1413/2008-1) – em esp. pág. 6/8 (“... as razões que na sociedade anónima impõem uma transição sem interrupções da administração para o novo titular do cargo são as mesmas que aconselham a que a sociedade por quotas não fique privada de gerência, enquanto não são designados novos titulares. A sucessão dos gerentes deve, portanto, ser feita igualmente sem incidentes nem vazio de poder de decisão ou de representação da sociedade na sua actividade normal”); MENEZES CORDEIRO, “Sociedade por quotas – poderes do gerente – cessação de funções (Tribunal da Relação de Lisboa, Acórdão de 29 de Abril de 2008): Anotação”, *RDS* n.º 1, 2009, págs. 234-235, DIOGO PEREIRA DUARTE, *Código das Sociedades Comerciais anotado...* cit., *sub art.* 256º, pág. 745, anot. 4.

Por outro lado, mesmo que todos os gerentes (ou o gerente único) da sociedade por quotas vissem caducado o seu título por força da sua duração (uma vez expressa no âmbito da supletividade oferecida pelo tipo quotista), não parece que se deva aplicar o art. 253º, n.º 1 (assunção dos poderes da gerência pelos sócios). Deve prevalecer a regra especial do art. 391º, n.º 4, e interpretar-se restritivamente o art. 253º, n.º 1 (não aplicação sempre que a falta definitiva de todos os gerentes ou o gerente único seja devida a caducidade temporal).

<sup>716</sup> E o mesmo se deveria defender para as restantes sociedades típicas, desde que, obviamente, os cargos de gerência ficassem sujeitos a um prazo final: é a doutrina de JOÃO LABAREDA, “A cessação da relação de administração”, *loc. cit.*, n. (97) – pág. 156.

<sup>717</sup> V. BRITO CORREIA, *Os administradores...* cit., págs. 638-639 – “[...] não parece razoável entender ... [a lei] no sentido de impor a cessação das funções no dia em que se complete o prazo estatutário (ou o legal [...]), mesmo que não tenha sido possível (por hipótese, por motivos justificados) reunir a assembleia geral para eleger novos administradores. A lei não deseja certamente impedir o funcionamento da administração em casos como esse”; NOGUEIRA SERENS, *Notas sobre a sociedade anónima* cit., pág. 69 (“para evitar «vazios de poder»”); JOÃO LABAREDA, *últ. est. e loc. cits.*, págs. 156-157 (admitindo que a “chegada do fim do prazo da designação” determine *ipso facto* o termo da relação de administração apenas se houver estipulação entre a sociedade e o gestor no sentido da extinção automática do vínculo, tenha ou não sido nomeado o substituto); MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, I volume cit., págs. 891-892 e n. (2493) – “[...] a caducidade opera aqui, apenas, quando haja nova designação...” –, ID., *Código das Sociedades Comerciais anotado...* cit., *sub art.* 391º, pág. 1050, anots. 12-13 – a caducidade ocorre “pelo termo do mandato acrescido do período eventualmente necessário à substituição”, ou seja, “quando a nova designação se torne eficaz” e “isso mesmo caso, por essa via, se ultrapasse a duração para ele fixada”; COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., págs. 145-146; MARIA JOÃO DIAS, págs.

alinhamos por este diapasão, a administração de direito se prolonga até essa designação.<sup>718</sup>

Será assim? A resposta encaminha-me, antes de mais, a um breve percurso além-fronteiras.

\*\*\*

É interessante verificar a tomada de posição da lei espanhola, onde poderemos ver actualmente uma coincidência entre o regime da sociedade de responsabilidade limitada e o da sociedade anónima (não era assim, mas o art. 145, n.º 1, do RRME de 1996 – *rectius*, as críticas que lhe foram movidas<sup>719</sup> – forçou a uniformidade no que respeita ao *dies ad quem*<sup>720</sup>). Em matéria de cômputo do prazo de duração do cargo de administrador, tanto para o primeiro desses tipos – anterior art. 60, n.º 2, da LSRLE: desde que «os estatutos estabeleçam prazo determinado» – como para o segundo desses tipos – anterior art. 126, n.º 3, da LSAE<sup>721</sup> – se diz, agora no art. 222 da LSCE, que a nomeação dos administradores *caduca* quando, esgotado o prazo (que é de seis anos, no máximo, para as sociedades anónimas, ainda que se salvguarde a liberdade de conformação estatutária no n.º 2 do art. 221 da LSCE), se tenha realizado a assembleia geral seguinte (em que *extraordinariamente* ou *ordinariamente* haja oportunidade para se renovar a administração) *ou* tenha decorrido o término legal para a realização da assembleia ordinária que deva decidir a aprovação das contas do exercício anterior<sup>722-723</sup>.

---

218-219. Aparentemente contrário, considerando o decurso do prazo necessariamente como facto extintivo, RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas. Comentário...*, volume III cit., sub art. 256º, pág. 82.

<sup>718</sup> Não é esta a resposta de outra corrente, mas este resultado parece estar implícito numa outra (sua) alegação. Só assim se justificará que, ainda que no intuito de abrigar o interesse de o administrador pôr termo às funções que subsistem de acordo com o art. 391º, n.º 4, e impedir o eventual inconveniente de surgir responsabilidade decorrente da permanência no cargo (e mesmo que verificada a cessação de funções pelo decurso do tempo do cargo), PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais* cit., pág. 761, permita a esse administrador apresentar *renúncia* “nos mesmos termos em que o pode fazer no decurso do mandato”. Não há neste discurso qualquer referência a administração de direito vs administração de facto. Porém, ou se entende que o administrador ainda é de direito ou, em alternativa, se entende que o administrador de facto é equiparado ao administrador de direito para este efeito de acudir à renúncia para colocar termo ao exercício de funções.

<sup>719</sup> Exemplificativamente, EDUARDO POLO, *Los administradores...* cit., págs. 123-124.

<sup>720</sup> Cfr. NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., pág. 119.

<sup>721</sup> Este número foi inserido pela Ley 19/2005, de 19 de Novembro.

<sup>722</sup> O prazo corresponde aos primeiros seis meses de cada exercício, o que normalmente corresponderá aos primeiros seis meses do ano: cfr. arts. 95, n.º 1, e 9, al. j) – se não houver disposição estatutária contrária, o exercício social termina a 31 de Dezembro –, da LSAE, e 45, n.º 2, e 13, al. c), da LSRLE; v. agora os arts. 164, n.º 1, e 26 da LSCE.

Este preceito reparte a doutrina em dois sectores. Um é partidário de que o vencimento do prazo determina a caducidade *automática* da nomeação, mas tal não implica a cessação imediata do cargo de administrador. Quer dizer, só se extinguem as faculdades e atribuições próprias do cargo instituído a favor do nomeado quando, *além de vencido o prazo de nomeação*, se produza alguma daquelas duas situações <sup>724</sup>. O outro não aceita a automaticidade da caducidade da nomeação no momento em que se vence o prazo, antes propugna uma espécie de prorrogação *ex lege* da nomeação, que, ditando que o administrador se encontra em pleno exercício das suas faculdades, vai desde a data de expiração do período de administração até ao momento da caducidade *do cargo*, de tal maneira que, no limite, a celebração da assembleia seguinte (seja de que tipo for), ou o mero decurso do termo legal para a realização da assembleia ordinária, provoca a caducidade da nomeação <sup>725</sup>.

---

<sup>723</sup> Antes dessa uniformização discutiam-se duas possibilidades de interpretação no que toca ao momento da caducidade da nomeação: ou entender que o prazo se contaria por períodos de doze meses desde a nomeação até à expiração (de “data a data”) – Cano Fernández, por ex. –, ou adoptar a compreensão de que o prazo se havia de contar de “assembleia a assembleia”, isto é, desde a assembleia em que se produziu a designação até à assembleia correspondente ao ano em que se vence o prazo de duração – Garrigues/Uría, Cámara Álvarez, Carid Fossas. Cfr., por todos e com as várias indicações bibliográficas, FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, *Provisión de vacantes en el Consejo de Administración de la sociedad anónima (la cooptación)*, 1994, n. (943) – pág. 321. O actual ordenamento societário ficou mais vizinho da “terceira via interpretativa” (ou correctiva da segunda) expendida por PEDRO MIROSA MARTÍNEZ, *El cese de los administradores de la sociedad anónima*, 1981, págs. 512-513: adoptar a data da celebração da primeira assembleia geral, ordinária ou extraordinária, que se celebre depois da data de vencimento da nomeação. E integra as mais válidas contribuições doutrinárias com o fim de evitar uma dilação injustificada da nova designação: se a nomeação tivesse sido feita em assembleia geral ordinária, a caducidade produzir-se-ia uma vez decorrido o prazo legal para a celebração da assembleia geral ordinária do último ano do cargo; se a nomeação tivesse sido feita em assembleia geral extraordinária, produzir-se-ia uma prorrogação até que se celebrasse a primeira assembleia geral (extraordinária ou ordinária) e, em todo o caso, uma vez esgotado o prazo legal para a celebração da assembleia geral ordinária: cfr. EDUARDO POLO, *Los administradores...* cit., págs. 123-125, FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, *Comentarios a la ley...* cit., sub art. 126, págs. 92-93, FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, “Artículo 126. Comentario”, *loc. cit.*, pág. 1319 (que destaca não ser essa última hipótese apenas para ser convocada para a falta indevida de celebração da assembleia ordinária).

<sup>724</sup> V., essencialmente, FRANCESCO ALONSO ESPINOSA, pág. 291.

<sup>725</sup> Ainda que antes da alteração do art. 126 da LSAE e sob o jugo da precursora estatuição do art. 145, n.º 1, do RRME, devemos incluir aqui EDUARDO POLO, *Los administradores...* cit., págs. 123, 128-129, ID., “El nuevo Reglamento el Registro Mercantil y los órganos de las sociedades de capital”, *RGD*, 1997, pág. 9129; FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, *Comentarios a la Ley...* cit., pág. 91; FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, *Provisión de vacantes...* cit., págs. 323, 328-329 (bem como em “Artículo 126. Comentario”, *loc. cit.*, pág. 1319); MANUEL MARÍA SÁNCHEZ ÁLVAREZ, “Responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, págs. 329-330 (adepto de uma prorrogação “tácita e substancial” do mandato); NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., pág. 119; ANTONIO MOYA JIMÉNEZ, págs. 70-71; para a sociedade de responsabilidade limitada, v. RODRIGO URÍA/AURELIO MENÉNDEZ/JUAN IGLESIAS PRADA, “La sociedad de responsabilidad limitada. Órganos sociales: II. Los administradores”, in RODRIGO URÍA/AURELIO MENÉNDEZ [et all.], *Curso de derecho mercantil*, I, *Empresario, establecimiento mercantil y actividad empresarial. Derecho de la competencia e da la propiedad industrial e intelectual. Derecho de sociedades*, 1999, pág. 1134; depois da LSCE, v. LUIZ FÉRNANDEZ DE LA GÁNDARA, *Derecho de sociedades*, volumen I, 2010, pág. 702. Esta corrente, aparentemente maioritária, segue o critério da computação do prazo de

É neste campo que se veio alegar este desenho normativo como responsável pela acentuação da *excepcionalidade* da construção do administrador de facto, fundamentalmente ancorado em redor da caducidade temporal do cargo desde finais da década de 60 do século anterior. Na realidade, ao acolher-se de forma explícita a solução que propugnava estender a vigência da nomeação – ou os seus efeitos, para a outra corrente – até à reunião da assembleia dos sócios, desaparecerá uma das possíveis causas ou motivos que podia dar lugar à figura: “com efeito, não parece que possa falar-se de administrador de facto para caracterizar a situação dos titulares do órgão de administração entre a data em que haja «vencido o prazo» e a celebração da «assembleia geral seguinte»”; “até essa assembleia, o administrador é «de direito»”<sup>726,727</sup> Por sua via, deixa de ser possível, de acordo com esta doutrina, amparar a permanência em funções dos administradores com “nomeação caducada”

---

“assembleia a assembleia”, que era preconizado pela doutrina anterior à revisão da LSAE (cfr. *supra*, n. 721): v., para captar a argumentação – basicamente assente na intenção da lei em evitar a paralisação da sociedade por falta de titulares encarregados da gestão e da representação social –, JOAQUÍN GARRIGUES/RODRIGO URÍA, *sub art. 72*, págs. 65-66, 85, MERCEDES CARID FOSSAS, pág. 211, MANUEL DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *Estudios de Derecho Mercantil*, I, vol. I cit., pág. 595.

<sup>726</sup> Para este ponto, e suas transcrições, cfr. FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, *Provisión de vacantes...* cit., págs. 336, 337; ID., “Artículo 126. Comentario”, *loc. cit.*, pág. 1321.

<sup>727</sup> Igualmente contra o formato de uma administração de facto entre estes dois momentos (ou o decurso do prazo legal para a reunião dessa assembleia geral ordinária), antes haverá ainda administração *de iure*, v. FERNANDO RODRÍGUEZ ARTIGAS/GAUDENCIO ESTEBAN VELASCO, “Los órganos de la sociedad anónima”, *Jornadas sobre el nuevo régimen jurídico de la sociedad anónima*, 1991, pág. 122; MANUEL DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, “La administración de la sociedad anónima”, *RJN*, 1992, págs. 126-127: “(...) até que tenha decorrido o termo legal para a realização da assembleia ordinária a nomeação deve considerar-se em vigor”; MANUEL MARÍA SÁNCHEZ ÁLVAREZ, “Responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, pág. 330, para quem se mantém, por necessidade, a legitimidade para convocar a assembleia de “renovação dos cargos” e, por maioria de razão, a competência externa para representar a sociedade até que se cancele no registo a inscrição de nomeação e as competências e obrigações internas, nomeadamente os deveres de diligência e lealdade; LUIS FERNANDÉZ DE LA GÁNDARA, “El régimen de responsabilidad...”, *loc. cit.*, pág. 47, e *Derecho de sociedades*, volumen I cit., págs. 771-772, Autor que considera excepcionalmente o administrador com nomeação caducada como um administrador de direito, por beneficiar de uma prorrogação tácita à falta de, chegado o momento do vencimento, não se proceder à reeleição ou a nova nomeação; NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., págs. 119-120 – “(...) durante esta dilação temporal, o administrador continuará a ser de direito e não de facto”; “(...) um caso claro de administração de direito, que, não obstante o vencimento do prazo, há de permanecer no cargo até à assembleia geral seguinte”; FRANCISCO VICENT CHULIÁ, *Introducción al derecho mercantil*, 2006, pág. 413 – “[a] partir desse momento, parece que se aplicará a doutrina do administrador de facto, para todos os efeitos: por exemplo, o art. 133.2 LSA, para [aferir] a sua responsabilidade” (destaquei); ANTONIO MOYA JIMÉNEZ, págs. 70-71.

Contra e favoráveis à existência imediata de um administrador de facto: JESÚS QUIJANO GONZALEZ, *La responsabilidad civil de los administradores...* cit., pág. 352; FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, *Comentarios a la ley...* cit., *sub art. 141*, pág. 504, ID., *Los administradores...* cit., pág. 157; JOSÉ LUIZ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., pág. 140; JUSTINO DUQUE DOMÍNGUEZ, “Del texto refundido...”, *loc. cit.*, pág. 283, na medida em que configura como administrador de facto aquele que não dispõe de “título habilitante” por ter *simplesmente* caducado o seu mandato e continuar a exercer as funções próprias do mesmo.



numa presumida *reeleição tácita*, como se fez orientação pujante durante muitos anos no vizinho espanhol.

No sistema legal anterior, guiado pelo art. 72 da LSAE de 1951 («Os administradores designados no acto constitutivo não poderão exercer o seu cargo por um período superior a cinco anos, e poderão, não obstante, ser indefinidamente reeleitos»: 1º §), era manifesto que a caducidade da nomeação operava, como princípio geral, de forma automática. Com frequência inusitada se presenciava a prática de algumas sociedades, em geral de poucos sócios e com reduzido número de administradores (ou administrador único), que deixavam expirar o prazo de vigência do art. 72, ou qualquer outro previsto estatutariamente, sem proceder à reeleição ou sem realizar novas nomeações, seguindo os administradores cessantes a entabular relações jurídicas sob o jugo da firma social. Foi neste ambiente que a DGRNE adoptou um mecanismo *corrector* dos efeitos prejudiciais que a estrita aplicação da decadência imediata no cargo poderia acarretar para o órgão administrativo – assim recusando que a caducidade operasse de forma automática e a continuidade orgânica fosse preservada –, que ficou conhecida como a “doutrina do administrador de facto”.

Esta construção dava resposta à possibilidade de os administradores com “cargo caducado” (por se ter vencido o prazo, legal ou estatutário, da sua nomeação), ou que deixavam de exercer as suas funções, persistirem em desempenhar o seu cargo. Nestas hipóteses, a DGRNE sustentou que se produzia uma *prorrogação tácita* ou *reeleição de facto*. Os administradores como que se prorrogavam de facto em funções, a fim de assegurar a *subsistência* da sociedade e evitar uma situação de *vazio* na administração e na representação legal.

Esta primeira aproximação da jurisprudência notarial-registal à figura surge com a **Resolução da DGRNE de 24 de Junho de 1968**<sup>728</sup>, que corporizou a

---

<sup>728</sup> Esta pronúncia (Res. 3662, consultada in *RAJ*, 1968, II, págs. 2458-2459) incidiu sobre uma sociedade anónima de número reduzido de accionistas (e todos administradores) em que se tinham realizado assembleias, universais e convocadas pelos administradores depois de extinto o prazo do respectivo cargo, e se tinham adoptado deliberações (de modificação de estatutos, de afastamento de um dos administradores com cargo caducado e de nomeação de outro novo), que foram objecto de inscrição registal (e, no caso da alteração estatutária, de prévia outorga de escritura pública pelos antigos administradores), além de, numa delas, se reflectir a composição de todos os membros do Conselho de Administração, tanto os membros primitivos, com o prazo caducado, como os de nova nomeação. Neste contexto, a DGRNE declarou válida a deliberação de aumento de capital aprovada em assembleia geral convocada pelos administradores cujo mandato caducara e não tinham sido reeleitos. Esta tomada de posição supostamente seguiria o sentido que subjazia à **Resolução de 26 de Fevereiro de 1953** (Res. 1114, in *RAJ*, 1953, págs. 715-716), pois nessa oportunidade a DGRNE entendeu não conferir validade à convocatória de uma assembleia geral efectuada pelo Presidente do Conselho de Administração que à data se encontrava destituído: “ainda que aparecesse ainda o seu nome no Registo Comercial, é evidente que que

finalidade de impedir a paralisação, ainda que temporal, da sociedade, por impossibilidade de actuação dos seus órgãos sociais. A ela poderia conduzir a negação de toda a actuação válida por parte dos administradores com a nomeação caducada, quando a sociedade não podia ficar acéfala por falta de cargo reitor e inoperante pelo afastamento das pessoas que gerem os assuntos sociais e a representam<sup>729</sup> – ainda por cima um órgão de “existência permanente”, como foi dito pela DGRNE. Essa consequência era contrária ao superior princípio de

não estava legitimado para fazer tal convocatória, faculdade que a Lei atribui aos administradores efectivos da sociedade, uma vez que neste caso a inscrição não tem virtualidade suficiente para se opor e triunfar sobre uma realidade extra-registal conhecida pelos sócios, tratando-se de relações internas entre os mesmos, a Companhia e os seus órgãos representativos” (*Considerando 2º*). Ora, no caso de 1968, atendendo às circunstâncias que comecei por narrar, a convocatória fora feita por quem tinha legitimidade (e a assembleia validamente constituída), uma vez que a condição de administrador se verificava em função de, continuando a actuar os que haviam sido anteriormente designados, a sociedade ter “prorrogado de facto” o mandato desses administradores.

A Resolução de 1968 apoiou-se, por outro lado, na tutela da “boa fé que preside às relações mercantis”, o que supõe a protecção dos terceiros que contrataram com a sociedade e que confiaram que os administradores actuam com base em título eficaz, e na “doutrina dos actos próprios”, já que todos os sócios eram administradores e a sua conduta continuada sancionava a sua reeleição (tácita, depreende-se) como administradores. O que foi bem aceite pelos seus comentadores. O mais claro foi PÉREZ ESCOLAR, “Los administradores de hecho y su actuación en el tráfico. Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de junio de 1968”, *RDM*, 1968. No que respeita à prorrogação tácita do exercício dos cargos, opinou que era evidente não ser de invocar a caducidade das designações quando a prática ininterrupta confirma a legitimação dos administradores para o desempenho das funções: *in casu*, todos os sócios eram administradores ou estavam representados no conselho de administração, pelo que resultava inequívoco que *por actos próprios* corroboravam a vigência das nomeações originárias e o exercício das funções inerentes, convocando a assembleia e executando as deliberações aprovadas (págs. 407, 409). Esta edificação – entender que existe uma reeleição tácita ou de facto – foi suportada por JOAQUIN GARRIGUES/RODRIGO URÍA, *sub art. 72*, pág. 71, MANUEL DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *Estudios de Derecho Mercantil*, I, vol. I cit., pág. 594 – “(...) se a assembleia geral, reunida depois do vencimento do prazo, não designa novos administradores, reelegeu *de facto* os antigos (...). Seria absolutamente arbitrário que a sociedade pudesse desconhecer a validade e eficácia dos actos realizados pelos administradores cujo mandato caducara, não obstante porfiarem em exercer o cargo com a aquiescência tácita da assembleia, o que deixaria os terceiros sem outro remédio que não o recurso às normas do Código Civil reguladoras da gestão de negócios”; OLIVARES JAMES, pág. 316 (“Ou se admite a reeleição de facto, caso em que o administrador permanece sendo «de iure», ou se nega aquela, surgindo a situação «de facto» que nos conduz à gestão de negócios sem mandato”); PEDRO MIROSA MARTÍNEZ, *El cese...* cit., pág. 533. Depois, acrescenta Pérez Escolar: ao exigir aos administradores nessas condições, sempre que se emita um cheque, aceita uma letra, solicita o fornecimento de mercadorias, que certificassem essa circunstância, mediante comprovação junto do registo comercial ou solicitando a documentação social (estatutos e/ou certificado de vigência do provimento), tal significaria, o que não aprova, “introduzir o predomínio da forma no âmbito jurídico-comercial sobre a flexibilidade de actuação que dimana directamente do princípio da boa fé” (págs. 413-414).

Sob um outro prisma, já nosso conhecido, a doutrina evidencia que a DGRNE partiu, implicitamente, da contagem do tempo de exercício do cargo de “data a data”, uma vez que grande parte do sentido da sua construção se perde na contagem feita “de assembleia a assembleia”: v. FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, *Provisión de vacantes...* cit., n. (974) – pág. 333. Ao invés, essa modalidade de contagem foi claramente reconhecida pela **Resolução de 21 de Maio de 1986** (Res. 3041, in *RAJ*, 1986, II, págs. 2931-2932).

<sup>729</sup> Desde logo ficaria impedida, com excepção de se cumprir uma assembleia universal, nas circunstâncias excepcionais em que tal situação tem lugar, a convocação da assembleia de sócios destinada a designar os administradores depois de decorrido o prazo dos anteriores, por “não haver pessoa alguma que ostentasse o cargo” (*Considerando 8º* da Res. 3662, de 24 de Junho de 1968).

“conservação da empresa”, que se deveria superiorizar ao princípio da “temporalidade” do cargo de administrador. É precisamente este princípio e aquelas razões que legitimariam a concessão de faculdades e competências aos “administradores caducados”. Sendo que essas se legitimam nas assembleias gerais que, reunidas após o vencimento dos prazos de caducidade, não adoptam qualquer decisão sobre a renovação dos cargos ou na continuidade de exercício dos cargos administrativos sem que, nas sociedade familiares de poucos sócios, conhecedores dessa circunstância, se oponham: verdadeiros *factos básicos* que permitiriam presumir a aludida renovação tácita <sup>730</sup>.

No entanto, se a Resolução de 1968 parecia admitir a validade de *qualquer* actuação realizada *fora do prazo* pelo administrador <sup>731</sup>, as decisões subsequentes admitiram *restritivamente* a sua intervenção para realizar única e exclusivamente determinados actos que fossem vitais para regularizar o órgão administrativo e assegurar o funcionamento da sociedade, *sem que se reconhecessem como válidas outras possíveis actuações*. Logo, não todas as que lhes caberiam como administradores de direito: por outras palavras, a possibilidade de prorrogação de facto admitir-se-ia quando os administradores actuassem para tomar decisões que afectassem só a “ordem interna corporativa” – seria a hipótese da convocação da assembleia geral de sócios com o fim de proceder à reeleição ou renovação dos titulares do órgão –, enquanto que tal possibilidade seria de afastar quando tratasse de contratar com terceiros <sup>732</sup>. É nesta linha que se enquadram, entre outras, as **Resoluções de 24 de Maio de 1974** <sup>733</sup>, de **12 de Maio de 1978**<sup>734</sup>, de **18 de Junho de 1979** <sup>735</sup> e de **13 de Maio de 1998** <sup>736</sup>.

---

<sup>730</sup> Neste sentido, v. MANUEL DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *Estudios de Derecho Mercantil*, I, vol. I cit., n. (149) – pág. 595.

<sup>731</sup> Tal como foi pressuposto pela **Resolução de 30 de Maio de 1974** (in *RAJ*, 1974, II, pág. 2341, seg.), onde se admitiu a inscrição registal de uma escritura de “revogação de poderes” a um conselheiro delegado e designação de outro, em execução de deliberação tomada quando já se vencera o prazo estatutário que ancorava a permanência no cargo de dois conselheiros, sem cuja intervenção não era possível constituir-se o conselho de administração, dado o número total de membros. Admissão essa que se estribou na razão de “a actuação de um Conselho de Administração com uma metade dos cargos não renovados, numa sociedade anónima de reduzido número de accionistas, reduz-se praticamente a um *mandato prorrogado de facto* de alguns dos cargos de administrador, cujo decaimento ou caducidade não podia ser automático, (...) e já neste sentido se pronunciou a Resolução de 24 de Junho de 1968, num caso que, numa causa igual, envolvia deliberações *de muito maior transcendência* – modificação de estatutos, aumento de capital, etc.” (sublinhado da minha autoria).

<sup>732</sup> O primeiro a retirar esta conclusão, deduzida desde logo das Resoluções de 1968 e 1974, foi MANUEL DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *Estudios de Derecho Mercantil*, I, vol. I cit., n. (149) – pág. 595.

<sup>733</sup> Res. 3064, in *RAJ*, 1974, II, pág. 2341. Recebia-se concordantemente a tese da reeleição ou prorrogação tácita – “dulcificando desta forma o automatismo rigoroso derivado de uma caducidade *ope legis*, em honra da reconstituição de um dos órgãos sociais, que de outro modo não podia constituir-se nem actuar” – para aceitar o registo (que foi recusado, em concreto) de uma escritura de compra e venda celebrada por sociedade representada na escritura outorgada por dois dos três administradores do conselho, que não tinham sido reeleitos ou visto a sua nomeação renovada formalmente, desde que (o que

A correcção pretendida observava, por isso, uma mesma valoração, que passava por recusar a caducidade automática do cargo e garantir a continuidade do administrador. Se, como vimos, esta orientação parecia admitir, por isso, o *funcionamento de facto* do órgão administrativo da sociedade ou, mais exactamente, a manutenção de facto em funções dos administradores com cargo caducado <sup>737</sup>, também a doutrina e a jurisprudência civil entendiam que a quebra sofrida pela temporalidade com o prolongamento de funções só devia ser *tolerável* na medida em que propiciasse a normalização do órgão. Logo, um funcionamento limitado à sua vertente de gestão interna ou tão-só à convocação da junta para efectuar as nomeações <sup>738</sup>, não algo que contribuísse para a perpetuação dos seus

---

consubstanciava verdadeiras condições de validade da respectiva actuação) houvesse uma “confirmação” no registo dos que actuaram em nome da sociedade desses representantes como novos administradores ou a assembleia geral ratificasse os actos realizados por *esses* “administradores de facto”. Com tonalidades fortemente críticas desta decisão, v. MANUEL DE CÁMARA ÁLVAREZ, *Estudios de Derecho Mercantil*, I, vol. I cit., n. (149) – págs. 594-595, que a considerou um “grave retrocesso”, pois de pouco serviria advogar a dulcificação do automatismo da caducidade e, depois, sem aduzir qualquer razão, impedir a inscrição solicitada; e também OLIVARES JAMES, págs. 278-279, para quem a DGRNE acabou por subverter o fundamental da decisão de 1968 e não avançava qualquer critério valorativo para concretizar se os administradores que de facto continuam no exercício das suas funções podem actuar como órgão social.

<sup>734</sup> Res. 2529, in *RAJ*, 1978, II, págs. 2112-2113. Determinou que a “doutrina dos administradores de facto”, sendo de carácter excepcional, não se podia estender a situações diversas (da convocatória da assembleia geral) que não fossem vitais para a existência e o funcionamento da sociedade. Assim, não poderiam os administradores que cumpriram o prazo de três anos para que foram designados exercer a faculdade de cooptação para preencher as vagas entretanto deixadas por falecimento e renúncia.

<sup>735</sup> Res. 2595, in *RAJ*, 1979, págs. 2099-2101, que, para essa faculdade de completar interinamente as vagas produzidas no conselho de administração depois do vencimento do prazo para que foram designados, confirmou, no seu *Considerando 1º*, a Res. anterior, quando afirmou a continuidade dos “administradores caducados” como “administradores de facto” até à assembleia geral seguinte a fim de impedir a paralisação da sociedade, sem que daí se inferisse que se pudessem ampliar as suas facultades a “eventos não imperativos” (terminologia já usada na Res. de 12 de Maio de 1978).

<sup>736</sup> Res. 4123, in *RAJ*, 1998, II, pág. 6021, ss, em esp. págs. 6023-6024.

<sup>737</sup> A citada Resolução de 13 de Maio de 1998 foi mesmo mais longe, ao interpretar a Resolução pioneira de 1968 como verdadeiramente consagradora da figura do administrador *reeleito de facto* tendo em conta as actuações posteriores à cessação de eficácia do título, algumas inscritas no registo, mais do que a do administrador de facto enquanto tal (v. *loc. cit.*, pág. 6023).

<sup>738</sup> Neste sentido, v. as sentenças do **TS de 22 de Outubro de 1974** (in *RAJ*, 1974, II, pág. 3030, seg.) – a cessação do exercício das funções só se produz depois de levada a cabo a celebração da “oportuna” assembleia geral, convocada pelos administradores cujo cargo caducou para a nomeação de administradores novos: uma tese “muito mais progressiva” que a da Resolução da DGRNE de 24 de Maio de 1974, nas palavras abonatórias de MANUEL DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *Estudios de Derecho Mercantil*, I, vol. I cit., n. (150bis) – págs. 595-596 –, de **3 de Março de 1977** (in *RAJ*, 1977, pág. 648, seg.) – confirma a validade da convocatória da assembleia geral de accionistas efectuada pelo administrador de sociedade anónima que continuou o exercício das suas funções depois do prazo de duração do cargo, enquanto não fosse efectivamente substituído pelos conselheiros designados (e sem acentuar qualquer restrição de poderes a esse acto) – e de **1 de Abril de 1986** (in *RAJ*, 1986, II, pág. 1741, seg.) – reitera a continuidade do exercício das funções dos administradores discutidos, sem que tenha mediado reeleição, até que se celebre a oportuna assembleia geral *por eles convocada* para a nomeação de novos administradores, o que evitaria cair-se numa falta de “representação legal”. No trilha desta jurisprudência e das últimas Resoluções da DGRNE mencionadas, v. as sentenças de **8 de Novembro de 1993** da **AP de Madrid** (in *AC*, 1993, vol. III, pág. 1052, ss), e de **25 de Janeiro de 1995** da **AP de Barcelona** (in *AC*, 1995, tomo I, vol. I, pág. 345, ss), no

titulares. E muito menos poderiam os administradores que escaparam ao controlo periódico da assembleia vincular a sociedade para com terceiros.<sup>739</sup>

Mais próximo no tempo, a identidade entre “administradores com nomeação caducada” e “administradores de facto” sofreu uma evolução *limitadora*: admitiu-se a actuação válida dos administradores de facto nessa condição desde que a caducidade fosse “recente”, isto é, até à celebração da assembleia geral ou até que transcorresse o prazo durante o qual se deveria ter convocado a assembleia geral para levar a cabo as nomeações. Foi a **Resolução da DGRNE de 13 de Maio de 1998** que a inaugurou, seguida pelas de **4 de Junho de 1998**<sup>740</sup> e de **15 de Fevereiro de 1999**<sup>741,742</sup>, parecendo querer adequar-se ao mencionado art. 145, n.º 1, do RRME<sup>743</sup>. Assim, esta interpretação não gerava a prorrogação incondicionada do prazo durante o qual os administradores com

---

seu *Fundamento de Direito* 5º, ainda que sem efectuar qualquer consideração limitadora dos comportamentos do administrador de facto no seu *Fundamento de Direito* 2º. Aproveitando a “orientação doutrinal e jurisprudencial” que “consagrou o denominado administrador de facto nas hipóteses de término do prazo para que foram nomeados” para sanar a eventual invalidade da convocação de uma assembleia por um liquidatário sem poderes, v. a decisão de **28 de Novembro de 1995 da AP da Cantabria** (in *AC*, tomo III, vol. III, pág. 2253, ss).

Na doutrina, talvez o mais claro tenha sido FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, *Provisión de vacantes...* cit., pág. 337, para quem, após a celebração da assembleia geral seguinte (até aí permanecendo a administração de direito), o administrador de facto só teria competência para os efeitos limitados de convocar a assembleia geral que procedesse às nomeações dos administradores (e, por ex., não teriam poderes para levar a cabo a substituição das vagas que existissem ou se produzissem por cooptação). Criticamente, pela circunstância de Martínez Sanz levar a cabo uma “visão restritiva do fenómeno da administração fáctica, mais própria de tempos passados do que o que constitui, hoje em dia, o estado da questão, v. NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., pág. 120.

<sup>739</sup> V. por todos LUIS CORTÉZ DOMÍNGUEZ, págs. 452-453.

Outro Autor, OLIVARES JAMES, págs. 317-318, chegou a ser mais preciso. Notou que importava curar dos direitos e deveres que substiam depois de se terem extinto os poderes que integravam o conteúdo típico da função de administrador. De facto, ainda que se combatesse toda a possibilidade de subsistência no cargo depois de cumprido o prazo, admitia que a relação que liga o administrador às sociedades era idónea a produzir *certos efeitos* mesmo depois da sua extinção. A manutenção de algumas obrigações, que permitiriam a sobrevivência, em certos aspectos *limitados*, da função administrativa: aqueles que vão estritamente relacionados com a extinção da sua qualidade. A convocação da assembleia geral era o exemplo típico dos deveres que persistiriam, pelo seu carácter necessário e acessório, em relação ao qual a faculdade de a convocar tinha só valor instrumental.

<sup>740</sup> Esta é a Res. 6583, consultável in *RAJ*, 1998, IV, pág. 9788, ss; v. em esp. o *Fundamento de Direito* 2º, pág. 9789.

<sup>741</sup> Res. 734, in *RAJ*, 1999, I, pág. 1191, ss, em esp. o *Fundamento de Direito* 6º a pág. 1195.

<sup>742</sup> Em todas estas Resoluções se trata da convocação legítima da assembleia por administradores cujos cargos perderam vigência por caducidade temporal e da consequente validade (ou não) das deliberações aí adoptadas.

<sup>743</sup> Foi o RRME de 1989 (Real Decreto 1597/1989, de 29 de Dezembro) que introduzira a regra de que a *inscrição da nomeação dos administradores* só caducaria quando, vencido o prazo, se realizasse a assembleia geral seguinte ou decorresse o termo legal para a celebração da assembleia geral ordinária que se debruçasse sobre a aprovação das contas do exercício anterior. O RRME de 1996 confirmou-a, mas passou a referir a caducidade à *própria nomeação*, o que passava a concordar com o art. 60, n.º 2, da LSRLE, e originou mais tarde a modificação do art. 126 (com o aludido n.º 3) da LSAE (sobre a revisão do art. 145 do RRME, v. EDUARDO POLO, “El nuevo Reglamento...”, *loc. cit.*, pág. 9129). Aquelas duas normas da LSRLE e da LSAE encontram agora tradução uniforme, como dei conta, no art. 222 da LSCE.

cargo caducado continuam a actuar validamente; só até aqueles momentos se encontraria vigente a “doutrina do administrador de facto” e caberia admitir a validade dos actos praticados pela figura <sup>744</sup>. Nesta *primeira fase* de tratamento da administração de facto <sup>745</sup>, portanto, a DGRNE perfilhava os administradores “com cargo caducado” como obtendo a condição de “administradores de facto” <sup>746</sup>.

Tal assimilação criou uma certa “confusão conceptual” <sup>747</sup> entre a administração de facto e a situação de permanência no cargo com posterioridade ao vencimento do prazo da nomeação – esta última acaba por determinar uma concepção meramente *formalista* tendo em vista unicamente a caducidade do cargo <sup>748</sup>. Confusão que motivou alguns ensaios dogmáticos sobre a caracterização *em sentido próprio* da nossa figura e a sua conveniente distinção do facto produzido pela caducidade temporal: administrador de facto era aquele que fora eleito em virtude de uma deliberação inválida mas que actuara no tráfico (sendo até essa nomeação inscrita no registo comercial) <sup>749</sup>; ou aquele que exercia o cargo

---

<sup>744</sup> Esta é a interpretação, entre outros, de ANTONIO PERDICES HUETOS, n. (3) – pág. 279.

<sup>745</sup> Marcada pelo alheamento da finalidade de determinar a responsabilidade societária dos administradores: v. NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., págs. 9, 121.

<sup>746</sup> Veja-se a **Resolução de 11 de Junho de 1992** (Res. 5737, in *RAJ*, 1992, III, pág. 7460, ss), que confirma a *latere* (discutia-se, e negou-se, a inscrição registal de uma cláusula estatutária que previa a substituição por um “gestor ocasional” – *in casu*, o sócio mais idoso – sempre que o administrador único cessasse as suas funções por “causa súbita”, ao qual caberiam sem restrição todas as faculdades legais e estatutárias inerentes ao cargo de administrador) a limitação da conduta dos administradores de facto às faculdades necessárias para a adopção das providências dirigidas à *reconstrução* do órgão social que se tornou acéfalo, através da convocatória da assembleia geral ou da realização de actos necessários e urgentes (que estariam sujeitos à aprovação da assembleia geral celebrada depois da aceitação do *novo* administrador). Aqui, a DGRNE pretendeu confinar as funções do administrador substituto às mesmas funções que seriam admitidas para o administrador de facto – basicamente, promover a nomeação de um novo administrador –, em homenagem “às mais elementares exigências de certeza e publicidade na determinação do titular ou titulares do órgão de administração”. Criticamente, entre outras razões, por se confundir “gestor ocasional” com “administrador suplente” (a que acudia a cláusula dos estatutos sindicados), para o efeito de indicar os limites de actuação administrativa, v. ANTONIO SOTO BISQUERT, “Los administradores suplente y provisional en la sociedad anónima”, *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, tomo III, 1995, págs. 3684 e ss. Num outro sentido depreciativo vemos JAVIER JUSTE MENCÍA, “La autonomía estatutaria y el cese repentino del administrador único, en la srl (RDGRN de 11 Junio de 1992)”, *RdS*, 1993, pág. 155, para quem a referência aos administradores de facto – situação que o Autor então circunscreve a situações nascidas de uma irregularidade prévia (falta de nomeação, nomeação inválida, caducidade do cargo, etc.) – não devia ter sido aplicada como referência a uma cláusula “chamada a reger a vida *normal* de uma sociedade” (itálico meu). No seguimento desta Resolução, v. o entendimento coincidente da **Resolução de 7 de Dezembro de 1993**, no seu *Fundamento de direito* 8º (Res. 9863, in *RAJ*, 1993, V, pág. 12755, ss).

<sup>747</sup> FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, *Provisión de vacantes...* cit., pág. 335. No mesmo sentido, NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., pág. 118.

<sup>748</sup> É a conclusão de ALONSO UREBA/ JOANA PULGAR EZQUERRA, pág. 26.

<sup>749</sup> Cfr. JOAQUIN GARRIGUES/RODRIGO URÍA, *sub art. 72*, págs. 69-71. Esta doutrina *restritiva*, assim, distinguia a administração de facto das situações em que, expirado o prazo, e enquanto não se reúne a assembleia geral que tratará de substituir os administradores, os administradores são obrigados à permanência no cargo, “para que não fique abandonada a administração da sociedade”. Bem como, realizada a assembleia geral, da omissão pela assembleia geral da reeleição ou de novas nomeações, continuando os

de administrador sem ter qualquer nomeação válida, ou, mais amplamente, porque nunca a teve ou porque essa estava viciada em absoluto, actuando notoriamente como se fosse administrador e gerindo a sociedade, não sendo seu representante legal, com base numa “aparência jurídica”<sup>750</sup>. Seja como for, estaríamos perante uma categoria de sujeitos que se irmanavam pelo elemento da aparência formal no exercício do cargo, derivada de uma *nomeação prévia* – a existência de um administrador de facto implicava, pelo menos *habitualmente*, a qualidade anterior de administrador *de direito*<sup>751</sup>–, independentemente de se ter produzido ou não alguma irregularidade ou vício na designação. Assim se evoluiu de critérios originariamente “formalistas”, conxionados com o aludido princípio de “conservação da empresa”, para critérios mais amplos de carácter *funcional ou material*, conxionados com a finalidade de perseguir a intenção defraudatória da responsabilidade dos administradores (nomeadamente na área de tutela dos credores), permitindo a *ampliação* ou *extensão* de tal condição fáctica a quem participa de forma efectiva na realização das competências ou funções próprias de gestão da sociedade, com independência em relação à causa de caducidade como administrador de direito e à circunstância de alguma vez o sujeito ter usufruído desta última condição<sup>752</sup>.

Porém, a configuração dos administradores com cargo caducado como *tipo mais restrito* da ampla figura do administrador de facto foi, em paralelo,

---

administradores cessantes no exercício das suas funções – este o pressuposto que, advertem, foi assimilado à dos chamados “administradores de facto” pela Res. da DGRN de 24 de Junho de 1968. E era diferente pois de administração de direito ainda se curava: “o decurso do prazo de nomeação não deve operar «ipso iure», provocando a extinção automática do carácter de administrador, nem a sociedade poderia invocar essa circunstância perante um terceiro de boa fé, sob o amparo da fé pública do Registo, quando não procedeu previamente a nova nomeação”; “[n]este sentido, [tanto numa como noutra circunstância], este [administrador com cargo caducado] poderá continuar no exercício do cargo”, uma vez que o vencimento do prazo não produz efeitos “até ao momento em que o Conselho se complete”. Também FRANCISCO VICENT CHULIÁ, *Compendio crítico...* cit., pág. 643, admitia, limitativamente, que, não obstante a extensão aos administradores que viam o seu mandato caducado, o administrador de facto era em rigor o que tinha a sua nomeação ferida de nulidade.

<sup>750</sup> JOSÉ MARÍA GARRETA SUCH, *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades*, 1997, pág. 122.

<sup>751</sup> Neste sentido, associando à administração de facto a continuidade(-prorrogação) de um mandato anterior, seriam administradores de facto a partir do momento em que legal ou estatutariamente expirasse o seu mandato, sem que se procedesse à reeleição ou se realizassem novas nomeações, continuando a concertar relações jurídicas mediante a utilização da firma social: v. PÉREZ ESCOLAR, págs. 413, 414, MERCEDES CARID FOSSAS, pág. 205 (ainda que num discurso que acaba por ser crítico em relação à consequente defesa da reeleição tácita).

<sup>752</sup> Dando conta desta transição de um conceito “estrito” para um conceito “amplo”, v., entre outros, NURIA FÉRNANDEZ PÉREZ, pág. 105, MIRIAM LOZANO SAIGÍ, pág. 1064, ESPERANZA GALLEGO SÁNCHEZ, “El deber de secreto de los administradores tras la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas por la Ley de Transparencia”, *Derecho de sociedades anónimas cotizadas (Estructura de gobierno y mercados)*, tomo II, 2006, pág. 998, ALONSO UREBA/JOANA PULGAR EZQUERRA, pág. 26.

fazendo o seu caminho, persistente, até hoje <sup>753</sup>, ainda que se ajuíze ser mais correcto qualificar o administrador, cujo “mandato” expire, como administrador de facto *apenas e só quando há desempenho depois disso das funções gestórias típicas como se a nomeação continuasse vigente* <sup>754</sup>.

\*\*\*\*

Por sua vez, a disciplina da sociedade anónima em Itália comporta uma norma – o art. 2385, 2º §, do CCIt., que reserva a produção de efeitos do decurso do termo ao «momento em que o conselho de administração é reconstituído» – com o fim de evitar a imediata e automática extinção da relação de administração. No período intercorrente entre o esgotamento do período de duração do cargo e a reconstituição do órgão verifica-se, por força da lei, uma prossecução das funções dos

---

<sup>753</sup> Escolho seis Autores para o ilustrar, em diferentes momentos históricos.

Vi, em 1978, OLIVARES JAMES, págs. 315-317, afirmar que, entre o vencimento do prazo de duração e a substituição ou reeleição dos administradores, haveria necessariamente um período em que a sociedade estará sem administradores «de iure» e os antigos, continuando de facto no exercício do cargo, assumiam uma situação de administração de facto em sentido estrito, especializada pela subsistência da produção de certos efeitos da função administrativa mesmo depois da extinção da relação orgânico-administrativa. Uma das hipóteses mais frequentes relativas à construção jurisprudencial e doutrinal do administrador de facto é “a do administrador que segue actuando como tal não obstante a conclusão do prazo para que foi nomeado”: LUIS CORTÉZ DOMÍNGUEZ, pág. 451. Por seu turno, JESUS QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil...* cit., pág. 352, verificou, no arrumo sistemático do administrador de facto, ser de inscrever no “exercício de facto das funções sem mediar uma nomeação” a circunstância de esta ter deixado de produzir efeitos por causa da cessação de funções do administrador e este, não obstante, ter prosseguido no exercício das funções (seguido por ALONSO UREBA, “Presupuestos de la responsabilidad social...”, *loc. cit.*, pág. 672). Recentemente, JOSÉ LUIZ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., págs. 33-34, 120-121, ID., *Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, 2006, pág. 251, encontra nos administradores com cargo caducado que continuam a gestão da sociedade uma das tipologias assumidas para a figura do administrador de facto, “com as consequências jurídicas que isso origina”. Numa visão de compromisso com as Resoluções da DGRNE e a jurisprudência, fundamentalmente interessadas a caucionar a validade da convocatória da assembleia destinada a eleger novos administradores, FRANCISCO VICENT CHULIÁ coloca esta hipótese de administrador (com cargo *irremissivamente* caducado, acrescenta o Autor) na hipótese de administrador de facto em sentido *estrito*, “que se limita a realizar os actos necessários para assegurar a continuidade da actividade social” (*Introducción al derecho mercantil* cit., pág. 416).

<sup>754</sup> Neste sentido, v. JOSÉ MARÍA GARRETA SUCH, pág. 121, NURIA LATORRE CHINER, *últ. ob. cit.*, págs. 7, 117, LUIS FÉRNANDEZ DE LA GÁNDARA, *Derecho de sociedades*, volumen I cit., pág. 702.

A Autora espanhola acrescenta, a págs. 117-118, que o administrador com cargo caducado não prorroga por regra o exercício dessas funções, uma vez que a sua actuação se limita aos actos absolutamente necessários para evitar a paralisação da sociedade (*maxime*, a promoção da assembleia responsável pela reeleição ou designação de novos administradores, capacidade essa que é também sublinhada por Fernández de la Gándara). Pelo contrário, o administrador *de facto* com cargo caducado comporta-se como um verdadeiro administrador, levando a cabo a generalidade das funções próprias do cargo, sem que se aprecie desejo algum de as desempenhar de forma provisória. Na jurisprudência, foi esta a verificação da **AP de Pontevedra**, que, na sua sentença de **2 de Maio de 1995** (in *AC*, 1995, vol. II, pág. 338, ss), ao admitir a actuação excepcional e episódica dos administradores com cargo caducado, não lhe confere, no entanto, o carácter de administrador de facto quando não há “o mais leve indício” de ter realizado a gestão da sociedade.



administradores sociais, que, em princípio, conservam os poderes e os deveres inerentes à função. É esta a norma que consagra o instituto da *prorogatio*, que responde à necessidade de evitar vazios de poder e soluções de continuidade no exercício da administração da sociedade e conservar à maioria dos elementos do órgão gestor a plenitude das atribuições administrativas <sup>755</sup>. Antes disso, porém, a doutrina não era unânime no que tange à identificação do decurso do termo (*scadenza del termine*) aludido no preceito, mas a maioria optava pela dilatação do exercício funcional até à data de realização da assembleia convocada para a aprovação do balanço relativo ao último exercício social da responsabilidade dos administradores cessantes. E a *Reforma do CCIt. de 2003* veio a consagrá-la na nova formulação do 2º § do art. 2383: a caducidade da nomeação coincide com a data dessa assembleia, de modo que, além do mais, a duração do cargo se calcule pelos exercícios sociais a que se refere a nomeação <sup>756</sup>.

---

<sup>755</sup> *Ex multi*, v., sobre estes pontos, FRANCO BONELLI, *Gli amministratori di società per azioni*, 1985, n. (85) – pág. 81, VINCENZO ALLEGRI, “Gli amministratori”, *loc. cit.* 1993, pág. 277, GIANCARLO FRÈ/GIUSEPPE SBISÀ, *Della società per azioni*, tomo I, Art. 2325-2409, Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, a cura di Francesco Galgano, Libro V – Del lavoro, 1997, sub art. 2386, pág. 802 (“a cessação dos administradores por esgotamento do termo só produz efeitos no momento em que o conselho de administração foi reconstituído”), ALESSANDRO PATELLI, “Cessazione degli amministratori di società per azioni per scadenza del termine. Il commento”, *Società*, 1998, pág. 295, GIUSEPPE FERRI, *Manuale di diritto commerciale*, a cura di Carlo Angelici/Giovanni B. Ferri, 1999, pág. 394.

No entanto, manteve-se o problema de estabelecer o que deve entender-se por “reconstituição” do conselho de administração. É prevalecente a doutrina e a jurisprudência que entende ser suficiente a aceitação da maioria dos novos administradores (em alinhamento com a norma prevista para a renúncia dos administradores, que tem efeito imediato se continuar em funções a maioria do conselho de administração e, caso contrário, é operativa a partir do momento em que haja reconstituição derivada da aceitação dos novos administradores: art. 2385, 1º §, 2.ª frase, do CCIt.) em vez da nomeação e aceitação de todos os seus novos componentes: v., por todos e com indicações bibliográficas e judiciais, GIOVANNI CASELLI, *Vicende del rapporto di amministrazione* cit., pág. 100, FRANCO BONELLI, *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, 2004, págs. 104-105; contra a suficiência da maioria e fazendo a apologia da nomeação e aceitação de todos, v. MARIO GHIDINI, págs. 632-633, PAOLO CECCHI, págs. 280-281, GASTONE COTTINO, *Diritto societario* cit., pág. 414.

<sup>756</sup> Fazendo jus ao resultado que já era alcançado por via interpretativa antes da Reforma de 2003 (contrária, desde logo, à computação em alusão ao “ano solar”): v. MARIO GHIDINI, págs. 634-635; GUSTAVO MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., pág. 36; FRANCO BONELLI, *Gli amministratori...* cit. 1985, págs. 81-83 (e *Gli amministratori...* cit. 2004, pág. 74 e n. (79)); PIER GIUSTO JAEGER, “Nomina degli amministratori: norme inderogabili, regole «generali» e autonomia delle società”, *Giur. comm.*, 1986, pág. 881; GIANCARLO FRÈ/GIUSEPPE SBISÀ, sub art. 2385, pág. 799 (“permanecem no cargo até à próxima assembleia ordinária”); ALESSANDRO PATELLI, págs. 294-295, que justifica que a cessação só faz sentido se referida à data da verificação dos resultados do exercício social pela assembleia, de modo a respeitar o princípio segundo o qual os administradores que redigem o projecto de balanço devem coincidir com aqueles que administraram no exercício social concluso, evitando-se uma “cesura subjectiva” entre o desenvolvimento da gestão social e a prestação de contas através do balanço de exercício; GASTONE COTTINO, *Diritto commerciale...* cit., pág. 412 (“[e]sse [momento da aprovação do balanço do terceiro exercício anual] constitui o limite máximo de duração do cargo”); FRANCO DI SABATO, *Diritto delle società* cit., pág. 279; ALBERTO TOFFOLETO, “Le società azionarie – Amministrazione e controlli”, *Diritto delle società. Manuale*

Em sentido análogo, já agora, aponta a solução legal do direito francês. A conjugação do art. L. 225-18, 1º §, 3.ª frase <sup>757</sup>, com o actual art. R. 225-15 <sup>758</sup> do CComFr. indica que, nas sociedades anónimas, o mandato será extinto por força do tempo aquando da realização da assembleia geral ordinária para discussão e aprovação das contas do exercício, *correspondente ao ano em que expira o “mandato”*. Isto significa que, de acordo com a doutrina que acentua essa relação internormativa,

---

*breve*, 2004, pág. 215 – com a ressalva de solução diferente poder derivar dos estatutos ou da deliberação de nomeação; BERARDINO LIBONATI, *Diritto commerciale. Impresa e società*, 2005, pág. 385; GAETANO PRESTI/MATTEO RESCIGNO, pág. 145.

Na corrente maioritária em Itália se filia, em Portugal, a posição de PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais* cit., n. (971) – pág. 718, que advoga decorrer da lei que os administradores devem desempenhar as suas funções “até à assembleia geral anual, de aprovação das contas relativas ao último exercício social, no qual desempenharam o seu mandato efectivo”.

Não é solução unívoca, nomeadamente tendo em conta a menção legal à “reconstituição do órgão”. Por isso, entendendo que a extinção temporal do cargo só se produz no momento da aceitação dos novos administradores designados (não basta a nomeação dos novos membros), de tal modo que os neo-eleitos correspondam à maioria do conselho, v., pioneiramente, GUSTAVO MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., págs. 33 e ss, com aplicação analógica da disciplina da renúncia dos administradores (art. 2385, 1º §, 2.ª frase) – então discordando da tese de MARIO GHIDINI, págs. 632-634, para quem havia que diferenciar o “esgotamento do prazo”, que implicava uma reconstituição “completa” no momento da eleição e aceitação dos novos administradores, da renúncia, que pressuponha na lei uma reconstituição “parcial” da maioria dos membros do órgão; BARTOLOMEO QUATRARO, “Sostituzione degli amministratori prima della scadenza del consiglio e loro durata”, *Dir. fall.*, 1986, II, pág. 616; ALESSANDRO PATELLI, págs. 295-296 – “(...) às duas hipóteses é submetida uma *eadem ratio legis* (a exigência primária de assegurar à pessoa jurídica a presença de órgãos necessários para o seu funcionamento continuado), que se traduz, ao nível positivo, em negar a operatividade imediata seja das demissões (quando não permanece no cargo a maioria dos administradores) seja do esgotamento do prazo”; FRANCESCO FERRARA Jr./FRANCESCO CORSI, *Gli imprenditori...* cit. 1999, n. (3) – pág. 572 (e pág. 571); GIAN FRANCO CAMPOBASSO, *Diritto commerciale 2. Diritto delle società* cit., pág. 376. Com outros desenvolvimentos, mas com resultados análogos, vemos GIOVANI CASELLI, *Vicende del rapporto di amministrazione*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, volume 4, *Amministratori. Direttore generale*, 1991, págs. 43-44 e 74 (antes: “Di alcune cause di cessazione degli amministratori di società per azioni”, *CI*, 1989, pág. 980), para quem, não obstante o termo de vencimento das funções coincidir com o previsto para a aprovação do balanço do último exercício social a que se refere a nomeação – em nome da “oportunidade de assegurar, no limite do possível, coincidência entre quem geriu e quem redige o projecto de balanço” –, não se deve igualar esse vencimento à cessação automática da tarefa administrativa, de tal maneira que o vencimento só produzirá efeitos quando se verifique supervenientemente a aceitação da maioria dos administradores nomeados em substituição dos anteriores (solução esta que se coadunaria melhor com o interesse de evitar que a falta de aceitação de um só dos eleitos paralisasse a nomeação do conselho inteiro); vendo como operativa a cessação do cargo só depois de reconstituído o órgão de administração com a aceitação dos administradores eleitos (e não obstante a publicação da cessação de funções), v. BARTOLOMEO QUATRARO/LUCA PICONE, *La responsabilità di amministratori, sindaci, direttori generali e liquidatori di società. Aspetti civili, penali e tributari*, tomo I, 1998, pág. 474 (e v. a próxima n. 770). Já para a hipótese de administrador único, GIUSEPPE FERRI, *Le società*, Trattato di Diritto Civile Italiano, fondato da Filippo Vassali, vol. X, tomo III, 1987 (reimp. 1989), pág. 705, entende que o prolongamento das funções vai até ao momento da nomeação do novo administrador.

<sup>757</sup> Diz que o prazo estatutariamente fixado para a duração das funções administrativas não pode exceder seis ou três anos, conforme, respectivamente, a nomeação seja feita pela assembleia geral ou pelo pacto social.

<sup>758</sup> Corresponde ao substituído art. 77 do *Décret n° 67-236 sur les sociétés commerciales*, de 23 de Março de 1967 (por força do *Décret n° 2007-431 relatif à la partie réglementaire du code de commerce*, de 25 de Março de 2007), sobre o qual se debruçou a doutrina.

o administrador poderá ver a duração do seu cargo *aumentada* ou *diminuída*, consoante a tal assembleia ocorra depois ou antes de preenchido o termo para o cargo – o que significa que ou não há caducidade *automática* do título administrativo pelo decurso do prazo estatutário ou há caducidade *diferida* para momento posterior. De molde que a duração *normativamente relevante* das funções administrativas tem em conta primordialmente os períodos de tempos sucessivos que separam as assembleias gerais ordinárias anuais.<sup>759</sup>

\*\*\*\*\*

Não julgo que os fluxos interpretativos dos direitos estrangeiros – que, no que interessa em face da letra do art. 391º, n.º 4, fazem basicamente coincidir a cessação do cargo de administrador com a assembleia posteriormente reunida com carácter ordinário para a “discussão das contas” – tenham arrimo no nosso direito das sociedades (ainda que vários pontos indiquem, *prima facie*, que esse até poderá ser um cenário atendível).

É verdade que aos gerentes e administradores se imputa o dever de elaborar e submeter à apreciação dos sócios o relatório de gestão, as contas do exercício e demais documentos de prestação de contas previstos na lei, relativos a cada exercício anual (arts. 65º, n.º 1, 263º, n.º 1, 289º, n.ºs 1 e 3), bem como fornecê-los ao órgão de fiscalização para análise e formulação de parecer (arts. 420º, n.º 1, al. *g*), 423º-F, al. *g*), 441º, al. *h*)). Depois de consultados (e apreciados) preliminarmente, devem ser discutidos e submetidos a deliberação em assembleia no prazo-regra de três meses a contar do final do exercício anual, ou de cinco meses quando se trate de sociedades comerciais obrigadas à consolidação de contas<sup>760</sup> ou que apliquem o método da equivalência patrimonial – cfr. os arts. 62º do CCom., 65º, n.º 5, 246º, n.º 1, al. *e*) (e 248º, n.º 1), 376º, n.º 1, al. *a*). É ainda verdade que compete aos gerentes e administradores convocar ou pedir a convocação dessa assembleia e apresentar as

---

<sup>759</sup> PIERRE-GILLES GOURLAY, *Le conseil d'administration...* cit., págs. 32-33, JEAN HÉMARD/FRANÇOIS TERRÉ/PIERRE MABILAT, *Sociétés commerciales*, Tome I, *Introduction, Généralités. Sociétés de personnes. Société à responsabilité limitée. Société anonyme: constitution, direction et administration*, 1972, págs. 745-746, BARTHÉLÉMY MERCADAL/PHILIPPE JANIN, *Mémento pratique des sociétés commerciales Francis Lefebvre*, 1978, pág. 430, MICHEL GERMAIN, “Administration. Statut des administrateurs”, *Juris-classeur des sociétés. Traité théorique et pratique*, VI, Fascicule 130-3, 1981, pág. 5.

<sup>760</sup> V. arts. 1º e 2º do DL n.º 238/91, de 2 de Julho, com a redacção introduzida pelos DL n.º 127/95, de 1 de Junho, e DL n.º 35/2005, de 17 de Fevereiro, art. 2º do DL n.º 36/92, de 28 de Março, art. 2º do DL n.º 147/94, de 25 de Maio, assim como os arts. 508º-A a 508º-E.

propostas e documentação necessárias para que as deliberações sejam tomadas (art. 376º, n.º 2); logo, a lei vê como situação normal serem os membros do órgão de administração que elaboraram o relatório de gestão e os documentos contabilísticos os *mesmos* que geriram a sociedade durante o exercício a que tais documentos se referem e em relação ao qual são responsáveis. É esse o momento para apresentar e defender junto da assembleia dos sócios as suas *opções* – e *resultados* – na administração da sociedade. Não por acaso é esse o espaço para «proceder à apreciação geral da administração» e, se se justificar, «proceder à destituição» ou «manifestar a sua desconfiança» quanto aos administradores sindicados (art. 376º, n.º 1, al. c), e 75º, n.º 2), além de ser sempre possível a tomada de deliberação sobre acções de responsabilidade civil perante a sociedade dos administradores que se considerem responsáveis depois de apreciada a sua actuação no exercício social discutido (art. 75º, n.º 2). E é finalmente verdade que o art. 376º, n.º 1, na sua al. d), desenha esta assembleia como igualmente competente para «proceder às eleições que sejam da sua competência», o que abre campo para reter a plausibilidade de colocar na ordem do dia a designação dos administradores que ocuparão o lugar dos que cessaram funções no período de referência dos documentos submetidos a análise. Deste percurso normativo ressalta aparentemente a admissibilidade de os administradores se conservarem em funções *necessariamente* até à assembleia de aprovação do relatório de gestão e das contas do último exercício do período ditado pela designação <sup>761</sup>.

Julgo haver razões ponderosas para uma convicção diversa.

Antes de tudo o mais, noto que cabe aos administradores o poder de requerer a convocação *em tempo* da assembleia para a renovação ou reeleição dos administradores <sup>762</sup>. Se o não fazem até ao termo do exercício, devem fazê-lo logo

---

<sup>761</sup> Na doutrina italiana há mesmo quem afiance a legitimidade da “praxe generalizada” e “pacífica” de incluir a nomeação para as tarefas societárias na ordem do dia da assembleia que aprova as contas anuais, uma vez que assim se responde ao escopo de “fazer redigir o projecto de balanço aos mesmos administradores que geriram a sociedade no período a que o balanço se refere e pelo qual são responsáveis” (PIER GIUSTO JAEGER, “Nomina degli amministratori...”, *loc. cit.*, pág. 881, PAOLO CECCHI, pág. 279, na linha de FRANCO BONELLI, *Gli amministratori...* cit. 1985, pág. 83, ID., *Gli amministratori...* cit. 2004, pág. 103).

<sup>762</sup> Aliás, a lei parece confiar que a assembleia se reunirá sempre com a necessária antecedência para proceder à renovação do órgão de administração. Ou, quando muito, que a primeira assembleia ordinária seguinte resolverá a situação. A jurisprudência superior francesa, por ex., tem sustentado que, logo após expirar o mandato de um administrador, o conselho de administração tem a obrigação de inscrever a questão da sua substituição na “ordem do dia” da assembleia geral ordinária, na medida que seja necessária para a composição da regularidade do órgão: v. GEORGES RIPERT/RENÉ ROBLOT, *Traité de droit*

depois, a fim de rapidamente assegurarem a entrada de novos administradores ou a legitimação sucessiva do título dos que ficam. Não creio que devam esperar pela assembleia geral anual <sup>763</sup>. Tanto mais que essa prorrogação, por sinal, pode até ser mais dilatada. Todos conhecemos sociedades que não cumprem os prazos legais para a realização dessa assembleia anual. E é a própria lei que prevê um prazo adicional de dois meses ao prazo inicial – 2 meses, nos termos do art. 67º, n.º 1 – e, decorrido este, atribui aos sócios a faculdade de requerer inquérito judicial. É na dependência desse processo em tribunal – e, repare-se, com a possibilidade de o tribunal nomear um administrador *ad hoc* só para a elaboração dos documentos e, se entender, para a convocação da assembleia (ainda o n.º 2 do art. 67º) – que ficará a realização da assembleia dos sócios, que até pode acabar por ter que ser da iniciativa do tribunal (art. 67º, n.ºs 4 e 5). Deverá a renovação dos administradores aguardar todo este tempo, potencialmente imprevisível, sendo a «manutenção das funções» um período de relativa anormalidade?

Adianto: pelo contrário. Não obstante reconhecer que seja preferível não se verificar uma discrepância subjectiva entre o desenvolvimento da gestão e a prestação de “contas” da mesma, a própria lei acolhe a possibilidade de os

---

*commercial*, sous la direction de Michel Germain, Tome 1 – Volume 2, *Les sociétés commerciales*, 2002, pág. 404. Para evitar a falência deste optimismo deste legislador, creio que não seria desmedido atribuir competência ao *secretário* da sociedade para levar a cabo a notificação dos sujeitos legitimados para convocar a assembleia *num prazo razoável antes do fim do prazo de duração dos cargos de administração* (os poderes do secretário estão previstos no art. 446º-B, n.º 1). O que, diga-se, não será pedir diligência em demasia, uma vez que «a duração das funções do secretário coincide com a do mandato dos órgãos sociais que o designarem (...)»: art. 446º-C. Não seria, porém, um remédio suficiente, já que a maioria das sociedades anónimas e por quotas estão submetidas a um regime facultativo de designação do secretário (arts. 446º-A, n.º 1, 446º-D, n.º 1).

<sup>763</sup> A convocação da assembleia geral anual – ou o pedido de convocação, na hipótese da anónima: v. art. 376º, n.º 2 – corresponde a uma obrigação de *resultado* que incide sobre os gerentes e os administradores: um dever incondicionado, sem margem de ponderação, confirmado pela sanção penal cominada pelo art. 515º. Enquanto isso, a convocação ou o pedido de convocação de uma assembleia para designar *antes disso* novos administradores não me parece que possa ser mais do que uma obrigação de *meios*, que deverá ser vista à luz da diligência exigida aos administradores pelo dever geral de cuidado imposto pelo art. 64º, n.º 1, al. a), no sentido de obter uma rápida normalização do órgão administrativo (sobre este carácter da obrigação de meios, v. ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, volume I cit., n. (2) – págs. 86-87). E, mesmo assim, temperada pela conveniência e a utilidade que se permitem ser mobilizadas pelo poder discricionário que assiste aos administradores para tal decisão (a essa conveniência alude o art. 375º, n.º 1) – sobre esta temática, ainda que centrada no requerimento de convocação pelas minorias, v. GIULIO BERGOMI, “Convocazione dell’assemblea di società per azioni: diritti della minoranza, doveri degli amministratori e provvedimenti d’urgenza”, *Giur. comm.*, 1989, II, págs. 998-999. Será esse juízo discricionário, avaliado em função da maior ou menor necessidade de a assembleia se pronunciar – e os sócios manifestarem o seu voto – sobre a continuidade dos administradores cessantes em face das circunstâncias concretas, que se poderá censurar de acordo com a diligência de um «gestor criterioso e ordenado».

administradores em funções no momento da apresentação do relatório de gestão e das contas do exercício ao colégio social serem diferentes daqueles que geriram a sociedade nesse exercício. São os administradores *actuais* («em funções ao tempo da apresentação») que elaboram e assinam o relatório e as contas mas os administradores *anteriores* «devem prestar todas as informações que para esse efeito lhes forem solicitadas, *relativamente ao período em que exerceram aquelas funções*» (art. 65º, n.º 4, de onde retirei a anterior transcrição). E, por maioria de razão, compete aos administradores actuais assinar esses documentos, de acordo com o n.º 3, 1.ª parte, deste último preceito.

Ocorre com frequência que não se convoque a assembleia geral ordinária no prazo legal, o que obedecerá a simples negligência de quem tem legitimidade para a convocar <sup>764</sup>, ou a discrepâncias dos gerentes com os sócios ou com algum grupo deles, ou à falta de cumprimento do dever previsto no art. 376º, n.º 2. Nestes casos não vejo que a nossa lei dê suficiente alento para dar como prolongada e vencida temporalmente a duração da administração oficial até ao momento dessa assembleia, *mesmo que, até à data em que se teria que realizar essa assembleia, ela não se realize, ou, por descuido ou deliberadamente, não se adopte qualquer deliberação sobre a eleição ou reeleição dos administradores*. Se assim fosse, teríamos a alternativa de considerar a nomeação automaticamente caducada nesses momentos. E não dá alento porque pressupõe ser possível a extensão das funções *bem para além do prazo de três meses previsto (nos casos normais) para a realização da assembleia geral ordinária anual*. De facto, é o próprio n.º 1 do art. 394º que admite ser possível terem decorrido mais de 180 dias sobre o termo do prazo por que foram eleitos os administradores (e obviar, por via da nomeação judicial, a esse tempo excessivo de administração com cargo expirado<sup>765</sup>).<sup>766</sup>

---

<sup>764</sup> Sobre a actuação devida pelo presidente da mesa da assembleia geral da sociedade anónima se os administradores não lhe solicitarem a convocação da assembleia ordinária – “ (...) convocar a assembleia anual (...) e, na ocasião, agendar a apreciação relativa ao relatório de gestão, às contas do exercício e à aplicação do resultados. Sendo, depois, impossível deliberar, por falta de documentos, caberia à assembleia tomar as medidas mais adequadas” –, em atenção às consequências do incumprimento do prazo legal para essa convocação, v. MENEZES CORDEIRO, *SA: assembleia geral e deliberações sociais*, 2006, págs. 125-126.

<sup>765</sup> De todo o modo, não podem deixar de ser vistas como hipóteses excepcionais seja a nomeação judicial de administrador (há quem refira mesmo que a exigência de nomeação judicial, nesta como noutras circunstâncias, evidencia “situações de crise grave” da sociedade: PUPO CORREIA, *Direito comercial...* cit., pág. 243), seja o procedimento judicial de análise dos documentos contabilísticos (em última instância, conduzindo à aprovação das “contas” pelo juiz: art. 67º, n.º 5). Se o não são, demonstram, de acordo com as reflexões de CASSIANO DOS SANTOS, *Estrutura associativa...* cit., págs. 545 e ss (a propósito da discussão

sobre a existência de deveres de actuação em conformidade com a boa fé a cargo do sócio, idêntico ao que se detecta nas relações negociais, que vincule a sua participação individual e actuação (enquanto membro de um órgão social e, designadamente, no que tange às deliberações da assembleia geral) na sociedade: o Autor nacional conclui não haver inequívoco fundamento dogmático, legal e prático para tal existência), em esp. pág. 547, que os sócios deixaram de ter *interesse* – direito ao desinteresse ou à indiferença, manifestado por vezes em desavença entre eles – em levar a cabo uma “cooperação mínima na estrutura social” e poderão estar próximos de conduzir a sociedade para a dissolução – “uma sociedade que sistematicamente veja os administradores designados pelo Tribunal e as contas aprovadas judicialmente, se tal não acontecer transitoriamente, torna-se uma sociedade-robot ou uma não-sociedade”, uma vez que “o impulso judicial é uma possibilidade excepcional, e não um modo de funcionamento”: CASSIANO DOS SANTOS, “Dissolução e liquidação administrativa de sociedades”, *Reformas do Código das Sociedades*, 2007, n. (14) – pág. 157 (e v. *infra*, n. 821).

Desse *Recht zum Desinteresse* fala justamente para o accionista “normal” (*normaler Aktienanleger*), socorrendo-se de estudo originário de Herbert Wiedemann, MARCUS LUTTER, “Zur Treuepflicht des Großaktionärs”, *JZ*, 1976, pág. 230 (e sua n. 64)), assim como em “Die Treuepflicht des Aktionärs. Bemerkungen zur Linotype-Entscheidung des BGH”, *ZHR*, 1989, págs. 452-453: a realidade jurídica das sociedades anónimas corresponderia em alto grau a participações módicas de capital, investimentos de fortuna e dispersão pequena e mínima de capital, mas o desenvolvimento do seu uso firmou-a como amplo instrumento de disseminação patrimonial do pequeno investidor; a este não se lhe impõem os deveres activos especiais impostos pelas considerações gerais da “lealdade corporativa” (o que não invalida que haveriam que ser reforçados os sistemas internos de controlo societário através da iniciativa dos interesses accionistas, o fomento da sua organização e, acima de tudo, o desenvolvimento de fiscalização orgânica com a constituição de comités de accionistas e delegados para a participação nas assembleias). Todavia, esse direito, como Lutter reconhece, esvanece-se à medida que o accionista minoritário vê crescer a sua influência sobre o destino da sociedade, seja pela ligação com outros investidores para a prossecução de certos objectivos na sociedade, seja pelo exercício do seu próprio (acrescido) poder de voto, e passa a ter ou reconstrói uma posição determinante (*bestimmende Stellung*) na sociedade em causa. Esta posição torna-se fonte de um corpo crescente de deveres jurídicos. Sobre a relação entre o exercício de influência do sócio maioritário ou dominante e a constituição de deveres cuja violação é ressarcível a pedido dos outros sócios, no domínio da fundamentação do imperativo de lealdade dos sócios, em especial para as sociedades capitalísticas, v. HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht. Eine Lehrbuch...* cit., págs. 432-434, com indicações sobre a doutrina alemã que se opunha à existência de um dever de lealdade dos sócios nas sociedades de responsabilidade limitada e nas sociedades anónimas. Não obstante, esse “direito ao desinteresse” não implicará toda e qualquer postergação da prossecução e tutela do escopo “social”. Uma minoria (qualificada) de sócios, um só sócio (pelo simples facto de ser sócio) ou, no limite, um não sócio titular de uma situação subjectiva perante a sociedade (como é o caso do usufrutuário ou do credor pignoratício e do representante com poderes para participar na assembleia) não fazem parte da maioria ou do controlo da sociedade e poderão estar em condições de exercer, em determinadas circunstâncias da vida da sociedade e em razão das regras organizativas da sociedade, um poder “significativo” sobre a sorte da sociedade. Este poder, se exercido abusivamente, pode conduzir a graves prejuízos para o interesse da sociedade (ou para a maioria dos restantes sócios). Por isso, MARIO STELLA RICHTER Jr., “*Trasferimento del controllo*”... cit., págs. 283-284, patrocina para essas situações uma “obrigação fiduciária” geral de correcção para quem detém tal poder social (ainda que de contornos mais limitados, em razão do menor número de circunstâncias em que se coloca um problema de abuso de poderes: reduzir-se-iam necessariamente ao exercício de actividades *estritamente sociais-corporativas*, como a participação, o voto, a impugnação). Neste contexto, voltando à dogmática germânica, ULRICH BUGARD, pág. 834, afasta tal *Recht zum Desinteresse* da esfera do sócio único.

<sup>766</sup> *De lege ferenda* seria melhor a lei indicar a (re)eleição dos novos administradores como facto a decidir num prazo anterior ao termo temporal da relação administrativa – princípio que o direito alemão contém na norma do § 84 (1), 3.<sup>a</sup> frase, da AktGesetz, que impõe ao *Aufsichtsrat* (órgão de vigilância) que delibere sobre uma nova nomeação ou uma prorrogação no cargo de membros do *Vorstand* pelo menos um ano antes do fim do prazo da nomeação anterior (sobre os contornos desse dever e dessa deliberação, v. CRISTOPH SEIBT, “§ 84 Bestellung und Abberufung des Vorstands”, in KARSTEN SCHMIDT/MARCUS LUTTER, *Aktiengesetz kommentar*, I. Band, §§ 1–149, 2008, pág. 952, *Rdn.* 16) – ou, no mínimo, elencar essa matéria como *conteúdo necessário* da ordem de trabalhos da assembleia geral ordinária que se realize depois da caducidade do título administrativo (v. o exemplo francês, *supra*, n. 762). A realizar-se aquela

assembleia, bem se vê, e dentro do prazo: por isso a debilidade da segunda escolha para o direito a constituir. (Esse cumprimento do prazo é manifestamente desejado pelo(s) legislador(es): a omissão da convocação da assembleia geral de sócios «nos prazos da lei» é causa de responsabilidade contra-ordenacional, nos termos do art. 515º, n.º 1, sendo punido com multa; o «atraso superior a nove meses na aprovação e depósito das contas» é hoje facto-índice da *situação de insolvência*, legítima o requerimento da respectiva declaração judicial e, se não for ilidida a presunção de insolvência que comporta, é condição suficiente para essa declaração ser sentenciada: v. arts. 20º, n.º 1, al. h), 30º, n.º 5, 35º, n.º 4, do CIRE; o facto de a sociedade não proceder ao depósito dos documentos de prestação de contas durante dois anos consecutivos, desde que acrescida de omissão durante igual período da entrega da declaração fiscal de rendimentos, confirmada pela administração tributária, é causa de dissolução *oficiosa* da sociedade: arts. 143º, al. a), e 5º, al. a), do RJPADL. A doutrina encontra na “apresentação injustificadamente tardia dos relatórios de gestão e das contas do exercício” uma «violação grave dos deveres» do administrador – arts. 257º, n.º 6, 403º, n.º 4, 430º, n.º 2 – que baseia uma destituição com «justa causa»: COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., págs. 156-157.) Note-se que será essa a oportunidade para confirmar ou renovar *subjectivamente* o órgão com *conhecimento de causa*, uma vez conhecidas e discutidas as traduções contabilístico-financeiras da gestão anterior. Aliás, nesse caso, pode a assembleia de sócios rejeitar a proposta inicial de reeleição dos administradores depois de efectuada a «apreciação geral da administração e fiscalização da sociedade», em especial se se verificar a (falta de) bondade das “contas” apresentadas... Logo, parece-me que o art. 394º, n.º 1, está pensado para a *omissão ilícita da celebração da assembleia ordinária* e visa atenuar os efeitos dessa omissão depois de extinto pelo tempo o cargo dos administradores. Se assim é, mais adequado seria *obrigar à tomada de posição nessa assembleia*. Ainda que o problema se mantenha se ela nunca se realizar e, por essa razão, é que veria o procedimento do art. 394º exclusivamente aplicável nessa circunstância.

É igualmente por isso que, não obstante o princípio segundo o qual a assembleia convocada não delibera sobre assuntos não incluídos na “ordem do dia” (v. art. 377º, n.ºs 5, al. e), e 8, aplicável aos restantes tipos sociais por remissão dos arts. 248º, n.º 1, 189º, n.º 1, 474º e 478º), sob pena de anulabilidade das deliberações respectivas (art. 58º, n.ºs 1, als. a) e c), 4, al. a), sem deslembrar a referência feita na al. c) do art. 59º, n.º 2), a decisão de designar ou reeleger administradores *na assembleia geral ordinária* deve ser, a meu ver, *excepção a esse princípio*. Explico porquê.

Excepções inequívocas a esse princípio são as deliberações sobre a acção de responsabilidade contra os administradores e sobre a destituição dos administradores nessa mesma assembleia anual que aprecia as contas do exercício: arts. 75º, n.º 2 («embora tais assuntos não constem da convocatória»), 376º, n.º 1, al. c), 455º, n.ºs 2 e 3 (estes ainda referem as “manifestações” e “votos” de desconfiança quanto aos administradores). Também o são as deliberações da assembleia geral sobre a declaração de nulidade ou anulação de deliberações viciadas do conselho de administração, nos termos do art. 412º, n.º 2 (mesmo que se aceite as alegações que desembocam na interpretação revogatória dessa norma, como é visão de COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., págs. 131 e ss, elas serão circunscritas às determinações de “inexistência de prazos” e não deverão proceder para a respectiva parte final – «mesmo que o assunto não conste da convocatória» –, quando necessário seja de conjugar com a legitimidade da assembleia geral indicada pelo n.º 1 desse art. 412º). E há mesmo quem sustente que a deliberação de destituição seguirá esse mesmo regime *em qualquer assembleia convocada*, se for vista como derrogação ao princípio a formulação «em qualquer momento» do art. 403º, n.º 1 (idêntico é o art. 257º, n.º 1, para as sociedades por quotas): BRITO CORREIA, *Os administradores...* cit., págs. 712 e 715.

Lá fora, para normas análogas, GIANCARLO FRÈ/GIUSEPPE SBISÀ, *sub art.* 2383, n. (1) – pág. 784, FRANCESCO FERRARA Jr./FRANCESCO CORSI, *Gli imprenditori...* cit. 1999, n. (2) – pág. 512, CATERINA MONTAGNANI, *Società di capitali*, vol. 1, *Artt.* 2325-2379 ter, *Commentario* a cura di Giuseppe Niccolini/Alberto Stagno d’Alcontres, *sub art.* 2366, 2004, pág. 470 (trata-se do art. 2383, § 3º, do CCIt.); GEORGES RIPERT/RENÉ ROBLOT cit. 2002, pág. 425; BRUNO PETIT, *Droit des sociétés*, 2006, pág. 167, em atenção à norma do art. L. 225-105, 3.ª al. do CCom.Fr. (...), que dá corpo à jurisprudência que admitiu a assembleia a pronunciar a destituição, mesmo no silêncio da ordem do dia, quando os respectivos debates faziam surgir uma “revelação imprevista a impor com urgência a destituição” (pressuposto que, como refere, por todos, PHILIPPE MERLE, *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 1998, pág. 401, nem sequer deve ser considerado por falta de menção da lei). Em Espanha, para o art. 131 da LSAE, assim como para o art. 68, n.º 1, da LSRLE (ainda mais claro: em vez de fazer referência à “deliberação em qualquer momento”, a *separación* pode ser feita «mesmo quando (...) não conste da ordem do dia») – fórmula que se incorporou no actual art. 223, n.º 1, da LSCE –, fez-se doutrina maioritária: para exemplos, v. JOSÉ GIRÓN TENA, *Derecho de*



*sociedades anónimas (Según la Ley de 17 de julio de 1951)*, 1952, pág. 354; JESÚS RUBIO, *Curso de derecho de sociedades anónimas*, 1974, págs. 285-286 – (...) não se trata de um problema relativo ao funcionamento da sociedade, antes de uma atribuição de carácter orgânico”; JOAQUÍN GARRIGUES/RODRIGO URÍA, *sub art. 75*, págs. 109-111; JOSÉ EMBID IRUJO, “Separación de los administradores”, *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Coordinadores: Ignacio Arroyo e José Miguel Embid, 1997, pág. 711, defensor da homogeneização do teor literal dos dois preceitos que sirvam a uma situação igualmente homogênea, com o que se alcançaria a “unidade conceptual e terminológica numa matéria que não requer diversidade de tratamento por razão de tipologia societária”; FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores...* cit., págs. 131-133 – “(...) se a assembleia geral em qualquer momento – entendida esta expressão no sentido de não ser preciso que conste da ordem do dia – pode deliberar o exercício de [acção de] responsabilidade dos administradores, o que acarreta de forma automática a sua destituição [cfr. art. 238, n.º 3, da LSCE, corresponde ao pretérito art. 134, n.º 2, 2.ª frase, da LSAE], deve admitir-se que a assembleia geral, uma vez reunida, também tem [tal] faculdade nas mesmas condições (...) de algo menor, que é simplesmente destituir o administrador. Na medida em que se admitisse que a assembleia não pode deliberar validamente sobre a destituição do administrador por não constar da ordem do dia, mas pode fazê-lo se delibera o exercício da acção de responsabilidade, ainda que posteriormente não efectue esse exercício (...), obrigar-se-ia os sócios maioritários a recorrer desnecessariamente a esse expediente sempre que desejassem a destituição dos administradores e tal assunto não figurasse na ordem do dia” (argumentação a que se entrega IGNACIO LOJENDIO OSBORNE, “Los administradores de la sociedad anónima”, *Derecho mercantil. I. Concepto, método y fuentes. Empresa. Estatuto del empresario. Empresario individual. II. Las sociedades mercantiles. III. Dereho industrial y régimen jurídico de la competencia*, Coordinación: Guillermo J. Jiménez Sánchez, 2006, pág. 374) –, ainda que conceda que em certos casos a omissão dessa indicação pode ser abusiva por se ter criado uma situação de surpresa tanto para os sócios como para os administradores, o que, sendo difícil gerar a anulação da deliberação por conduta abusiva da maioria, poderá traduzir uma circunstância que permita ao administrador afastado de forma surpreendente a obtenção de uma indemnização da sociedade (argumentação que me parece aproveitável para o nosso direito, atendendo aos arts. 75º, n.º 2, e 376º, n.º 1, al. c), ainda que estes se refiram tão-só à assembleia geral ordinária); FRANCISCO VICENT CHULIÁ, *Introducción al derecho mercantil* cit., pág. 385, que, por sinal, faz acompanhar a destituição fora da ordem do dia “da consequente substituição dos administradores”.

Em sentido contrário, reflectindo o primado do interesse de os sócios e os administradores atingidos – que, não sendo sócios, devem estar presentes nas assembleias gerais (art. 379º, n.º 4) – serem avisados do propósito da destituição, COUTINHO DE ABREU, *ibid.*, págs. 165-166 (e acrescente-se que a satisfação desse interesse era, para o art. 181º do CCom., a única forma de suprir a nulidade das deliberações – a doutrina entendia que o vício era gerador de anulabilidade: AVELÁS NUNES, *O direito de exclusão de sócios nas sociedades comerciais*, 1968 (reimp. 2002), págs. 315 e 319, VASCO LOBO XAVIER, *Anulação de deliberação social...* cit., n. (59) – pág. 308 – tomadas sobre matéria estranha à convocação da assembleia: «salvo tendo sido comunicada aos accionistas não presentes pela mesma forma da convocação, e não houver protesto dentro do prazo de trinta dias»). Nesta vereda, em Itália, GUSTAVO MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., págs. 470-472, que recusa a integração do tema da destituição numa “ordem do dia tácita”; GIOVANI CASELLI, “Vicende del rapporto di amministrazione”, *loc. cit.*, págs. 83-84 (a expressão “em qualquer momento” tem “uma dimensão substancial e não procedimental; regula a relação entre administrador e a sociedade, não o modo segundo o qual esta última deve tomar as próprias deliberações a esse respeito”); em Espanha, entre outros, LUIS SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, “Responsabilidad de los administradores de sociedad anónima (Disciplina jurídica de la acción social)”, *ADC*, 1962, n. (79) – págs. 949-950, só afastava a regra inderrogável da inclusão dos assuntos na “ordem do dia” no que respeita à destituição dos administradores se esta decisão fosse urgente ou quando tal tema se encontrasse “conexionado de forma natural a outro que se apresente na ordem do dia” (os denominados “assuntos acessórios ou derivados”); JOSÉ LUIS FERNÁNDEZ RUIZ, “La separación de los administradores de una sociedad anónima y el orden del día de la convocatoria de la junta general (Comentario a la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 13 de marzo de 1974)”, *RDM*, 1978, págs. 323 e ss, que via a fórmula legal da destituição «em qualquer momento» como uma sinalização da inexistência de limite temporal, sem que deixasse de continuar a haver limite “quanto ao modo de realizar a destituição dos administradores e que não é outro que o cumprimento das exigências legais para a adopção das deliberações pela assembleia geral”; LUIS CORTÉZ DOMÍNGUEZ, n. (33) – págs. 434-435; EDUARDO POLO, *Los administradores...* cit., págs. 230 e ss (muito bem documentado sobre a questão), em esp. 236-237, onde se verifica que o Autor só vê cumprida a sua inclusão “por via de conexão quando se preveja na ordem do dia

alguma questão *directamente relacionada* com a destituição, tal como nomeação, permanência, renovação ou caducidade dos administradores e inclusivamente o exercício da acção social de responsabilidade, assuntos todos eles que podem ter como pressuposto ou como efeito a destituição dos administradores”, não aceitando, em contraponto, que para essa conexão sirva estar na ordem do dia o tema da “censura da gestão social”.

Ora, voltando ao ponto de partida, creio que é adequado, no momento de defender a nomeação não publicitada de administradores na assembleia ordinária – e vê-la como excepção à *inderrogabilidade* do art. 377º, n.º 8 –, gizar uma analogia com as deliberações de responsabilidade contra os administradores e de destituição surgidas no âmbito da «apreciação geral da administração e fiscalização da sociedade». De facto, quando o art. 376º, n.º 1, al. d), indica ser do âmbito de competência *natural* dessa assembleia ordinária «proceder às eleições que sejam da sua competência», parece ainda que a lei compreende essa última tarefa como previamente condicionada pela análise da *performance* da administração sindicada e na *sequência* da matéria colocada na ordem do dia da assembleia ordinária. Antes de eleger, devem os sócios, *em especial para decidir entre a reeleição ou o adiamento da recomposição do órgão em função de uma eventual reprovação dos administradores que se propunham reeleger*, conhecer o seu trabalho anterior. Não vislumbro diferença substancial entre esta circunstância e as previstas no art. 376º, n.º 1, al. c), na colisão de interesses entre o interesse-direito *dos sócios* a conhecer antecipadamente o conteúdo temático da reunião, no intuito de, no exercício do direito de informação que lhes assiste (v. os arts. 214º, n.º 2, *in fine*, e 289º), o examinar e se prepararem adequadamente para a discussão respectiva – bem como, complementarmente, a conveniência de evitar que seja surpreendida a boa fé dos ausentes ao possibilitar-se a deliberação sobre temas que assumiram que não iriam ser tratados porque não estavam incluídos no elenco da convocatória: sobre esta “dupla função” da “delimitação da competência” da assembleia pela ordem do dia, v. FRANCO DI SABATO, *Diritto delle società* cit., pág. 259, ANTONIO SERRA, “Il procedimento assembleare”, *Il nuovo diritto delle società – Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, volume 2, *Assemblea – Amministrazione*, 2006, pág. 35 – e o interesse-necessidade ou urgência de reconstituir o órgão administrativo: aqui o primeiro decai em benefício da necessidade de, privilegiando a liberdade *da assembleia* (ainda que composta por sócios não avisados e impreparados) em tomar a iniciativa e reconstituir(-normalizar) *em tempo* o órgão administrativo, que será sempre prejudicada pelo período de tempo que decorrerá até uma nova convocatória. De todo o modo, esta necessidade pode ser temperada pela conveniência em fornecer aos sócios informação curricular sobre novos administradores, no caso de não haver reeleição, o que, em homenagem ao suprimento dos deméritos associados a uma deliberação “surpresa”, pode mesmo justificar uma assembleia posterior simplesmente electiva. Creio mesmo que, até buscando a doutrina da validade das deliberações tomadas em assembleia universal (c. art. 54º, n. 2, *in fine*: «só pode deliberar sobre os assuntos consentidos por todos os sócios»), se algum dos sócios manifestar no colégio social a discordância de que se delibere tal matéria com base na necessidade de se esclarecer cabalmente sobre a eleição, ainda que a sua vontade nunca fosse maioritária numa eventual reprovação da deliberação, então não temos como evitar a invalidade da deliberação: era assim que, à luz do art. 38º, § 1º, da LSQ, VASCO LOBO XAVIER suportava a tomada de deliberações sobre assuntos não constantes da ordem do dia: v. “Sociedades por quotas; exclusão de sócios; deliberações sobre matéria estranha à ordem do dia; responsabilidade do sócio por perdas sociais” (Anotação ao Acórdão de 2 de Fevereiro de 1984 do Tribunal da Relação de Lisboa), *RLJ* n.ºs 3747-3748-3750, págs. 221 e ss. Também me parece que o mesmo Professor, na sua *Anulação de deliberação social...* cit., n. (31) – pág. 400, partilhava um raciocínio similar quando, confrontando-se com o art. 20º, n.º 2, do DL n.º 49 381 de 15 de Novembro de 1969, que permitia a destituição dos administradores na assembleia que apreciasse o balanço, embora isso não constasse da convocatória, fez um paralelismo com as deliberações de exoneração do conselho de administração e de nomeação de novos administradores na *mesma reunião* da assembleia geral – pressupõe-se que a última deliberação não se incluía na “ordem do dia” e, mesmo assim, fora adoptada: “o *natural* é que os accionistas atendam à conveniência de não ficar a sociedade sem órgão administrativo, mesmo por um lapso de tempo relativamente curto”, disse (com sublinhado da minha lavra).

Aliás, julgo que a lei fornece outro elemento interessante. Também no âmbito da avaliação da administração, os sócios, independentemente de menção na convocatória, podem «manifestar a sua desconfiança quanto a administradores» (v. também o art. 455º, n.º 2). A desconfiança estará para as assembleias ordinárias *realizadas no âmbito temporal do “mandato”* como a decisão electiva – em que se renova ou não a confiança nos administradores anteriores, desde que propostos para assumir novo período de exercício, ou, talvez muito por causa da insatisfação gerada nos exercícios anteriores, se colocam novos

administradores para eleição – está para as assembleias ordinárias realizadas depois de caducado pelo tempo o título dos administradores: reservo-lhes o mesmo tratamento.

Aproveito para tomar igualmente posição no que se refere à destituição (como assunto) ser excepção à *inderrogabilidade* do art. 377º, n.º 8. Esta matéria encerra inevitavelmente uma opção axiológico-normativa: na escala de valores que preside à configuração jurídica das relações entre a sociedade e os administradores, dá-se proeminência ao interesse da sociedade em facilitar o exercício do direito de destituição (com o decaimento das garantias dos administradores perante abusos eventuais de quem em certo momento detenha a maioria). A natureza livre e sem fundamento da destituição justifica o entorse ao regime procedimental da tomada de deliberações e aos interesses – desde logo, a urgência em afastar administradores indesejados, que romperam a relação de confiança intrínseca à função administrativa, e, em princípio, prejudiciais ao interesse social – que, no caso, ele assegura. De facto, não afasto o significado primordialmente temporal da expressão «em qualquer momento», referido à realização de uma assembleia durante a vigência da relação de administração com a sociedade (ainda que não deixe de ser tautológico...); mas não ignoro que é admissível pensar no implícito significado *modal* que essa faculdade *ad nutum* reivindica para o seu exercício, pois a essa faculdade, em nome daqueles interesses predominantes, deve permitir-se recorrer *com dispensa da publicidade prevista para todas as deliberações* (sensivelmente neste sentido, v. FÉLIX LÓPEZ DE MEDRANO, *La separación de los administradores de la sociedad anónima*, 1986, págs. 154 e 156-157). No entanto, inegável se torna que será mais confortável essa excepção quando se demonstre uma conexão com os assuntos catalogados na «ordem do dia», na medida em que, como vimos, existe arrimo na lei (art. 376º, 1, al. c), para vislumbrar uma “concepção causal” do direito de destituição *desprovido de publicidade*, condicionando-se assim a invocação da vontade ou de motivos concretos para destituir. Aproveito para me escudar neste tratamento para fazer despontar um critério razoável no que toca ao quesito mais amplo da validade das deliberações sobre assuntos que não estavam na “ordem do dia”: a falta de menção na ordem do dia não incomoda aos sócios sempre que os temas não incluídos não sejam, no mínimo, *absolutamente estranhos* aos temas constantes do aviso ou, na linguagem que foi entre nós desenvolvida para as deliberações sociais por VASCO LOBO XAVIER, *ibid.*, págs. 74 e ss, 383 e ss, 547 e ss, sejam *conexos* através do seu conteúdo, seja *voluntariamente*, ainda que não reflectidos numa expressa afirmação de dependência (enquanto impostos unicamente pela vontade dos sócios votantes; e o Professor coimbrão inclina-se a dar como exemplo a destituição de um gerente seguida da substituição-designação do administrador exonerado: pág. 548), seja *necessariamente* (enquanto impostos pelo próprio modo de ser dos assuntos: v. em esp. as págs. 399-403, onde, seguindo Hueck, se trata da circunstância de a assembleia geral de uma sociedade anónima destituir o conselho de administração e, depois, ter designado novos administradores, que pode ser cumulativamente tratada como conexão voluntária, em particular se a exoneração e designação tiverem sido deliberados na mesma reunião, já que, “normalmente, os votantes terão querido que o destino do segundo acto dependesse do que viesse a caber ao primeiro”, “[e] como a ligação entre os dois actos se documenta agora na acta da assembleia”, não há obstáculo “à relevância da intenção tácita de dependência que corresponde a tal ligação”: n. (39ª)). Logo, sempre que essa conexão se verificar, as deliberações sobre tais objectos não serão afectados pela ausência de menção na “ordem do dia”.

Também em Espanha o princípio de que a assembleia não pode adoptar deliberações válidas sobre matérias que não figurem na “ordem do dia” é excepcionado pela doutrina por “razões de verdadeira urgência em casos excepcionais”, em especial se se tratar de “questões incidentais ou conexas”: v., por todos, RODRIGO URÍA GONZALEZ/AURELIO MENÉNDEZ MENÉNDEZ/JOSÉ MARIA MUÑOZ PLANAS, *La junta general de accionistas (Artículos 93 a 122 de la Ley de Sociedades Anónimas)*, in *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dirigido por Rodrigo Uría, Aurelio Menéndez y Manuel Olivencia, tomo V, 1992, págs. 89-91: abraçando a tese de Joaquin Garrigues, quando este atribuía aos tribunais a decisão de aferir, como questão de facto, se existiam ou não razões imperiosas que justificasse a intervenção da assembleia em assunto que não figurasse na “ordem do dia”, e fazendo menção escarpada à atitude flexível da DGRN em admitir a ampliação da “ordem do dia” em casos excepcionais, nomeadamente perante um facto imprevisível e incidental, posterior à convocatória (e, já agora, a págs. 27-28, concretizam a sua ideia, quando defendem a extensão da faculdade de destituição sem previsão na ordem do dia – art. 131 da LSA, tal como previsto no nosso art. 75º, n.º 2 – à designação na mesma sessão da assembleia da totalidade dos membros do conselho que vão substituir os administradores destituídos em virtude da deliberação aprovada no âmbito do mencionado preceito). Para o que agora mais nos toca, com matizes dogmático e interpretativos sem coincidência, vemos favoráveis à inclusão *ope legis* da matéria da designação ou reeleição dos administradores na ordem do dia as intervenções de MERCEDES CARID FOSSAS, págs. 213 e ss

– que fala de inclusão *de iure* com relação à existência de uma presunção *implícita* nesta hipótese, sob pena de emergir um duplo perigo: se não há a caducidade automática com o esgotamento do prazo, isso significa que os administradores seguem em funções por não se incluir na ordem do dia tal matéria; se a caducidade opera automaticamente e a assembleia não se pronuncia sobre a renovação, por não estar na ordem do dia, a sociedade fica, acéfala, sem titulares do órgão administrativo; OLIVARES JAMES, págs. 316-317, com recurso à argumentação de uma decisão do Tribunal Supremo de 30 de Abril de 1971; PEDRO MIROSA MARTÍNEZ, *El cese...* cit., págs. 515-516; EDUARDO POLO, *Los administradores...* cit., pág. 125, por identidade de razões em relação à aprovação em assembleia dos primeiros administradores nomeados na escritura de constituição da sociedade e atendida a sua “necessidade legal” (e vejam-se igualmente as págs. 74 e ss para a questão parecida de efectuar na assembleia a substituição para uma “vaga” surgida no órgão de administração durante a realização da assembleia geral ou antes da sua celebração, uma vez convocada, que deixa a sociedade sem possibilidade de funcionamento do órgão; fazendo depender essa inclusão da *excepcionalidade* decorrente da não operatividade do órgão administrativo, aferida pelo facto de o afastamento dos administradores afectar a totalidade ou a maioria dos conselheiros; FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, *Provisión de vacantes...* cit., págs. 323-325, 399-400 (em que se sustenta mesmo a designação de administradores, mesmo que não conste da “ordem do dia”, nos casos em que a sociedade fica órfã de órgão administrativo em razão das vagas produzidas); FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores...* cit., págs. 119-120, em função de a sociedade permanecer sem órgão administrativo.

Para o ordenamento francês, a *Cassation commerciale* tem admitido a estatuição da assembleia “sobre uma questão que não está inscrita na ordem do dia, mas que é a *consequência directa* de uma questão inscrita e que não aborde qualquer problema novo” – v. GEORGES RIPERT/RENÉ ROBLOT cit. 2002, pág. 361 (com sublinhado da minha responsabilidade) –, numa confirmação da (antes aludida) jurisprudência antiga, conhecida como “incidentes de sessão” (*incidents de séance*), que consistia em admitir em nome da urgência ditada por situações excepcionais (“incidentes graves e imprevistos supervenientes à convocação ou ao decurso da assembleia”) o exame de uma proposição que não tinha sido levada à *ordre du jour* – v., em distantes momentos temporais, JEAN NOIREL, *La société anonyme devant la jurisprudence moderne*, 1958, págs. 185-186, JEAN-PAUL VALUET/ALAIN LIENHARD, *Code des sociétés et des marches financiers commenté*, 2005, pág. 526. Recorde-se que o (igualmente já referido) art. L. 225-105, al. 3.<sup>a</sup>, do CCom.Fr. permite que a assembleia, *em qualquer circunstância*, destitua um ou mais administradores (ou membros do *conseil de surveillance*) e proceda à sua substituição.

Mais centrado no nosso assunto se assopra um percurso pelos italianos. Na verdade, em Itália, já é velha a corrente que defende ser a “substituição” dos administradores que vêm a faltar no decurso do exercício (por ex., porque renunciaram) uma matéria a incluir *ope legis* na ordem do dia da primeira assembleia seguinte, bem como a sua “nomeação” quando se elenque entre as matérias a tratar a destituição dos administradores precedentes, neste caso em nome do princípio que consente à assembleia deliberar sobre assuntos que sejam *estrita e logicamente consequenciais* e *acessórios* aos indicados na ordem do dia e que, por isso, se reputavam de assunção e discussão previsíveis, resultando tal faculdade numa modificação ou ampliação (e de restrição também se poderia tratar) do assunto a tratar na assembleia: v., para ambas as facetas, CESARE VIVANTE, “Revoca degli amministratori senza espressa indicazione nell’ordine del giorno dell’assemblea”, *Foro It.*, 1909, I, págs. 62-63, onde se enfatiza que um eventual princípio de que tudo o que não consta da “ordem do dia” está absolutamente fora da competência da assembleia dos sócios não funcionava para as matérias que se poderiam omitir sem ofensa à lei, como era a nomeação, a destituição e a substituição dos administradores, que pertenciam *ope legis* à ordem do dia; ID., “Sulla portata giuridica dell’ordine del giorno”, *Foro It.*, 1909, I, págs. 66-67, oportunidade que é aproveitada para destacar precisamente que a destituição dos administradores quando só se elencava na convocatória a “aprovação do balanço” era exemplo nítido de que o conteúdo *legal* da “ordem do dia” aponta os assuntos a tratar na assembleia mas não esgota a liberdade da assembleia, no sentido de que não delimita estritamente as soluções a adoptar (o “texto das deliberações”) pela assembleia *em torno* dos assuntos propostos pelo aviso da convocatória; ENRICO SOPRANO, pág. 524; MARIO VASELLI, *Deliberazioni nulle e annullabili delle società per azioni*, 1948, pág. 131 e ss, em esp. pág. 136, que, depois de recusar os argumentos de Cesare Vivante para possibilitar a deliberação de destituição *não prevista* dos administradores, explica, ainda que a título excepcional, a substituição dos administradores sem prévia inscrição na ordem do dia, depois de deliberada acção social de responsabilidade por «1/5 do capital social» e imposta a sua destituição (admitidas, então como agora, pelo art. 2393 do CCIt. ), como uma inserção implícita e consequência *ope legis* do assunto levado à ordem do dia; ADRIANO FIORENTINO, *Gli organi delle società di capitali. Assemblea. Amministratori. Sindaci*, 1950, págs. 22-23 (e relevo para a n. (19)), que, para além de ressaltar o exercício de acção de

Chegados aqui, feito o desvio, concentremo-nos no problema do funcionamento da sociedade e da situação dos administradores que vêem o seu “mandato” caducar pelo decurso do tempo. A óbvia preocupação é caracterizar a situação de *interinidade* <sup>767</sup>, mais ou menos larga, que a lei continua sem prever devidamente.

\*\*\*\*\*

responsabilidade, previsto na lei, e a destituição (por maioria de razão, sendo esta uma deliberação bem menos grave), ainda que não indicados no aviso de convocação da assembleia convocada para discutir o “balanço do exercício”, admite a validade das deliberações tomadas em relação a assuntos que sejam “consequência necessária e óbvia” das matérias indicadas na ordem do dia; GIUSEPPE ROMANO-PAVONI, *Le deliberazioni delle assemblee delle società*, 1951, págs. 202-203, para quem se deveria reconhecer os casos de “inserção implícita na ordem do dia” como consequência da inserção expressa de um outro tema, sendo aqueles “logicamente consequentes” em relação a este – como seriam a destituição e a substituição depois de deliberada a acção de responsabilidade –, de inserção *ope legis* – como era o caso da acção de responsabilidade na assembleia de discussão do balanço – ou em virtude de previsão em cláusula dos estatutos; GUSTAVO MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., págs. 13-14 – “(...) a substituição dos administradores que venham a faltar no decurso do exercício é matéria *ope legis* incluída na ordem do dia da primeira assembleia que se venha a ter depois da vacatura. (...) Quanto ao inconveniente, que insurge do acolhimento de tal tese, da falta de preparação sobre o assunto da parte dos sócios, e da consequente possibilidade de «golpe de mão» por parte de minorias informadas e preparadas, isso é inegável; mas o legislador já mostrou não preocupar-se desmedidamente [com essa possibilidade] na norma (...) do art. 2393, parágrafo 3º, primeira parte [actual § 4º: «A deliberação de acção de responsabilidade provoca a destituição oficiosa dos administradores contra quem é proposta, desde que seja aprovada com o voto favorável de pelo menos um quinto do capital social. Neste caso, a mesma assembleia providencia pela sua substituição.»]”; o Autor italiano, na concretização da doutrina dos “assuntos estritamente consequenciais” aos indicados na ordem do dia, também sustentava que não havia dúvida que da destituição dos administradores, colocada na ordem do dia, tornava previsível a nomeação dos seus sucessores; ALESSANDRO GRAZIANI, *Diritto delle società*, 1963, pág. 317 (“... são de considerar-se em qualquer caso incluídas *ope legis* na ordem do dia da assembleia as deliberações *estritamente consequentes e acessórias* às que versam no objecto expressamente indicado, e também (...) a deliberação de destituição dos administradores”); mais recentemente, FRANCESCO GALGANO, *La società per azioni*, Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia, diretto da Francesco Galgano, volume VII, 1988, págs. 224-225, dava como exemplo de “medidas consequenciais” (*provvedimenti consequenziali*), cuja adopção deriva necessariamente da deliberação da ordem do dia, a nomeação de novo administrador depois de deliberada a destituição do administrador único – seguido, v. g., por GIOVANNI CASELLI, *Vicende del rapporto di amministrazione* cit., págs. 17-18, 83-84 (a expressão “em qualquer momento” tem “uma dimensão substancial e não procedimental; regula a relação entre administrador e a sociedade, não o modo segundo o qual esta última deve tomar as próprias deliberações a esse respeito”); CATERINA MONTAGNANI, pág. 472. No entanto, FRANCESCO FERRARA Jr./FRANCESCO CORSI, *Gli imprenditori...* cit. 1999, ainda que aceitem e distingam entre a integração da ordem do dia mediante o desenvolvimento da *vontade* nela declarada, correspondente ao critério da *consequência estrita* ou da *acessoriedade* (nomear novos administradores depois de ser deliberada a sua destituição, por ex.), e a integração *legal* da ordem do dia, como a que se faz entre nós no art. 75º, n.º 2, correspondente ao art. 2393, 2º §, do CCIt. (págs. 511-512), só admitem a deliberação relativa à substituição dos administradores se o assunto figurar na ordem do dia (n. (1) – págs. 571-572).

<sup>767</sup> A locução pertence a EDUARDO POLO, *Los administradores...* cit., pág. 126.

A preocupação do legislador nacional é clara: evitar que, ao verificar-se a causa *temporal* de cessação do ofício, a “aplicação draconiana da temporalidade”<sup>768</sup> paralise a actividade do órgão administrativo ou se perturbe a sua funcionalidade<sup>769</sup>. Não é prejudicial para a sociedade que se entenda o vencimento do prazo a operar-se automaticamente como causa de extinção da relação administrativa pois, em face do art. 391º, n.º 4, as consequências não são graves. A sociedade não se vê desprovida de um órgão de administração *actuante*. Os administradores com o título caducado *devem* permanecer a cumprir as funções imputadas ao órgão de administração – ficam como que “prisoneiros” do cargo até que haja nova designação<sup>770</sup> e, se bem

---

<sup>768</sup> MANUEL DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, “La administración de la sociedad anónima”, *loc. cit.*, pág. 125.

<sup>769</sup> Neste sentido, o princípio da temporalidade do cargo deverá compatibilizar-se com o princípio da estabilidade e permanência do órgão administrativo, que deve garantir a continuidade e a eficácia da gestão social: por todos, v. EDUARDO POLO, *Los administradores...* cit., pág. 123. Mas sem que se avance, como regra, para uma perpetuação da administração de facto motivada, por assim dizer, pela actuação do princípio da temporalidade (seria esta a consequência de uma posição como a respigada na solução defendida como a mais indefectível por OLIVARES JAMES, págs. 315-316: “(...) quando os estatutos não o impeçam, o prazo de vigência do cargo deve interpretar-se de maneira que a nomeação subsista até que se proceda à substituição). Este poderá justificar que se convalidem as situações dos administradores que permitam regularizar, e assegurar, o funcionamento do órgão administrativo, durante aquele *período de carência* que encaminha a assembleia (ou o sócio decisor) a exercer o poder de nomeação dos administradores. Será esta ponderação que poderá servir para conferir o *âmbito dos poderes* do administrador de facto – ou, porventura, de algumas espécies de administradores de facto. É neste quadro que vemos as palavras de LUIS CORTÉZ DOMÍNGUEZ, pág. 453, quando fundamenta a restrição dos poderes do administrador de direito caducado: “(...) tolera-se a fractura sofrida pela temporalidade com o prolongamento das funções dos administradores apenas na medida em que ela se dirija à normalização (...) do órgão administrativo”. Neste contexto, v., na jurisprudência nacional, as idênticas considerações do Ac. da **Relação de Lisboa, de 29 de Abril de 2008** (cit. *supra*, n. 715), págs. 5-6/8.

<sup>770</sup> Assim, VINCENZO ALLEGRI, “Gli amministratori”, *loc. cit.* 1993, pág. 277. Com a mesma perspectiva, BARTOLOMEO QUATRARO/LUCA PICONE, pág. 474, sustentam que até à aceitação dos novos eleitos (em número suficiente para reconstituir a maioria do conselho de administração: v. § 1º, 2.ª parte, do art. 2385 do CCIt., que aplicam analogicamente) o administrador cessante continua em funções e responderá pelo prejuízo causado à sociedade e à classe creditória por actos de *mala gestio* realizados no período de *prorogatio*; GIAN FRANCO CAMPOBASSO, *Manuale di diritto commerciale* cit., pág. 246, para quem a manutenção do cargo se prolonga até à aceitação da nomeação pelos novos administradores.

No direito francês, julga-se que os administradores que vêm extinto o seu título por caducidade temporal têm não só o poder mas um verdadeiro dever de continuar a administrar até que a assembleia geral ordinária do ano do termo estatutário se pronuncie sobre as contas do exercício anterior. Dever esse que se prolongará até que essa assembleia se realize (mormente quando o adiamento se deve a inibição judicial para a sua efectivação) ou se a deliberação electiva dos novos administradores for impugnada judicialmente. Porém, se a assembleia geral não tivesse lugar, nomeadamente por negligência dos administradores cessantes, o mandato sempre deveria cessar no dia 31 de Dezembro desse ano e poderia, em socorro do funcionamento do órgão, nomear-se um administrador judicial. Para estes pontos, v. PIERRE-GILLES GOURLAY, *Le conseil d'administration...* cit., págs. 33-34, BARTHÉLÉMY MERCADAL/PHILIPPE JANIN, págs. 430-431, MICHEL GERMAIN, pág. 5 (com referências jurisprudenciais e doutriniais).

vejo, até que ela se torne eficaz com a *aceitação* dos administradores (novos ou reeleitos).<sup>771</sup>

Vejo como mais curial a opção de fazer coincidir o momento *constitutivo* da qualidade administrativa com o momento da *aceitação* (expressa ou tácita) do cargo por parte do administrador, prevista no art. 391º, n.º 5 <sup>772</sup>. Claro que com essa declaração estaremos a condicionar a vigência e a duração efectiva do cargo de um facto externo que escapa à vontade social expressa no contrato social ou na deliberação dos sócios (os modos paradigmáticos de designação). É esse, porém, o ditame da lei: reservar à vontade do interessado a determinação do *dies ad quo*, de tal sorte que essa vontade é o pressuposto necessário para que a pessoa *designada* (e a sua *investidura* no cargo-função) se integre juridicamente na posição orgânica de administrador e esta produza efeitos, tanto na ordem interna (das relações do administrador com os sócios, com os outros órgãos sociais e do desempenho estrito das tarefas de administração e gestão) como na externa (a começar pela evidência de a nomeação, por si só, se poder dirigir a um terceiro não-sócio, tendo aqui como efeito imediato capacitá-lo a aceitar, para além dos demais poderes de relacionamento na esfera exógena). No exercício dessa vontade abrange-se, inclusivamente, a oportunidade de infirmar a eficácia da nomeação mediante uma declaração de *recusa*, se esta ainda for possível no caso <sup>773</sup>. Destarte, os efeitos da nomeação ou eleição verificam-se com a aceitação (como declaração *unilateral* do administrador designado), sendo essa uma verdadeira *condição de eficácia* daquelas, ou seja, um facto integrador da *facti species* constitutiva da relação *orgânica* de administração, fundadora originária da pertença a um centro de imputação de poderes e deveres e unificadora da relação de gestão interna e da relação representativa externa <sup>774</sup>.

---

<sup>771</sup> Para a sociedade por quotas – onde, recorde-se, o contrato de sociedade ou o próprio acto de designação podem fixar a duração das funções da gerência (art. 256º) –, a lei oferece uma solução geral: ficam todos os sócios a exercer os poderes de administração, uma vez faltando *todos os gerentes* (ou o *único gerente*), por qualquer causa de caducidade, nos termos do art. 253º, n.º 1. Aplicando-se a norma, em rigor não estaremos perante uma prorrogação de funções administrativas – mas acaba por sê-lo *substancialmente* para os sócios que eram antes gerentes de direito. De todo o modo, a norma aplica-se indistintamente, pelo que a qualidade de tais sócios, uma vez extinta a gerência pelo decurso de prazo, acabará por dever ser a mesma dos administradores das sociedades anónimas. Voltaremos *infra* a esta solução da lei para a sociedade por quotas no contexto de uma administração de facto *ope legis*.

<sup>772</sup> E aplicável analogicamente aos restantes tipos sociais (o que é admitido implicitamente pela nossa doutrina; explícitos: ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, pág. 111, JOÃO LABAREDA, “A cessação da relação de administração”, *loc. cit.*, n. (5) – pág. 69; igual solução decorre para a designação dos membros do conselho geral e de supervisão por força da remissão operada pelo art. 435º, n.º 2). Igual solução apresenta de forma mais manifesta o direito espanhol: «A nomeação dos administradores produzirá efeito desde o momento da sua aceitação» (art. 214, n.º 3, LSCE; anteriores arts. 58, n.º 4, da LSRLE, e 125 da LSAE).

<sup>773</sup> A este tema voltarei *infra*, n. 1014.

<sup>774</sup> Isto é, no que respeita à organicidade institucional da relação jusadministrativa e na constituição do poder-dever de administrar como *titular de órgão*, o administrador beneficia de um *acto-modo de designação*, ou seja, um acto unilateral corporativo, assistido, invariavelmente (parece: v. *infra*, n. 783) e em

concurso, pela aceitação-condição de eficácia – favoráveis, na doutrina portuguesa, ainda que com variantes, DURVAL FERREIRA, *Do mandato civil e comercial. O gerente de sociedades. O contrato de mediação*, 1967, págs. 90 e ss, em esp. 95; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito comercial*, vol. IV cit., págs. 449-450; PINTO FURTADO, *Curso de direito das sociedades* cit., págs. 340-341 (para o CCom., v., do Autor, *Código Comercial anotado*, volume II, tomo I cits., sub art. 172º, págs. 373-374); ISABEL MOUSINHO FIGUEIREDO, “O administrador delegado (A delegação de poderes de gestão no direito das sociedades), *O Direito*, 2005, p. 577-578; COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II cit., págs. 582-583; JOSÉ ALVES MOREIRA, *Os limites da administração de facto. Efeitos nas relações jurídico-laborais*, 2007, págs. 41 e ss. Por seu turno, no âmbito da sua crítica à tese contratualista, MENEZES CORDEIRO, *Direito das sociedades*, I volume, *Parte geral*, 2011, págs. 927-928, escreve que o direito português vigente “aponta a eleição – tomada como deliberação unilateral – como a via mais típica de constituição da situação de administração, dobrada aliás pela unilateralidade de diversos outros elementos constitutivos do seu conteúdo, com relevo para a remuneração” (destaquei); em *Código das Sociedades Comerciais anotado...* cit., sub art. 391º, pág. 1049, anot. 4, o Autor acentua que a designação não tem natureza contratual: “não se aplica o regime próprio da formação do contrato, nem, tão-pouco, o da proposta contratual; trata-se de uma figura própria do Direito das sociedades, decalcada das nomeações públicas, e isso sem prejuízo da necessidade de aceitação (391º/4)”. Por último, ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito das sociedades...* cit., págs. 316-317, fala de uma relação jurídica complexa entre a sociedade e o membro orgânico “que de modo algum se pode entender como necessariamente contratual”.

Antes de enveredar pelo contratualismo, RAÚL VENTURA expressou a sua anuência à teoria unilateralista no tratamento do facto jurídico criador da relação do administrador e do liquidatário da sociedade: “O liquidatário de sociedades comerciais”, *RFDUL*, 1958, págs. 23 e ss, em esp. 42, e *Sociedades comerciais: dissolução e liquidação*, 1960, II, págs. 127 e ss, em esp. 130-131, 146 (“Tal facto é constituído por dois actos jurídicos unilaterais: o acto da sociedade, pelo seu órgão assembleia geral (ou outro conselho, noutras legislações), de designação do órgão e a aceitação pela pessoa designada”), 163-164 (“A deliberação da assembleia é um acto jurídico unilateral, a aceitação é outro acto jurídico unilateral, e assim se mantêm, sem nunca se unificarem num contrato. A aceitação condiciona, porém, os efeitos da deliberação, quer dizer, determina a sua eficácia, como uma condição suspensiva que se verifique.”/ [Quanto à nomeação judicial] Se o acto de nomeação tivesse natureza contratual, ou deveríamos aceitar que o juiz, actuando como órgão da sociedade, celebra um contrato com o liquidatário, em nome da sociedade – o que é manifestamente absurdo –, ou teríamos necessidade de atribuir duas naturezas jurídicas à nomeação, conforme fosse realizada pela assembleia ou pelo juiz – o que é artificioso. Nada disto é necessário se a nomeação se desdobrar nos dois actos unilaterais indicados, podendo até dizer-se que a nomeação do liquidatário pelo juiz constitui elemento valioso para fundamentar aquela doutrina, esclarecendo a situação, mesmo quando se trata de administradores”. Num momento ainda mais recuado, ALMEIDA LANGHANS, “Poderes de gerência nas sociedades comerciais”, in *ROA*, 1951, págs. 137 e ss, ensaiou um compromisso entre a teoria do mandato (explicativa da relação dos titulares do órgão com a sociedade) e a teoria institucionalista (“Há órgãos e funções. Há poderes e competência. Há nomeação e investidura em poderes, resultante automática da primeira”), sendo esta visível nas relações estabelecidas com terceiros.

Na jurisprudência: **Relação de Lisboa de 27 de Novembro de 1984** (in *CJ*, 1984, V, pág. 152, s.), que, sob a vigência do CCom., considerou actos unilaterais quer a eleição do administrador pelos accionistas quer a aceitação, sendo esta “condição de plena eficácia”; por sua vez, o Ac. do **STJ de 4 de Maio de 2010** (in *CJ/STJ*, 2010, II, pág. 59, ss) destaca o nexó de imputação orgânica dos actos dos gerentes de uma sociedade por quotas (em esp. pág. 62) e, antes, o Ac. da **Relação de Lisboa de 13 de Janeiro de 2009** (in *www.dgsi.pt*, processo 9516/2008-1) aparentemente (ainda que se refira a “mandato”) vai na linha do aqui sustentado (“Através da eleição atribui-se os poderes e deveres correspondentes ao cargo de administrador. Pela aceitação, o indigitado administrador assume esses poderes e deveres.”).

Nos direitos estrangeiros de discussão próxima, situo-me sob a influência da corrente *unilateralista* dos Autores italianos, mais e menos recentes: entre outros, GIANCARLO FRÈ, *Gli organi...* cit., págs. 27-28, 29-30, 67; ANTONIO BRUNETTI, *Trattato del diritto delle società*, II, *Società per azioni*, 1948, págs. 364-365; ADRIANO FIORENTINO, págs. 94 e ss, 101; FILIPPO CHIOMENTI, *La revoca delle deliberazioni assembleari*, 1969, págs. 177 e ss (uma conjugação ou coligação do acto deliberativo de eficácia interna com o acto individual de aceitação, sendo esta a condição (não constitutiva) para a *operatividade e utilidade* da relação); ALESSANDRO BORGIOIOLI, *L'amministrazione delegata*, 1982, págs. 28 e ss, em esp. 30-31, onde se segue Galgano e se refere a “designação de sujeitos que serão investidos na função de «figuras de produção» da actividade” e a aceitação do administrador enquadrada no regime do «contrato a favor de terceiro»;



GIUSEPPE FERRI, *Le società* cit., págs. 674-675; GIOVANNI CASELLI, *Vicende del rapporto di amministrazione* cit., pág. 41, quando releva o “aspecto funcional” que permite ver os poderes e funções a derivarem directamente da lei e do contrato social; VINCENZO ALLEGRI, “Gli amministratori”, *loc. cit.* 1993, pág. 287; FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, págs. 166 e ss (embora suscitando algumas perplexidades no campo da administração de facto, resultantes da relação do dever gestório do administrador com a sua posição orgânica e do consequente desprendimento de uma fonte contratual ou quase-contratual); FRANCO BONELLI, *Gli amministratori...* cit. 2004, págs. 74-75; a origem parece ter estado no trabalho anterior ao *Codice Civile* de AURELIO CANDIAN, “L’azione civile di responsabilità contro gli amministratori di società anonime”, *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, I, págs. 179 e ss, em esp. 183-184. Por seu turno, afasta-se do contratualismo puro (ou da confecção de um contrato explicativo autónomo) FRANCESCO GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, volume III cit., págs. 256 e ss, em esp. 257-258, com o acréscimo dogmático de o acto de designação das pessoas para o órgão de administração ser, por força da lei, um acto de cumprimento ou execução do contrato de sociedade, sendo este de onde ressumam *originariamente* os poderes dos administradores (ainda que integrado por disposições da lei), tendo em conta a possibilidade de nele se verem estipulações a favor dos sujeitos-administradores, que, enquanto tais, não são partes mas se apresentam como “elementos necessários de execução do contrato”, e sendo ainda aquele contrato de sociedade onde se domicilia a imposição das obrigações correlativas, a partir do momento em que os administradores, pela aceitação, se submetem ao estatuto da sociedade; favoráveis a esta tese de a nomeação dos administradores ser um mero acto de designação já previsto como necessário pela lei e pelo contrato social, em obséquio à norma de ordem pública que impõe que as sociedades de capitais sejam geridas por determinados sujeitos, GIANNI MIGNONE, “Nota a Trib. Torino, 5 luglio 1988”, *loc. cit.*, pág. 718, NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., págs. 214-215).

Sabemos que os opositores residentes na tese *contratualista* perduraram para lá da superação da “teoria do mandato” – v. GIUSEPPE FANELLI, págs. 80 e ss (em esp. 85-87, 95 e ss), Autor que concilia o organicismo *durante o desenvolvimento da relação orgânica* (definida essencialmente pela lei) com a concepção *contratualista* que se pressupõe na relação intersubjectiva (e de conciliação de interesses diversos: interesse da sociedade em tornar operativo o ofício através daquela pessoa singular; o interesse desta última em assumi-lo de acordo com as condições predispostas pela lei, pelo acto constituinte e pelas deliberações da assembleia) associada ao *momento genético* de proposição para o órgão, onde se encontram a nomeação e aceitação nesse *contratto di preposizione organica* de onde deriva a constituição da relação orgânica e os efeitos obrigatórios para a sociedade e para o administrador (em esp. para este: assumir a função administrativa, prestar caução, não concorrer, etc.); GUSTAVO MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., págs. 48 e ss, em esp. 53, 56-59, 61 e ss, em esp. 70-71 (o administrador como parte de um “contrato de administração” com a sociedade, colocado no arco dos contratos de trabalho em sentido amplo: um “contrato de trabalho de tipo *a se stante*”); PAOLO GRECO, págs. 237, 287 e ss, em esp. 290-291; ALESSANDRO GRAZIANI, págs. 370 e ss; PAOLO CECCHI, págs. 5 e ss; FRANCO DI SABATO, *Diritto delle società* cit., pág. 276 (mas contrato cuja grande parte do conteúdo é predeterminada pela lei); GASTONE COTTINO, *Diritto societario* cit., pág. 384 (que, no entanto, reconhece que a tese empalidece quando se confronta com a posição central dos administradores e com a soma de poderes de que é investido).

Para uma resenha das teorias *contratualistas*, *unilateralistas* e *dualistas* (fundamentalmente na teorização alemã: v. *infra*, n. 1288) sobre a génese da relação administrativa, que vai para além da ambição deste trabalho, consultar entre nós os estudos de BRITO CORREIA, *Os administradores...* cit., págs. 303 e ss, sendo que as págs. 375 e ss se dedicam à evolução portuguesa (nomeadamente desde o Código Comercial de 1833); MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil...* cit., págs. 335 e ss, ID., *Direito das sociedades*, I volume cit., págs. 904 e ss.

Em França e Espanha captei pronúncias concordantes (em geral e, em esp., a propósito do momento da constituição da relação administrativa e da administração de facto); para exemplos: JOAQUÍN GARRIGUES/RODRIGO URÍA, *sub art.* 72, pág. 73, JEAN HÉMARD/FRANÇOIS TERRÉ/PIERRE MABILAT, *Sociétés commerciales*, Tome I cit., págs. 744, 745, PIERRE BÉZARD, *La société anonyme*, Paris, 1986, pág. 64, ALONSO UREBA, “Presupuestos de la responsabilidad social...”, *loc. cit.*, págs. 642-643, 662-663, FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, “Efectos del nombramiento y aceptación de los administradores en la Ley de Sociedades Anónimas”, *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Professor Manuel Broseta Pont*, tomo III, 1995, págs. 3396-3397, 3339-3340, 3402-3403 (e, ainda, *Los administradores...* cit., págs. 82, 86-87, 89-90, 91-92); ELENA PÉREZ CARRILLO, *La administración de la sociedad anónima. Obligaciones, responsabilidad y aseguramiento*, 1999, págs. 48 e ss, em esp. 50-51 (a Autora adopta uma “posição jurídica mista”, “orgânica enquanto titular do órgão a que corresponde o desenvolvimento da função de administrar e das

Neste enquadramento, a primeira face da relação que intercede entre a sociedade e os administradores centra-se nos *modos de designação* do administrador, sendo, por este lado, *contratual* essa relação – como parece ser quando é fundada em cláusula do pacto social e o administrador ou gerente seja sócio e, portanto, parte do “contrato”<sup>775</sup>, mas sabendo-se que “tal relação é conformada basicamente, não pela disciplina dos contratos, mas pela lei, que fixa os poderes e deveres dos administradores e os mecanismos (muitas vezes não contratuais) que em alguma medida podem disciplinar a relação”<sup>776</sup> – ou *não contratual* (mesmo que possa ser ainda negocial) – como quando é fundada em eleição por outros órgãos (nomeadamente o sócio ou sócios, em assembleia geral ou não), pelo próprio órgão de administração, por sócios minoritários ou com direito especial ou por inerência de ser sócio, pelo negócio jurídico de constituição de sociedade unipessoal ou por nomeação judicial ou do Estado (ou entidade pública equiparada)<sup>777-778</sup>. De todo o modo não se desconhece que esses actos de designação serão “normalmente precedidos de acordo entre a sociedade e o administrador”<sup>779</sup>.

---

competências atribuídas” e “contratual enquanto aceita a posição jurídica de devedor numa relação jurídica obrigacional concreta que o vincula de modo directo com a sociedade, e de modo indirecto com sócios e terceiros, assumindo a realização de uma séria de prestações e a obrigação subsidiária de resarcir os danos causados pelo seu incumprimento”; o vínculo com a sociedade é simultaneamente uma “relação de tipo legal de onde se desprenderiam obrigações, encargos e deveres legais gerais” e uma relação com um “conteúdo contratual-negocial que lhe impõe deveres e direitos concretos e variáveis tendo em conta cada sociedade e cada momento, que surgem do acordo, e da relação existente entre as partes”), 53-54; JOSÉ LUIZ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., págs. 134-135 (mais tarde, porém, em *Deberes y responsabilidad...* cit., págs. 85-86, o Autor, sem colocar em crise a natureza orgânica da posição dos administradores, admite uma “relação contratual *sui generis*” com regulação na lei e nos estatutos); NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., págs. 90-91, 92-93; JEAN-PAUL VALUET/ALAIN LIENHARD, pág. 369; IGNACIO LOJENDIO OSBORNE, págs. 367, 373; LUIS FÉRNANDEZ DE LA GÁNDARA, *Derecho de sociedades*, volumen I cit., págs. 698-699.

<sup>775</sup> Ou, se o administrador nomeado não for sócio, se se entender que tal forma de designação no pacto se abriga sob a forma de um contrato a favor de terceiro – assim é considerado por MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Comerciais anotado...* cit., sub art. 391º, pág. 1049, anot. 5 (numa espécie de réplica do entendimento mais amplo de Galgano e Borgioli): “todos os outorgantes são, reciprocamente, promitentes e promissários (*vide* 443º do CC), podendo a designação ser revogada, por eles, até à adesão pelo designado (448º/1, do CC)”.

<sup>776</sup> COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II cit., pág. 581 (= *Governança das sociedades comerciais* cit., pág. 73).

<sup>777</sup> Aqui entrará também a nomeação por via estatutária se se advogar que esse modo de designação (a não ser que se trate da atribuição de um direito especial à gerência, nas sociedades por quotas) equivale a uma deliberação unânime por escrito dos sócios – neste sentido, v. PEDRO MAIA, *Voto e corporate governance...*, volume I cit., n. (31) – pág. 52 (e, por isso, “é que a destituição dos administradores «designados no contrato» não se sujeita ao regime das alterações ao contrato”).

<sup>778</sup> Aproximadamente neste sentido, MENEZES CORDEIRO, *Direito das sociedades*, I volume cit., pág. 903: “O administrador não é, no Direito português, provido por contrato, enquanto se multiplicam situações nas quais a própria vontade da sociedade é dispensável”.

<sup>779</sup> Ainda COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II cit., pág. 584. Em sentido próximo, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “Artigo 191º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord.: J. M. Coutinho de Abreu, Volume II (Artigos 85º a 174º), 2011, pág. 129: (ainda que no âmbito de uma construção dualista designação unilateral/contrato) “nada impede que mesmo antes da designação tenha lugar a celebração do

O certo é que, a meu ver, essa relação orgânica (densificada por força da lei, ou das fontes determinadas pela lei, em especial deliberações sociais <sup>780</sup>, e por força dos estatutos), *intrasubjectiva* <sup>781</sup> e gerada pelo modo de designação – mas independente da via que tiver sido adoptada, até porque o *status* jurídico da posição de administrador acaba por ser depois o mesmo, tendo em vista que esse modo não tem influência sobre a amplitude e a natureza dos poderes e deveres que lhe assistem <sup>782</sup> – se *sobrepõe a esses diferentes modos de designação* (que até podem ser exógenos, desde que não provenientes dos sócios e dos órgãos sociais enquanto tais – da sociedade, portanto), justamente porque se funda na *unilateralidade* desse modo de designação mas “espera” pela perfeição conferida pela aceitação do designado (*denominador comum* a esses modos, parece <sup>783</sup>)

---

contrato entre a sociedade e a pessoa a designar, embora sujeito a condição suspensiva”; v. ainda MENEZES CORDEIRO, *últ. ob. cit.*, pág. 908.

Lá fora, já PAOLO GRECO, pág. 288, prefigurava um acordo entre quem deve nomear e quem deve ser nomeado; em Espanha, inequívoco quanto a pactos anteriores sobre as condições de desempenho do cargo de administrador, especialmente quando estão em causa administradores delegados e “executivos”, v. FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, “Efectos del nombramiento y aceptación...”, *loc. cit.*, pág. 3398 (“dificilmente se produzem nomeações-surpresa de administradores”).

<sup>780</sup> Oportuna é aqui a observação de COUTINHO DE ABREU, *últ. ob. cit.*, n. (272) – pág. 581, sobre a matéria das remunerações: “em regra, a fixação destas é feita por *deliberação* dos sócios (arts. 192<sup>o</sup>, 5, 255<sup>o</sup>, 1, 399<sup>o</sup>, 1), de comissão de remunerações (arts. 399<sup>o</sup>, 1, 429<sup>o</sup>) ou do conselho geral e de supervisão (art. 429<sup>o</sup>)”.

<sup>781</sup> Formulação dos italianos: v. GIUSEPPE FERRI, *últ. ob. cit.*, pág. 675.

<sup>782</sup> COUTINHO DE ABREU, *últ. ob. cit.*, pág. 581.

<sup>783</sup> Nas sociedades em nome colectivo, a lei determina, supletivamente (art. 191<sup>o</sup>, n.º 1: «não havendo estipulação em contrário»; como é feito para as sociedades civis simples: art. 985<sup>o</sup>, n.º 1, CCiv.), que cada um dos sócios, pelo facto de o ser, é por inerência gerente – seja por ser sócio no momento da constituição da sociedade, seja através de circunstâncias em que se torna sócio posteriormente (por aquisição da parte social por transmissão *inter vivos* ou *mortis causa* e em aumento de capital): a lei oferece um “monopólio orgânico dos sócios” (CARNEIRO DA FRADA, *Código das Sociedades Comerciais anotado e regime jurídico dos procedimentos administrativos de dissolução e de liquidação de entidades comerciais (DLA)*, coord.: António Menezes Cordeiro, 2011, *sub art.* 191<sup>o</sup>, pág. 601, anot. 3); e temos, na classificação de MENEZES CORDEIRO, “Capítulo VII – Responsabilidade civil pela constituição...”, *loc. cit.*, pág. 274, anot. 23, um administrador “automático”.

Na dogmática de KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht* cit., pág. 415, estamos perante um *geboren Organträger*, ou seja, aquele que é membro natural (*por nascimento*, portanto) do órgão por força da posição de socialidade, em oposição ao *geboren Organträger*, que beneficia estritamente de um acto de designação. O que não significa que essa *assunção natural* não corresponda a um *modo* de designação, ainda que dispensando qualquer outra pronúncia (expressa ou a tácita paradigmática) para desencadear a constituição da relação orgânica. Todavia, se houver cláusula estatutária diversa, pode excepcionar-se essa regra (em particular para chamar outros modos de designação) e as suas vicissitudes: algum ou alguns dos sócios não adquirirem a qualidade de gerente (mas não todos – aparentemente neste sentido, RAÚL VENTURA, “Sociedades em nome colectivo”, *Novos estudos sobre sociedades anónimas e sociedades em nome colectivo*, 1994 (reimp. 2003), *sub art.* 191<sup>o</sup>, págs. 322 (“o contrato pode excluir totalmente da gerência alguns sócios”; destaquei), 326 (quando explica que a menção do art. 191<sup>o</sup>, n.º 4, ao sócio «designado gerente por cláusula especial do contrato de sociedade» só pode ocorrer quando o contrato pretenda excluir da gerência alguns dos sócios e para tanto mencione nominativamente aqueles que ficam sendo gerentes –, sob pena de se inutilizar o modo-regra de designação e defraudar o art. 191<sup>o</sup>, n.º 1; v. ainda o art. 985<sup>o</sup>, n.º 2, do CCiv.: «pertencendo a administração a todos os sócios ou apenas a alguns deles»); excluir a aquisição automática da qualidade de gerente para os sócios “supervenientes”; delimitar o tempo de duração do cargo dos sócios-gerentes e estipular a forma de designação daqueles que lhes sucedam; prever que a designação

para ser concretamente operativa e desencadear todos os efeitos orgânicos do estatuto a adquirir <sup>784</sup>. É nesse instante que se institui a *compenetração necessária* entre a pessoa administrador e o órgão. <sup>785</sup>

Em coerência, refuto a busca de uma qualquer concepção *unitária* da relação entre administrador e sociedade, se vista como solução alternativa e radical entre

---

dos membros da gerência é feita somente por deliberação dos sócios (cfr. art. 191º, n.º 5; e, se abranger terceiros estranhos, respeitando a unanimidade solicitada pelo art. 191º, n.º 2) ou por estipulação do pacto social.

Porém, na regra supletiva, poderá questionar-se se há aceitação dos sócios-gerentes designados por inerência (e por força da lei). Das duas uma: ou se entende forçado convocar qualquer declaração de aceitação uma vez activada a imposição legal – abrindo-se uma brecha no processo constitutivo da relação de administração, que assim se esgotaria, neste caso, aquando da aquisição do estatuto de sócio e dispensaria a segunda fase da *fattispecie* – ou se vislumbra uma aceitação tácita aquando da celebração do contrato de sociedade, tendo em conta que este comporta necessariamente (na falta de cláusula diversa) a nomeação para gerente. A este propósito, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “Artigo 191º”, *loc. cit.*, pág. 129, considera que “não se pode falar em negócio unilateral de designação e é difícil sustentar a existência de um contrato de administração”. Quanto a mim, não creio ser indefensável o último dos cenários, o que permite exilar aquela eventual brecha.

<sup>784</sup> V., aparentemente com raciocínio próximo, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito comercial*, vol. IV cit., pág. 450, referindo-se ao “primeiro plano” do “aspecto institucional”, PINTO FURTADO, *Curso de direito das sociedades* cit., págs. 339-340, e JOÃO LABAREDA, “A cessação da relação de administração”, *loc. cit.*, n. (1) – pág. 65, quando define a “relação de administração em sentido amplo” como “o vínculo que liga a sociedade aos titulares do respectivo órgão de gestão, *independentemente da designação que assume nos diversos tipos de sociedade*” (sublinhei). Em sentido adverso, pois sobrepõe a relação intersubjectiva contratual – a “relação de serviço” que é a autêntica “relação de administração” – à relação orgânica, ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, págs. 265, 288-289 – onde assume que “não poderemos ir procurar na relação orgânica os elementos caracterizadores da relação de administração” –, ainda que, a págs. 113-114 e 267-268, não deixe de avançar a designação, enquanto acto unilateral, como fonte da relação de “identificação orgânica”...

Por seu turno, MENEZES CORDEIRO, *Direito das sociedades*, I volume cit., pág. 927, entende que “apenas na hipótese de designação pelo conselho geral e de vigilância se poderá configurar um contrato; em todos os outros casos, o único contrato que nos surge é o da sociedade o qual, aliás, nem visa, de modo específico, designar administradores”. No entanto – pergunto – qual a diferença entre a deliberação do conselho geral e de supervisão e todas as outras deliberações de nomeação ou eleição de administradores por parte dos outros órgãos sociais, a começar pelo sócio ou pelos sócios no órgão deliberativo interno (apelidado comumente de assembleia geral)? E como conciliar essa posição com o que MENEZES CORDEIRO, “Capítulo VII – Responsabilidade civil pela constituição...”, *loc. cit.*, pág. 274, anot. 23, refere quando alude, no que toca às várias fontes do *status* da administração, aos “administradores designados *por contrato (o próprio pacto social)*” [sublinhei]? Não obstante, o Autor confirma o dado essencial – “A situação jurídica de administração não pode ser definida com recurso à via da sua constituição. Ela encontra-se num grupo de situações jurídicas, enformadas por uma *multiplicidade de factos constitutivos* [Tal como sucede, para não ir mais longe, com o direito de propriedade, que se adquire «... por contrato, sucessão por morte, usucapião, ocupação, acessão e demais modos previstos na lei», segundo o artigo 1316º do Código Civil ou com as relações jurídicas familiares, cujas fontes são «... o casamento, o parentesco, a afinidade e a adopção», segundo o artigo 1576º, do mesmo diploma: n. (2800)]. E designadamente: *ela pode ser contratual ou não-contratual sem, por isso, perder a sua unidade*” (sublinhado meu).

<sup>785</sup> Assim, bem andou PAULO TARSO DOMINGUES, “A vinculação das sociedades por quotas...”, *loc. cit.*, pág. 283 – pelo menos, digo eu, para a aceitação expressa – quando defende que o registo do acto de designação “só pudesse ser lavrado quando o acto de designação fosse acompanhado da aceitação por parte do nomeado. A solução actual poderá obrigar a pessoa designada (...) – mas que não aceitou o cargo – a ter de reagir” contra a indicação do registo, o que, segundo o Autor, “parece excessivo”.

“contratualismo” e “organicismo”. Tanto mais que, como adverte a doutrina nacional <sup>786</sup>, pode acontecer, como “algo eventual” (ASCENSÃO), *para além da designação e da necessária relação orgânica constituída no momento da aceitação*, “um contrato entre o designado e a sociedade (actuando por órgão de representação) para disciplinar um ou outro aspecto da relação” e concretizar “um ou outro dever” do administrador “(v. g., o dever de participar à sociedade o local para que se ausenta temporariamente ou onde passa a residir, o dever de estar presente na sede social certo número mínimo de horas diárias)”; a “própria lei [em matéria de remuneração] alude à possibilidade: arts. 253º, 4, 257º, 7, 403º, 5, do CSC” (COUTINHO DE ABREU) <sup>787</sup>. <sup>788</sup> Não é esse contrato que funda os poderes e deveres do administrador – como se dele fossem poderes e deveres derivados –, antes esses poderes e deveres radicam na relação orgânica e nas fontes que a densificam (com a lei como a mais relevante), sendo o administrador titular de poderes e atribuições originárias e não já derivadas de qualquer contrato imaginado ou celebrado para o efeito<sup>789</sup>; logo, é esta mesma relação orgânica que se assume como pressuposto de eficácia desse eventual contrato. <sup>790</sup> A este “contrato de administração” ou “de gerência” ou “de gestão” cabe *ampliar* ou *modificar* por acordo entre o novo administrador e o órgão social competente o estatuto predeterminado e assumido por esse ou esses administradores (logo, ajustando-se à normatividade legal e estatutária), sendo reguladas “questões como as do tempo de trabalho a prestar, das férias, de tarefas especialmente atribuídas a certo administrador, do modo a exercer a sua actividade, etc.”, podendo mesmo nascer desse modo “novas obrigações para o administrador” <sup>791-792</sup>. Este sim é o espaço por excelência

---

<sup>786</sup> Passarei a referir-me a OLIVEIRA ASCENSÃO, *últ. ob. cit.*, pág. 450, e a COUTINHO DE ABREU, *últ. ob. cit.*, págs. 583-584 (= *Governança das sociedades comerciais cit.*, págs. 74-75), ID., *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., pág. 11.

<sup>787</sup> Precatando a distinção entre a deliberação de designação de um administrador e o contrato de administração “que com ele, depois, a sociedade vem a celebrar”, enquanto actos “juridicamente conexos, mas conceptualmente distintos”, v. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social...* cit., pág. 117. Contra o (actual) art. 403º, n.º 5 (cfr. anterior 430º, n.º 3 e actual n.º 2 do art. 430º) como manifestação de uma distinção entre a eleição e um contrato entre a sociedade e o administrador, v. BRITO CORREIA, *Os administradores de sociedades anónimas cit.*, págs. 491-492.

<sup>788</sup> Para a identificação, no sentido certo, de um “contrato de administração” celebrado com um administrador de uma sociedade anónima para “regular os termos do exercício do cargo”, v. o Ac. da **Relação de Lisboa de 13 de Janeiro de 2009** (cit. a n. 774).

<sup>789</sup> LUIGI D’ALESSANDRO, “Sull’ammissibilità e sui limiti di conferire la rappresentanza societaria a terzi mediante procura”, *Studi e materiali*, 4, 1992-1995, pág. 98.

<sup>790</sup> Só assim se compreende a compartimentação de funções inter-orgânicas e as impossibilidades que dela resultam: se as funções (direitos, deveres, poderes-deveres) dos administradores encontram o fundamento originário (e legítimo) nas fontes em que se espraia a relação orgânica, então elas (funções) serão em princípio exclusivas, não dependem da vontade dos sócios nem a assembleia poderá avocá-las para a sua esfera (como se funcionasse ainda um ultrapassado mandato dos sócios) – neste sentido, por ex., VINCENZO ALLEGRI, “Gli amministratori”, *La riforma delle società per azioni non quotate*, Atti del convegno di studio su *La società per azioni tra passato e futuro: prospettive di riforma*, a cura di Mario Porzio/Marilena Rispoli Farina/Gennaro Rotondo, 2000, pág. 75.

<sup>791</sup> RAÚL VENTURA/BRITO CORREIA, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades anónimas e dos gerentes de sociedades por quotas*, Separata do «Boletim do Ministério da Justiça» n.ºs 192,

de uma relação *intersubjectiva* entre administrador e sociedade (já devidamente representada) <sup>793</sup> ou de “dualismo subjectivo” entre a sociedade e os seus administradores <sup>794, 795</sup>

Por fim, é ainda essa relação orgânica que funda a possibilidade de os próprios administradores se auto-vincularem a um outro conjunto de regras na organização e funcionamento interno do órgão de administração (se plural): o apelidado “regulamento de administração”. Um instrumento *infra-legal* e *infra-estatutário* (logo, tal como o “contrato de gestão”, com a validade condicionada pela conformidade com as normas legais imperativas e as cláusulas do estatuto social) através do qual (além de, como se regista comumente, uma *confirmação* ou *mera reprodução* dessas normas e cláusulas) se *complementa* ou se *desenvolve* a disciplina legal e estatutária (*maxime*, composição e competências do órgão e do presidente, reuniões, deliberações, distribuição de funções se a administração for delegada, deveres especiais dos administradores ou explicitação de manifestações dos deveres legais gerais, relacionamento com os outros órgãos da sociedade e “comissões” atípicas internas, etc.). Diferentemente do “contrato de gestão”, o “regulamento interno” não projecta os seus efeitos somente para cada um dos

---

193, 194 e 195, Lisboa, 1970, págs. 92-93. No mesmo sentido, ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, págs. 294-295, que daí entende poder figurar-se o exercício de funções numa “posição de subordinação jurídica”. Contra a autonomização deste eventual contrato (“depois da designação de um administrador e da sua aceitação (ou até antes da aceitação)”), pois seria tratado como um “mero complemento do contrato principal (que reside na designação e aceitação)”, v. BRITO CORREIA, *Os administradores de sociedades anónimas* cit., pág. 492 (“A relação jurídica é a mesma e uma só”).

<sup>792</sup> Contrato esse que não é surpreendente que seja mais comum quando se constituam situações de delegação orgânica (na especialização da conduta dos administradores delegados ou dos administradores componentes da comissão executiva) e, até, quando o administrador ou gerente é único – assim, para o direito espanhol, FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, “Efectos del nombramiento y aceptación...”, *loc. cit.*, pág. 3403.

<sup>793</sup> Assim, GUISEPPE FERRI, *Le società* cit., pág. 675; GIOVANNI CASELLI, *Vicende del rapporto di amministrazione* cit., pág. 41 e n. (151), quando clama pelo “aspecto estrutural” da relação, a cargo de um contrato com o fim predeterminado e limitado de dar corpo à “relação de serviço” inerente ao exercício das funções e dos poderes *predeterminados* na lei e no contrato social; FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores...* cit., pág. 93, 94 e ss (o Autor chama-lhe contrato de “emprego” ou de “*arrendamiento de servicios*”, em que se fixam, normalmente, “determinadas condições económicas referidas tanto à sua remuneração periódica, como às eventuais indemnizações no caso de destituição do cargo, e até o reconhecimento de uma determinada pensão na hipótese de reforma”).

<sup>794</sup> Como, entre nós, lhe chamou FERRER CORREIA, *Lições de direito comercial*, vol. II cit., pág. 329.

Ainda no nosso meio, AGOSTINHO MACHADO, págs. 38 e ss, em esp. 44-45, 55, ensaiou uma solução mista para defender a relação jurídica de administração como “orgânico-contratual”: o “carácter orgânico advém-lhe das competências legais e estatutárias e o contratual resulta dos deveres que hajam assumido no contrato de administração e da aceitação do acto de nomeação como membro da administração”.

<sup>795</sup> Sobre os «contratos de gestão» celebrados com os gestores públicos, obrigatórios em certas circunstâncias, cfr. arts. 5º, als. a) e b), 18º do EGP e 11º, n.º 3, do RSEE; na doutrina, COUTINHO DE ABREU, “Sobre os gestores públicos”, *loc. cit.*, pág. 35.

administradores (actuais e futuros) *em termos individuais* mas abrange normalmente cláusulas que regem e afectam o órgão colegial *como um todo*.<sup>796-797</sup>

Em conclusão, temos *três planos de exame* da ligação do administrador *de direito* com a sociedade:

a) a relação de administração é relação *orgânica (primeiro plano)* que tem como *fonte* um dos modos de designação para o exercício do cargo no órgão da sociedade, condicionado à aceitação (expressa ou tácita) do designado;

b) o acto (como expressão do modo) de designação (*segundo plano = facto* do processo complexo de constituição da relação orgânica) é acto (ou modo) *multiforme*, porventura contratual mas quase sempre não contratual ou até não negocial (legal ou judicial);

c) a relação entre administrador e sociedade pode ser explicitada nas condições da sua actividade por um “contrato de gestão” e/ou um “regulamento interno” relativo ao exercício do cargo pelo administrador e à estruturação interna e colegial do órgão (*terceiro plano, facultativo: esfera intersubjectiva e intrasubjectiva, na livre disponibilidade das partes e/ou dos administradores enquanto decisores no órgão colegial*).

\*

Estamos agora em condições de resolver outras interrogações.

Poderia considerar-se que o administrador designado que exerce funções antes de aceitar seria mais uma hipótese de administração de facto. Não é. Esse exercício apenas servirá, num primeiro momento comportamental e/ou declarativo-negocial, como

---

<sup>796</sup> Não estando previsto na nossa lei, v. os estudos de RAÚL VENTURA, “Reuniões e deliberações do conselho de administração (CSC, arts. 410º a 412º)”, *Estudos vários sobre sociedades anónimas*, 1992 (reimp. 2003), págs. 534-535, BRITO CORREIA, “Deliberações do conselho de administração de sociedades anónimas”, *Problemas do direito das sociedades*, 2002, pág. 404, e, desenvolvidamente, ENGRÁCIA ANTUNES, “O regimento do órgão de administração”, *DSR*, 2009, vol. 2, págs. 81 e ss. No direito estrangeiro, interessamos fundamentalmente as admissões da figura pelo direito da anónima alemã (*Geschäftsordnung des Vorstands* nos §§ 77 (1), 2.ª frase [competência subsidiária do conselho em relação ao *Aufsichtsrat*], e (2), 82 (2), *AktGesetz*: HANS-JOACHIM MERTENS, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 2, 1. Lieferung, §§ 76-94, 1989 (Nachdruck 1992), *sub § 77*, págs. 77 e ss, *Rdn.* 39 e ss, *sub § 84*, pág. 153, *Rdn.* 41, UWE HÜFFER, *sub § 77*, pág. 401, *Rdn.* 9, págs. 403-404, *Rdn.* 19 e ss, *sub § 82*, pág. 422, *Rdn.* 13) e espanhola (arts. 245, n.º 2, da LSCE, e 115 da LMVE [obrigatoriedade para a sociedade anónima cotada de um regulamento para o funcionamento interno do conselho de administração]: FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores...* cit., págs. 695 e ss, LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Derecho de sociedades*, voumen I cit., págs. 822-823).

<sup>797</sup> É nestas frentes (mas sem referir o eventual contrato de administração) que, para GAUDENCIO ESTEBAN VELASCO, “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frentes a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución”, *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Ménendez*, tomo II, *Sociedades mercantiles*, coord.: Juan Luis Iglesias Prada, 1996, pág. 1685, se radica a “relação de administração” *especial* e *autónoma* com a sociedade: “conteúdo típico legal” conexas com a condição de membro do órgão e próprio de cada tipo social; conteúdo “voluntário” estabelecido nos estatutos sociais, no acto de nomeação ou nos regulamentos de funcionamento dos órgãos.

*declaração tácita de aceitação* <sup>798</sup> e, conseqüentemente, *aquisição da qualidade de administrador de direito*. De modo que urge diferenciar o sujeito designado que permanece *inerte* do sujeito que, em contrapartida, inicia o exercício material dos poderes-deveres de administração (ou, tão-só, o pedido de registo da sua designação enquanto representante da sociedade <sup>799</sup>): no primeiro caso, estamos perante um “não administrador”; no segundo caso, temos aceitação *per facta concludentia*, idónea, por estar manifestada por factos que são inconciliáveis com a vontade de recusar o cargo de administrador, a integrar *optimo iure* a “espécie” geradora da qualidade de administrador de direito <sup>800</sup>.

No entanto, podemos recuar a um momento anterior à nomeação ou eleição e, numa forma de reverso do administrador “caducado” pela expiração do tempo que continua a exercer funções, ver o sujeito que “começa” a realizar as tarefas de administração, que lhe serão regularmente confiadas mais tarde, *antes* do acto de designação como administrador e à assunção formal do encargo (por ex., antes da eleição pela assembleia ou da deliberação de cooptação) – aqui sim poderemos ter administrador de facto <sup>801</sup>, estado que se prolonga até ao momento da aceitação da nomeação (tácita, desde logo, se continuar a exercer materialmente essas tarefas) <sup>802, 803</sup>

---

<sup>798</sup> Em sentido concordante: GUSTAVO MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., pág. 54, GIOVANNI CASELLI, *Vicende del rapporto di amministrazione* cit., pág. 42, NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., págs. 169-170, JOSÉ LUIZ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., pág. 125. Considerando administradores de facto, porém, aqueles que exercem o cargo depois de terem sido designados e antes de terem aceite a nomeação, v. ANTONIO MOYA JIMÉNEZ, pág. 71.

<sup>799</sup> Arts. 17º, n.os 1 e 2, e 30º, n.º 1, al. a), CRCCom.

<sup>800</sup> À mesma conclusão chegaram NICCOLÒ ABRIANI, *últ. ob. cit.*, pág. 170, e NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., págs. 85-86.

<sup>801</sup> Favoráveis: FERNAND DERRIDA, “Droit des faillites (complement de l’insuffisance d’actif social)”, *Rec. Dalloz*, 1985, pág. 227, LAURENT LEVENEUR, n. (42) – pág. 66, NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., pág. 180, JOSÉ LUIZ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., págs. 122-123.

<sup>802</sup> É uma conclusão que porventura não resultaria da doutrina de RAÚL VENTURA/BRITO CORREIA, págs. 53-54, para quem ainda era aceitação (aparentemente, tácita) aquela que se configurava no exercício de funções *antes da nomeação*, “no sentido de uma nomeação prevista ou previsível”.

Neste mesmo sentido, em Espanha, v. FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, “Efectos del nombramiento y aceptación...”, *loc. cit.*, págs. 3397, 3400, 3401, que, em nome do interesse da sociedade em ver produzida a aceitação num “prazo breve” e do carácter necessário do exercício das funções pelos titulares do órgão administrativo para a “boa marcha” da sociedade, considera válida a aceitação antes da nomeação, condicionada a que esta se produza; LUIS FÉRNANDEZ DE LA GÁNDARA, *Derecho de sociedades*, vol. I cit., pág. 699. Também em Itália – independentemente do relevo contratualista ou unilateralista da construção a respeito da relação jurídica de administração – se considera que a aceitação pode proceder a designação: GUSTAVO MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., pág. 42, GIOVANNI CASELLI, *Vicende del rapporto di amministrazione* cit., pág. 42.

De todo o modo, há que diferenciar as situações – integráveis na constituição da administração de direito – de uma prefigurável aceitação *simultânea* ou *contemporânea* (ainda que tácita) da designação (por ex., a nomeação estatutária recai sobre um sócio fundador; a assembleia elege um sócio que participa na assembleia; o conselho delibera a cooptação de um terceiro que de imediato se junta aos restantes administradores na reunião do órgão, participando e votando; etc.).



\*\*

Regresso, porém, ao primeiro parágrafo deste excurso.

Uma objecção poderia erguer-se ao caminho adoptado. Se todos os administradores forem nomeados pela assembleia, o início do exercício do cargo, se decorre da aceitação, pode levar a uma dessintonia entre os vários administradores, pois as aceitações podem não ser contemporâneas. Por ex., porque estão distantes ou porque alguns dos eleitos necessitam de munir-se com autorizações ou consentimentos que derivam da qualidade simultânea de parte numa outra relação. Porém, no nosso direito das sociedades, as regras de contagem do prazo de duração suprem, em princípio, qualquer melindre daí resultante <sup>804</sup>. Mais uma vez recorro ao art. 391º, n.º 3, 1.ª parte, que faz contar como completo «o ano civil em que os administradores forem designados». Logo, se o primeiro ano de exercício de funções se vence para todos os administradores no último dia do ano civil a que corresponde o primeiro exercício social, a caducidade da nomeação de todos os administradores acontecerá ao mesmo tempo: no último dia do último ano civil do tempo de duração do cargo. Assim é para a regra: o exercício social coincidir com o ano civil. Mas pode não haver coincidência entre o exercício social e o ano civil, nos termos dos arts. 9º, n.º 1, al. i), 65º-A, do CSC, e 8º (em esp. n.ºs 2 e 3) do CIRC. Ainda assim, a sincronia fica assegurada se computarmos o tempo em alusão ao exercício social e referirmos, nessas circunstâncias, o início do “mandato” de todos os administradores ao último dia do primeiro exercício social e respectivo fim ao último dia do último dos exercícios sociais (mesmo que isso possa levar, no aproveitamento da faculdade prevista no art. 65º-A para o «primeiro exercício económico», a uma duração do cargo superior aos quatro anos civis da lei ou ao número de anos do contrato). A favor milita o disposto no art. 393º, n.º 5. Os administradores que são providos através dos meios de substituição previstos no n.º 3 exercem funções «até ao fim do período para o qual os administradores foram eleitos», o que deve ser visto no pressuposto de uma caducidade *contemporânea* dos administradores.

A questão que se levanta é, pois, saber o significado de os administradores se encontrarem em regime de *prorogatio* por todo o período de tempo que vai do

---

<sup>803</sup> Famoso nos EUA é o caso “*Disney-Michael Ovitz*”, também neste contexto. O **Supreme Court of Delaware**, no aresto de **8 de Junho de 2006** (in *A.2d*, 2006, volume 906, pág. 27 e ss), deliberou que Ovitz, depois investido formalmente como *President of the Walt Disney Company* em 1/10/1995, não se colocou como *de facto director* durante todo o tempo (desde Junho de 1995) em que negociou os termos do seu “*employment agreement*” com os representantes da *Walt Disney* (não obstante algumas actuações preparatórias da assunção do cargo, de relacionamentos com terceiros e conhecimento de documentos e informações internos); sendo assim, durante esse período, não estava vinculado a qualquer “*fiduciary duty standard*” (em esp., v. n. (14) – pág. 41, págs. 47 e ss).

<sup>804</sup> Recorde-se *supra*, ns. 696 e 697.

momento de expiração do prazo de exercício das suas funções até ao dia da reunião da assembleia ordinária ou, se aqui nada se deliberar sobre a continuidade ou a renovação dos administradores, até nova nomeação. Ou seja, desejamos saber se o regime de *prorogatio* a que o n.º 4 do art. 391º recorre significa um arrastamento da administração de direito, em face da *taxatividade* da disposição contida no n.º 3 do mesmo preceito.<sup>805</sup> O que depreende tomar posição sobre aquela caducidade: será que esta só se verifica no momento da designação (eficaz com a aceitação) da nova equipa de administradores ou basta a ocorrência do termo?

Até ao termo do prazo, há *administração de direito*. Depois do seu vencimento, atento o carácter *peremptório* do prazo, afigura-se-me controverso não lhe atribuir o efeito da caducidade e a extinção da administração de direito. Ainda que a lei vincule o administrador à manutenção de funções até nova designação, o decurso do prazo não deixa de ser um facto que, por disposição legal ou estatutária (ou deliberativa ou declarativa), provoca o efeito extintivo da relação jurídica entre a sociedade e o administrador com a automaticidade típica da caducidade. Sendo os administradores nomeados com *prazo certo*, o instituto da prorrogação não pode deixar de ser um remédio *excepcional e contingente*, a invocar, se for o caso, na hipótese particular de não se ter verificado ainda a *nomeação* ou a *reeleição* e ser necessário *gerir a sociedade e actuar em nome da sociedade*. Se assim não for entendido, a prorrogação acaba por se traduzir num expediente cómodo para *modificar* a duração do cargo administrativo e *ladear* a temporalidade intrínseca ao comando legislativo<sup>806</sup>. De facto, tal instituto converter-se-ia num permanente elemento *integrativo* na

---

<sup>805</sup> E estando fora de causa, na minha óptica, discordar de VASCO LOBO XAVIER, *Anulação de deliberações sociais...* cit., n. (119) – pág. 472: “(...) se terminou o *mandato* dos administradores de uma sociedade anónima, e a assembleia geral ordinária não reuniu no prazo legal (...) ou se, reunindo, não elegeu nova direcção, a circunstância de aqueles administradores continuarem efectivamente no exercício dos seus cargos, e de os sócios, *fora da assembleia*, mostrarem aquiescência ao protelamento de tal situação não pode valer como renovação tácita do referido *mandato*”. Porém, no direito espanhol, em sentido favorável à reeleição dos administradores por força da “aquiescência tácita” da assembleia, v. MANUEL DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *Estudios de Derecho Mercantil*, I, vol. I cit., pág. 441. Igualmente assumindo a “recondução tácita” por “tempo indeterminado” em conformidade com a vontade de todos os sócios se, chegado o termo temporal do “mandato”, os gerentes continuam a administrar a sociedade (e sem que a falta de publicidade pudesse ser invocada num litígio que não interessasse a terceiros), cfr. a generalizadamente aludida decisão da **Cour d’Appel d’Amiens de 11 de Julho de 1955** (in *JCP*, 1955, IV, pág. 176) – mas em sentido contrário v. BARTHÉLÉMY MERCADAL/PHILIPPE JANIN, pág. 295.

<sup>806</sup> É esclarecedora a antiga observação de TULLIO ASCARELLI: “ [a continuação no cargo dos administradores até à reconstituição do novo conselho] (...) presta-se a uma fácil violação do termo máximo fixado [pela lei] para o mandato dos administradores” (“Sulla constatazione delle cause di scioglimento delle società per azioni e sulla varia natura delle deliberazioni dell’assemblea”, *Studi in tema di società*, 1952, pág. 335).

determinação da duração do cargo dos componentes dos órgãos administrativos, mantido indiferentemente durante meses (ou anos...) em vez de circunscrito num arco de tempo reduzido e meramente acessório ao procedimento de regularização do órgão <sup>807</sup>.

Não me parece razoável. Ao contrário da doutrina espanhola maioritária, para quem só depois de se realizarem as assembleias seguintes (extraordinária <sup>808</sup> ou ordinária) se procede ao câmbio de qualificação jurídica do sujeito para o estado de administrador de facto <sup>809</sup>, ou, como vemos propender alguma doutrina italiana, esse câmbio apenas se verificar depois da aceitação dos administradores eleitos <sup>810</sup>, tendo a inclinar-me para uma visão diferente. Ou seja, *enquanto dura posteriormente a actuação do sujeito como administrador e a inércia da assembleia e dos sócios em proceder à renovação do cargo* <sup>811</sup>, não penso que continuemos a ter um administrador de direito.

Na realidade, durante esse período tais sujeitos não mantêm a mesma legitimidade porque o prazo de duração (imperativamente temporário) das suas

---

<sup>807</sup> Neste sentido, v. LUCA BUTTARO, “In tema di «prorogatio» e di sostituzione degli amministratori”, *Riv. dir. comm.*, 1983, págs. 462, 464, ainda que tendo fundamentalmente em atenção a situação de a assembleia ordinária anteceder a expiração do prazo (que, segundo o Autor, se devia contar em referência ao “ano solar” e de forma rigidamente cronológica) e, sendo tal assembleia convocada depois do encerramento do exercício social (art. 2364, § 2º, do CCIt.), isso postergar em quase um ano a eleição de novos administradores. Apesar da acertada análise do instituto da *prorogatio*, o Autor não descarta a licitude da permanência em funções dos administradores até à assembleia de aprovação do balanço relativo ao exercício em curso no momento em que se completa o prazo, uma vez que essa duração era possível por nada legitimar, de acordo com os dados legais pertinentes, que os administradores estivessem obrigados a convocar com urgência a assembleia para a renovação dos cargos administrativos.

<sup>808</sup> Por sua própria natureza, a assembleia geral extraordinária não tem prazo para a sua celebração nem tem que se realizar necessariamente. Por isso mesmo, próximo do fim do tempo do cargo de administrador ou imediatamente depois, durante o mês de Janeiro (na regra de fazer coincidir o exercício social com o ano civil), será o vencimento da duração um facto tipicamente extraordinário para se convocar a assembleia geral.

<sup>809</sup> Como vimos antes: v. *retro*, em esp. ns. 726 e 727.

<sup>810</sup> Em especial, só depois de recomposta a maioria do órgão de administração com a aceitação dos administradores eleitos, e registando-se que o administrador cessante continua a assumir obrigações para a sociedade, se deve considerar que esse é administrador de facto: BARTOLOMEO QUATRARO/LUCA PICONE, pág. 474 (e v. a anterior ns. e 770). Ainda mais claro foi GIOVANNI LO CASCIO, “La responsabilità dell’amministratore di fatto di società di capitali”, *Giur. comm.*, 1986, pág. 196, para quem vale o princípio de que, até à reconstituição do órgão, a actividade é plenamente válida e eficaz pois nem sequer é compaginável a figura do administrador de facto.

<sup>811</sup> Para a defesa de violação do “dever de lealdade” dos sócios (em face da sociedade e das minorias) pela inércia em provir uma designação nova e imediata do cargo de administrador, tendo em conta o interesse de assegurar a gestão e a representação regulares da sociedade em face de ameaça de inactividade prejudicial, no âmbito de uma “responsabilidade por organização” da sociedade (*Organisationsverantwortung, gesetzmäßige Organisation der Gesellschaft*), v. os alemães URSULA STEIN, *Das faktische Organ* cit., pág. 150, e MARC DINKHOFF, págs. 68-69 (nomeadamente quando a caducidade surge em razão do tempo ou de uma renúncia pré-anunciada), 86, 87.

funções esgotou-se: *deixaram de ser administradores de direito*. Há (então) caducidade da relação, ainda que permaneçam no cargo para evitar a inércia do órgão até ao momento de ser efectuada a designação de novo administrador. Depois de atingido o prazo de duração do cargo e até nova designação aceite – ou, como se poderá ainda entender, até ao exercício efectivo de funções pelos novos administradores –, há administração de facto <sup>812</sup>. Ainda que configurada como se de administração de direito se tratasse, mas fora do prazo marcado: o administrador que se mantenha em funções não o faz *indevidamente, deve fazê-lo* <sup>813</sup>, mas perde a qualidade anterior.

---

<sup>812</sup> É o entendimento preponderante em França, ainda que não o vejamos relacionado e problematizado, para as sociedades anónimas, com a estatuição já aludida do art. 77 do *Décret n.º 67-236 sur les sociétés commerciales* (antecipação ou prolongamento das funções para a assembleia geral ordinária), correspondente agora ao art. R. 225-15 do CComFr.: DOMINIQUE SCHMIDT, “Note Cour de Cassation, 18 juillet 1974 et 8 juin 1974”, *Rev. Soc.*, 1975, pág. 490; GÉRARD NOTTÉ, *Les dirigeants de fait...* cit., págs. 80 e ss (referindo-se à não renovação de funções); BARTHÉLÉMY MERCADAL/PHILIPPE JANIN, págs. 294-295 (para os gerentes da sociedade de responsabilidade limitada); JEAN MARIE MACQUERON, n. (1) – pág. 81; LAURENT LEVENEUR, pág. 66 (“é frequente que um administrador anterior não se resigne a abandonar o exercício das suas funções...”); DANIEL TRICOT, págs. 26-27; YVES GUYON, *Droit des affaires*, Tome 1, *Droit commercial général et Sociétés*, 1998, pág. 341; BRUNO PETIT, pág. 180 (“As funções chegam ao fim de pleno direito com o único facto da chegada do termo [de duração]...”).

Em Itália e na Alemanha, expressamente no trilho de se considerar aqui um administrador de facto, v. ALESSANDRO BORGIOI, “Amministratori di fatto e direttori generali”, *loc. cit.*, pág. 597, URSULA STEIN, *Das faktische Organ* cit., pág. 150, ALESSANDRO TRAVERSI, pág. 163, LUIGI CONTI, “I soggetti”, *loc. cit.*, pág. 232, CARLO FIORI/BRUNO ASSUMA/EUGENIO BAFFI, pág. 38, FRANCESCO FERRARA Jr./FRANCESCO CORSI, *Gli imprenditori...* cit. 1999, pág. 584, MARC DINKHOFF, pág. 16, DETLEF KLEINDIEK, “Erster Abschnitt. Errichtung der Gesellschaft. § 6. Geschäftsführer”, *loc. cit.*, pág. 263, *Rdn.* 41; implicitamente, NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., pág. 176. Em Inglaterra, ROBERT PENNINGTON, *Directors’ personal liability* cit., pág. 26. Entre nós, ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito das sociedades...* cit., n. (650) – pág. 315. Para as já conhecidas pronúncias doutrinárias espanholas, cfr. mais uma vez *supra*, n. 727.

Nos EUA, onde se afigura como dominante o sistema de computação do prazo (anual) de «assembleia a assembleia» e os administradores *devem* continuar a exercer o seu cargo, ainda que tenha expirado, até que o seu sucessor seja eleito (cfr. § 8.05 (e) do *RMBCA* e sec. 141 (b) do *DelawareGCL*), verifiquei divisão: a favor de uma situação de um *de facto director* após o esgotamento do tempo, ainda que o sujeito se mantenha em funções até o sucessor ser eleito e “*qualified*”, ARTHUR MACHEN, Jr., pág. 1185 (referindo-se, pioneiramente, ao caso *Thorington vs Gould* de 1877, *loc. cit. supra*, n. 52), HENRY BALLANTINE, pág. 148, WILLIAM CARY/MELVIN EISENBERG, *Cases and materials on corporations*, 1980, pág. 122, WILLIAM MEADE FLETCHER, *Fletcher Cyclopedia...* cit., págs. 217-218; contra (ainda que aparentemente minoritários), pois um “*holdover officer or director*” deve ser visto como titular *de jure* e possuidor de todos os correspondentes privilégios e poderes inerentes a esse *status*, NORMAN LATTIN, *The law of corporations*, 1971, págs. 264-265, JAMES COX/THOMAS LEE HAZEN, *Cox & Hazen on corporations (Including unincorporated forms of doing business)*, Volume I, 2003, pág. 366.

<sup>813</sup> Entre nós, sustenta-se um princípio de *continuidade* do exercício das funções de administrador até à sua substituição, “tenha ou não sido nomeado por prazo certo” – JOÃO LABAREDA, “A cessação da relação de administração”, *loc. cit.*, pág. 166 –, o que, “na prática, provoca sempre uma pequena *extensão do desempenho* das respectivas funções” (PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais* cit., n. (971) – pág. 718; sublinhei).

Se assim não fosse, que sentido teria marcar um período de duração certo e determinado? <sup>814</sup> Evidentemente para facilitar a renovação das estruturas dirigentes das sociedades – em *confiança*, para os membros anteriores que persistem; em *peçoas*, para os que assumem pela primeira vez o cargo – e, com essa renovação, assumir uma fronteira temporal para o seu exercício *legítimo*. Fora do prazo, a relação de administração, tal como se desenhou, cessa juridicamente, extingue-se de direito <sup>815</sup>. Assim, o *exclusivo* facto determinante da caducidade é o *tempo* (*dies certus an, certus quando*) e mais nenhum. <sup>816</sup> A caducidade não deixa de operar também aqui automaticamente – como é regra do regime da caducidade do vínculo orgânico-administrativo –, sem que precise de *acto complementar*, ainda que a ela se siga uma actuação *temporária*, que dura *até se verificar a aceitação da designação posterior, e imperativa* (a lei é clara: «mantêm-se em funções»).

Se assim não fosse, igualmente não se compreenderia que os sócios quotistas não fossem administradores de direito quando exercem funções administrativas *em substituição temporária de todos os gerentes (ou o gerente único) cujo título caducou* (art. 253º, n.º 1). Que justificação haveria para considerar que os administradores das anónimas (e os gerentes com prazo de duração para o seu cargo) em prorrogação temporal de funções *são ainda de direito* depois de extinto o título e *não poder considerar* que os sócios quotistas (em particular os que antes eram gerentes de direito <sup>817</sup>) *são também gerentes de direito*? E, como veremos <sup>818</sup>, não me parece que o

---

<sup>814</sup> Retomemos a disparidade dos dois principais tipos societários nesta sede para lembrar que não é assim, em regra, nas sociedades por quotas. De acordo com o art. 256º, «[a]s funções dos gerentes subsistem enquanto não terminarem por destituição ou renúncia, sem prejuízo de o contrato de sociedade ou o acto de designação poder fixar a duração delas». As excepções supletivamente indicadas pela lei são a indicação de prazo de duração da gerência no pacto social ou a indicação de prazo no acto de designação (por ex., na deliberação electiva posterior ou na declaração do sócio ou sócios que tenham o direito especial de nomear a gerência). Já nas sociedades anónimas, nos termos vistos, o cargo administrativo é intrinsecamente *temporário*, seja por força de cláusula estatutária que determina tal prazo, seja por força da lei se os estatutos forem omissos.

<sup>815</sup> Precisamente neste sentido, entre nós, v. RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas. Comentário...*, volume III cit., *sub* art. 256º, pág. 82.

Porém, JOSÉ ALVES MOREIRA, pags. 55-56, entendeu que “entre o termo do prazo do mandato e a designação de novos administradores”, há administrador de direito se o sujeito com o título caducado pelo tempo “se limita a exercer os actos indispensáveis à não paralisação da sociedade” ou há administrador de facto “na hipótese de praticar actos que excedam o indispensável, comportando-se como um administrador em pleno exercício de funções” (“típicas de administração”).

<sup>816</sup> Creio ser esta a convicção de RAÚL VENTURA, *últ. ob. e loc. cits.*, quando justificava o *prazo* como facto extintivo da relação de administração, reconduzível à *vontade* das partes: “O termo certo (prazo) faz cessar automaticamente a relação, sem necessidade de qualquer declaração duma parte à outra...”.

<sup>817</sup> Que até podem ser todos os sócios: art. 252º, n.º 3.

<sup>818</sup> V. *infra*, ponto 13.1.4.

possam ser, pois falta-lhes uma das típicas formas de designação previstas na lei que lhes conferiria a *qualidade jurídico-formal* do título. O que a lei faz é atribuir-lhes o encargo de exercerem(-assumirem) «poderes de gerência» até nova designação (ou da prática de actos urgentes quando o gerente ou os gerentes faltam temporariamente: art. 253º, n.º 2) – numa atribuição *ex vi legis* de sócios *também* como (possíveis) administradores de facto.

A visão propugnada é também aquela que mais protege os terceiros. A cessação de funções por causa «que não seja o decurso do tempo» não está sujeita a registo, de acordo com o art. 3º, n.º 1, al. *m*), do CRCCom. Logo, não é submetida a ónus registal a caducidade temporal do título administrativo, ao contrário do que acontece com todas as outras causas de caducidade. Os terceiros só podem prevalecer-se da duração do cargo administrativo que emerge do pacto social, registado com a menção expressa do período de funções ou sem tal menção e consequente aplicação do regime supletivo da lei (arts. 391º, n.º 3, 256º). A lei não permite que eles se prevaleçam da inoponibilidade registal da caducidade temporal, pois só se podem prevalecer do termo estatutário ou legal (no caso da anónima) – justamente aquele que determina a extinção do cargo de administrador ou gerente.

Pois bem (e regressando primordialmente à sociedade anónima).

A imperatividade da actuação *fáctica* compreende-se. O órgão de administração é o órgão *permanente* da sociedade – por tal razão, o seu “órgão central” e “absolutamente indispensável”<sup>819</sup> –, da sua natureza faz parte a ausência de intermitência, que poderia acontecer quando se dá uma separação *ex abrupto* dos seus dirigentes. A necessidade faz que só se desobrigue das funções inerentes ao cargo o administrador *cessante* que vê consolidada a renovação do cargo. É um dever continuar a gerir a sociedade até à sua mudança, já que, estando em presença de uma administração e de uma representação de interesses *alheios*, ainda para mais *necessária* (depois de aceite *voluntariamente*, é certo), esses interesses devem ser devidamente acautelados mesmo depois de verificada uma causa que importe a caducidade do título que concede os poderes de administração e de representação. A continuidade e a permanência da gestão e da representação (de interesses de uma entidade que se tornou alheia: a sociedade) tende a precaver prejuízos que esse *hiato*

---

<sup>819</sup> FERRER CORREIA, *Lições de direito comercial*, vol. II cit., pág. 333.

poderia gerar na sociedade, nos sócios e, até, na esfera de terceiros <sup>820</sup>. São estes os fundamentos jurídicos do n.º 4 do art. 391.º <sup>821</sup> Todavia, sem que isso traduza que a

---

<sup>820</sup> A sociedade pode continuar a operar no tráfico através de representantes *voluntários*, nomeados anteriormente pelos representantes *orgânicos* da sociedade, antes de cessarem as suas funções (v. arts. 252.º, n.º 6, 391.º, n.º 7, 425.º, n.º 5). A subsistência dos poderes dos procuradores ou dos mandatários não acompanha o prazo de caducidade dos administradores sociais nem o facto de se ter registado a cessação de funções dos membros do órgão que outorgou os poderes representativos afecta essa subsistência.

<sup>821</sup> O legislador concebeu a sociedade comercial capitalística (nomeadamente a anónima) como um mecanismo jurídico perfeito que funciona com base em decisões maioritárias dos seus órgãos colegiais (-plurais): a assembleia dos sócios e o órgão de administração. Muitas vezes a perfeição não acontece e esses órgãos sofrem um estancamento ou mesmo um colapso total, com a impossibilidade de alcançar o fim, por via da realização do seu objecto, para o qual foi constituída a sociedade. Quando numa sociedade se produz *intracorporativamente* a paralisação continuada dos seus órgãos sociais - v. g., impossibilidade de formação da maioria por empate sistemático das votações nas assembleias gerais de uma sociedade em que o capital está dividido em dois sócios (ou dois grupos de sócios) detentores um e outro de uma participação (ou participações) representativas de metade desse capital, ou por desinteresse ou recusa dos sócios em participarem nas assembleias (que podem gerar desde logo problemas em sede de quórum mínimo para a constituição válida da assembleia em certos assuntos: cfr. o art. 383.º, n.º 2) pela existência de conflitos (o absentismo continuado é frequente nas sociedades por quotas e nas sociedades anónimas com acções nominativas), ou, em situações de repartição não paritária da titularidade das participações, por um dissenso ou discrepâncias entre os sócios impedirem a deliberação sobre matérias que prescrevem quóruns mais elevados, ou ainda, por causa da dispersão dos votos em pequenos grupos de sócios, pela impossibilidade de suprimento da disparidade das suas opiniões (tudo circunstâncias que nos remetem para a falta de vontade ou a incapacidade de fazer vingar o interesse comum ou de procurar rumos comuns para o realizar); nenhum dos administradores assume a gestão e a representação da sociedade por se considerar desprovido de poderes, em especial para a convocação de assembleia dos sócios e para a contratação com terceiros; impossibilidade de se tomarem deliberações colegiais no órgão administrativo por empates das votações ou conflitos permanentes entre os administradores (os litígios entre os sócios transmitem-se muitas vezes aos membros do órgão de administração); etc. -, constitui-se uma causa de dissolução *administrativa* das sociedades, que deve considerar-se incluída por *extensão* nas als. b) do art. 142.º, n.º 1, e do art. 4.º, n.º 1, do RJPADL: «A actividade da sociedade que constitui o objecto contratual se torne de facto impossível» (isto é, impossibilidade superveniente da actividade que constitui o objecto da sociedade): já o expressei em RICARDO COSTA, “Artigo 142.º”, *Código das sociedades comerciais em comentário*, coord.: J. M. Coutinho de Abreu, Volume II (Artigos 85.º a 174.º), 2011, págs. 589-590. Assim é desde que objectivamente verificada com as notas da *definitividade* (=inviabilidade manifesta de entendimento entre os sócios ou administradores) e da *permanência* (=prolongamento insustentável no tempo), com reflexos *graves* na formação da vontade social (em esp. quanto a certas matérias, como alterações estatutárias, aumento ou redução do capital, mudança do objecto social, transferência da sede, aprovação dos documentos contabilísticos, etc.) e/ou no funcionamento orgânico (sem recurso viável a outros procedimentos, como a intervenção jurisdicional para a apresentação e deliberação das contas de exercício, a exclusão e exoneração de sócios, a nomeação judicial de gerente e administradores ou a assunção dos poderes de administração pelos sócios, etc.), e subsequente *eclosão de prejuízos* para a sociedade e para os sócios (excluem-se as dificuldades funcionais transitórias e ainda superáveis): serão esses os pressupostos para que a paralisação cause a dissolução da sociedade afectada, tendo em conta que a “impossibilidade de facto” como causa dissolutiva implica que a esta pressupõe que a actividade(-objecto) social sofra de uma impossibilidade *absoluta e irreversível*, apreciada segundo critérios “sociais” e “técnicos” (o que afasta a “dificuldade”, mesmo que séria: RAÚL VENTURA, *Dissolução e liquidação de sociedades. Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, 1993, sub art. 142.º, págs. 125-126, PINTO FURTADO, *Curso de direito das sociedades cit.*, pág. 580, JOANA PEREIRA DIAS, *Código das Sociedades Comerciais anotado e regime jurídico dos procedimentos administrativos de dissolução e de liquidação de entidades comerciais (DLA)*, coord.: António Menezes Cordeiro, 2011, sub art. 142.º, pág. 534, anot. 14). Apesar desta compreensão lata, não escondo que o mais decisivo será a letargia da assembleia dos sócios. Em princípio, os obstáculos encontrados no funcionamento da administração poderão ser supridos pela recomposição do órgão por iniciativa dos sócios. Porém, se os sócios se encontrarem divididos em grupos equilibrados na sua força e

radicalmente opostos, não há como evitar que essa oposição afecte, as mais das vezes insanavelmente, o órgão de administração.

Em parte, é também nesta vereda que se orienta CASSIANO DOS SANTOS, “Dissolução e liquidação administrativa de sociedades”, *loc. cit.*, pág. 157, elencando, para o efeito, “discrepâncias graves entre sócios que paralisam o funcionamento da sociedade (isto é, dos seus órgãos) e sejam insanáveis”, com a ocorrência de “danos enormes, até para os credores”, socorrendo-se da circunstância, em especial, do art. 142º, n.º 1, al. b), não distinguir “entre a impossibilidade exterior ou a que decorre de razões intra-societárias”. Na jurisprudência, o Ac. da **Relação do Porto de 10 de Dezembro de 1992** (in *www.dgsi.pt*, processo 9150217), ainda que para o art. 1007º, al. c), do CCiv.: “A discórdia entre os sócios poderá, em certos casos, dificultar de tal modo o funcionamento da sociedade que deva ser considerado como um caso de impossibilidade do objecto social” (ponto III do Sumário).

Antes do CSC, também AVELÁS NUNES, n. (100) – pág. 181 e ss (com alusões doutrinárias e jurisprudenciais preciosas sobre o estado da questão à época: posição maioritariamente contrária à dissolução), *maxime*, 184-185, se inclinava para a solução afirmativa no que toca à chamada do art. 120º, n.º 3, do CCom. («As sociedades comerciais dissolvem-se por se achar preenchido o fim delas, ou ser impossível satisfazê-lo»), para a “incompatibilidade dos sócios”, desde que: “a) se trate de discórdia generalizada entre os sócios, sem que possa considerar-se discórdia resultante apenas da situação ou comportamento culposo de algum ou alguns deles; (...) b) a discórdia ocasione, efectivamente, a impossibilidade de realizar o escopo social”. Neste mesmo alinhamento militou ANTÓNIO CAEIRO, “A dissolução da sociedade por quotas por acordo dos sócios”, *Temas de direito das sociedades*, 1984, págs. 260 e ss (com mais referências doutrinárias e jurisprudenciais), 281: ainda que tendencialmente céptico quanto à possibilidade de invocar a “incompatibilidade irreduzível entre os sócios” como fundamento de dissolução à luz do CCom., em nome do interesse na *conservação da empresa* (interesse dos sócios e interesse geral) que aconselha a que a impossibilidade dissolutiva derive de acto estranho à vontade dos sócios, aceitava que “incompatibilidade irreduzível entre os sócios” motivasse a dissolução se se prejudicasse decisivamente o “regular andamento dos negócios da sociedade, tornando a continuação desta nociva não só para os sócios como também para os que com ela tivesse de contratar” e se, além do mais, ocorre o recurso aos meios legais “e de consenso” para a superação dessas “discórdias graves que ponham em crise a própria subsistência do ente social” (ou seja, aprovando o Ac. da **Relação de Lisboa de 31 de Maio de 1983** (in *CJ*, 1983, III, p. 138, ss). Também em sentido concordante, MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica*, vol. I cit., pág. 175 (a “insanável desinteligência entre os sócios”, “em certas condições”), VASCO LOBO XAVIER, *Anulação de deliberações sociais...* cit., n. (119) – pág. 472 (aparentemente e lateralmente, uma vez que encara expressamente a hipótese de aplicação do art. 120º, n.º 3, do CCom. no caso de não eleição dos administradores por tempo indeterminado), e ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Sobre a dissolução das sociedades anónimas*, 1986, pág. 40.

Não era esta a orientação essencial, porém, do último estudo sobre a matéria de RAÚL VENTURA, *ibid.*, sub art. 142º, págs. 128 e ss (que até então se revelava como propugnando a solução afirmativa): ainda que admitindo como causa de dissolução, na vigência do art. 120º, n.º 3, do CCom., as “discórdias entre sócios” manifestadas em assembleia geral, traduzidas objectivamente em deliberações que, por força da lei ou dos estatutos, fossem indispensáveis para que a sociedade funcionasse e preenchesse o seu fim, como seriam a “escolha dos administradores” (a sociedade ficaria impossibilitada de satisfazer o seu fim por falta do órgão necessário para a realização das operações sociais) e a “aprovação [anual] do balanço” (a sociedade ficaria legalmente impossibilitada de funcionar quando não eram tomadas deliberações sobre o balanço), o Professor lisboeta, à luz do CSC (e, já anteriormente, do Decreto-Lei n.º 154/72, de 10 de Maio), deixou cair o relevo dissolutivo dessas discórdias, desinteligências ou incompatibilidades entre os sócios impeditivas do funcionamento da sociedade, já que o CSC dispunha de preceitos(-remédios) para evitar essa impossibilidade – exemplificava: a intervenção do tribunal para a apresentação das contas de exercício (e à deliberação sobre elas) e para a falta de gerentes e administradores (arts. 67º, 253º, 394º), a exclusão e a exoneração de sócios. Seguindo esta tese adversa, v. os Acs. da **Relação de Coimbra de 15 de Setembro de 1992** (in *CJ*, 1992, tomo IV, pág. 71, ss) e do **STJ de 29 de Janeiro de 2002** (in *www.dgsi.pt*, processo 02B2474).

Na doutrina estrangeira, encontramos suporte, para a (primitiva) legislação espanhola da anónima de 1951, em todos aqueles que viam na paralisação dos órgãos uma impossibilidade manifesta de cumprir o fim social e, à luz do direito então aplicável, uma causa legal de dissolução (art. 150, n.º 2): JESÚS RUBIO, pág. 489; GUILLERMO SENÉN DE LA FUENTE, *La disolución de la sociedad anónima por paralización de los órganos sociales*, 1965, págs. 188 e ss, com destaque para o desenvolvimento das “causas de paralisação” dos



órgãos sociais a págs. 191 e ss e dos “requisitos do relevo da paralisação” a págs. 201-202; JOAQUÍN GARRIGUES, *Dictámenes de derecho mercantil*, III, 1976, sub Dictamen 201, págs. 589 e ss; CÁNDIDO PAZ-ARES, “Nota – Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1982”, *ADC*, 1983, págs. 1073 e ss, que se notabilizou por diminuir a importância da degradação do *intuitus personae* (detectado no desaparecimento da confiança e concórdia entre os sócios e no desvio dos *standards* de funcionamento da sociedade), reputar o recurso à dissolução como “último remédio” (utilizável se não restassem outros mecanismos para resolver os conflitos) e atender, para o efeito dissolutivo, ao *principio do rendimento* (que condicionaria a dissolução ao potencial colapso em termos económicos da sociedade, isto é, se se deixar de obter proveitos e, assim, deixar de se realizar o fim social). O direito vigente consagra diferenciada e autonomamente essa solução – o art. 363, n.º 1, al. c), da LSCE (sucessor dos arts. 104, n.º 1, al. c), 3.ª parte, da LSRLE, e 260, n.º 1, 3.º, 3.ª parte, da LSAE) prevê como causa de dissolução deliberada ou judicial (por causa legal) a «paralisação dos órgãos sociais de maneira que resulte impossível o seu funcionamento», ou seja, a impossibilidade *específica* de realização dos fins sociais ditada por razões *internas* (jurídicas ou orgânicas) à própria sociedade: v. EMILIO BELTRÁN SÁNCHEZ, “La extinción de la sociedad de responsabilidad limitada”, *La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada*, Coordinadores: Rafael Bonardelli Lenzano/Javier Mejías Gómez/Ubaldo Nieto Carol, 1994, pág. 855 (com restrição da lei à impossibilidade de adoptar deliberações sociais, “já que a eventual inactividade do órgão de administração pode ser sempre sanada pelo órgão deliberante, a quem compete a faculdade de nomear e destituir os administradores”); RODRIGO URÍA, *Derecho mercantil*, 1996, pág. 418 (com apoio na jurisprudência das décadas de 60 e 70 do século passado para o caso de sociedades com sócios em igualdade de participações); JOSÉ RAMON SALELLES, “De la disolución y liquidación”, *Comentarios a la Ley de sociedades de responsabilidad limitada*, págs. 1020-1022 (com diversificado apoio jurisprudencial); FRANCISCO VICENT CHULIÀ, *Introducción al derecho mercantil* cit., pág. 541 (os últimos dois com idêntica delimitação à actividade da assembleia geral).

No direito italiano, que pronuncia expressamente a «impossibilidade de funcionamento» ou «continuada inactividade da assembleia» como causa de dissolução (agora o art. 2484, 1º §, al. 3), do CCIt.), é tradicional a consideração da falta de nomeação (e renovação) de administradores ou da aprovação do balanço do exercício como factos (omissivos) sintomáticos da “disfunção da assembleia” e com valência extintiva do ente, sendo *ratio* do preceito a impossibilidade de recorrer a outro remédio em relação a “decisões necessárias para a actividade regular da actividade da sociedade”: v. FRANCESCO FERRARA Jr./FRANCESCO CORSI, *Gli imprenditori...* cit. 1999, pág. 712 (referindo-se tão-só à assembleia geral, enquanto essencial à vida da sociedade, e à sua inércia ou impossibilidade de formação de maiorias em virtude de uma situação de disputa entre sócios) e, na ed. de 2006, n. (2) da pág. 964, onde se alarga a impossibilidade de funcionamento a outros órgãos sociais sem modo de a reparar (o exemplo é o de o conselho de vigilância não nomear ou renovar os membros do conselho de administração: v., para o nosso direito, o art. 441º, als. a) e b)); GIUSEPPE NICCOLINI, *Società di capitali*, vol. 3, *Artt. 2449-2510*, Commentario a cura di Giuseppe Niccolini/Alberto Stagno d’Alcontres, sub art. 2484, 2004, págs. 1718-1719 (onde se encontram as citações), GASTONE COTTINO, *Diritto societario* cit., págs. 537-538, ambos com referências bibliográficas e jurisprudenciais. Mas, em sentido mais amplo, desconsiderando a distinção entre deliberações “necessárias” e deliberações cuja falta não produz efeitos relevantes sobre a organização social (como é feito, por ex., por FRANCO DI SABATO, *Diritto delle società* cit., pág. 492, sendo aquelas as que se debruçam sobre a aprovação do balanço – já TULLIO ASCARELLI, “Sulla constatazione delle cause di scioglimento...”, *loc. cit.*, págs. 334-335, indicava que a impossibilidade de funcionamento da sociedade só ocorria legalmente quando houvesse que tomar uma deliberação necessária para assegurar a “continuação [da sociedade] no *statu quo*”, sendo precisamente a falta de aprovação do balanço a “hipótese típica” dessa impossibilidade – e a nomeação dos administradores e dos *sindaci*), já se acentuou que a norma abrange a falta de assunção de todas as deliberações que incidam sobre o “funcionamento global” do organismo societário e – o que vai exactamente de encontro à nossa posição – encontra-se na “impossibilidade de funcionamento do órgão administrativo”, que bem maiores consequências pode acarretar ao funcionamento da entidade societária, causa de dissolução representada na impossibilidade de realizar o objecto social: v. ANDREA PACIELLO, “Le vicende dell’organizzazione delle società di capitali – Scioglimento e liquidazione”, *Diritto delle società. Manuale breve*, 2004, págs. 439-440.

Em França, a jurisprudência criou a figura do *mandataire de justice* – administrador nomeado pelo tribunal a requerimento de interessados – precisamente para obviar e sanar as consequências dos conflitos interorgânicos e/ou intraorgânicos que debilitavam a actividade-prosecução do objecto social (falta de entendimento entre a maioria e a minoria, ou entre dois grupos de força igual, com efeitos na actuação da

relação jurídica com a sociedade não tenha caducado antes com o decurso do prazo. Parece ser curial diferenciar a *vigência do título de administrador do exercício das funções de administrador*: é esta última realidade que se depara após o termo do cargo e *caracterizará* a relação subsequente com a sociedade.<sup>822</sup>

A imperatividade de actuação *ex post* assegura, *em princípio*, a necessária permanência do órgão prioritário na vida social por actuação dos representantes encarregados de gerir os assuntos sociais<sup>823</sup>. Mas essa actuação não obnubila outros

---

assembleia geral e da administração) e, assim, evitar o recurso ao *meio radical* da dissolução judicial por «justos motivos» (actual § 5º do art. 1844-7 do *Code Civil*, anterior onde se exemplifica precisamente o desentendimento [*mésentente*] entre associados responsável por paralisar o funcionamento da sociedade). Sobre este fundamento dissolutivo, edificado sobre hipóteses como a impossibilidade de tomada de decisões por qualquer órgão social ou de nomeação de administradores, que espelham a frustração de qualquer esperança de reconciliação dos antagonistas e constituem factores de ruína para a sociedade, nomeadamente visível nas sociedades de forte *intuitus personae* com dois blocos igualitários que se atacam e neutralizam mutuamente com grave dano para o interesse social, v. HENRI MATSOPOULOU, “La dissolution pour mécontentement entre associés”, *Rev. Soc.*, 1998, págs. 21 e ss, MAURICE COZIAN/ALAIN VIANDIER/FLORENCE DEBOISSY, *Droit des sociétés*, 2009, págs. 218-219. Em particular sobre o “administrador provisório-judicial” como expediente alternativo a uma dissolução que não se afigura irremediável, v. CHARLES LAPP, “La nomination judiciaire des administrateurs de sociétés”, *Rev. trim. dr. comm.*, 1952, págs. 779 e ss, 782-783 (em esp., se existissem dissentimentos *irredutíveis*, *graves* e *persistentes* no órgão soberano da sociedade, particularmente entre dois grupos de accionistas, não haveria lugar à nomeação de administrador de fonte judicial); CLAUDE BERR, *L'exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales. Gérance e administration des sociétés commerciales*, 1961, págs. 288-289, 297. Voltaremos em pormenor a esta personagem de criação “pretoriana”, *infra*, n. 1001.

<sup>822</sup> Em sentido contrário, fazendo coincidir a qualidade de administrador com o exercício das respectivas funções, de forma que estas não poderiam caducar automaticamente e só cessariam na data da nova designação, v. ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, pág. 132. Esta corrente segue a de FERNANDO OLAVO, “Termo do exercício das funções dos membros do conselho de administração e do conselho fiscal nas sociedades anónimas”, *CJ*, 1984, págs. 9 e ss, para quem, à luz do art. 172º do CCom. e conjugando-o com outros preceitos e regimes do diploma novocentista, negava que o exercício de funções dos administradores (como dos membros do conselho fiscal) terminasse por “puro automatismo cronológico no momento em que se extingue o período de tempo do mandato, mas na data da próxima assembleia geral que procede à sua substituição”.

Porém, o já aludido aresto da **Relação de Lisboa, de 29 de Abril de 2008** (cit. *supra*, n. 715), intuía que o esgotamento do prazo era a razão para o gerente da sociedade “ter cessado *de direito* as suas funções” (sublinhei).

<sup>823</sup> Encontramos a mesma preocupação de continuidade, ainda que com um alcance diverso mas ainda ligada à temporalidade no exercício do cargo, no sistema de substituição dos administradores com «falta definitiva», previsto no art. 393º, n.ºs 3 a 5 (neste número é dito: «As substituições efectuadas nos termos do n.º 3 [assim deve ler-se apesar de a lei se referir ao n.º 1, tal como estava na versão anterior ao DL n.º 76-A/2006, de 29 de Março] duram até ao fim do período para o qual os administradores foram eleitos»). Mas a cessação de funções pelo *cumprimento do período* pelo qual o cargo administrativo foi atribuído é uma *facti species* autonomamente prevista e disciplinada pelo legislador – cessam funções ao mesmo tempo e não se gera o mecanismo da substituição – em relação às ocorrências supervenientes que, antes do termo desse período, conduzam à «falta definitiva» de um ou mais administradores no *decurso do seu exercício de funções* e proporcionam a respectiva substituição «até ao fim do período para o qual os administradores foram eleitos»: veja-se a articulação com o que é disposto pelos arts. 391º, n.º 4 [o que implica que um administrador substituído não é designado, nomeado ou eleito por um novo período de quatro anos ou outro, inferior, estatutariamente indicado], 393º, n.º 5, e 425º, n.º 3, 1.ª parte. Isto é, o regime da extinção *não fisiológica* do cargo administrativo (como são a morte, destituição, renúncia, caducidades várias, etc.) é

perigos. A lei visa suprir um: a acefalia da sociedade. Mas não conseguirá evitar outros, *que decorrem precisamente do não reconhecimento da administração de direito* e podem mesmo desvirtuar o intento da lei: os terceiros podem negar-se ou resistir a contratar com a sociedade sempre que representada pelos administradores que viram o seu cargo caducado, os notários podem declinar a outorga de negócios sociais em que esses administradores surgem como representantes da sociedade, os conservadores rejeitar a inscrição de actos celebrados por eles, eventuais interessados em adquirir participações sociais e o próprio tráfico jurídico verem com incomodidade a situação de insegurança sobre o alcance temporal da prorrogação no cargo sem estatuto e a desconformidade entre a realidade inscrita e pública e a realidade de facto ou extra-registal <sup>824</sup>. No fim das contas, é muito provável que a circunferência mais ampla de agentes que envolvem a sociedade não reconheça que o administrador *ainda é de direito*. E esse administrador acabe por ficar paralisado pela *incerteza* da sua posição. Ora, também julgo que estas (prováveis) dificuldades desaconselham a qualificação do administrador com cargo caducado como administrador *de jure* <sup>825</sup>.

Seja como for, estamos perante uma espécie de caducidade “imperfeita”, uma vez que a relação do sujeito com a sociedade é *agora* de facto, mas preserva características orgânicas da relação formal. Não decisivamente pela faculdade de, após 180 dias de exercício pós-caducidade, poder ser requerida a nomeação judicial de um administrador equiparado a administrador único (art. 394<sup>o</sup>): a *intentio legis* será suprir a inconveniência da manutenção em funções de um ou mais

---

um regime que, apropriando-nos da jurisprudência italiana tal como reproduzida e subscrita por BARTOLOMEO QUATRARO, pág. 614, ilustra a prorrogação de poderes dos administradores como “um fenómeno *fisiológico* na vida organizativa da sociedade”, que não permite activar os procedimentos de urgência previstos n.ºs 3 a 5 do art. 393<sup>o</sup> para a integração do conselho através da substituição de administradores. Em sentido idêntico, como exemplos, GUSTAVO MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., págs. 33 e 36, PIER GIUSTO JAEGER, “Nomina degli amministratori...”, *loc. cit.*, pág. 879, FRANCESCO CORSI, “Amministratori: avanti in disordine sparo”, *Giur. comm.*, 1994, II, págs. 641 e ss, GIANCARLO FRÈ/GIUSEPPE SBISÀ, *sub art.* 2386, págs. 801-802; entre nós, ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, pág. 462, PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais* cit., por leitura integrada das págs. 723 e ss.

<sup>824</sup> Chamando a atenção para estes inconvenientes, no contexto de contrariar a configuração da inacção ou o silêncio da sociedade no que tange à renovação dos cargos do órgão de administração depois de vencido o prazo da sua vigência como facto concludente da prorrogação *tácita* da administração de direito até nova nomeação, v. MERCEDES CARID FOSSAS, págs. 215-216.

<sup>825</sup> Não obstante, esta discussão, nomeadamente no que diz respeito à tutela dos interesses de terceiros, tem uma valia menos significativa quando houver reeleição. Se for *o mesmo* administrador, acaba por ser relativa a mudança de estatuto – de direito, de facto, novamente de direito – durante o período que se segue ao termo do prazo de exercício da administração. Se for outro, isto é, não havendo reeleição, a identificação do estatuto ganha toda uma outra acuidade.

administradores que prolongam a função durante a *vacatio* de nomeação; por isso, o recurso ao tribunal demonstra somente, como noutras situações previstas na lei, uma expressão de ineficiência do *procedimento normal* de restauração do título para administrar, de maneira que não se obstaculize ou afecte os interesses atinentes à gestão da actividade social. Antes decisivamente porque esses administradores poderão ser destituídos (art. 403º) e podem renunciar ao cargo (art. 404º) <sup>826</sup>, aplicando-se aqui institutos respeitantes à cessação da relação de administração *de direito* <sup>827</sup>. Sendo assim, significarão estas disposições um importante escolho à via seguida, de tal forma que o administrador ou gerente, uma vez que pode renunciar ou ser destituído durante o tempo da prorrogação, será necessariamente de direito?

Não creio.

Julgo ao invés que a convocação de tais regimes é feita, como diz a lei, «sem prejuízo» de tais administradores *já não serem administradores de direito*. Entendo, por isso, que essa previsão final do n.º 4 do art. 391º assegura: a) que a actuação dos administradores *post tempus* é necessariamente sindicável pelos sócios e tal sindicância pode levar à convocação do instituto da destituição a fim de os afastar, com ou sem justa causa, da sociedade; b) que os administradores em funções depois do fim do “mandato” e afastados pelos sócios sem justificação tenham direito a ser indemnizados por eventuais prejuízos causados; c) que os administradores não têm que necessariamente cumprir o ditame legal de prolongamento das funções e, sem que com isso desrespeitem deveres do estatuto legal da administração, podem desvincular-se do cargo, recorrendo para tal efeito à faculdade da renúncia. A lei terá escolhido estas remissões para tutelar *com suficiente equilíbrio os interesses da sociedade e os interesses dos administradores em prolongamento temporal de funções*. Com isto, parece ganhar alento, também por este caminho, uma equiparação *sem mais pressupostos* entre administrador de direito e administrador de facto (*desde que previsto e constituído pela lei* <sup>828</sup>) quanto à renúncia e à destituição – estamos perante

---

<sup>826</sup> Ou seja, podem os administradores que se mantêm em funções acudir à declaração de renúncia para cessar a relação administrativa. Favoráveis, independentemente de não fazerem menção à remissão do art. 391º, n.º 4, para o art. 404º, PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais* cit., pág. 761, MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Comerciais anotado...* cit., sub art. 404º, pág. 1072, anot. 4.

<sup>827</sup> Disposições aplicáveis por força da 2.ª parte dos arts. 391º, n.º 4, 2.ª parte, e 425º, n.º 3, 2.ª parte (com a diferença de, para os administradores executivos, não poderem ser reeleitos se *entretanto* tiver havido destituição ou renúncia – repare-se que a manutenção da relação administrativa de facto é aqui *condição* de nova designação).

<sup>828</sup> Como serão igualmente nas hipóteses dos arts. 253º, n.ºs 1 e 2, e 470º, n.º 4.

uma *sinalização normativa* da existência de um *só estatuto, o de administrador, seja de direito, seja de facto*.<sup>829</sup>

### 8.1.2. O relevo da incapacidade e da incompatibilidade supervenientes

Este caminho ganha alento se também atentarmos no regime de caducidade previsto para a ocorrência de *incapacidades*<sup>830</sup> ou *incompatibilidades*<sup>831</sup>

---

<sup>829</sup> Já não será assim se, no início ou no decurso do exercício das funções de administração, o administrador e a sociedade tiverem acordado na insusceptibilidade de manutenção do cargo após o termo do prazo. Isto é, se conferiram efeito extintivo imediato (e sem qualquer outra condição) ao decurso do prazo de duração estabelecido para a função administrativa – sobre o ponto, v. *infra*, 8.1.3., em esp. n. 855. Nesta circunstância, podem continuar os comportamentos análogos ao de administrador mas falece a administração de facto *ope legis* e emerge a possibilidade de uma administração de facto *juridicamente relevante*.

<sup>830</sup> Trata-se aqui das incapacidades jurídicas de exercício ou de agir pertinentes – interdição (arts. 138º e ss do CCiv.) e inabilitação (arts. 152º e ss do CCiv.; art. 189º, n.º 2, al. b), do CIRE) –, cujo decretamento judicial é inconciliável com a exigência de «capacidade jurídica plena» dos gerentes e administradores (v. arts. 252º, n.º 1, 390º, n.º 3, 425º, n.º 6, al. d), *a contrario*): estão na categoria que ficou conhecida pela formulação de “incapacidades especiais absolutas”, tal como firmada por GUSTAVO MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., pág. 93, ss, ou, de uma outra forma na doutrina, para a capacidade de exercício e para a ausência de proibições legais e de incompatibilidades (v. n. seguinte), como “crédito legal” para ser administrador (assim, FRANCISCO VICENT CHULIÁ, *Introducción al derecho mercantil* cit., págs. 409-410. Não chega o simples facto de ter sido proposta uma acção de incapacidade de exercício, só se verifica a causa de caducidade no momento em que a sentença definitiva é registada e, assim, produtora de todos os seus efeitos (v. arts. 147º, 156º, 1920º-B e 1920º-C, do CCiv., e 1º, n.º 1, al. h), e 2º, do CRCiv.).

No entanto, não estará colocada de parte a hipótese de se avançar antes disso para uma destituição com justa causa. Para isso, devem ser considerados os elementos do caso em concreto que resultem evidentes antes mesmo da sentença transitada em julgado (suponhamos uma acção fundada em «habitual prodigalidade» ou «uso de bebidas alcoólicas ou de estupefacientes») para concluir sobre uma justificada desconfiança dos sócios relativamente ao administrador. Ou verificar se foi nomeado um tutor ou um curador provisório ao interdicendo ou ao inabilitando (vemos neste sentido GIANCARLO FRÈ/GIUSEPPE SBISÀ, *sub* art. 2382, pág. 778) ou, ainda mais elucidativo (porque a lei tem como pressuposto a «necessidade urgente de providenciar quanto à pessoa e bens» dos sujeitos), se foi decretada a interdição ou a inabilitação provisória (v. arts. 142º, 156º, do CCiv., e 1º, n.º 1, al. i), do CRCiv.).

<sup>831</sup> Enquanto impossibilidades legais para o exercício contemporâneo da função de administrador em razão de assumir um determinado cargo, desempenhar outras funções ou de se encontrar em certa posição ou situação jurídica, encontramos, no *domínio da disciplina das sociedades e da relação de administração*, as incompatibilidades previstas no art. 425º em nome da *alteridade* necessária das pessoas que compõe os órgãos sociais de controlo e o órgão social controlado: als. a) – serem membros do conselho geral e de supervisão (v. a reciprocidade desta incompatibilidade no art. 437º, n.º 1), sem prejuízo de este órgão poder nomear um dos seus membros para substituir um administrador executivo temporariamente impedido por período inferior a um ano, desde que deixe de exercer as suas funções no conselho geral e de supervisão: n.ºs 2 e 3 do art. 437º) –, b) – serem membros dos órgãos de fiscalização de sociedades que estejam em relação de domínio ou de grupo com a sociedade em causa (v. o seu simétrico no art. 414º-A, n.º 1, al. c))– e c) – serem «cônjuges, parentes e afins na linha recta e até ao 2º grau, inclusive, na linha colateral” dos sujeitos referidos na al. b) (no conselho fiscal, de acordo com a al. g) do art. 414º-A, n.º 1, a restrição vai até ao 3º grau na linha colateral...). Bem como, nas sociedades com objecto especial, algumas incompatibilidades *específicas*: não podem ser administradores das sociedades anónimas desportivas aqueles que, «no ano anterior, tenham ocupado cargos sociais em outra sociedade desportiva constituída para a mesma modalidade», os «titulares de órgãos sociais de federações ou associações desportivas de clubes da mesma modalidade» e os «praticantes profissionais, os treinadores e árbitros, em exercício, da respectiva modalidade» (art. 14º do DL n.º 67/97); não podem ser administradores de sociedades que se

dedicam a actividades de intermediação financeira – v. arts. 289º a 291º e 293º do CVM e arts. 3º, 4º e 6º do RGICSF: bancos, sociedades de garantia mútua (DL n.º 211/98, de 16 de Julho), sociedades de investimento (DL n.º 260/94, de 22 de Outubro), sociedades corretoras e financeiras de corretagem (DL n.º 262/2001, de 28 de Setembro), sociedades gestoras de patrimónios (DL n.º 163/94, de 4 de Junho) – aqueles que tenham sido inibidos para o exercício de funções de administração, enquanto pena acessória dos crimes de abuso de informação e manipulação do mercado (de valores mobiliários) e dos ilícitos contra-ordenacionais previstos nos arts. 378º, 379º e 389º e ss do CVM: arts. 380º, al. a), e 404º, n.º 1, al. c), do CVM.

*Fora da disciplina das sociedades*, encontramos vários estatutos e regimes que, no seu quadro de inibições e limitações, para além de cominarem sanções próprias no âmbito da sua regulamentação (penas disciplinares e contra-ordenacionais, perda de mandato, demissão do cargo, destituição judicial, inactividade, inibição para o exercício das mesmas funções, etc.), que correspondem aos princípios e à *ratio* internos da relação ou actividade que regulam, irradiam reflexos para a relação de administração societária quanto à *assunção e manutenção da tarefa administrativa*. Numa grande parcela dos casos, essas incompatibilidades vêm impostas como *proibições por normas de direito público*, que visam tutelar o interesse público da independência e imparcialidade de certas pessoas no desempenho do seu cargo ou função pública. Por isso, estas não pretendem, em primeira linha, acarretar consequências em relação à validade ou à possível persistência da relação de administração, mas, acima de tudo, determinar que a pessoa abrangida não pode continuar em determinado estado, situação ou actividade e ao mesmo tempo ser administrador (enquanto ofício privado, remunerado ou não). Num breve excursus, advir-se que é incompatível para se manter em funções (ou iniciar funções, tal como exige o art. 401º) o administrador que: seja magistrado judicial e do Ministério Público em exercício (arts. 13º, n.º 1, da Lei n.º 21/85, de 30 de Julho, com a modificação introduzida pela Lei n.º 10/94, de 5 de Julho, e 81º, n.º 1, da Lei n.º 47/86, de 15 de Outubro, alterado por último pela Lei n.º 60/98, de 27 de Agosto); seja titular de órgão de soberania e de outros cargos políticos (Ministro da República para as Regiões Autónomas, membro dos Governos Regionais, Provedor de Justiça, Governador e Vice-Governador civil, presidente e vereador a tempo inteiro das câmaras municipais, deputado ao Parlamento Europeu), bem como de «altos cargos públicos ou equiparados» (desde logo membros em regime de permanência e a tempo inteiro de «entidade pública independente prevista na Constituição ou na lei»), nos termos dos arts. 1º, n.º 2, 2º, 3º, 4º, n.ºs 1 e 2 («incompatível com quaisquer outras funções profissionais remuneradas ou não, bem como com a integração em corpos sociais de quaisquer pessoas colectivas de fins lucrativos»), 5º («não podem exercer, pelo período de três anos contado da data da cessação das respectivas funções, cargos em empresas privadas que prossigam actividades no sector por eles directamente tutelado, desde que, no período do respectivo mandato, tenham sido objecto de operações de privatização ou tenham beneficiado de incentivos financeiros ou de sistemas de incentivos e benefícios fiscais de natureza contratual», com excepção do «regresso à empresa ou actividade exercida à data da investidura no cargo») e 7º da Lei n.º 64/93, de 26 de Agosto, na redacção introduzida pelas Lei n.º 28/95, de 18 de Agosto, Lei n.º 12/98, de 24 de Fevereiro, e pelo DL n.º 71/2007, de 27 de Março; seja deputado, no caso da administração de sociedades de capitais exclusivamente e maioritariamente públicos (arts. 20, n.º 1, al. o), e 21º, n.º 5, al. a), da Lei n.º 7/93, de 1 de Março, na redacção introduzida pela Lei n.º 3/2001, de 23 de Fevereiro, e, em complemento, art. 3º, n.º 1, do RSEE); seja titular de cargo dirigente (direcção, gestão, coordenação e controlo) em serviços e organismos da administração central, local e regional do Estado, incluindo os institutos públicos (arts. 1º, 2º e 16º, n.ºs 2 e 5, da Lei n.º 2/2004, de 15 de Janeiro; para o pessoal dirigente das câmaras municipais e dos serviços municipalizados, v. arts. 2º, n.º 1, e 3º, n.º 2, do DL n.º 93/2004, de 20 de Abril; para os membros do conselho directivo dos institutos públicos, v. arts. 19º e 25º, n.º 1, da Lei n.º 3/2004, de 15 de Janeiro, e 2º, n.º 3, do EGP; para os titulares de órgãos, funcionários e agentes da administração pública central e local, incluindo os institutos públicos nas modalidades de serviços personalizados e de fundos públicos, v. arts. 2º, 3º e 11º do DL n.º 413/93, de 23 de Dezembro); seja titular de cargo designado por titulares de cargos políticos e altos cargos públicos (v. g., cargos que compõem o Gabinete do Presidente da República e a respectiva Casa Civil, o Gabinete do Presidente da Assembleia da República e os gabinetes de apoio aos grupos parlamentares, o Gabinete do Primeiro-Ministro, os gabinetes de membros do Governo, etc.), de acordo com os arts. 1º, 2º e 3º, n.º 1, als. a) e b) (esta última proibindo o exercício de funções executivas em órgãos de sociedades de capitais maioritariamente públicos ou concessionárias de serviços públicos, instituições de crédito ou parabancárias, seguradoras, sociedades imobiliárias ou de quaisquer outras pessoas colectivas intervenientes em contratos com o Estado e demais entes públicos), do DL n.º 196/93, de 27 de Maio; seja gestor público (designado para órgão de gestão ou administração das empresas integrantes dos sectores empresariais do Estado e local, tal como disciplinados pelo RSEE e pelo RSEL – neste, cfr. art.

*supervenientes* <sup>832</sup> para o exercício de funções dos administradores de direito (das sociedades anónimas): vejam-se os arts. 401<sup>o</sup> (para as anónimas com modelo tradicional e modelo de estrutura monística) e 425<sup>o</sup>, n.º 7 (para o modelo de inspiração germânica) <sup>833-834</sup>. Também aqui – não obstante a dúvida interpretativa

---

47<sup>o</sup>, n.º 4 –, respectivamente) com funções executivas (arts. 20<sup>o</sup>, n.º 2, do EGP; sobre as limitações dos gestores públicos sem funções executivas, cfr. arts. 21<sup>o</sup> e 22<sup>o</sup> do mesmo EGP); seja membro de «autoridades reguladoras independentes», por aplicação do art. 20<sup>o</sup>, n.º 2, do EGP, convocado pelo respectivo art. 2<sup>o</sup>, n.º 3, *in fine*; seja revisor oficial de contas, pois a este está vedado «exercer funções de membros de órgãos de administração, gestão, direcção ou gerência em empresas ou outras entidades» (art. 77<sup>o</sup>, n.º 1, do EROC); seja administrador da insolvência, no que respeita a sociedades que «prossigam actividades total ou predominantemente semelhantes às de empresa compreendida na massa insolvente» e sociedades relativamente às quais tenham exercido as suas funções há menos de três anos (art. 8<sup>o</sup>, n.ºs 2 e 4, da Lei n.º 32/2004, de 22 de Julho), para além de estar sujeito às «regras gerais sobre incompatibilidades aplicáveis aos titulares de órgãos sociais das sociedades (n.º 1 desse art. 8<sup>o</sup>); seja membro do conselho directivo da CMVM (art. 13<sup>o</sup>, n.º 1, que solicita a aplicação do estatuto dos gestores públicos, e n.º 2, al. a), do DL n.º 473/99, de 8 de Novembro, com a feição conferida pelo DL n.º 183/2003, de 19 de Agosto); seja declarado inibido em sentença qualificada como culposa «para a ocupação de qualquer cargo de titular de órgão de sociedade comercial» (art. 189<sup>o</sup>, n.º 2, al. c), do CIRE).

<sup>832</sup> A incompatibilidade prevista na al. a) do art. 425<sup>o</sup>, n.º 6, origina a nulidade da designação do administrador executivo (incompatibilidade originária ou causa de inelegibilidade) mas não gera qualquer consequência *a posteriori* para o administrador: assim o determina o art. 425<sup>o</sup>, n.º 7, quando reparte um segmento reservado a todas as disposições do n.º 6 como condições de validade da designação e um outro reservado às als. b), c) e d) desse n.º 6 (incompatibilidade superveniente). Tal segmentação compreende-se se articularmos o preceito com o art. 437<sup>o</sup>, n.º 1: originariamente, quem é membro do conselho geral e supervisão não pode ser administrador executivo – se for designado, a sua designação é nula e não produz quaisquer efeitos; não sendo afectado por qualquer impedimento e tendo sido validamente designado como administrador, este administrador não pode ser depois designado membro do conselho geral e de supervisão, sob pena de nulidade da sua designação por violação de norma imperativa (tal como prevê o art. 414<sup>o</sup>-A, n.º 3, para os membros do conselho fiscal e revisores oficiais de contas). Ou seja, a incompatibilidade superveniente surge para os membros do conselho geral e de supervisão e é na sua esfera que se espoletam os respectivos efeitos. (A mesma análise deverá ser feita para o art. 414<sup>o</sup>-A, n.º 1, al. b): quem vier a ser designado como membro do conselho fiscal ou fiscal único não pode ser administrador da sociedade. Se for, ou se continuar a ser, é no hemisfério do órgão de fiscalização que se geram os efeitos da caducidade imposta pelo n.º 2 do art. 414<sup>o</sup>-A.)

<sup>833</sup> Embora as incompatibilidades e a respectiva sanção-caducidade não esteja prevista para os outros tipos sociais diferentes da anónima, a aplicação analógica não estará impedida.

<sup>834</sup> E se (socorrendo-me de casos concretos) os estatutos sociais dispuserem, por ex., que o exercício de funções em qualquer órgão de qualquer outra sociedade comercial *ou* a titularidade, directa ou indirecta, de participação superior a determinada percentagem de capital social ou dos direitos de votos em sociedade concorrente *ou* falta de um estado de parentesco com algum dos sócios *ou* a superação de certo limite máximo de idade são motivo de impedimento para o sujeito ser nomeado e causa para (assim muitas vezes denominado) «perda do cargo», *quid juris?*

Nada a apontar à sua validade: a homenagem ao princípio da autonomia dos sócios habilita que os próprios estatutos das sociedades possam dispor sobre outras incompatibilidades originárias e supervenientes para o exercício do cargo (sobre as primeiras na designação dos membros do conselho fiscal, fiscal único ou revisor oficial de contas, o art. 414<sup>o</sup>-A, n.º 3, refere literalmente incompatibilidades estabelecidas «nos estatutos da sociedade»). Admitindo-as expressamente, v. FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores...* cit., pág. 75, DANIELE SANTOSUOSSO, pág. 139; no nosso burgo, COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., pág. 148, admite, em geral, que o estatuto social possa prever, directa ou indirectamente, causas de caducidade, dando precisamente como exemplo os “limites de idade para o exercício de funções de administração”. Neste entrecho, sobre a validade das cláusulas que fixam requisitos de elegibilidade “extra-corporativos” para a legitimidade passiva para a tarefa gestória, em particular a “profissionalidade” e a “honorabilidade” estipuladas para o chamado administrador

que o art. 401<sup>o</sup> suscita – não parece dever entender-se algo que não seja que a cessação da relação jurídica administrativa é automática, como é inequivocamente estatuído pelo n.º 7 do art. 425<sup>o</sup>: a superveniência das incapacidades e incompatibilidades «determina a imediata cessação de funções»<sup>835</sup>. Ainda que a caducidade possa não ser imediata, uma vez que, depois da Reforma de 2006, a lei difere o efeito extintivo durante 30 dias como o lapso de tempo permitido para que o administrador, *quando possível*, possa “remover” a incompatibilidade superveniente (por ex.: deixar de ser membro do órgão de fiscalização da sociedade dominante da sociedade administrada; deixar de exercer a actividade de revisor oficial de contas). Diferimento que se compreende: ao administrador oferece-se uma escolha entre duas posições incompatíveis<sup>836</sup> e a escolha deve fazer-se nesse período. A causa de

---

“independente” (e exemplos de falta de independência eram elencados no art. 1<sup>o</sup>, n.º 2, do Regulamento da CMVM n.º 7/2001, de 20 de Dezembro, na redacção conferida pelo Regulamento n.º 10/2005, entretanto revogado pelo art. 5<sup>o</sup> do Regulamento da CMVM n.º 1/2007, de 21 de Setembro; e de pessoa independente no conselho fiscal trata hoje o art. 414<sup>o</sup>, n.º 5), v. PIERPAOLO M. SANFILIPPO, *Funzione amministrativa e autonomia statutaria nelle società per azioni*, 2000, págs. 15 e ss, 302 e ss. Aliás, desde a *Reforma de 2003* que o CCI. passou a contemplar a previsão estatutária de tais requisitos, inclusive o da “independência”, sob pena de inelegibilidade e caducidade, no art. 2387: para comentário, v. GIAN DOMENICO MOSCO, *Società di capitali*, vol. 3, *Artt. 2449-2510*, Commentario a cura di Giuseppe Niccolini/Alberto Stagno d’Alcontres, *sub art. 2387*, 2004, págs. 623 e ss; FRANCESCO FERRARA Jr./FRANCESCO CORSI, *Gli imprenditori...* cit. 2006, pág. 596 (com exemplos: “honorabilidade” será a “ausência de determinadas condenações penais”; “profissionalidade” promanará de “determinados títulos de estudo ou experiências passadas em determinados sectores”; a “independência” é um conceito que “alude àquela autonomia de juízo que deveria obter-se pela falta de relações (de natureza económica, parental ou outra) com accionistas «fortes» ou com administradores executivos, de tal forma que isso constitua um condicionamento”).

<sup>835</sup> Por sua vez, as incompatibilidades supervenientes no órgão de fiscalização da estrutura tradicional de organização da anónima mereceram do legislador a menção à «caducidade da designação» (art. 414<sup>o</sup>-A, n.º 2).

<sup>836</sup> Acentuando, como característica nuclear das incompatibilidades derivadas, a necessidade de o interessado escolher entre uma das posições ou situações incompatíveis, v. GIANCARLO FRÉ/GIUSEPPE SBISÀ, *sub art. 2382*, pág. 779 e n. (7), FRANCO BONELLI, *Gli amministratori...* cit. 2004, pág. 56, GIAN FRANCO CAMPOBASSO, *Diritto commerciale 2. Diritto delle società cit.*, pág. 375, GAETANO PRESTI/MATTEO RESCIGNO, pág. 144-145, FRANCESCO FERRARA Jr./FRANCESCO CORSI, *últ. ob. cit.*, págs. 596-597. Colocando em causa este sinal identificador comum, nomeadamente a sua (falta de) aptidão para explicar a incompatibilidade do administrador que exerça actividade concorrente com a da sociedade (geralmente identificada como incompatibilidade pela doutrina italiana, sem que, porém, quem esteja nessa situação seja, *a priori*, insusceptível de ser eleito ou ameaçado *a posteriori* pela caducidade do cargo: v., por todos, FRANCO BONELLI, *Gli amministratori...* cit. 1985, pág. 72 e n. (170) – pág. 239), já que não será uma manifestação de vontade do administrador, mesmo que executada através da cessação efectiva daquele exercício, que poderá paralisar a faculdade de destituição que assiste à assembleia dos sócios, v. GIOVANNI CASELLI, *Vicende del rapporto di amministrazione cit.*, pág. 35.

A propósito, o direito português não conforta a inclusão dessas incompatibilidades (verdadeiras proibições de concorrência) *para efeitos de aplicação dos arts. 401<sup>o</sup> e 425<sup>o</sup>*. Elas estão previstas nos arts. 180<sup>o</sup> (se se confirmar que os sócios em nome colectivo são gerentes, atentas a regra e as excepções dispostas pelo art. 191<sup>o</sup>, n.os 1 a 3), 254<sup>o</sup> (para os gerentes das sociedades por quotas, mas aplicável por analogia aos gerentes não sócios de sociedades em nome colectivo e em comandita simples: neste sentido, v. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., n. (47) – págs. 28-29), 398<sup>o</sup>, n.os 3 a 5 (para as sociedades anónimas, mas aplicáveis às sociedades em comandita por acções pela remissão do



art. 478º), 428º (cuja nova redacção, para o sistema germânico, consagrou a absorção do respectivo estatuto jurídico de «exercício de outras actividades e negócios com a sociedade» na estrutura de natureza tradicional, terminando, no que respeita às proibições de actuação, com o autêntico dever, que impedia sobre os directores das sociedades anónimas por aplicação do pretérito n.º 1 do art. 428º, “de se absterem de intervir, de forma continuada, no tráfico mercantil”, “impedindo-o (...) de exercer qualquer «actividade comercial» – por mais distante e inócua que esta se revele para a empresa social (...)” – e evitando “que o director disperse as suas energias por vários núcleos de actividade”: assim NOGUEIRA SERENS/PEDRO MAIA, “O art. 428º, n.ºs 1 e 2 do Código das Sociedades Comerciais – análise da sua natureza jurídica”, *RB*, 1996, págs. 33-34, 43-44, e desenvolvida exegese, com inspiração comparatística, do preceito a págs. 36 e ss; para além da amplitude dessa proibição, o legislador da Reforma de 2006 quis terminar com o limite numérico à “pluriocupação” que o n.º 2 do art. 428º previa, considerando “a necessidade e ocorrência de acumulações de cargos de administrador em diversas sociedades em relação de domínio ou de grupo”: *Governo das sociedades anónimas: propostas de alteração...* cit., pág. 43, o que veio de encontro às críticas vasadas por Nogueira Serens e Pedro Maia a págs. 64 e ss) e 477º (nas sociedades em comandita simples para os sócios comanditados – a regra –, mas igualmente para os sócios comanditários, se o contrato de sociedade lhes atribuir a gerência: v. o art. 470º, n.º 1). E penso assim não obstante o CSC dispor como incompatibilidades para o conselho fiscal (e para se ser eleito ou designado fiscal único e revisor oficial de contas) o facto de se exercer «funções em empresa concorrente e que actuem em representação ou por conta desta ou que, por qualquer forma, estejam vinculados a interesses da empresa concorrente» (arts. 414º-A, n.º 1, al. f), 262º, n.ºs 1 e 5).

Ainda assim o quadro normativo de cada um dos órgãos é distinto. Se assim fosse, não se via que houvesse necessidade de indicar sanções diferentes da caducidade resultante dos normativos em causa reservados para a administração e colocados na esfera discricionária dos sócios: a exclusão de sócio e a responsabilidade pelos danos causados à sociedade ou, se a sociedade optar “por considerar difícil a efectivação da responsabilidade nos termos gerais” (RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas. Comentário...*, volume III cit., *sub* art. 254º, pág. 63, no ensejo de não concordar com a alternativa para os gerentes na sociedade por quotas), a consideração dos negócios feitos por conta própria como negócios feitos por conta da sociedade e dos negócios feitos por conta alheia como geradores da obrigação de entrega dos proventos resultantes desses negócios ou a cedência à sociedade dos direitos a tais proventos, na hipótese de sócio gerente de sociedade em nome colectivo – arts. 186º, n.º 1, al. a), e 180º, n.º 2 (ver a inspiração desta alternativa nos §§ 88 (2), frase 2.ª, e 284 (2), frase 2.ª, da AktGesetz, e o afloramento do mesmo princípio no art. 157º do CCom.); a destituição com justa causa e dever de indemnizar a sociedade pelos prejuízos sofridos (eventualmente podemos ver outras especiais sanções convencionadas no contrato de sociedade: a exclusão do sócio administrador – afirmativamente, v. AVELÁS NUNES, n. (63) – pág. 148; sobre os limites da faculdade de introduzir nos estatutos causas de exclusão de sócio, cobram inegável sentido os juízos de CAROLINA CUNHA, “A exclusão de sócios (em particular, nas sociedades por quotas)”, *Problemas do direito das sociedades*, 2002, págs. 217 e ss, 226-227 –, a amortização compulsiva ou extintiva da participação do sócio administrador – admitindo as respectivas cláusulas no contexto das consequências previstas nos estatutos para a infracção do dever de não concorrência, v. FERRER CORREIA/VASCO LOBO XAVIER/MARIA ÂNGELA COELHO/ANTÓNIO CAEIRO, “Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Anteprojecto de lei – 2ª redacção e exposição de motivos”, *RDE*, 1977, n.º 2, pág. 384 –, a diminuição ou perda da remuneração, etc.). Por outro lado – o mais decisivo –, não se esqueça que as incompatibilidades supervenientes, *para o serem*, têm que igualmente corresponder a causas de inelegibilidade (como bem assinala JOÃO LABAREDA, “A cessação da relação de administração”, *loc. cit.*, pág. 160). Ora, o exercício de actividade concorrente (por conta própria ou alheia), «ser sócio de responsabilidade ilimitada noutra sociedade» (art. 180º, n.º 1), «a participação, por si ou por interposta pessoa, em sociedade que implique assunção de responsabilidade ilimitada pelo gerente, bem como a participação de, pelo menos, 20% no capital ou nos lucros de sociedade em que ele assumia responsabilidade limitada» (art. 254º, n.º 3, para as sociedades por quotas: contra a bondade desta limitação, ainda quando ela se aplicava às sociedades anónimas pelo revogado n.º 4 do art. 398º – o que não acontece agora: v. o n.º 5 do art. 398º – pois, quando muito, “só [se] justificaria qe o administrador não pudesse participar como sócio de responsabilidade limitada em sociedade concorrente, que fosse por ele *controlada*”, NOGUEIRA SERENS, *Notas sobre a sociedade anónima* cit., págs. 74-75); cfr. também o art. 180º, n.º 4), o exercício de funções em sociedade concorrente ou «a designação por conta ou em representação desta» (art. 398º, n.º 3, para as sociedades anónimas) são permitidos – logo, não são proibições absolutas – se forem consentidos pelos sócios (todos os outros na sociedade em nome colectivo: art. 180º, n.º1) ou pelo conselho geral e de supervisão (neste caso,

penso que a autorização continuará a ser da incumbência da assembleia dos sócios, *se for esta a nomear os administradores executivos em função de competência atribuída pelos estatutos* – v. a 2.<sup>a</sup> parte da al. a) do art. 441.<sup>o</sup>: esta susceptibilidade estatutária de atribuir a nomeação e a destituição dos administradores à assembleia geral é um dos exemplos da eliminação de disparidades existentes entre o sistema germânico e o sistema tradicional (enquanto objectivo da Reforma de 2006 do CSC) “para os quais não se encontrou o devido fundamento” e que, em concreto, “cria uma saudável abertura no tipo organizativo em apreço” (v. CMVM, *Governo das sociedades anónimas: propostas de alteração...* cit., págs. 38 e 39 –, em conformidade, além do mais, com a solução que o art. 430.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 1, reserva para a destituição). O que permite inferir que se pretende evitar factos sucessivos à nomeação e não considerados nesse momento, factos respeitantes ao administrador em funções e não a quem aspira a ser administrador. Assim se compreende que a lei, nas sociedades por quotas, presuma inilidivelmente que o consentimento é dado se o exercício da actividade (ou a participação em sociedade, acrescento) é anterior à nomeação do gerente e é conhecido dos sócios maioritários (art. 254.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 4) e, nas sociedades em nome colectivo, presuma o mesmo desde que o conhecimento seja de todos os sócios: ambos os preceitos parecem afastar a possibilidade de a actividade concorrente ser vista como condição absoluta *ab initio* para se ser gerente (ou sócio gerente). Por outro lado – e não obstante a possível explicação dessas soluções legais na compenetração entre sócios e administração social própria das sociedades de pessoas e das sociedades por quotas de natureza personalística –, mesmo para as sociedades por quotas, se os requisitos dessa presunção não se preencherem, e para as sociedades anónimas – regime que, depois de 2006, deixou de aplicar esse n.<sup>o</sup> 4 (cfr. o n.<sup>o</sup> 5 do art. 398.<sup>o</sup>) –, julgo que a ilicitude da posição ou situação concorrentes, sempre que preexistentes, não tem relevo *na hipótese de nomeação dos administradores e dispensa uma deliberação expressa de consentimento que conste entre os assuntos da ordem do dia*. Na realidade, no acto de nomeação respectiva estará *implícita* a “autorização social” (sentido dogmático-normativo que deve ser conferido ao «consentimento» da sociedade, como refere o art. 398.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 3: v., para o direito anterior, PINTO FURTADO, *Código Comercial anotado*, volume II, *Das sociedades em especial*, tomo I, 1986, *sub art.* 157.<sup>o</sup>, págs. 90 e ss; para a defesa da “autorização prévia” [*vorherige Zustimmung*] como significado do consentimento exigido ao *Aufsichtsrat*, com base na aplicação do § 183 do *BGB*, v. UWE HÜFFER, *sub § 88*, pág. 455, *Rdn.* 5) que preclui a sua ilicitude (sem contar com a possibilidade de haver uma disposição geral contida nos estatutos que arrede *a priori* os administradores – ou algum administrador individualmente – da observância da proibição de concorrência: para a sociedade em nome colectivo, v. RAÚL VENTURA, “Sociedades em nome colectivo”, *loc. cit.*, *sub art.* 180.<sup>o</sup>, pág. 247; para a sociedade por quotas, v. o mesmo RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas. Comentário...*, volume III cit., *sub art.* 254.<sup>o</sup>, pág. 61, que expunha as suas dúvidas relativamente à exclusão da proibição de concorrência “por qualquer gerente, presente ou futuro, relativamente a qualquer actividade e em quaisquer circunstâncias”, e ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “O exercício de actividades concorrentes pelos gerentes de sociedades por quotas”, *BFD*, 1996, n. (42) – pág. 339, servindo-se, para as sociedades por quotas, da menção do art. 254.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 1, a «consentimento dos sócios» sem qualquer distinção e, para as sociedades anónimas, do carácter de “preceito dispositivo” do art. 398.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 3, e aplicando o art. 9.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 3; *extra muros*, em sentido adverso a essas disposições estatutárias com carácter geral, RODRIGO URÍA, AURELIO MENÉNDEZ/JUAN IGLESIAS PRADA, pág. 1137). De todo o modo, nomeadamente se estivermos a falar de deliberação em assembleia dos sócios, julgo mais avisado considerar concedida *implicitamente* a autorização para continuar a desenvolver a actividade concorrente ou a ter a participação em sociedade com actividade concorrente *se for levado ao conhecimento dos sócios presentes* (cujos votos contribuam para a maioria suficiente para a eleição) que o administrador desenvolve essa actividade concorrente ou tem essa participação – circunstância que se pode verificar, *e. g.*, com base na consulta do *curriculum vitae* do administrador. Creio que assim se evitará a esgrima fundada no facto de esse carácter implícito pactuar com autorizações “em branco” e desligadas do caso concreto (na estrutura organizativa de tipo germânico, na redacção anterior à Reforma de 2006, o art. 428.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 2, impunha que a autorização do conselho geral fosse dada «para cada caso», o que foi explicado precisamente para evitar essas autorizações “em branco”: cfr. RAÚL VENTURA, “Sociedades com direcção e conselho geral”, *Novos estudos sobre sociedades anónimas e sociedades em nome colectivo. Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, 1994 (reimp. 2003), *sub art.* 428.<sup>o</sup>, pág. 25; nesta parte, a influência da *AktGesetz* era notória porque o consentimento do *Aufsichtsrat* não pode ocorrer “em branco” em virtude de a 3.<sup>a</sup> frase do (1) do § 88 exigir que ele seja concedido para «operações comerciais determinadas», «sociedades comerciais determinadas» e «determinadas espécies de negócios»: por todos, v. UWE HÜFFER, *ibid.*, também *Rdn.* 5 da pág. 455 [*“Einwilligung kann (...) nicht blanko erfolgen...”*], confirmando um entendimento que vinha, pelo menos, desde ADOLF BAUMBACH/ALFRED HUECK/GÖTZ HUECK, *Baumbach-Hueck Aktiengesetz*, 1968, *sub § 88*, *Rdn.* 5, pág. 271; no direito italiano, a doutrina observou que a Reforma

de 2003 desaproveitou a oportunidade para tutelar melhor a sociedade quanto à faculdade de exercer actividades concorrentes ao não prever, para além da autorização “geral, mas abstracta”, da assembleia, uma “autorização ulterior entregue (...) ao conselho de administração em *hipóteses concretas e determinadas*”: PAOLO MONTALENTI, “Amministrazione e amministratori nella riforma del diritto societario”, *Il nuovo diritto delle società di capitali e delle società cooperative*, a cura di Matteo Rescigno/Antonella Sciarrone Alibrandi, 2004, pág. 74, o itálico é da minha lavra). O que não deixa de aconselhar, por razões de clareza, que tal factualidade deva mesmo ser levada ao próprio conteúdo da deliberação. Ou seja, por uma razão de coerência normativa com as presunções estabelecidas nas sociedades em nome colectivo e nas sociedades por quotas – e ainda por alguma identidade de razões com o dever exigido ao administrador em conflito de interesses com a sociedade sobre matérias levadas a votação no conselho de administração: «deve informar o presidente sobre ele» (art. 410º, n.º 6, 2.ª parte) –, o consentimento implícito contido na designação estatutária ou a deliberação electiva deve ficar condicionado pela sapiência ou pelo voto informado dos sócios (numa deliberação onde o sócio administrador está impedido de votar: cfr. art. 251º, n.º 1, al. e), aplicável analogicamente à sociedade anónima; esta aplicação é defendida por COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II cit., pág. 247; sobre o conflito de interesses na deliberação de autorização para o exercício de actividade concorrente ou para a participação em sociedade concorrente, v. MARCO SPOLIDORO, “Il divieto di concorrenza per gli amministratori di società di capitali”, *Riv. Soc.*, 1983, págs. 1365 e ss, para quem, no caso, o interesse do sócio administrador em eliminar a proibição está tipicamente em contraposição com aquele outro interesse, também típico, da sociedade em que a proibição se mantenha, uma vez que consentir-lhe fazer concorrência implica uma “redução” das suas obrigações em face da sociedade, que daí poderá sofrer um prejuízo – de acordo com o Autor, estamos perante um verdadeiro conflito “específico” sobre as posições do sócio-administrador e da sociedade acerca da amplitude das obrigações do primeiro no confronto com a sociedade).

Para muito do que me influenciou até aqui, v., em Itália, TULLIO ASCARELLI, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriali. Lezione di diritto industriale*, 1956, pág. 52; GIOVANNI GRIPPO, “Nomina di amministratori e divieto di concorrenza”, *Giur. It.*, 1977, I, Sez. 1, págs. 157 e ss, em esp. pág. 160; MARCO SPOLIDORO, págs. 1363-1364, que, para hipóteses duvidosas, retia que se devia presumir que a vontade de assembleia era a de limitar a eficácia da autorização às actividades concretas que lhe eram levadas ao conhecimento (em vez de admitir-se como autorização geral a desenvolver qualquer tipo de actividade em concorrência com a sociedade); VINCENZO CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione...* cit., pág. 231; FRANCO BONELLI, *Gli amministratori...* cit. 2004, págs. 141-142. Ainda mais liberal, pois nem sequer exige o conhecimento para a autorização implícita, v. ainda GIUSEPPE FERRI, *Le società* cit., pág. 697. Ao invés, com dúvidas sobre a suficiência de uma informação disponibilizada aos sócios na assembleia de nomeação dos administradores, que consistiria numa “indicação *ad hoc* em relação ao acto da convocação”, v. GASTONE COTTINO, *Diritto societario* cit., págs. 399-400. Mais do que dúvidas, FRANCESCO SCANNICCHIO, “Amministratore di due società concorrenti”, *Riv. Soc.*, 1993, pág. 652, adopta um entendimento que parece ser inconciliável com a doutrina da “deliberação implícita”, pois a autorização implica que a sociedade tenha “a possibilidade de avaliar em concreto a posição concorrente do administrador” e “desaplicar a proibição de concorrência naquelas hipóteses que (...) possam ajuizar-se não idóneas a produzir em concreto consequências prejudiciais para a sociedade”. Já claramente contra o “levantamento implícito da proibição de concorrência” com a mera deliberação de nomeação do administrador afectado, v., em Espanha, RODRIGO URÍA, AURELIO MENÉNDEZ/JUAN IGLESIAS PRADA, pág. 1137. Na Alemanha, para o tema do consentimento do *Aufsichtsrat*, parece ser visão pacífica que o regime legal impõe que, na necessidade de haver uma deliberação sobre a matéria, se exclua o “consentimento concludente” por “mera tolerância”, que tornaria legítimos, por retroactividade, comportamentos inaceitáveis dos administradores: v. ADOLF BAUMBACH/ALFRED HUECK/GÖTZ HUECK, *loc. e pág. cits*, SYLVESTER WILHELMI, *Aktiengesetz vom 6. September 1965*, Kommentar begründet von Freiherr von Godin und Dr. Hans Wilhelmi, Band I, §§ 1-178, 1971, sub § 88, pág. 468, *Anm. 7*, JOACHIM MEYER-LANDRUT, *Aktiengesetz. Großkommentar* cit., sub § 88, *Anm. 5*, pág. 686; porém, HANS-JOACHIM MERTENS, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz...* cit., sub § 88, pág. 219, *Rdn. 11*, julga que não é necessário que a autorização se veja pronunciada expressamente numa deliberação, basta que se possa retirar de uma deliberação a interpretação que corresponda a esse mesmo sentido, entendendo-se que nela se avaliou eficazmente um comportamento violador da *Wettbewerbsverbot* (por ex., se, numa deliberação sobre encomenda de produtos, o “conselho geral” tem conhecimento do facto concorrencial do administrador e lhe reservou a possibilidade de exercer tais actividades também no futuro). Igualmente me parece, *intra muros*, que RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas. Comentário...*, volume III cit., sub art. 254º, págs. 61-62, recusava a idoneidade de ver na escolha de pessoa gerente que

caducidade é complementada pela *inacção durante 30 dias* sem que, mesmo nessa circunstância, o termo da relação jurídica de administração fique dependente de qualquer outro facto ou declaração – opera por si só e sem mais <sup>837</sup>. Em ambos os casos a consequência é simples: o administrador deve afastar-se *ex spontae sua* do cargo; o administrador deve suprir a incompatibilidade no prazo de 30 dias e, se não o fizer, deixar o cargo; se não deixar e actuar na gestão da sociedade, será administrador de facto <sup>838</sup>.

exerce actividade concorrente com a da sociedade (e que não se comprometia a cessá-la) um consentimento implícito – como a lei só previa (e prevê) o consentimento *presumido*, assente no conhecimento, a sociedade podia sempre afastar a presunção legal e provar que, não obstante o conhecimento e a nomeação, não consentira na continuação da posição concorrente (e dava o exemplo de se ter dado nas negociações a cessação da actividade anterior do gerente como pressuposto da nomeação). Ao invés, nas sociedades em nome colectivo, para a defesa do afastamento da proibição de concorrência se a actividade do sócio concorrente já era exercida antes do contrato de sociedade, deste resultar que não se quis proibir o exercício da actividade que vinha exercendo (com conhecimento de todos os outros sócios concorrentes), sem que haja necessidade de consentimento *expresso* da sociedade, v. AVELÁS NUNES, n. (76) – págs. 159-160.

Ainda algo mais. Julgo que a alteração do art. 398º contribui para a bondade da concepção aduzida: o seu n.º 4 impõe que a autorização da assembleia geral «deve definir o regime de acesso a informação sensível por parte do administrador». A lei foi sensível à tutela de um dos interesses que a proibição de concorrência a cargo dos administradores visa atingir – proteger a sociedade de (prejudiciais) actuações concorrenciais (*Wettbewerbshandlungen*) por parte de um sujeito potencialmente conhecedor de todos ou parte dos segredos sociais enquanto desempenha o cargo (a ameaça a esse interesse é particularmente sublinhada no direito alemão: v. JOACHIM MEYER-LANDRUT, *Aktiengesetz. Großkommentar* cit., sub § 88, *Anm.* 1, pág. 683, HANS-JOACHIM MERTENS, *ibid.*, sub § 88, *Rdn.* 2, pág. 216, UWE HÜFFER, sub § 88, pág. 454, *Rdn.* 1; fora dos comentários, FRITZ MEYER, “Das «Eintrittsrecht» der Aktiengesellschaft gemäß § 88 Abs. 2 Satz 2 Aktiengesetz”, *AG*, 1988, pág. 259) – e pretende salvaguardar a *perigosidade* da concorrência proveniente do administrador, mesmo se o seu acesso à informação interna lhe advier do exercício do seu direito-dever de vigilância sobre a gestão da sociedade. Ora, se, seja no momento da eleição, seja em momento posterior, os sócios têm que definir o “âmbito da informação disponível” para o administrador em conflito concorrencial, quando a tomada de posição é no primeiro momento isso depreende logicamente que o facto seja levado ao conhecimento dos sócios, sob pena de incumprimento do art. 398º, n.º 4, e a autorização ser ineficaz na sua função de excludente da ilicitude do comportamento devido pelo administrador (dever legal específico, mas também manifestação do dever de lealdade à entidade corporativa: por todos, v. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., págs. 12, 28, e, no direito alemão, HANS-JOACHIM MERTENS, *ibid.*, sub § 88, págs. 216-217, *Rdn.* 3).

Ainda a propósito, diga-se que esse poder de escolha não se refere à sua própria vontade quando a causa de incompatibilidade não lhe é *directamente imputável*: veja-se o art. 425º, n.º 6, al. c). Nesta hipótese, se um sobrinho do administrador passa a ser membro do conselho geral e de supervisão ou do conselho fiscal de sociedade detida integralmente, a vontade que poderá suprir a incompatibilidade superveniente é alheia ao administrador incompatível: essa *inimputabilidade* talvez justificasse uma restrição do *espectro subjectivo* definido pelo preceito constante dessa alínea da lei (bem como do art. 414º-A, n.º 1, al. g)).

<sup>837</sup> A favor da caducidade automática em ambas as circunstâncias, v. ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, pág. 258, JOÃO LABAREDA, “A cessação da relação de administração”, *loc. cit.*, pág. 160, COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., pág. 146 (os últimos com alusão ao argumento de as incapacidades e incompatibilidades gerarem, se verificadas *ab initio*, a nulidade da eleição, isto é, de as causas de inelegibilidade se transformarem em causas de caducidade se forem sucessivas à assunção do cargo).

<sup>838</sup> Neste sentido para a ausência de qualificações previstas no § 6 (2) da GmbHG, v., na Alemanha, MARC DINKHOFF, pág. 16, e, para o efeito de responsabilidade criminal, v., em Itália, LUIGI CONTI, “I soggetti”, *loc. cit.*, pág. 233.

No entanto, se o administrador não deixar na prática as suas funções – o que significará que *o administrador atingido mantém-se contra legem em funções* –, o art. 401º prevê que o conselho fiscal (ou o fiscal único ou o conselho fiscal e o revisor oficial de contas ou sociedade de revisores oficiais de contas <sup>839</sup>) ou a comissão de auditoria (portanto, para as estruturas organizatórias que admitem estes órgãos) venham «declarar o termo das funções». Pergunta-se: qual o valor desta declaração? Nomeadamente: será que tem valor *constitutivo* da cessação jurídica da relação administrativa e da eventual aquisição da qualidade de administrador de facto? <sup>840</sup>

Não parece ser essa a resposta mais adequada. A declaração, tal como vem inscrita na norma, surge logicamente depois dos factos de o administrador *não deixar de exercer o cargo e não remover a incompatibilidade superveniente*. Isto é, a declaração surge num momento ulterior ao do facto extintivo – a ocorrência da incapacidade ou da incompatibilidade. Portanto, não é preciso qualquer outro facto que integre a causa de caducidade para esta ocorrer <sup>841</sup>– *tal como acontece com o atingir do prazo previsto para o exercício do cargo*.

Se assim é, qual o interesse desta declaração prevista pelo art. 401º?

Creio que a *ratio* da norma indica que a estes órgãos interessa tão-só esclarecer a posição dos administradores cessantes *nas relações endo e exossocietárias*, nomeadamente para que ordenem aos administradores cessantes que não devem continuar no exercício das funções e seja conhecida e cognoscível (a terceiros, em particular) a nova situação dos que foram afectados pela incapacidade ou pela incompatibilidade: *deixaram de ser administradores* – o que foi automático, imediata ou diferidamente – *e não é legítimo o exercício dos poderes administrativos que têm desempenhado após a extinção do título* – pois nem sequer há qualquer dever (legal) de se manterem em funções. Não julgo, por isso, que esta declaração vise “formalizar” de algum modo o termo da relação jurídica de administração. Parece que,

---

<sup>839</sup> Cfr. o art. 413º, n.ºs 1 e 2.

<sup>840</sup> Aparentemente defendendo esse valor e, para além disso, para as várias causas de cessação das funções dos administradores antes do termo do mandato (“excesso de faltas, destituição, renúncia ou incapacidade”), sempre que o administrador não deixe voluntariamente o cargo, v. ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, pág. 462.

<sup>841</sup> Em sentido oposto, ARMANDO TRIUNFANTE, *Código das Sociedades Comerciais anotado*, 2007, sub art. 393º, n. (385) – pág. 382, sub art. 401º, pág. 392 e n. (397): depois de considerar que a caducidade não tem carácter automático (“forma de caducidade não imediata”), defende que ela é diferida, para além do prazo de 30 dias (sem que “a manutenção das funções do administrador seja indevida”), “até que seja declarada pelo órgão com competência para tal”.

antes, visa tomar posição – se quisermos, sob a forma de um comando aos administradores caducados – sobre o seu desempenho *enquanto administradores de facto*. Posição essa que deve comportar ainda uma tomada de posição essencial para a valia e a eficácia desse “comando” interno e dessa “advertência” externa: esses órgãos, através dos seus membros, devem promover o registo da cessação de funções, enquanto *obrigados* à emissão dessa declaração e, por isso, *interessados na elucidação do assunto* <sup>842</sup>.

Sendo assim, a relação administrativa de direito cessa juridicamente quando ocorre a incapacidade ou a incompatibilidade; mas *converte-se em administração de facto* se o gestor com cargo caducado se mantém efectivamente no exercício do cargo para que havia antes sido escolhido; ao conselho fiscal (ou ao fiscal único) compete, desta feita, *declarar a cessação da relação administrativa de facto*, constituída, por efeito do exercício continuado das funções, após a extinção da relação jurídica de administração. Ora, a circunstância de a lei atribuir um claro poder orgânico de dar termo à (nova) posição administrativa faz crer que de uma nova *configuração de administração* se tratava: *órgão exercido de facto*, mas *também* órgão, reconhecido pela lei no *interim* que intermedeia o momento de caducidade da relação de direito e a pronúncia do órgão de fiscalização para declarar o termo da relação de facto. Uma relação, portanto, até então, reconhecida *ope legis* no art. 401º.

Pois bem.

A única diferença para o esgotamento do período funcional do cargo é que a causa extintiva não desobriga a actuação fáctica subsequente (pelo contrário), enquanto que, no que se prevê nos arts. 401º e 425º, o juízo do legislador sobre a inconveniência das incapacidades ou incompatibilidades obriga ao impedimento da actuação subsequente na gestão social. Que, a acontecer por efeito da participação do administrador caducado *ex lege*, *deve ser vista como administração de facto* <sup>843</sup>. Uma

---

<sup>842</sup> Estamos a qualificar os membros dos órgãos referidos no art. 401º como interessados de acordo com os arts. 28º e 29º, n.º 1, do CRCCom. E ancoo o dever de promoção do registo como uma manifestação do dever geral de “vigilância da observância da lei”, tal como imposto pelos arts. 420º, n.º 1, al. b), e 423º-F, n.º 1, al. b).

<sup>843</sup> É a qualificação feita por João Labareda – que menciona mesmo a *constituição* de uma relação de facto após a extinção da *normal* relação jurídica de administração – e Coutinho de Abreu, tal como citados na n. 837. Num outro apronto, COUTINHO DE ABREU/ELISABETE RAMOS, págs. 41 e 42, dão como exemplo de administração de facto oculta ou “na sombra” o da “pessoa declarada inibida para ocupar cargos societários” que, sendo sócio, “comanda os administradores [de direito] da sociedade”.

Lá fora, em sentido concordante, v. ALESSANDRO BORGIOLO, “Amministratori di fatto e direttori generali”, *loc. cit.*, pág. 597; FRANCO BONELLI, *Gli amministratori...* cit. 2004, pág. 55 (antes também em *Gli*

administração que, de acordo com a mesma lei que a admite, pode e deve ser objecto de reprovação e aviso pelos órgãos de fiscalização *sempre que se verifique a não conformação dos administradores cessantes com os comandos legais*<sup>844</sup>.

Dessa diferença deverá promanar uma consequência que reputo importante no patamar do *exercício dos poderes do administrador de facto*. Já concluímos que a lei prefere a irregularidade de uma prorrogação relativamente anómala aos prejuízos decorrentes da paralisação do órgão administrativo. É certo que essa indefinição quanto à renovação do órgão – potencialmente mais prejudicial quando há uma negligência prolongada na convocação da assembleia electiva – acaba por subverter o carácter temporal que a norma legal assinala ao cargo dos administradores. Mas nada indica que as faculdades fiquem condicionadas durante o tempo de *prorogatio*, *justamente para obviar aos inconvenientes dessa indefinição*. De tal sorte que a sua actuação não está restringida por tal circunstância – não se trata de um administrador precário ou com poderes necessariamente reduzidos – nem se

---

*amministratori...* cit. 1985, pág. 67) – “a partir desse momento [cessação do cargo de administrador como efeito imediato e automático da caducidade] nenhuma omissão ou incumprimento pode imputar-se ao administrador cessante (a não ser que este tenha «*de facto*» continuado a administrar a sociedade)”; BARTOLOMEO QUATRARO/LUCA PICONE, pág. 472; Para esta conclusão no direito estrangeiro: NICOLLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., pág. 176 (implicitamente); NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., págs. 108-109, ainda que, em função do regime legal do país vizinho (isto é, as incompatibilidades supervenientes previstas nos arts. 124 da LSAE e 58, n.º 3, da LSRLE originam a destituição imediata, a pedido de qualquer sócio, e a responsabilidade por conduta desleal: art. 132, n.º 1, da LSAE, correspondente agora ao art. 224, n.º 1, da LSCE, em referência ao art. 213, n.º 1), só se continuar a desempenhar funções de administração depois de ter sido destituído (v. também “El concepto de administrador de hecho...”, *loc. cit.*, pág. 879).

<sup>844</sup> Não parece que possamos dizer que a declaração do órgão de fiscalização tenha o efeito de pôr termo ou cessar a relação administrativa de facto, que se regista depois da extinção da relação administrativa de direito: é a tese de JOÃO LABAREDA, *últ. est. e loc. cits* (que junta a aplicação da mesma regra “para os outros tipos societários”), seguido por COUTINHO DE ABREU, *últ. ob. e loc. cits*.

Vamos adquirindo a percepção de que a administração de facto é feita da prática de actos, mais ou menos continuados, análogos aos praticados pelo administrador formal, que, todavia, não gozam da idoneidade de serem realizados por alguém que possa actuar inatacavelmente como administrador daquela sociedade. Em abstracto, poderíamos pensar assim: sendo declarado inabilitado o *administrador A* por sentença transitada e registada, o *ex-administrador A* não deixa o cargo e continua a agir como administrador da sociedade; então, os órgãos sociais próprios reagem e emitem a declaração de “cessação de funções”, podendo dar-lhe a publicidade adequada na sociedade e junto de terceiros. Mas pode acontecer em concreto que o *ex-administrador A* continua a anunciar-se como administrador da sociedade e a lograr realizar actos e negócios em nome da sociedade, o que implica que os órgãos de fiscalização *se pronunciem mais uma vez*. E sempre o deverão fazer logo que venha ao seu conhecimento a continuidade no cargo do *ex-administrador A* a fim de *renovar a sua manifestação de reprovação da conduta do ex-administrador*. Creio que podemos afirmar que a declaração não garante a cessação da relação administrativa de facto, nem tem que a almejar, uma vez que essa cessação *está na exclusiva dependência da vontade do administrador de facto e da reacção de terceiros a essa actuação*. Mas, como vimos, essa declaração deve ser completada pela promoção do registo da cessação de funções do administrador. Isto é, deve, isso sim, providenciar sobre a insusceptibilidade de a actuação fáctica poder vir a ter consequências para a sociedade na relação com terceiros.

patrocina uma suavização apriorística dos seus deveres, nomeadamente os de cuidado e de lealdade. Os administradores que permanecem em funções devem assegurar a gestão normal da actividade da sociedade. Não devem condicionar as suas tarefas a actos urgentes ou de “mero expediente”, indispensáveis a impedir prejuízos para a sociedade – conservam íntegros os mesmos poderes e atribuições inerentes à função. Não creio que devam evitar negócios de gestão extraordinária e ater-se à prática de actos de administração ordinária ou “gestão corrente”<sup>845</sup>. No entanto, percebe-se que, na prática, a administração de facto (nomeadamente se não estiver no horizonte a renovação de funções) se restrinja à gestão corrente e ao funcionamento interorgânico e não tome, em princípio, decisões sobre a “alta direcção” (política estratégica global da sociedade)<sup>846</sup>. De todo o modo, não é assim por causa da lei, cujo silêncio deve ser entendido como significativo de que os administradores em *prorogatio* não sofrem qualquer redução de poderes<sup>847</sup>.<sup>848</sup><sup>849</sup>

---

<sup>845</sup> Nesta linha, *ex pluribus*: GUSTAVO MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., págs. 490-491, ALESSANDRO GRAZIANI, pág. 375, LUCA BUTTARO, págs. 465-466, ss, 468, FRANCESCO PACE, “«Prorogatio» degli organi sociali”, *Impresa*, 1987, pág. 632, ROBERTO AMBROSINI, “Efficacia della cessazione degli amministratori per scadenza del termine. Il commento”, *Società*, 1992, pág. 65, ALESSANDRO PATELLI, pág. 295. Como alguma destas intervenções realçaram, diferente é a questão da eventual redução de poderes dos administradores de um conselho que passa a funcionar sem a maioria dos administradores designados com base na menor representatividade do órgão.

<sup>846</sup> Tal como se compreende que, no caso dos gerentes das sociedades por quotas com prazo de duração para o cargo, se prefigure uma especial exigência na convocação da assembleia para a designação de novo ou novos gerentes (art. 248º, n.º 3), tendente à recomposição pelos sócios do órgão constituído por gerentes de direito e ao evitar de prejuízos decorrentes dessa sua abstenção.

<sup>847</sup> É a posição de FRANCESCO FERRARA Jr./FRANCESCO CORSI, *Gli imprenditori...* cit. 1999, n. (2) – pág. 572, ID., *Gli imprenditori...* cit. 2006, pág. 600; GIAN FRANCO CAMPOBASSO, *Diritto commerciale 2. Diritto delle società* cit., pág. 376 (que fala mesmo de “plenitude de poderes”).

<sup>848</sup> Uma confirmação indirecta desta posição surge consistentemente do regime jurídico da dissolução e liquidação das sociedades. Os liquidatários de uma sociedade dissolvida, coincidindo em regra com os administradores da sociedade (excepto se houver cláusula estatutária ou deliberação social em contrário), mantêm, em geral, de acordo com os escopos liquidatários e no período reservado para a liquidação do património social, «os deveres, os poderes e a responsabilidade dos membros do órgão de administração (art. 152º, n.º 1). Devem, por isso, entre outras hipóteses, «ultimar os negócios pendentes», «cumprir as obrigações da sociedade» e «cobrar os créditos da sociedade» (n.º 3 do art. 152º). E ainda lhes caberá empreender a continuação, temporária mas, em princípio, global, da actividade anterior da sociedade (que mantêm a personalidade jurídica e vê perdurados os efeitos jurídicos dos vínculos espoletados pelo contrato social), desde que autorizada por deliberação dos sócios (art. 152º, n.º 2, al. a)) – “(...) e para essa continuação o liquidatário praticará todos os actos necessários, *como um gerente ou um administrador praticaria antes da dissolução*” (RAÚL VENTURA, *Dissolução e liquidação de sociedades* cit., sub art. 152º, pág. 337, o sublinhado é da minha responsabilidade). Se assim é na fase terminal de uma sociedade dissolvida, por que deveríamos alegar uma restrição de poderes para um administrador de uma sociedade funcionante que vê o seu cargo caducado pelo tempo e deve *ex lege* continuar em funções?

<sup>849</sup> Entre nós, encontro quem faz uma diferenciação durante o período ulterior à caducidade temporal do cargo administrativo e, por isso, antagónica com a nossa posição. Na verdade, PAULO OLAVO CUNHA, *Diritto das sociedades comerciais* cit., págs. 760-761, entende que, entre a conclusão do “mandato” e a assembleia geral seguinte para apreciação da actividade e dos resultados da sociedade, as funções dos



Um dado que ainda mais suporta essa tese consiste no facto de a lei não reclamar a convocação urgente da assembleia para o efeito de eleger (ou reeleger) o ou os novos administradores. Pelo contrário, a lei admite um lapso de tempo assaz dilatado durante o qual admite não se ter efectuado nova eleição – 180 dias, tal como prevê o art. 394º, n.º 1, 2.ª parte, que antecede a faculdade de qualquer accionista requerer a nomeação judicial de administrador –, o que faz supor que *não se considera diminuída* a gestão. Finalmente, a cessação de funções do administrador, *quando originada pelo decurso do tempo*, não é *facto societário* que esteja sujeito a inscrição no registo comercial (art. 3º, n.º 1, al. *m*), do CRCom., *a contrario*). Isso significa que, com essa causa, não é cognoscível a terceiros a falta da condição de administrador de direito.

Ora, todos estes argumentos não se ajustam à administração de facto originada em incapacidade ou incompatibilidade superveniente. Não há nas duas hipóteses uma *eadem ratio legis*: a exigência primária de assegurar à pessoa colectiva societária a presença de um órgão actuante e garante de um funcionamento continuado não se vislumbra no administrador afectado por essas vicissitudes supervenientes. Aqui a lei augura que o órgão de fiscalização ponha termo a essa continuidade e que, como corolário, dê cognoscibilidade do evento a terceiros; a lei admite e reconhece a actuação fáctica *se o administrador não deixar de exercer o cargo* mas não se conforma com ela; logo, no caso de urgência justificada, poderá admitir-se a prática de actos necessários e ordinários, mas, em coerência, tudo o mais parece ser de evitar. Isto é, teremos de concluir que a administração de facto originada em incapacidade ou incompatibilidade supervenientes é uma situação *diminuída*, à qual não será alheia a inconveniência de manter em funções o administrador por elas afectado, numa situação que, em bom rigor, sempre será bem diferente da precaridade da situação por efeito do esgotamento temporal do cargo administrativo.

---

administradores prolongam-se *apenas* para efectuar o balanço dessa actividade e apurar esses resultados. A partir da data dessa assembleia, não tendo sido reconduzidos nem substituídos por novos administradores, a subsistência das suas funções impõe-se pelo art. 391º, n.º 4: aparentemente sem limitação e por tempo indeterminado (será para esta fase que, a págs. 721-722, o Autor escreve que “[o]s “administradores e os administradores executivos, apesar de designados por prazo certo, mantêm-se em funções – com plenos poderes – até que sejam substituídos...”).

### **8.1.3. Refracções da liberdade contratual na prorrogação de funções administrativas**

Primeiro: será válida a *cláusula estatutária* que preveja a *prorrogação* do exercício de funções dos administradores nomeados *até que ocorra um certo facto posterior à caducidade* – submissão aos órgãos sociais do relatório de gestão e documentos contabilísticos relativos ao último exercício anual, celebração (ou decurso do prazo legal para a realização) da assembleia geral ordinária, entre outros?<sup>850</sup>

Não vejo como negar a validade. Posição contrária seria aceitar que essa previsão pudesse estar excluída do poder de “complementação” das disposições legais que assiste à liberdade contratual-estatutária. Desde logo, o art. 391º, n.º 3, uma vez que se atribui supletivamente ao contrato de sociedade o “espaço” de determinação do *período pelo qual os administradores são designados* – o que abrange o *termo desse período*, mesmo que ultrapassando o prazo-limite-regra dos quatro anos<sup>851</sup>. Depois, o próprio art. 391º, n.º 4, 1.ª parte, está disponível para aceitar que, entre a extinção do vínculo administrativo e a nova designação de administradores, se encontre um outro momento correspondente ao fim da administração de direito.

Parece razoável.<sup>852</sup>

Não se viola nem se derroga censuravelmente qualquer norma imperativa. Não se afectam quaisquer interesses do comércio jurídico, da sociedade, dos credores sociais ou dos sócios futuros. Ao invés, os sócios, ao fixarem um “regime de prorrogação” para a vigência do cargo, aclaram inelutavelmente que, apesar de vencido o prazo, pretendem definir até que momento admitem e reconhecem a «manutenção de funções», gestórias e representativas, contribuindo para o

---

<sup>850</sup> A favor, no direito espanhol, MERCEDES CARID FOSSAS, pág. 211, MANUEL DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, *Estudios de Derecho Mercantil*, I, vol. I cit., pág. 595, OLIVARES JAMES, págs. 312-313, FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, *Comentarios a la ley...* cit., pág. 89. Aparentemente contra (“[o limite máximo legal] (...) não pode ser ampliado nos estatutos”), RODRIGO URÍA/AURELIO MENÉNDEZ/JAVIER GARCÍA DE ENTERRÍA, pág. 901.

<sup>851</sup> Reza assim o preceito, na sua 1.ª parte: «Os administradores são designados por um período fixado no contrato de sociedade, não excedente a quatro anos civis, contando-se como completo o ano civil em que os administradores forem designados (...)».

<sup>852</sup> Sobre as normas dispositivas como campo de actuação da autonomia negocial para libertar a sua eficácia e delinear através de disposições complementares e interpretativas (*ergänzende und auslegende Normen*) o ordenamento regulador das relações entre os contratantes da sociedade, v. ARNDT TEICHMANN, *Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen*, 1970, pág. 13, HARM PETER WESTERMANN, *Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit...* cit., págs. 44 e ss, LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *La atipicidad en el derecho de sociedades* cit., págs. 203-204, JUSTINO DUQUE DOMÍNGUEZ, “Escritura, estatutos y limites...”, *loc. cit.*, págs. 104-105.

esclarecimento da irregularidade administrativa.<sup>853</sup> Note-se: sempre tendo como base a fixação de um outro termo, coincidente com um facto de natureza variável, que, de acordo com os estatutos, se substitui ao prazo-regra ou ao prazo estatutário. Mas com esta cautela: *desde que o exercício da liberdade contratual não seja usado para subverter o prazo de duração do cargo administrativo*<sup>854</sup>. Esta é, ademais, uma medida que, ao acrescentar uma solução ao cânone legal, assegura certeza e segurança nas relações internas e externas da sociedade (suprindo o inconveniente prático que avancei anteriormente) – o complemento consta do contrato de sociedade e tem assegurada a publicidade derivada dos mecanismos caracterizadores do registo e das publicações. Ora, neste caso, entendo que *a administração de direito se preserva até ao momento estatutariamente indicado*.

Segundo: pelas mesmas razões e interesses não vejo como infirmar a validade de um acordo entre administrador e sociedade, celebrado no início ou no decurso do exercício das funções de administração, destinado a firmar a insusceptibilidade de manutenção do cargo após o termo do prazo<sup>855</sup>. O efeito desta estipulação é o de conferir efeito extintivo *imediato e incondicionado* ao decurso do prazo de duração estabelecido para a função administrativa, sem que se *vinculem ao dever de manutenção em funções prescrito pelo art. 391º, n.º 4*. Ora, se, nesta circunstância, os administradores cessantes *continuarem a realizar comportamentos análogos aos de administrador* – mais do que meramente aconselhável, a isso obrigará a diligência legalmente exigida pelo interesse da sociedade na *administração pendente* –, são

---

<sup>853</sup> A imperatividade da norma legal contende com o carácter temporário da duração do cargo de administrador (v. *supra*, n. 695); a referência a esses interesses surgem para que se veja inequivocamente que não se exclui o poder dispositivo dos sócios quanto à aclaração do período de continuidade das funções, na exacta medida em que se acoberta os interesses da sociedade (ou de todos os sócios actuais ou presentes, como se entender mais conveniente).

<sup>854</sup> Creio que esse limite de tolerância deve ser discutido se a cláusula acaba por prorrogar mais ou menos indefinidamente o prazo de nomeação, com a preservação das faculdades do administrador durante um arco de tempo assinalável durante o qual se atrasa a realização da assembleia ordinária. Mesmo assim, os eventuais interesses de sócios minoritários, ou sócios pura e simplesmente inconformados com a prorrogação indefinida, estarão acautelados com o poder que lhes assiste à luz dos arts. 375º, n.º 2 e ss (atente-se no n.º 3, quando requer que os accionistas que requerem a convocação da assembleia justifiquem «a necessidade da reunião»), e 394º, n.º 1, 2.ª parte.

<sup>855</sup> Este acordo, que arvora a vontade das partes envolvidas – sociedade e administrador – em *fonte de extinção* da ligação entre elas, foi entendido como válido pela doutrina: cfr. JOÃO LABAREDA, “A cessação da relação de administração”, *loc. cit.*, pág. 157. Antes, com interesse para este particular, RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas. Comentário...*, volume III cit., *sub art.* 256º, pág. 81, assumia que a duração das funções (dos gerentes, pois tratava do regime da sociedade por quotas) dependia sempre do seu contributo para as “convenções de prazo” e não excluía que “a *cláusula de prazo* tenha sido estipulada no interesse do gerente, que não queria vincular-se *por mais tempo*” (sublinhei).

administradores de facto (sem que haja qualquer diferença substancial para o administrador cessante que não clausulou a *impossibilidade de prorrogação de funções*). *Et pour cause*, não haverá motivo para distinguir uma e outra situação na qualidade jurídica ou fáctica da actuação.

#### 8.1.4. Falta de prestação de caução

O art. 396º, n.º 1, obriga os administradores das sociedades anónimas a prestar caução<sup>856</sup> que garanta a sua responsabilidade perante a sociedade e terceiros que venham a ser credores de indemnização em virtude de danos produzidos pela actuação dos administradores<sup>857</sup>.<sup>858-859-860</sup> O n.º 4 do art. 396º determina que «a

---

<sup>856</sup> «Por alguma das formas admitidas na lei», adita o preceito. Ora, uma vez que a lei societária não designa a espécie que ela deve revestir, de acordo com o art. 623º, n.º 1, do CCiv., ela pode ser prestada por meio de depósito de dinheiro (havido como penhor à luz do art. 666º, n.º 2, do CCiv.), títulos de crédito, pedras ou metais preciosos, penhor, hipoteca ou fiança bancária. Já era a opinião na vigência do CCom. (v. *infra*, n. 858) de RAÚL VENTURA/BRITO CORREIA, pág. 216, PINTO FURTADO, *Código Comercial anotado*, volume II, tomo I cits., *sub* art. 174º, pág. 415; é também a mais recente de ELISABETE RAMOS, *O seguro de responsabilidade civil... cit.*, pág. 327. Se nenhum dos referidos meios de prestação de caução for possível, é lícita a prestação de outra espécie de fiança, desde que o fiador renuncie ao benefício da excussão (art. 623º, n.º 2, do CCiv.).

<sup>857</sup> Quanto aos administradores executivos no modelo de organização previsto pelo art. 278º, n.º 1, al. c), v. o art. 433º, n.º 2; quanto aos membros da comissão de auditoria, prevista no modelo organizativo indicado pela al. b) do mesmo art. 278º, n.º 1, sendo eles manifestamente (e parcialmente) administradores (com restrição de poderes administrativos a “funções não executivas” e vastos poderes de fiscalização da actuação da administração), essa qualidade, desumível dos arts. 423º-B, n.ºs 1 e 3, 423º-C, n.º 1, e 423º-H (com remissão, relevante no que concerne aos efeitos da falta de prestação de caução ou substituto, para o art. 393º), basta para confirmar a sujeição à exigência de caução; quanto aos gerentes das sociedades em comandita por acções, vale o que o preceito impõe pela remissão operada pelo art. 478º.

<sup>858</sup> A inspiração estrangeira mais próxima para este preceito – para além da tradição inculcada pelo art. 174º do CCom. («Os directores [das sociedades anónimas] caucionarão sempre a sua gerência na forma estabelecida nos estatutos e, no silêncio destes, pela que for determinada em assembleia geral, sem o que não poderão entrar em exercício.») – encontrava-se (como foi admitido por RAÚL VENTURA, “Nota sobre a caução de responsabilidade dos administradores”, *Novos estudos sobre sociedades anónimas e sociedades em nome colectivo. Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, 1994 (reimp. 2003), pág. 204) no art. 2387 do *Codice Civile* (seguindo a inovação introduzida pelo art. 123 do *Codice di Commercio* de 1882), entretanto revogado pelo art. 24 da Lei n. 281, de 4 de Junho de 1985 (correspondendo, para alguns, ao fim da ilusão de a caução induzir por si mesma os administradores, especialmente se não sócios, a um interesse mais directo e pessoal na sorte da sociedade, “sem ter em conta a extrema adaptabilidade das formas societárias a perseguirem interesses individuais ou extrassociais, que comportam no limite o próprio sacrifício da fortuna societária”: ILARIO MENGHI, “La cauzione degli amministratori dopo l’abrogazione dell’art. 2387 c.c.”, *Giur. comm.*, 1986, págs. 597-598). A norma, para o que mais nos interessa, dispunha que os administradores deviam prestar caução (em acções nominativas da sociedade ou em títulos nominativos emitidos ou garantidos pelo Estado: 1º §) dentro de 30 dias a contar da notícia da nomeação. Se assim não fizessem, os administradores perdiam o cargo («*decadono dall’ufficio*»: 2º §). Estabelecia-se, assim, uma causa especial de caducidade (*decadenza*) *ex lege*, não só para a falta de prestação da caução, mas também para a sua retirada, se não seguida da sua reconstituição tempestiva: v. ALESSANDRO GRAZIANI, págs. 372-373 (e 375), FRANCO BONELLI, *Gli amministratori... cit.* 1985, pág. 66, GIOVANNI CASELLI, *Vicende del rapporto di amministrazione cit.*, pág. 89, VINCENZO ALLEGRI, “Gli amministratori”, *loc. cit.* 1993, pág. 278.

Também, em França, a redacção originária do art. 95 da *Loi n.º 66-537 sur les sociétés commerciales*, de 24 de Julho de 1966, depois de exigir que cada administrador de sociedade anónima *devia* ser accionista (num número de acções a ser determinado pelos estatutos) – mas hoje o substituto art. L. 225-25, al. 1.ª, do CComFr. (depois de várias críticas, modificado pelo art. 57 da *Loi n.º 2008-776 de modernisation de l'économie*, de 4 de Agosto de 2008) só exige essa condição se os estatutos o impuserem, em referência ao número de acções determinado pelos estatutos –, ditava que essas acções seriam totalmente afectadas para garantia de todos os actos de gestão, mesmo daqueles que seriam exclusivamente pessoais de um dos administradores (tratava-se da al. 2.ª, 1.ª frase, que seguia os arts. 22 e 26 da *Loi modifiée sur les sociétés*, de 24 de Julho de 1867). Esse regime garantístico foi depois revogado pelo art. 35.1. da Lei n.º 88-15, de 5 de Janeiro de 1988, o que se manteve no art. L. 225-25, al. 1.ª, do CComFr. Esse afastamento traduzia o pensamento da doutrina (antes e depois da alteração legal): não vislumbrando qualquer justificação profunda para essa regra e aconselhando a sua eliminação em face de condutas generalizadas de subversão da lei (como as “transferências em branco” acordadas com os accionistas maioritários, que cediam previamente ao futuro administrador o número de acções requerido pelos estatutos e depois recuperavam a propriedade, de licitude discutível), v. PIERRE-GILLES GOURLAY, *Le conseil d'administration...* cit., págs. 102-103, YVES GUYON, *Droit des affaires*, Tome 1 cit., pág. 327 (que, entre nomear outros procedimentos equivalentes, como a promessa de cessão aceite por um accionista maioritário do grupo, a cessão com transferência diferida da propriedade, o empréstimo de títulos, etc., sustentava então a entrega aos estatutos da faculdade de decidir se os administradores devem ou não ser accionistas); no entanto, a favor da licitude de regime convencional do estabelecimento de todas ou uma parte das acções como garantia da gestão, v. JEAN-PAUL VALUET/ALAIN LIENHARD, pág. 391.

Sobre o recurso ao instrumento alternativo do *prêt de consommation* como fórmula contratual para colocar à disposição dos novos administradores o mínimo de acções imposto pelos estatutos, nomeadamente nas sociedades familiares e nas sociedades filiais em grupos (aqui em relação às acções detidas pela sociedade-mãe na sociedade filial), v., com igual discussão sobre a licitude de um empréstimo para uso que, incidindo sobre coisas consumíveis, é tipicamente translativo da propriedade, MAURICE COZIAN/ALAIN VIANDIER/FLORENCE DEBOISSY, págs. 244, 256-257; ainda mais desenvolvidamente para os grupos de sociedades, nos quais assalariados das sociedades filiais são os administradores de confiança das sociedades-mãe, sendo, através desse empréstimo, durante o período do cargo, proprietários aparentes de acções que restituem findo esse tempo, SALOMÉ LACHAT, “La mise a disposition d'actions de garantie”, *Rev. Soc.*, 1977, págs. 424 e ss, onde essas reservas feitas ao *prêt de consommation* dão origem à defesa da consistência de um outro mecanismo jurídico (a venda com resgate da propriedade: *vente a réméré*) para disponibilizar as acções de garantia aos administradores das sociedades participadas.

As chamadas “acções de garantia” salvaguardariam deste modo a gestão de todos os administradores em funções, tendo sido, para esse efeito e em virtude do *Décret n.º 67-236 sur les sociétés commerciales* de 1967, declaradas inalienáveis na 2.ª frase da al. 2.ª do mencionado art. 95 – o que tinha como corolário a insusceptibilidade de apreensão judicial e a interdição para a constituição de penhor (prevista no art. 82 desse *Décret n.º 67-236*, igualmente revogado, pelo art. 14 do *Décret n.º 88-418*, de 22 de Abril de 1988): v. GEORGES RIPERT/RENÉ ROBLOT cit. 2002, págs. 407-408 (sobre o carácter limitado dessa inalienabilidade para a jurisprudência francesa, v. GEORGES RIPERT, *Traité de droit commercial*, par René Roblot, *Commerçants – Actes de commerce. Fonds de commerce. Sociétés commerciales*, 1977, págs. 772-773: a venda não seria nula, mas trata-se de uma impossibilidade para o vendedor de transferir a propriedade dos títulos para o adquirente, a não ser depois do voto do *quitus*). Se, no momento da nomeação, o administrador não fosse proprietário do número exigido de acções ou se, no decurso do “mandato”, perdesse essa qualidade, poderia regularizar a situação no prazo de três meses; se não o respeitasse, ele seria considerado «*démissionnaire d'office*» (al. 3.ª do referido art. 95º, que se conservou na al. 2.ª do art. L. 225-25 do CComFr., sendo actualmente de *seis meses* o prazo de regularização), tendo usufruído da condição de *dirigeant de droit* somente durante esse período (neste sentido, v. o aresto da **Cour d'Appel de Paris, de 25 de Fevereiro de 2000**, in *RD Banc. Fin.*, 2000, 6, pág. 359, que negou a responsabilidade do presidente do conselho de administração pela “insuficiência do activo” de uma sociedade anónima pelas faltas apuradas em referência a um período posterior ao fim desse período de três meses, mesmo não tendo sido publicada a conseqüente «*démission d'office*»). Este sistema acabou por ser julgado pouco satisfatório e alvo de uma dupla crítica: (i) nas sociedades anónimas importantes, os administradores são frequentemente *managers* exteriores à sociedade, ou assalariados de outras sociedades do grupo, escolhidos em razão da sua competência, sendo totalmente artificial exigir-lhes que sejam accionistas da sociedade: por todos, v. PHILIPPE MERLE, *Droit commercial. Sociétés commerciales* cit., pág. 391; (ii) quando a responsabilidade era

discutida, em face da situação estar geralmente próxima da cessação de pagamentos, “as acções estavam muitas vezes fortemente depreciadas, razão pela qual a garantia ficava diminuída” (JEAN-PAUL VALUET/ALAIN LIENHARD, pág. 391; numa outra perspectiva, já PIERRE-GILLES GOURLAY, *Le conseil d'administration...* cit., pág. 104, sublinhava a “inutilidade da obrigação legal”, pois a garantia seria convocada quando a situação da sociedade se tornasse crítica e, nessa ocasião, as acções não teriam valor, inutilidade que é também referida por YVES GUYON, *ibid.*, pág. 327). O actual ordenamento legal francês encarregou-se de dar corpo a essas duas frentes de fragilidade: suprimiu a obrigação legal de o administrador ser accionista, a não ser que os estatutos o determinem (regra supletiva, portanto: art. L-225-25, 1.<sup>a</sup> al., CComFr.); suprimiu o regime das acções de garantia e o respectivo formalismo – sobre esta evolução, v. GEORGES RIPERT/RENÉ ROBLOT, *Traité de droit commercial*, sous la direction de Michel Germain avec le concours de Véronique Magnier, Tome 1 – Volume 2, *Les sociétés commerciales*, 2009, págs. 440-441.

Seja como for, o sistema que exigia ao administrador a qualidade de accionista (que, em França, não existe para a organização “dualista”), era ainda um derivado da tradição do modelo societário oitocentista, que, aliás, reflectiu o legado das próprias companhias coloniais da segunda metade do século XVII, onde, em combate ao poder régio na indicação e na vigilância dos administradores, se generalizou a afirmação estatutária da escolha dos administradores junto dos mais interessados pela vida da sociedade, os sócios. A lógica tradicional exigia um administrador que fosse associado gerente dos negócios comuns por conta de todos, que tinha, por isso, um interesse sério na sociedade (na Lei de 23 de Maio de 1863, anterior à referida Lei de 24 de Julho de 1867, a medida da participação do sócio era mais severa: um mínimo de 20% do capital social) – v. JEAN-PIERRE BERDAH, págs. 280-281, SALOMÉ LACHAT, pág. 423, GEORGES RIPERT/RENÉ ROBLOT cit. 2002, pág. 406. Também em Itália, sob a vigência do *Codice di Commercio*, ainda que numa filosofia normativa diferente, defendia-se que a regra pensada pelo legislador apontava para que a caução se prestasse em acções da sociedade: v., por todos, UMBERTO NAVARRINI, *Commentario del Codice di Commercio*, Vol. II, *Delle società e delle associazioni commerciali*, 1924, págs. 475-476 e n. (2), que não deixava de aconselhar ao legislador futuro o alargamento do objecto de caução, uma vez que a caução consistente em acções era uma “arma de dois gumes” (*arma a doppio taglio*), pois se, à uma, podia motivar o administrador a tutelar mais eficazmente o interesse da sociedade, que seria normalmente o seu interesse – e, por isso, a faculdade de o administrador não ser proprietário dos títulos dados em caução tornava o instituto inadequado ao seu escopo: assim, ALFREDO DE GREGORIO, *Delle società e delle associazioni commerciali*, 1938, pág. 236 –, à outra vinha a prejudicar a sociedade nos momentos de crise produzida pelos erros dos administradores, que não encontraria nessas acções mais do que uma ilusória garantia privada de valor (concordantemente: GIANCARLO FRÈ, *L'organo amministrativo nelle società anonime*, 1938, pág. 136). Ora, com o advento da grande empresa e a evolução dirigente que lhe está imanente, o requisito do *status socii* apareceu como anacrónico e votado ao abandono pelos ordenamentos: transformou-se o requisito da *participação societária*, enquanto condição de *eligibilidade* para se ser administrador e meio para se assegurar o interesse directo e pessoal na “fortuna social” e, instrumentalmente, na “gestão correcta”, em *verdadeira e própria* caução, marcada pela intenção de se requerer efectivamente aos administradores uma consistente *garantia real* para tutela de uma gestão social correcta e predispor-se um *meio de pressão* dissuasora da prática de ilícitos de gestão, destinado a contrabalançar a inevitável liberdade ou discricionariedade de acção que sempre se reconheceu aos administradores quando se trata de tomar decisões em matérias que pedem uma especial perícia ou o conhecimento de determinadas técnicas (que ainda será o modelo onde se integra a disciplina – e a respectiva *ratio* – do CSC). De certa maneira, como se observou em Itália (VINCENZO ALLEGRI, *ibid.*, págs. 274-275), a caução dos administradores acabou por ser um “instituto conexo e de alguma forma substitutivo do *status socii*”, “analogamente mirando a cointeressar, através dela, o administrador no bom andamento da gestão social” (interesse no resultado da empresa que, no seu tempo, foi salientado por CESARE VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, Volume II, *Le società commerciali*, 1912, pág. 364, TULLIO ASCARELLI, “Sulla possibilità dei soci di costituire con proprie azioni la cauzione degli amministratori. Sul diritto di voto con azioni vincolate a cauzione degli amministratori, ma di proprietà di altro socio o del direttore. Sui limiti di applicabilità dell'art. 161 cod. Commercio”, *Foro It*, 1936, I, pág. 1233, ANTONIO SCIALOJA, “Questioni in tema di cauzione degli amministratori di anonime”, *Riv. dir. comm.*, 1937, II, pág. 70). Não era por acaso que, em Itália, o preceito demandante de caução não encontrava aplicação nas sociedades de responsabilidade limitada, pois, como se explanou na *Relazione* ao *Codice Civile*, “neste tipo de sociedade a garantia de uma administração correcta é fornecida pela própria qualidade de sócios dos administradores, prevista como caso normal” (n. 1016, *apud* ALESSANDRO GRAZIANI, *ibid.*, pág. 469). Sobre o quadro histórico-comparatístico de evolução do instituto, entre o “elemento objectivo da (função de) garantia” e o elemento “subjectivo e instrumental do empenho dos administradores”, v.,

desenvolvidamente (com análise do ordenamento belga, a começar pelo art. 47 da lei das sociedades comerciais de 18 de Maio de 1873, que inspirou a solução italiana plasmada no art. 123 do Código de Comércio de 1882: sobre este ponto, v. WALTER BIGIAMI, “Sulle cauzione prestate dagli amministratori di anonime”, *Foro It.*, 1937, I, pág. 1631), ILARIO MENGHI, “La cauzione degli amministratori e i nuovi amministratori e i nuovi minimi di capitali sociale: abrogazione o riforma?”, *Giur. comm.*, 1979, págs. 530 e ss.

<sup>859</sup> Parece-me que, antes da *Reforma de 2006* do CSC, era curial interpretar o art. 396º, n.º 1, como a exigência de um dever prestado em benefício da responsabilidade *de que a sociedade fosse credora* e não como um garante de *todos quantos tivessem direito a ser indemnizados por factos ilícitos e culposos dos administradores*. Tive ocasião de o expressar em “Acórdão do Tribunal Arbitral do Basquetebol, Processo n.º 1/2004 – Anotação”, *Desporto & Direito – Revista Jurídica do Desporto*, 2005, n.º 7, n. (5) – pág. 130, seguindo RAÚL VENTURA/BRITO CORREIA, págs. 354-355 (em articulação com as págs. 208 e ss), ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, pág. 201, RAÚL VENTURA, “Nota sobre a caução...”, *loc. cit.*, págs. 200-201 (subtilmente referindo-se apenas a “accionistas”), e COUTINHO DE ABREU/ELISABETE RAMOS, pág. 37; no mesmo sentido para o direito italiano, v. ILARIO MENGHI, “La cauzione degli amministratori e i nuovi minimi...”, *loc. cit.*, págs. 541, 548-549; GIANCARLO FRÈ/GIUSEPPE SBISÀ, *sub art.* 2387, pág. 806, o que (admitindo-se que, depois da revogação do art. 2387 do CCIt, se pode continuar a prescrever a prestação de caução através de cláusula estatutária, como é também opinião de GIUSEPPE FERRI, *Manuale di diritto commerciale cit.*, pág. 393 – embora, para alguma doutrina, sem se aplicar a sanção da caducidade do cargo de administrador: FRANCESCO FERRARA Jr./FRANCESCO CORSI, *Gli imprenditori... cit.* 1999, n. (3) – pág. 576) se explica por se considerar que a acção de responsabilidade contra os administradores pode ser proposta pelos credores da sociedade só quando o património social fosse insuficiente para a satisfação dos seus créditos, e, assim, quando a caução constituída através de acções da sociedade não tivesse mais um valor apreciável.

Argumento decisivo era o proveniente do n.º 2 do art. 396º, que facultava que a caução fosse substituída por um contrato de seguro «a favor da sociedade». Ora, o legislador de 2006 veio permitir, na nova formulação do mesmo número, a substituição da caução por um seguro de responsabilidade civil «a favor dos titulares de indemnizações», precisamente no sentido de “permitir directamente seguros *mais amplos* de cobertura de responsabilidade profissional” (v. CMVM, *Governo das sociedades anónimas: proposta de articulado modificativo do Código das Sociedades Comerciais*, Complemento ao processo de consulta pública n.º 1/2006, Fevereiro de 2006, *sub art.* 396º, pág. 27; sublinhei). Destarte, em razão do raciocínio anterior, a caução deixaria de manter o seu carácter de apenas garantir o ressarcimento dos danos sofridos pela sociedade (será esta a visão de PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *D&O insurance: o seguro de responsabilidade civil dos administradores e outros dirigentes da sociedade anónima*, 2007, págs. 26, 39, quando fala, primeiro, de se “alargar a cobertura da caução” e, depois, anota que “agora a cobertura [do seguro que substitui a caução] alarga-se a todas e quaisquer pessoas que sejam titulares do direito de indemnização”) e beneficia todos os possíveis (ou potenciais) credores de indemnização à luz da lei, ou seja, dos arts. 72º e ss: nesta linha, CALVÃO DA SILVA, “«Corporate governance» – Responsabilidade civil de administradores não executivos, da comissão de auditoria e do conselho geral e de supervisão”, *RLJ* n.º 3940, 2006, pág. 59, GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “A fiscalização societária redesenhada: independência, exclusão de responsabilidade e caução obrigatória dos fiscalizadores”, *Reformas do Código das Sociedades*, 2007, págs. 325-326, PAULO CÂMARA, “O governo das sociedades e a reforma do Código das Sociedades Comerciais”, *Código das Sociedades Comerciais e governo das sociedades*, 2008, págs. 54-55 (referindo-se à “unidade intrínseca” do instituto) e n. (106), 57, PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais cit.*, pág. 738. Porém, divergente, ELISABETE RAMOS, *O seguro de responsabilidade civil... cit.*, n. (1295) – págs. 325-326, apontando argumentos ponderosos a favor de a *caução* garantir exclusivamente a obrigação de indemnizar a sociedade (“a) o art. 396º, n.º 1, não foi alterado; b), desde que respeitados os limites legais, o contrato de sociedade pode fixar o montante da caução; c) deliberação da assembleia geral ou disposição estatutária podem, em certas circunstâncias, dispensar a prestação da caução; d) a não prestação da caução tem efeitos perante a sociedade”), enquanto que o *seguro* é necessariamente celebrado a favor dos titulares de indemnizações; ARMANDO TRIUNFANTE, *Código das Sociedades Comerciais anotado cit.*, *sub art.* 396º, pág. 387, parece também ser adepto desta divisão.

(O seguro substituto abarcará a figura do “directors and officers insurance” – *D&O insurance* –, configurado tipicamente como instrumento de limitação da responsabilidade dos administradores que tenham causado danos produzidos pelas suas acções e omissões no exercício do cargo, quer perante a sociedade (*Innenhaftung*, na literatura alemã), quer perante sócios (actuando em seu próprio nome ou da sociedade) e terceiros (*Außenhaftung*, como, em contraponto, é designado pela mesma doutrina alemã): v.

ROBERTA ROMANO, “What went wrong with directors’ and officers’ liability insurance?”, *DJCL*, 1989, págs. 3-9; ELENA PÉREZ CARRILLO, págs. 230-232, 235-236; HANS-JOACHIM MERTENS, “Bedarf der Abschluß einer D&O Versicherung durch die Aktiengesellschaft der Zustimmung der Hauptversammlung?”, *AG*, 2000, págs. 448 e, em esp., 451, onde, como antecipação para ver o seguro como uma “vantagem patrimonial” (*Vermögensvorteil*) do administrador, se sublinha o facto de a celebração dos seguros *D&O* responder, em geral, a uma “combinação de três objectivos”: suprir a ameaça decorrente da demanda patrimonial feita à sociedade no âmbito da exigência feita por terceiros de indemnização por danos causados pelos comportamentos dos administradores (especialmente quando a sociedade protege os administradores e suporta essa exigência para reclamações injustificadas ou para actuações não prevaricadoras e feitas no interesse da sociedade), garantir um substrato de responsabilidade que não torne impraticável a pretensão da sociedade em ressarcir-se em face dos prejuízos causados pelos administradores, preservar o administrador de suportar efectivamente os danos em casos de responsabilidade (os dois primeiros estão ao serviço da promoção do “interesse empresarial”, mas também o terceiro pode estar coordenado por um *Eigeninteresse* da sociedade desde que a oferta de seguro jogue um papel relevante na capacidade de as sociedades concorrerem no mercado por membros de órgãos sociais e colaboradores executivos, mas também se ligarmos a melhoria (pela diminuição) do “risco do cargo” de administrador ao incentivo para o desempenho exigido para este officio; sobre as vantagens para terceiros que estão associadas ao *D&O insurance*, v., entre nós, por todos, GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização de sociedades e responsabilidade civil (após a Reforma do Código das Sociedades Comerciais)*, 2006, págs. 109-110.

No entanto, verifica-se que as exclusões e restrições de responsabilidade introduzidas pelas apólices-tipo de *D&O insurance* na circunstância de haver sinistro, sobretudo no que respeita a actuações dolosas (*deliberate acts*) – por todos, v., lá fora, ROBERTA ROMANO, págs. 10-11, e, por cá, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *D&O insurance... cit.*, págs. 22-24, assim como, com recurso à análise de uma apólice concreta, ELENA PÉREZ CARRILLO/ELISABETE RAMOS, “Responsabilidade civil e seguro dos administradores (reflexões em torno das experiências portuguesa e espanhola)”, *BFD*, 2006, págs. 313 e ss –, poderão excluir a possibilidade de este produto poder substituir com o mesmo efeito jurídico a prestação de caução, que garante sem qualquer limite ou condicionamento a responsabilidade dos administradores: neste sentido, v. GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “A fiscalização societária redesenhada...”, *loc. cit.*, págs. 327-328, para quem, a págs. 329, se poderá mitigar este inconveniente com uma restrição interpretativa do art. 396º, n.ºs 1 e 2, à responsabilidade decorrente da “violação dos deveres estritos de administração”, que se traduza em “actos de administração deficientes”, excluindo os danos produzidos por causa ou no exercício das funções de administrador (por ex., uma agressão física a um fornecedor com lesões corporais, em resultado da violação do dever geral de respeito pelo direito absoluto alheio à integridade física); PAULO BANDEIRA, “Como caucionar a responsabilidade civil dos administradores?”, *www.cgov.pt*, 2007, pág. 2; PAULO CÂMARA, “O governo das sociedades...”, *loc. cit.*, págs. 57-58; com mais realce das diferenças entre o seguro de responsabilidade civil reclamado pelo art. 396º, n.º 2 (que “não destrinça as responsabilidades que devem ser cobertas”) e o *D&O Insurance* (com detalhada caracterização a págs. 244 e ss, em esp. 253 e ss, e 306 e ss), ELISABETE RAMOS, *O seguro de responsabilidade civil... cit.*, págs. 332 e ss. Com opinião diferente, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *ibid.*, págs. 39 e ss, em esp. 44-45, admite como válida a substituição por seguro, para efeitos de cumprimento do art. 396º, mesmo que não cobertos os danos emergentes de actos ilícitos praticados com dolo, recorrendo a uma harmonização do CSC com o art. 437º, 3º, do CCom. – «O seguro fica sem efeito se o sinistro tiver sido causado pelo segurado ou por pessoa por quem ele seja civilmente responsável» –, acrescentando que os seguros *D&O* contratados para a cobertura das responsabilidades previstas no art. 396º, n.º 2, devem cobrir os actos e práticas que correspondam a negligência grave, leve ou levíssima, consciente ou inconsciente.)

Porém, os n.ºs 1 e 3 do art. 396º continuam a depositar *na vontade dos sócios* a determinação do valor da caução e, além do mais, a permitir (em regra) que os sócios a dispensem por deliberação em assembleia geral ou por disposição dos estatutos, desde que sejam nesses instrumentos que se designem os administradores (ou administrador único), assim como a facultar, no modelo de estrutura “germânica”, *ao conselho geral e de supervisão* essa mesma dispensa (art. 433º, n.º 2). A manutenção destas soluções – que, ainda que preservem a obrigatoriedade de um *minimum* proporcional à dimensão das sociedades, mantêm o carácter não imperativo da prestação de caução, com excepção para as sociedades referidas na 1.ª parte do art. 396º, n.º 3 – joga mal com a garantia do interesse indemnizatório de terceiros. Mas também é verdade que o limite mínimo não foi afastado, pelo contrário, foi aumentado, a fim de, como reconheceu o legislador da reforma, facilitar “a reparação de danos em relação a eventuais lesados por condutas ilícitas dos administradores, significando com isso um acréscimo de sindicabilidade por parte de accionistas e outros



sujeitos com interesses relevantes na empresa” (CMVM, *Governo das sociedades anónimas: propostas de alteração...* cit., pág. 20), com o que se reforça um conteúdo de interesse público do tráfico em geral e não só dos sócios e da sociedade. Como igualmente se preservou a faculdade de dispensa como excepção para as sociedades bolsistas («emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado») e de maior porte (as descritas no art. 413º, n.º 2, al. a), 2.ª parte, correspondentes, na visão de PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais* cit., págs. 91, 92, ao subtipo de “grande sociedade anónima”) – esta formulação é do legislador da Reforma de 2006, que, no seguimento do propugnado no *Governo das sociedades: propostas de alteração...* cit., da CMVM, pág. 9, buscou “uma diferenciação de regimes” entre aquela e a “pequena sociedade anónima”: cfr. Preâmbulo do DL n.º 76-A/2006 (para a subsistência de um “subtipo” quando “houver um tipo que esse subtipo venha por sua vez especificar, e não um mero conceito”, v. OLIVEIRA ASCENSÃO, *A tipicidade dos direitos reais* cit., págs. 55 e ss); essa diferenciação é mais um reflexo daquilo que ÁNGEL ROJO, “La sociedad anónima como problema”, *loc. cit.*, págs. 25-26, apelidou de introdução de um direito *dimensional* da empresa, “um direito que não atende à forma social mas sim a parâmetros quantitativos genericamente dimensionais”). Por fim, não faria sentido uma diferença de regime consoante o administrador optasse por caução – a favor da sociedade – ou por um seguro de responsabilidade civil (com o prémio a ser eventualmente pago pela sociedade, o que é admitido pela parte final do art. 396º, n.º 2: sobre a licitude desse pagamento, v. os argumentos de COUTINHO DE ABREU/ELISABETE RAMOS, pág. 39-40; mas mais importante do que saber quem paga o prémio, decisivo é assegurar um nível amplo de cobertura dos prejuízos e dos gastos processuais...) – modalidade em que o leque de beneficiários da garantia se alargaria a todos os terceiros com direito a serem indemnizados: se assim fosse, seria o administrador que decidiria o alcance da garantia. Ora, se o legislador determinou que o contrato de seguro de responsabilidade civil é estipulado em benefício de todos os eventuais titulares de indemnização, por terem sido lesados pelo administrador, isso indica que o instituto passa a constituir-se em favor de terceiros (usando esta argumentação, mas para fundamentar em sentido contrário a exclusiva garantia dos danos sofridos pela sociedade, no direito anterior à *Reforma de 2006*, v. ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, pág. 201). Para o antecessor da norma em análise, o art. 174º do Código Comercial, também PINTO FURTADO, *Código Comercial anotado*, volume II, tomo I cits., *sub art.* 174º, págs. 417-418, expendeu uma opinião não restritiva, uma vez que eram “seus beneficiários todos quantos tenham direito a ser indemnizados por facto de um concreto *administrador*”, numa actuação exercida “no âmbito do exercício duma função de interesse público imposta por lei”. E, muito antes, ADRIANO ANTHERO, *Comentario ao Codice Commercial Portuquez*, volume I, 1913, julgou ser esta uma “prudente garantia a favor dos interesses sociais e dos próprios credores e contra os abusos da direcção”. Já para o CSC, BRITO CORREIA, *Os administradores...* cit., pág. 594, enfileirou-se nesta corrente: “[c]ompreende-se este dever de prestação de caução como modo de protecção dos interesses dos accionistas e de terceiros contra eventuais actos ilícitos dos administradores” (sublinhei). Para o *Codice Civile*, v. GUSTAVO MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., pág. 467 (a caução é estabelecida também para garantia de terceiros, salientando-se os credores sociais), GIANNANTONIO GUGLIELMETTI, “Di alcune questioni in tema di prestazione della cauzione da parte degli amministratori”, *Riv. Soc.*, 1959, pág. 1037, MARIO DINI, “Omessa prestazione di cauzione ed amministratore di fatto”, *Dir. fall.*, 1966, pág. 36; antes, para o art. 123 do *Codice di commercio*, v. ERCOLE VIDARI, *Corso di diritto commerciale*, volume II, 1901, pág. 34, ANTONIO GAGLIANO, págs. 89-90, CESARE VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, Volume II cit., págs. 272 e 362, UMBERTO NAVARRINI, *Commentario del Codice di Commercio*, Vol. II, *Delle società...* cit., pág. 477, que falava de uma garantia *social* que acautelava *directamente* a sociedade, ainda que *indirectamente* quem quer que sofresse dano por má administração, ALFREDO DE GREGORIO, *Delle società e delle associazioni commerciali* cit., n. (1) – págs. 241-242. Todavia, a tese restritiva em favor da sociedade era aparentemente maioritária e recolheu simpatia judicial: cfr. GIAN PAOLO SAVI, “Decadenza e revoca degli amministratori di società per azioni”, *Riv. Soc.*, 1969, págs. 113-115.

<sup>860</sup> O alargamento dos beneficiários da garantia-caução ou do seguro de responsabilidade civil profissional dos administradores gera uma impossibilidade legal de se recorrer ao contrato de seguro de caução para substituir a prestação de caução – como era admitido pela anterior versão do art. 396º, n.º 2 (e igualmente reconhecido pela doutrina: v. COUTINHO DE ABREU/ELISABETE RAMOS, pág. 37 e n. (1)). De facto, o regime legal aplicável ao seguro de caução obriga à «identificação do tomador do seguro e do *segurado*», se estes não coincidirem: v. art. 8º, n.º 1, al. a), do DL n.º 183/88, de 24 de Maio, tal como alterado pelos DL n.º 127/91, de 22 de Março, e 214/99, de 15 de Junho (que o republicou em anexo). Esta prescrição insere-se num preceito que é entendido como visando “reforçar o formalismo negocial desta espécie de contrato de seguro, o que bem se compreende em atenção à *natureza dos riscos cobertos* [de acordo com o

responsabilidade deve ser caucionada nos 30 dias seguintes à designação ou eleição e a caução deve manter-se até ao fim do ano civil seguinte àquele em que o administrador cesse as suas funções por qualquer causa, *sob pena de cessação imediata de funções*». <sup>861</sup> Se assim é, numa leitura de conjunto, a obrigação do administrador é mais ampla do que à primeira vista pareceria: não basta *prestar a caução*, faz também parte do círculo do dever legal *o não levantamento antecipado da caução* – ou a *não extinção do seguro substituto* – até ao fim do ano civil seguinte ao ano de cessação de funções do administrador. <sup>862</sup> Tal significa que, depois de designado para o cargo de administrador, o administrador deve fazer duas coisas – aceitar

---

art. 6º, n.º 1, do diploma de 1988, o seguro de caução «cobre, directa ou indirectamente, o risco de incumprimento ou atraso no cumprimento das obrigações que, por lei ou convenção, sejam susceptíveis de caução, fiança ou aval»] e à sua *estreita dependência da vontade do segurado*» (ALMEIDA COSTA, “Anotação – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de Setembro de 1995”, *RLJ* n.º 3862, 1996-1997, pág. 21; sublinhado da minha responsabilidade). Ora, com o abandono de um regime apenas favorável à sociedade, não vemos como delimitar previamente todos os sujeitos concretos que possam constar do seguro de caução (neste sentido, GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “A fiscalização societária redesenhada...”, *últ. loc. e págs. cit.*, que, a favor da insusceptibilidade de convocação do seguro de caução, também acrescenta, com razão, o facto de o art. 12º do DL n.º 183/88 impedir a susceptibilidade de indemnização dos “lucros cessantes” – uma das formas de “dano de cálculo” ou “dano patrimonial” causado pela acção ou omissão de administrador: cfr. ELISABETE RAMOS, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., pág. 223, COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., pág. 8 –, o que “igualmente torna a figura desajustada face à exigência legal de cobertura de quaisquer danos”). Nem como permitir que o seguro de caução apenas a favor da sociedade (nesta circunstância o segurado previamente identificado) possa ter o efeito substitutivo da prestação de caução, por manifesta incompletude do *âmbito subjectivo* da garantia (definição dos segurados) e, em consequência, violação da lei – fazê-lo será o equivalente à não prestação de caução.

<sup>861</sup> Para aplicação no âmbito dos administradores substitutos, v. MARIA JOÃO DIAS, págs. 242-243.

Este mesmo regime não deve ser afastado para os *administradores* das sociedades que sejam qualificáveis como empresas públicas, abrangidas pelo art. 3º, n.º 1, do RSEE, bem como para os *administradores e gerentes* das sociedades (inclusive unipessoais) qualificáveis como empresas municipais, intermunicipais e metropolitanas, abrangidas pelos art. 3º, n.º 1, e 4º do RSEL. Como não há qualquer dispensa, vale o art. 40º do EGP, que faz aplicar subsidiariamente o CSC. (Não era assim no período de vigência do DL n.º 40 833, de 29 de Outubro de 1956, para os administradores nomeados pelo Governo para as sociedades de que fosse accionista ou em que tivesse participação nos lucros, ou que explorassem actividades «em regime de exclusivo ou com benefício ou privilégio não previstos em lei geral»: artigo 1º e seu § 3º; em sentido favorável, v. PINTO FURTADO, *últ. ob. e loc. cit.*, págs. 414-415, num contexto em que se sustentava que a responsabilidade civil impendia sobre o Estado ou pessoa colectiva que representavam.)

<sup>862</sup> Este dever, mesmo que restringido à realização da prestação ou à celebração do contrato de seguro, pode ser estabelecido nos estatutos das sociedades por quotas e das sociedades em nome colectivo (neste sentido, cfr. ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, pág. 200, COUTINHO DE ABREU/ELISABETE RAMOS, n. (55) – pág. 37).

Na LSQ, o § único do art. 31º seguia a regra do art. 174º do CCom. mas dispunha que «[o]s gerentes poderão ser dispensados de caução pela escritura social». A 2ª redacção revista do *Anteprojecto de Coimbra* de Lei de Sociedade por Quotas de responsabilidade limitada, no seu art. 98º, n.º 2, decidiu-se pela mesma solução: cfr. FERRER CORREIA/VASCO LOBO XAVIER/MARIA ÂNGELA COELHO/ANTÓNIO CAEIRO, *RDE* cit. n.º 2, pág. 385, ainda que “com algumas dúvidas” sobre se a melhor solução não seria “limitar a obrigatoriedade do caucionamento da gerência ao caso de o contrato social a estabelecer” (igual redacção era proposta por RAÚL VENTURA, no seu *Anteprojecto de sociedade por quotas de responsabilidade limitada*, 3.ª redacção, Março de 1970, inédito, no respectivo art. 74º, n.º 2).

expressamente e prestar a caução ou celebrar o seguro sucedâneo – ou, pelo menos, uma: prestar caução ou celebrar o seguro, que terá o condão declarativo de manifestar tacitamente a aceitação do cargo. Por sua vez, durante o exercício do cargo, tem de manter a garantia corporizada pela caução ou pelo seguro. Se não o fizer, a lei sanciona o administrador pelo *incumprimento* desses deveres com a *cessação automática de funções*.<sup>863</sup>

---

<sup>863</sup> Este regime revivificou-se num outro ambiente societário, diferente do que marcou o surgimento do instituto (v. *supra*, n. 858), pois surge agora marcado pela adopção de (ou intenção de adoptar as recomendadas) normas de conduta e princípios de governação societária (*corporate governance*) no que respeita ao reforço dos deveres e da responsabilidade dos administradores e o significativo aumento dos riscos legais que esses novos dados acarretam. De tal modo assim é que se assiste ao desenvolvimento contratual do *D&O insurance* no sentido de impor contratualmente a(s) obrigação(ões) de se professarem as *best practices for governance* e um papel acrescido da fiscalização interna dos processos de decisão da administração e da implantação dessas práticas, nomeadamente a cargo do *audit committee*, a fim de tornar viável economicamente para as seguradoras um nível mais alargado de coberturas numa base risco/recompensa (*risk/reward basis*). Sobre esta relação, v. MICHAEL A. ALLES/SRIKANT M. DATAR/JOHN H. FRIEDLAND, “Governance-linked D&O coverage: leveraging the audit committee”, *IJDG*, 2005, págs. 114 e ss, em esp. 117-118, 122-125, 126-127, TOM BAKER/SEAN J. GRIFFITH, “Predicting corporate governance risk: evidence from the directors’ & officers’ liability insurance market”, *UChLR*, 2007, págs. 487 e ss, em esp. 516 e ss, 538 e ss). E de relação se trata porquanto é o próprio seguro oferecido pela indústria *D&O* que espoletará os procedimentos recomendados como “melhores práticas”, impondo no *underwriting process* muitas vezes mudanças, depois de feitos rigorosos inquéritos às práticas de governação – mormente as vertentes não estruturais de *deep governance*, como a “cultura da sociedade” (“o sistema de incentivos e limitações da organização interna, incluindo regras formais e normas informais”) e o “carácter (ou falta) da administração” (“probabilidade de os administradores de topo colocarem de lado os interesses sociais quando lhes é dada uma oportunidade para isso”, com disponibilidade para racionalizar e convencerem-se a eles próprios de que é bondosa uma medida que contorna as normas e faz parecer que elas não se aplicam: a “plasticidade ética” que Donald Langevoort crismou e aplicou para alumiar o colapso da *Enron* – e, ainda, assumir uma atitude de risco excessivo de fraude e falência, ou seja, um perfil de *risk-takers above the norm*: «Have you ever polluted an aquifer?» And to my surprise he says, «It was a small aquifer. And then he goes on to rationalize... (...) this is a bad insured») – e correspondente avaliação do risco e determinação do prémio, como condição para a subscrição das apólices ou como moeda de troca de uma redução dos prémios. Na verdade, a faculdade de recorrer ao seguro de responsabilidade civil profissional surge no encadeamento de um instituto velho – nas primeiras companhias holandesas ou no estatuto da companhia prussiana de 1750, entre outras, a titularidade de acções era já requisito para ser nomeado administrador e essa soma serviria para garantia da sociedade pelos danos resultantes de má administração, vinculada por todo o tempo da duração do cargo e sem poder ser alienada nem apreendida: v. ALBERTO VIGHI, págs. 682-683 –, em que era predominante o intuito de “estimular o cumprimento dos deveres próprios da função dos administradores e de garantir a efectivação da responsabilidade em que estes vierem a incorrer” (RAÚL VENTURA/BRITO CORREIA, pág. 208), e traduz agora o intuito (cumulativo ou até primordial) de transferência *efectiva* de responsabilidade para a seguradora (uma das formas de *nominal liability*; a outra será a sociedade arcar com as consequências da actuação lesiva), num “ambiente pós-Enron e WorldCom” em que, mesmo com seguros de responsabilidade civil ou responsabilidade a cargo da sociedade, os administradores, cada vez mais escrutinados e processados, não estão mais a salvo das ameaças de exposição a responsabilidade pessoal – sobre este tema, para os EUA, v. DAN A. BAILEY, “D&O liability in the post-Enron era”, *IJDG*, 2005, págs. 159 e ss, particularmente 165 e ss.

Neste contexto, a justificação agora encontra-se, *pelo lado dos administradores*, na diminuição (ou neutralização) do risco de responsabilidade patrimonial pelos prejuízos causados à sociedade ou a terceiros no exercício da administração – aquilo a que a literatura anglo-saxónica denomina de *risk of out-of-pocket liability*, que corresponde ao pagamento pessoal dos prejuízos, coimas e custos judiciais dos próprios bolsos dos administradores – e consequente incentivo à aceitação do cargo por pessoas qualificadas (nas palavras

Assim, a prestação de caução ou a celebração de contrato de seguro não é condição inicial ou suspensiva do exercício das funções de administrador – muito menos da nomeação (o que a transformaria numa verdadeira condição de *elegibilidade*) e/ou da aceitação do cargo de administrador <sup>864-865</sup> –, sendo antes

---

do legislador: “eliminando desincentivos à atracção de gestores talentosos”: CMVM, *Governo das sociedades anónimas: propostas de alteração...* cit., pág. 20) ou desencorajamento à renúncia ao cargo (sobre este ponto, v., com realce, mais uma vez, para a satisfação do *Interesse des Unternehmens* que a oferta de tal garantia concretiza, EBERHARD VETTER, “Aktienrechtliche Probleme der D&O Versicherung”, *AG*, 2000, págs. 454-455). Sublinhe-se que vivemos num momento em que o critério de aferição da responsabilidade (*liability standard*) se encontra em mudança (veja-se, a propósito, o novo art. 72º, n.º 2, no âmbito da recepção pelo direito europeu do padrão de avaliação inscrito na *business judgment rule*, de criação norte-americana, em princípio favorável à actuação *não responsabilizante* no “espaço livre de responsabilidade” dos administradores mas, ainda assim, naturalmente geradora de alguma incerteza e imprevisibilidade no que respeita à sua aplicação nos tribunais: para informação de suporte, entre nós, v. RICARDO COSTA, “Responsabilidade dos administradores e *business judgment rule*”, *Reformas do Código das Sociedades*, 2007, págs. 51 e ss, CARNEIRO DA FRADA, “A *business judgment rule*...”, *loc. cit.*, págs. 220 e ss, PAULO CÂMARA, “O governo das sociedades...”, *loc. cit.*, págs. 43 e ss; desenvolvidamente sobre a origem da regra, ADEODATO PINTO, *A “business judgment rule” – (Aparente) consagração no CSC*, 2008, págs. 95 e ss; realçando a proximidade da *business judgment rule* e do *D&O insurance*, pois “[a]mbos subjaz o pensamento de que é vantajoso para a sociedade administrada e para a competitividade da economia em geral o exercício em termos protegidos da discricionariedade dos administradores”, ELENA PÉREZ CARILLO/ELISABETE RAMOS, pág. 297) – e predomina a confiança no desenvolvimento de uma gestão menos defensiva e propícia a aproveitar oportunidades negociais arriscadas (que os sócios aplaudiriam, para lá do proveito para a consistência dos negócios e a vitalidade da economia e dos mercados). Mas igualmente, *pelo lado da sociedade*, na economia previsível de remunerações mais elevadas, que seriam solicitadas em troca de se suportar (maior) risco de responsabilidade, e na possibilidade de transmutar para a seguradora o risco de responsabilidade da actuação dos administradores perante terceiros e de ser reembolsada das indemnizações pagas a terceiros por ela em função dessa actuação. Sobre estes (e outros) pontos, v. ROBERTA ROMANO, págs. 4, 23-25, BERNARD BLACK/BRIAN CHEFFINS/MICHAEL KLAUSNER, “Liability risk for outside directors: a cross-border analysis”, *EFM*, 2005, págs. 154-155, 169-170, e, na doutrina portuguesa, GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “A fiscalização societária redesenhada...”, *loc. cit.*, págs. 319 e ss.

<sup>864</sup> Entendo ser esta a melhor solução, ainda que o art. 396º, n.º 4, apenas mencione a caução da responsabilidade nos 30 dias seguintes à «designação ou eleição». A aceitação poderá ser temporalmente posterior, mas beneficia da mesma condição de não estar dependente nos seus efeitos da caução. Tal como o prazo nunca deixa de contar a partir de qualquer outro momento que não seja o momento da nomeação: contra, no direito italiano anterior, ALFREDO DE GREGORIO, *Delle società e delle associazioni commerciali* cit., pág. 239, advogado de ser a aceitação da nomeação pelo administrador o “ponto de partida” – outra solução não tinha em linha de conta os “casos em que a decisão de aceitar seja tomada depois de insistências prolongadas por parte dos outros administradores e depois de hesitações do nomeado”. Agora: (i) decorridos 30 dias após a nomeação do administrador, o administrador não aceitante verá decair (em rigor: perder eficácia *ope legis*) a sua nomeação (era a tese de GUSTAVO MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., pág. 54); (ii) se, entretanto, não houver aceitação expressa ou qualquer acto funcional de administração que seja concludente para aferir da aceitação, a prestação de caução (ou a celebração de seguro) deve ser vista como declaração tácita de aceitação do cargo.

<sup>865</sup> O art. 174º do CCom. dizia que a falta de prestação de caução implicava que os administradores «não poderão entrar em exercício».

Interpretando esta norma, *que não perfilhava a caducidade do cargo de administrador*, a doutrina não era muito assertiva quanto à consequência pretendida pela lei. PINTO FURTADO, *Código Comercial anotado*, volume II, tomo I cits., *sub art. 174º*, págs. 418-420, patrocinava que a caução era prestada *após a designação* para o cargo, não sendo uma condição *dessa designação*, antes uma obrigação que impedia sobre os administradores. Era, por isso, o primeiro acto a realizar pelo administrador, com o fim de dar início ao exercício de funções. Sem ele, não parecia admissível sequer que a sociedade pudesse conferir uma “tomada de posse formal e solene”: o direito positivo encararia a prestação de caução como uma condição de

condição *resolutiva* ou *final* da relação jurídica administrativa *anteriormente estabelecida*, sem necessidade de qualquer deliberação da assembleia, do órgão de administração ou manifestação do próprio administrador (mesmo depois da sua aceitação), que, a existirem, apresentarão unicamente natureza *declarativa*, nem de qualquer pronúncia judicial <sup>866</sup>. Destarte, como alinhavou RAÚL VENTURA, a

---

*exercício da administração*. A falta dela, dentro de prazo razoável, de acordo com as circunstâncias concretas, deveria ser vista como *recusa* do cargo para o qual se fora nomeado. Por seu lado, RAÚL VENTURA/BRITO CORREIA, pág. 218, iam um pouco mais longe. Para além de sustentarem que era de presumir que o administrador renunciava ao cargo sempre que, durante um prazo razoável (eventualmente fixado pelos estatutos), não entrasse no exercício das suas funções por não ter prestado caução, isso fundaria, em determinadas circunstâncias, que o administrador pudesse ser obrigado a indemnizar a sociedade pelos prejuízos causados. De todo o modo, estes Autores apregoavam que a caução era uma simples garantia e não uma condição de exercício da administração – os administradores poderiam começar a exercer funções apesar do disposto pelo art. 174<sup>o</sup> do CCom. e, até mais, os actos praticados pelo administrador não caucionado deviam considerar-se como actos válidos e vinculativos para a sociedade –, decorrente de uma regra proibitiva cuja violação importava “justa causa de revogação” e fazia incorrer o administrador em responsabilidade por quaisquer prejuízos que daí resultassem (seguiam CUNHA GONÇALVES, *Comentário ao Código Comercial Português*, 1914, 1<sup>o</sup>, págs. 436 e 437). Saliento, a propósito, que Pinto Furtado se distanciava deste último naipe de decifrações em virtude de a “exclusão” do administrador (referindo-se certamente à “revogação”) pressupor necessariamente o exercício legítimo de funções, o que não seria possível sem a prestação de caução. Mais tarde, BRITO CORREIA, *Os administradores...* cit., págs. 716-717, veio afirmar que a prestação de caução era, no CCom., “condição suspensiva da relação de administração (ou, pelo menos, do exercício de funções)”, assinalando que o levantamento antecipado da caução devia considerar-se também fundamento de “revogação”. Nesta hipótese, se o levantamento fosse motivado por decisão unilateral do administrador, acompanhada da simultânea cessação de funções, corresponderia à renúncia tácita às funções; se fosse causado por decisão unilateral da sociedade (por ex., através da entrega das acções por um administrador ao terceiro que a prestou), o administrador ficava obrigado a prestar novamente caução e, se não o fizesse, deveria cessar funções, renunciar ou poderia ser destituído.

<sup>866</sup> Para o direito italiano, durante a vigência do art. 123 do *Codice di commercio*, foi pioneiro CESARE VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, Volume II cit., pág. 363 – “A nomeação do administrador deve considerar-se subordinada à prestação da caução, como por uma condição resolutiva (...)”, que, a não ser cumprida, obrigava à substituição de um cargo que ficava vago; vimos adesão, pelo menos nos efeitos práticos, de ALFREDO DE GREGORIO, *Delle società e delle associazioni commerciali* cit., pág. 24, embora não totalmente coincidente: recusava que a prestação de caução operasse como uma “condição legal da eficácia da nomeação” e vislumbrava nela uma causa de caducidade que funcionava de modo análogo a uma causa de extinção do mandato, originando que se devesse considerar vago o posto de administrador, mas que só actuava perante terceiros até que essa extinção fosse levada ao seu conhecimento. Mas esta não era a opinião dominante antes do *Codice Civile*, que apontava para a destituição e, até, a consideração do administrador como demissionário: v., entre outros, as linhas de ERCOLE VIDARI, *Corso...*, volume II cit., pág. 34; ANTONIO GAGLIANO, págs. 89 – “Os administradores, antes de assumir o cargo, devem prestar caução (...)” –, 92-93 – sob pena de “deverem considerar-se demissionários”; UMBERTO NAVARRINI, *Commentario del Codice di Commercio*, Vol. II, *Delle società...* cit., pág. 477 e n. (1) da pág. 478 – “Se a caução não for prestada, isto não impedirá certamente que o administrador não seja considerado como tal e não incorra em todas as sanções da lei...” , uma vez que não se impede que, na falta de caução, o administrador não possa entrar em funções nem deixe de agir em nome da sociedade; ANTONIO SCIALOJA, “Nota – Corte di Cassazione, 11 luglio 1931”, *Foro It.*, 1931, I, págs. 1199-1201, para quem, ao contrário do aresto comentado – “A nomeação de um administrador de sociedade anónima é subordinada à prestação de caução, pelo que, em caso de incumprimento, se considera vago o posto de administrador (...)”, o que deveria ser o resultado também para o administrador que retire a caução já constituída –, a *decadenza di diritto* só se verificaria com uma expressa tomada de posição da lei e a fixação por ela de um termo para a constituição da caução, pelo que, à falta de um termo legal em termos societários (que viria a ser determinado em 30 dias depois da *notizia della nomina* para efeitos de responsabilidade criminal do administrador e «incapacidade para o

nomeação caduca automaticamente, pois “só dessa forma a pena de cessação imediata de funções pode operar plenamente”, e “a pessoa deixa imediatamente de ser administrador”<sup>867</sup>.<sup>868</sup> De tal modo que passa a existir uma «falta definitiva» no

---

exercício de ofícios directivos e administrativos», por via do art. 3 do *decreto-legge* n. 1459 de 30 de Outubro de 1930, modificado e convertido em lei pela Lei n. 660 de 4 de Julho de 1931), estaríamos perante uma justa causa para destituição, depois de investido o administrador a depositar a caução; GIANCARLO FRÈ, *L'organo amministrativo nelle società anonime* cit., págs. 146-148, mesmo depois de imposto o prazo da legislação de 1930/31, pois de caducidade só se poderia falar não estando ela cominada pela lei, salvo se tal efeito fosse previsto pelo estatuto da sociedade.

À luz do mencionado art. 2387 do CCIt., v. ANTONIO BRUNETTI, págs. 371-371; ADRIANO FIORENTINO, pág. 106 (que, na n. (54), dá conta de a prescrição sucessora do código oitocentista ter apontado o fim da discussão sobre os efeitos da falta de prestação de caução dos administradores); GUSTAVO MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., págs. 466-467 (uma causa de extinção que ganha “eficácia de direito”); MARIO DINI, pág. 36; GIAN PAOLO SAVI, pág. 112 (com várias alusões jurisprudenciais a pág. 113); CESARE SILVETTI/GINO CAVALLI, pág. 287; GIUSEPPE FERRI, *Le società* cit., págs. 694-695, 705 (onde se defende que, ainda que tenha eficácia imediata, seria necessária a confirmação (*accertamento*) formal da causa de caducidade, através de deliberação da assembleia ou do tribunal, ainda que com natureza declarativa e não constitutiva); GIOVANNI CASELLI, *Vicende del rapporto di amministrazione* cit., pág. 89 (“o termo deveria considerar-se peremptório”); GIANCARLO FRÈ/GIUSEPPE SBISÀ, *sub art. 2387*, pág. 809 (seguindo a interpretação conferida ao regime entretanto eliminado); NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., n. (236) – pág. 171 (“a inobservância de tal obrigação (...), na verdade, não influi na constituição da relação mas acarreta o decaimento do cargo”). Contra, DARIO DI GRAVIO, “L'amministratore che non presta cauzione”, *Dir. fall.*, 1980, págs. 249-250, uma vez que não explica a prestação de caução como uma condição resolutiva da nomeação (aceite), que implicaria que a assembleia certificasse a omissão e providenciasse uma deliberação *ad hoc* sobre a caducidade, antes como uma condição suspensiva da nomeação do administrador, cujos efeitos se retroagiriam *ex tunc* quando a caução fosse prestada, de modo que, se o depósito da caução não se fizesse, era como se o administrador nunca tivesse sido nomeado. Aparentemente desfavorável (mesmo depois da revogação do preceito), GIOVANNI LO CASCIO, pág. 197, pois sempre se referiria à investidura originária a actividade exercida por quem não prestasse a caução devida.

Entre nós, BRITO CORREIA, *Os administradores...* cit., pág. 594, diz, favoravelmente, a dado passo, que “[a] prestação de caução não é hoje condição de início de exercício de funções, uma vez que pode ser prestada depois deste, mas é condição resolutiva da relação”; porém, a págs. 717-718, o Autor recua quando nega que a falta de prestação de caução ou o seu levantamento antecipado, ainda que imponham ao administrador a cessação de funções, sejam fundamento autónomo de caducidade da relação administrativa – estaríamos ainda perante uma “justa causa de revogação”.

<sup>867</sup> “Nota sobre a caução...”, *loc. cit.*, pág. 204 (e do Autor, v. ainda *Sociedades por quotas. Comentário...*, vol. III cit., *sub art. 256º*, pág. 83). Na mesma fiada, v. ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, pág. 259 (tudo o indica), JOÃO LABAREDA, “A cessação da relação de administração”, *loc. cit.*, pág. 162, COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., págs. 146-147.

<sup>868</sup> Enxergada a prestação de caução pelo prisma da sanção prevista na lei para a inobservância do *comportamento previsto*, creio que melhor será qualificá-la como um *onus jurídico*. Isso implica que a não prestação de caução não se veja como conduta ilícita – no *onus jurídico*, não há verdadeiramente dever jurídico, uma vez que não há uma sanção para a não observância do comportamento proposto legalmente nem interesse do titular de um inexistente direito contraposto, estando o onerado livre de praticar ou não o acto: v. CAPELO DE SOUSA, *Teoria geral do direito civil*, volume I, 2003, págs. 242-243 –, mas tão-só que se advirta para a “necessidade de adopção de um comportamento para realização de um interesse próprio”, sob pena de perder ou deixar de obter uma vantagem (v. por todos CARLOS MOTA PINTO, *Teoria geral...* cit., pág. 188). Assim, *se o administrador aspira a permanecer como tal na sua função* (a vantagem), *precisa de prestar caução ou celebrar contrato de seguro de responsabilidade civil*. A lei sanciona o administrador onerado, mas ainda assim a «cessação de funções» não visa responder ao interesse do titular de um direito subjectivo correspectivo. Por isso, VAZ SERRA, “Responsabilidade patrimonial”, *BMJ* n.º 75, 1958, pág. 141, chamava a atenção para a possibilidade de a prestação de caução poder não ser propriamente objecto de

órgão de administração <sup>869</sup>, susceptível de ser suprida de acordo com as regras dos arts. 253º, para a sociedade por quotas, e 393º, n.os 2, 3 e 7 (e 425º, n.º 4), 394º (e

uma obrigação, “mas só uma condição de que depende o exercício de uma faculdade”. Todavia, é essa mesma sanção que nos faz ver a vantagem que o administrador deixa de usufruir. Do mesmo jeito se defendeu no direito italiano, ainda que sem argumentação, por GUSTAVO MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., pág. 326, e GIANNANTONIO GUGLIELMETTI, pág. 1036.

<sup>869</sup> RAÚL VENTURA, “Nota sobre a substituição...”, *loc. cit.*, pág. 162 (bem como, do mesmo Autor, “Nota sobre a caução...”, *loc. cit.*, pág. 205). Concordantemente, v. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., págs. 103-104.

Aparentemente sem vislumbrar a “falta definitiva” como *efeito* da caducidade da relação administrativa (*independentemente* da sua causa e para todas as causas de caducidade *demandantes de substituição*), antes como um dos fundamentos por que cessa essa relação, numa interpretação (excessivamente) literal do (modificado pós-2006) art. 393º, n.º 1, que pressuporia que a falta definitiva derivasse exclusivamente da ocorrência de «faltas a reuniões, seguidas ou interpoladas, sem justificação aceite pelo órgão de administração», em número superior ao fixado no contrato de sociedade, v. MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, II volume, *Das sociedades em especial*, 2007, pág. 787. Em sentido idêntico, porém mais explícito, ARMANDO TRIUNFANTE, *Código das Sociedades Comerciais anotado cit., sub art. 393º*, págs. 381-382, que vê nos actuais n.os 1 e 2 do art. 393º (que, assinala-se, não constavam do citado estudo da CMVM *Governo das sociedades anónimas: propostas de alteração...* e aparecem inopinadamente na versão constante do DL n.º 76-A/2006) “a noção e a efectivação de uma *nova figura* [?] que é a «falta definitiva»” [resposta à interrogação: o actual n.º 3 é igual ao anterior n.º 1 e começa por dizer: «*Faltando definitivamente* algum administrador...»], reservada para “quando o administrador atingir um número de faltas injustificadas que deve ser quantificado pelos estatutos”; em sentido diverso, ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, pág. 462. Para que se veja a imperfeição dessa construção, bastará recorrer à mesma letra da lei: o art. 393º, n.º 1, refere-se a «uma» falta definitiva do administrador – mais uma, portanto, a acrescer às restantes hipóteses: a morte, a renúncia, a destituição, a incapacidade ou incompatibilidade supervenientes, a falta de ratificação pela assembleia de sócios da cooptação feita pelo conselho de administração ou da designação feita pelo conselho fiscal ou pela comissão de auditoria (art. 393º, n.os 3, als. *b*) e *c*), e 4), a nomeação judicial de administrador (que extingue o vínculo dos administradores supérstites – art. 394º, n.os 1 e 3 –, sendo aqueles, todavia, apenas substituíveis por um dos mecanismos previstos no art. 393º, n.º 3, a eleição de um novo conselho: v. art. 394º, n.º 1, *in fine*), etc., para além da falta de prestação ou levantamento da caução – e não à falta definitiva do administrador (recondutível a todas as situações de caducidade em que o administrador “designado por algum dos (...) meios legítimos” “tenha deixado de exercer ou poder exercer as suas funções”: assim, RAÚL VENTURA, “Nota sobre a substituição...”, *loc. cit.*, pág. 161). Todas elas provocam a *disciplina do art. 393º*: a fixação de um “dever de declaração” de toda e qualquer hipótese de falta definitiva a cargo do órgão de administração (esta uma verdadeira novidade da Reforma de 2006), previsto pelo n.º 2 (não concordo, portanto, com a restrição desta obrigação para a falta originada pela não assiduidade injustificada, como é feito por ARMANDO TRIUNFANTE, *ibid., sub art. 393º*, pág. 382); a previsão dos mecanismos de substituição previstos pelos n.os 3 e 7 (a excepção será a caducidade gerada pela nomeação judicial de administrador: exclui-se a aplicação do n.º 2 e restringe-se a aplicação do n.º 3 à al. *d*)). Claro está que o defeito parte da lei, já que não cobra sentido a colocação sistemática do n.º 1 no conteúdo do art. 393º: se se trata de caducidade originada em vicissitudes relativas à assiduidade no funcionamento colegial do órgão de administração, o *locus* conveniente seria o art. 410º. Finalmente, veja-se que esta leitura é a que melhor se compagina com o teor do art. 253º, n.os 1 e 3, em que se prevê o mecanismo de substituição de, respectivamente, todos os gerentes e um ou mais gerentes das sociedades por quotas quando esses «faltarem definitivamente» – independentemente da causa de caducidade do título que move essa falta e a operatividade dos mecanismos de substituição. Para uma outra visão, traduzida na destrinça entre “falta definitiva em sentido lato” (art. 393º, n.º 3) e “falta definitiva em sentido estrito” (art. 393º, n.os 1 e 2, enquanto “causa autónoma de extinção da relação de administração” introduzida na Reforma de 2006 do CSC), v. MARIA JOÃO DIAS, págs. 214 e ss.

Ainda a este pretexto, vemos com dificuldade que a declaração do órgão administrativo seja compreendida como uma condição de eficácia da cessação da relação de administração ou, por outras palavras, como uma “declaração constitutiva dos efeitos extintivos” dessa relação (ainda que só na relação com o n.º 1 do art. 393º, v. também a crítica de MARIA JOÃO DIAS, n. (6) – pág. 215: “a relação de

426º), respectivamente substituição <sup>870</sup> e nomeação judicial, para a sociedade anónima. Enquanto a substituição (e a lei não impede a eleição do mesmo) ou a nomeação judicial não se verificar, “o administrador faltoso tem o dever de deixar de exercer *de facto* o cargo logo que a sua eleição caduque, ocorrência que ele tem o dever de conhecer, pois deve conhecer a sua obrigação de caucionar a responsabilidade e tem directo conhecimento de que não cumpriu atempadamente tal dever” <sup>871</sup>. E os restantes administradores, se conhecerem ou lhes for cognoscível a falta de prestação de caução e a consequente vaga aberta no órgão, têm o dever de,

---

administração caducará automaticamente por excesso de faltas não justificadas”; “o órgão de administração limita-se a constatar a caducidade, que opera automaticamente”; e, o administrador que se mantenha em funções após a verificação do facto extintivo “torna-se administrador de facto”). Ainda que na visão redutora aplicável somente à circunstância prevista no art. 393º, n.º 1 (no mesmo sentido, MENEZES CORDEIRO, *últ. ob. e loc. cit.*: “a declarar pela administração”), assim é vista por ARMANDO TRIUNFANTE, *ibid.*, *sub art.* 393º, págs. 382-383, *sub art.* 401º, n.º (397) – pág. 392 (locais onde rejeita a aludida falta de assuidade sem declaração do órgão de administração como uma modalidade de caducidade e avança com a configuração de uma cláusula resolutiva expressa prevista no contrato de sociedade e dependente de declaração, nos termos do art. 436º, n.º 1, do CCiv.). Vimos já que a falta definitiva é instituto inequivocamente mais amplo, que apresenta como disciplina *comum* os n.ºs 2 e 3 (e 7, para os administradores eleitos pelas minorias) do art. 393º (assim como os n.ºs 1 e 3 do art. 253º nas sociedades por quotas). Deste modo, interessa destacar que o *suprimento da falta definitiva* se faz hoje através de um *procedimento de substituição*, composto de *dois actos-momentos*: o primeiro é o da “declaração da falta definitiva” (393º, n.º 2), acto que formaliza a situação de caducidade conhecida ou levada ao conhecimento do órgão de administração – com a vantagem de dar manifestação da causa da caducidade – e constitui, isso sim, um *prius para a definição* do acto (ou actos) incluído(s) no *segundo momento*, o da substituição verdadeiramente dita (393º, n.ºs 3 e 7). Seja como for, creio que, assim sendo, o papel *definidor* da declaração só é verdadeiramente relevante *quando a substituição foge ao círculo de substituições operadas pelo órgão de administração* (chamada de suplentes e cooptação: aqui a declaração deve ser mesmo absorvida pela decisão do presidente do conselho de administração em chamar suplente ou suplentes e pela deliberação em cooptar, que, não esqueçamos, correspondem ao *cumprimento de deveres*: cfr. corpo do n.º 3 do art. 393º – «(...) deve proceder-se à substituição (...)»). De facto, quando não haja suplentes e não possa (por falta do número suficiente de administradores para o órgão funcionar: art. 410º, n.º 4) ou tenha caducado a faculdade de cooptação (a fazer no prazo máximo de 60 dias a contar da falta definitiva), a declaração deixa de assumir um papel exclusivamente *procedimental na escolha intra-administrativa dos novos administradores* e assume um papel de *comunicação interorgânica*. Ou seja, passa a ser o instrumento para o conselho *comunicar* ao conselho fiscal e à comissão de auditoria (para que estes designem os substitutos ou requeiram a convocação de assembleia electiva), assim como ao presidente da mesa da assembleia geral (porventura instruída de imediato com o pedido de convocação da assembleia electiva: v., para este efeito, arts. 375º, n.º 1, 377º, n.º 1). Assim, nesta hipótese, a inobservância do “dever de declaração” ganha uma outra dimensão jurídico-normativa: se o órgão de administração não funcionar ou deixar de funcionar pela omissão desse dever (e comunicação subsequente), com a impossibilidade de se gerarem os mecanismos previstos nas als. *c*) e *d*) do n.º 3 do art. 393º e no seu n.º 7, e daí resultarem prejuízos para a sociedade e/ou para terceiros, haverá responsabilidade dos administradores que compõe o conselho de administração em falta.

<sup>870</sup> O art. 425º, n.º 4, é a norma aplicável ao sistema de organização de inspiração germânica. Aqui a substituição é da competência do conselho geral e de supervisão, que, em rigor, é uma verdadeira (nova) nomeação (v. art. 441º, al. *a*). A (ou, *rectius*, *uma forma* de) substituição *em sentido próprio* (isto é, aquela que é pressuposta no art. 393º) só se fará se o conselho geral e de supervisão recorrer à «designação de administradores suplentes», prevista subsidiariamente como meio de substituição dos administradores executivos (desde que o contrato de sociedade preveja a eleição de administradores suplentes, nos termos do art. 390º, n.º 5).

<sup>871</sup> RAÚL VENTURA, “Nota sobre a caução...”, *loc. cit.*, pág. 205.



para além de declarar a “falta definitiva” do administrador (art. 393º, n.º 2), não permitir que o administrador relapso participe nas decisões do órgão e de comunicar, através de comunicação genérica ou informação particular, aos terceiros relacionados com a sociedade a falta de poderes do referido administrador – se assim não fizerem, incorrerão em responsabilidade pelos danos que derivem da actividade ou da cooperação desse administrador (perante a sociedade e terceiros, neste caso até ao momento em que saibam ou possam saber) <sup>872</sup>.

Assim, o administrador que não presta a caução ou não celebra o seguro *não revela a idoneidade para ser administrador* e a lei faz com que essa inidoneidade acarrete que o título de nomeação ou eleição *caduque* <sup>873</sup>. Ao contrário do que podia defender-se no âmbito do CCom., a caução não é *apenas* uma *garantia especial* (que

---

<sup>872</sup> Na vigência do Código de Comércio, esta era, *grosso modo*, a posição de UMBERTO NAVARRINI, *Commentario del Codice di Commercio*, Vol. II, *Delle società...* cit., págs. 477-478, e ALFREDO DE GREGORIO, *Delle società e delle associazioni commerciali* cit., pág. 241.

<sup>873</sup> Se esta qualificação parece ser correcta, a inidoneidade resume da falta de cumprimento de um dever *específico* – que, *tal como está sancionado*, melhor deverá ser visto como um ónus jurídico –, que assenta na realização de um *comportamento devido*. Se assim não fosse sancionado, não deixaria de ser, como é, somente mais um dever específico que impende sobre o administrador da anónima. Não vejo interesse plausível que justifique aqui o decaimento do cargo como sanção excepcional – sendo esta a única hipótese em que a violação de um dever específico origina tal consequência –, compulsado o risco de carência de poderes que afecta o administrador não caucionado, em alternativa à sanção esperada pelo administrador inadimplente: a destituição. Que, *de lege ferenda*, poderia cominar-se como sendo «com justa causa» (v., como casos semelhantes, os arts. 398º, n.º 5, em referência ao art. 254º, n.º 5, 447º, n.º 8, 449º, n.º 4), nomeadamente depois de definido um termo legal – desejavelmente mais amplo, na minha perspectiva: v. *infra*, n. 876 –, eventualmente vigiado por órgão com poderes de fiscalização, e sendo o administrador notificado pelo órgão de fiscalização para cumprir a obrigação legal. (O art. 184, n. 4, em conjunto com o n. 10, do *Codice di commercio* italiano impunha aos *sindaci* o dever de verificar a prestação efectiva de caução junto da sociedade, promovendo depois, em consonância com as teses doutrinárias em disputa sobre uma eventual falta (v. *supra*, n. 866), ou o procedimento de substituição da vaga – v. CESARE VIVANTE, *Trattato di diritto commerciale*, Volume II cit., pág. 363 – ou a denúncia à assembleia para esta deliberar a destituição do administrador incumpridor e a nomeação de novo administrador – v., neste sentido, UMBERTO NAVARRINI, “Questione in materia di società e di fallimento. Nota – Corte di Cassazione, 24 gennaio 1936”, *Riv. dir. comm.*, 1936, II, págs. 211-212, GIANCARLO FRÈ, *L'organo amministrativo nelle società anonime* cit., pág. 148; se não observassem esse dever de advertência da assembleia, incorriam em responsabilidade perante a sociedade pelos prejuízos derivados dos actos do administrador: neste sentido, ALFREDO DE GREGORIO, *Delle società e delle associazioni commerciali* cit., pág. 241.) Depois da inobservância dessa solicitação, nos termos do art. 403º, n.º 4, já poderíamos qualificar como «grave» a violação do administrador e, até, declarar a sua «inaptidão» (enquanto impossibilidade legal) para o exercício das suas funções. Seria assim de entender que a não prestação de caução (ou não celebração do seguro) – enquanto comportamento devido *em relação às condições pessoais para o exercício do cargo* – seria compreendida como um *facto culposo* (em rigor não necessário para a destituição motivada – contra, MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, I volume cit., págs. 896, 897 –, mas verificado naquelas condições) que tornasse *inexigível* à sociedade o respeito pelo interesse da estabilidade e da subsistência do vínculo que a liga ao administrador (sobre a ideia de inexigibilidade como conceito operativo da “justa causa” de destituição, v. ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, págs. 244-246, JOÃO LABAREDA, “A cessação da relação de administração”, *loc. cit.*, págs. 79-82, COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., págs. 156-157; na jurisprudência do **STJ**, v., exemplificativamente, o Ac. de **11 de Julho de 2006**, in *www.dgsi.pt*, processo 06A1884, ponto III do Sumário e pág. 10/15).

reforça a garantia *comum* ou *geral* traduzida pelo património do obrigado) das obrigações indemnizatórias que venham a recair sobre os administradores que violem os seus deveres legais, estatutários e contratuais<sup>874</sup>, é igualmente uma condição de exercício da administração<sup>875</sup>. E, por isso, a sua falta ou o seu levantamento *ante tempore* afecta a actuação dos administradores, de maneira que a caducidade do título é verdadeiramente uma *sanção* pelo decaimento da garantia por parte de quem gere o património social<sup>876</sup>.

---

<sup>874</sup> A nossa doutrina juscivilística tem afirmado que a caução, sendo garantia especial, não tem natureza *intrínseca* própria (ao contrário das outras garantias especiais, como o penhor, a hipoteca ou a fiança) – ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, volume II, 1997, pág. 472 –, e, por se concretizar em garantias pessoais ou reais (bem como em depósito), mais do que ser sinónimo de garantia, é tecnicamente a designação para “as garantias que, por lei, decisão judicial ou negócio jurídico, são impostas ou autorizadas para assegurar o cumprimento de obrigações eventuais ou de amplitude indeterminada” (ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações* cit., pág. 884, seguindo VAZ SERRA, “Responsabilidade patrimonial”, *loc. cit.*, pág. 122).

<sup>875</sup> Ou seja, como dá conta PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais* cit., págs. 738, 740, uma condição que não determina a validade substancial da designação mas sim uma condição indispensável, sob a forma de garantia patrimonial, para o “desempenho de funções”.

Também o revisor oficial de contas (ou sociedade de revisores oficiais de contas) – como fiscalizador, órgão de fiscalização ou titular de órgão de fiscalização: v. arts. 278º, n.º 1, 413º, n.ºs 1 e 2, 414º, n.ºs 1 a 3, 446º, 262º, n.ºs 1 a 3, e 43º, n.º 1, este do EROC – está sujeito a garantir a responsabilidade civil decorrente do exercício das suas funções por seguro de responsabilidade civil profissional a favor de terceiros, sob pena de tais profissionais ou sociedades não se inscreverem ou não se manterem inscritos na lista de revisores oficiais de contas da respectiva Ordem: uma análoga *condição de exercício* da profissão (art. 73º, n.ºs 1, 2 e 7, do EROC). Por outro lado, o auditor (externo) de sociedades está obrigado a contrair e manter um seguro de responsabilidade civil profissional, que é *condição de registo* na CMVM (e sua manutenção), sendo este o *pressuposto para o exercício da função* de auditor: arts. 8º, n.º 1, 9º, n.º 1 (mas veja-se a excepção residente no n.º 2), 10º, n.º 2, do CVM, e 6º, n.ºs 1, 2, al. f), 7º, n.º 1, al. l), e 12º, n.ºs 1, al. b), e 3, do Regulamento da CMVM n.º 6/2000, de 8 de Fevereiro. Para algumas observações críticas sobre a transferência da responsabilidade operada por estes seguros de responsabilidade civil, no propósito de “tornar o seguro, nesta área, um verdadeiro instrumento de gestão do risco”, v. GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “Controlo de contas e responsabilidade dos ROC”, *Temas societários*, 2006, págs. 206-207.

<sup>876</sup> Não deixa de causar algum desconforto o facto de a sanção, que é pesada, funcionar através de um termo peremptório demasiado exíguo – a doutrina alerta para que “a simples demora na negociação de um seguro, altamente complexo e a requerer assessoria na respectiva subscrição”, pode fazer extinguir o prazo (GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, “A fiscalização societária redesenhada...”, *loc. cit.*, pág. 332), e, com certeza também no que concerne a este aspecto, reparou que, sendo esta uma sanção de aplicação automática, põe em causa a subsistência de diversos conselhos de administração nas sociedades anónimas portuguesas (PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais* cit., pág. 740), tanto mais que não é de hoje a percepção de um “inconsiderado e perigoso desrespeito da lei” (RAÚL VENTURA, “Nota sobre a caução...”, *loc. cit.*, n. (1) – pág. 201).

Neste ponto, interessa focar que este regime poderá gerar muitas vezes uma desconformidade quase imediata entre a situação *registal* e a situação *real* – v. *infra*, ponto 9. De acordo com os arts. 3º, n.º 1, al. m), 15º, n.º 1, e 70º, n.º 1, al. a), do CRCom., assim como 166º e 167º, tanto a designação como a cessação de funções dos administradores estão sujeitas a registo obrigatório (por transcrição: arts. 53º-A, n.º 2, e 5, al. a), este *a contrario*, do CRCom.) e a publicação obrigatória. O que significa que, depois de inscrita a designação do administrador, a cessação das funções por efeito do não cumprimento da caução ou do seguro, se não for levada a registo e publicada, não é oponível a terceiros: arts. 11º, 14º, n.º 2, do CRCom., 168º, n.º 1, 1.ª parte, n.º 2, 1.ª parte. Assim, podem os terceiros agir e comportar-se para com a sociedade como se o facto da cessação, enquanto omitido em sede registal e não publicado, não existisse, excepto «se a sociedade provar que o acto está registado e que o terceiro tem conhecimento dele [da cessação, portanto]»

Contudo, mesmo lidando com um facto *extintivo* da relação administrativa, a *manutenção (ou o início) das funções de administrador* depois do decurso do prazo ou do levantamento da caução durante o exercício do cargo não devem ser ignoradas: *o administrador passa a ser de facto*<sup>877</sup>, se for o caso<sup>878</sup>.<sup>879-880</sup>

(art. 168º, n.º 2; confirmando este preceito como uma das excepções ao princípio da inoponibilidade a terceiros, uma vez que “certos factos produzem efeitos independentemente do seu registo ou do termo de todos os procedimentos de registo”, v. SEABRA LOPES, *Direito dos registos e do notariado*, 2009, pág. 206).

*Quid juris* se a cessação pela ausência ou levantamento da caução nunca foi transcrita no registo comercial e os terceiros pretendam fazer valer a cessação porque dela tiveram conhecimento? RAÚL VENTURA, *últ. est. e loc. cit.*, pág. 205, sem argumentação, demonstrou-se favorável a que a regra da ineficácia, enquanto não fosse registada a caducidade, pudesse ser afastada se os terceiros “já tivessem conhecimento dela quando trataram com o administrador”. Pois bem. Olhando para a letra da lei, julgo que podem afastá-la, de acordo com a 2.ª parte do art. 168º, n.º 1 (que aqui derroga o art. 14º, n.º 2, do CRCom., com referência ao n.º 4 deste preceito), uma vez que o art. 396º, n.º 4, não prima por privar o acto – «cessação de funções», nos termos do art. 3º, n.º 1, al. m), do CRCom. – de efeitos, antes aponta somente o efeito-caducidade da infracção do administrador. É uma solução que não me parece irrazoável: vejamos em geral e na hipótese particular.

A prescrição do registo (e da publicidade) está ao serviço da tomada de conhecimento pelos terceiros de factos que, de outro modo, não lhes estariam acessíveis e precipita-se na presunção de não conhecimento dos factos registáveis (e publicáveis) enquanto não forem registados (e publicados). Sabemos que estas normas são predispostas pelo legislador no interesse dos terceiros, que são protegidos pela relevância da situação registal, neste caso no campo das *relações externas com a sociedade*. Encontramos neste campo duas particularidades no sentido de ignorar a eficácia perante terceiros da transcrição no registo e da publicação obrigatória. Uma, *desfavorável aos terceiros*, que permite à sociedade opor-lhes actos nas condições do art. 168º, n.º 2, isto é, em especial, que se prove serem por eles conhecidos. Outra, *favorável aos terceiros*, a quem é consentido, *sempre que tenham interesse*, prevalecerem-se de um facto que deveria ter sido inscrito e publicado e do qual tiveram conhecimento por outra via. Será o caso. Tanto mais que, sendo agora a caução (ou o seguro) programados no interesse também de terceiros, há mais uma razão para estes fazerem valer a *caducidade da nomeação* quando saibam por outro meio que não a publicidade registal e informativa da cessação de funções por falta de caução ou seguro: por um lado, serão sempre os terceiros que menos probabilidade terão de verificar se houve ou não caução ou seguro – e, independentemente da inoponibilidade da cessação de funções, uma integral satisfação do interesse desses terceiros aconselha a uma tutela do conhecimento desse incumprimento; por outro lado, também os terceiros terão motivos para temerem prejuízos que os administradores podem gerar depois de não terem cumprido (ou terem levantado antecipadamente) a caução solicitada por lei e não se terem conformado com a falta de poderes para a administração social (sensivelmente neste último sentido para o direito italiano, v. GIAN PAOLO SAVI, pág. 116). De facto, não haverá o perigo de não vinculação da sociedade depois de terminado o poder para ser administrador, mas permanecerá o perigo de se operarem prejuízos que venham a atingir a garantia dos terceiros credores.

<sup>877</sup> *Ex professo*, MARIO DINI, págs. 37-38, ALESSANDRO BORGIOI, “Amministratori di fatto e direttori generali”, *loc. cit.*, págs. 595, 597, ALESSANDRO TRAVERSI, pág. 163. A propósito da decisão do **Tribunale de Milano**, de **1 de Abril de 1976**, FRANCO BONELLI, “Responsabilità dell’amministratore per violazioni successive alla cessazione dalla carica”, *Giur. comm.*, 1977, II, pág. 918. Ainda NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., n. (236) – pág. 171, em conjunto com a pág. 162, de maneira que se reconduz ao exercício de funções administrativas depois de a nomeação da assembleia (originariamente válida e eficaz) ter exaurido os seus efeitos por caducidade do cargo.

Entre nós, a doutrina inclina-se para assim qualificar o caso de o título de nomeação como administrador não produzir efeitos em virtude da falta de prestação de caução no prazo legal: COUTINHO DE ABREU/ELISABETE RAMOS, pág. 41, COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., pág. 99, RICARDO COSTA, “Responsabilidade civil societária...”, *loc. cit.*, págs. 29-30.

O aludido aresto de Milão, consultável a págs. 909 e ss, absolveu um administrador por danos sofridos por uma sociedade falida em resultado do (alegado) incumprimento por omissão das obrigações inerentes à conservação da integridade do património social. Entre outros aspectos, assim foi porque se

deliberou que, depois de cessar imediatamente o cargo pela não prestação de caução, não se pode imputar ao administrador caducado qualquer omissão de actos atribuídos pela lei e pelos estatutos ao officio administrativo, uma vez que ele deve abster-se de exercer as incumbências para as quais deixou de ter legitimidade (a sua inércia em face do progressivo agravamento da situação da sociedade era justificada e, até, obrigatória). E, para o que mais importa, a possibilidade de o fazer responder como administrador de facto não procedia atento o facto de *não ter efectuado qualquer acto de gestão em nome e por conta da sociedade*. A sentença foi confirmada pela **Corte d'Appello de Milano, de 7 de Março de 1978** (in *Giur. comm.*, 1978, II, págs. 729-730): "(...) parece possível configurar tal responsabilidade só no caso em que o administrador desenvolveu concretas actividades de gestão entre o momento em que conheceu a nomeação e o expirar do termo para a prestação da caução ou, se sobrevinda a caducidade, as tivesse de facto desenvolvido sem ter os poderes respectivos". Configurando os administradores nomeados e que não prestam caução, atendendo à cessação da relação de administração, como administradores de facto, a fim de prestarem contas da administração desenvolvida e possibilitar a actuação contra eles em sede de responsabilidade, desde que tenham levado a cabo situações irregulares ou ilícitas (isto é, se se certificarem "responsabilidades reais"), v. a decisão da **Corte d'Appello de L'Aquila, de 16 de Dezembro de 1975** (in *Giur. It.*, 1976, I, Sez. II, pág. 178, ss, em esp. 181-182). Em sentido decisório idêntico, v. a sentença do **Tribunale de Roma, de 10 de Fevereiro de 1987** (in *Dir. fall.*, 1988, II, pág. 338, ss), que recorre à existência de um "mandato tácito para administrar" – visto na atitude dos sócios e na aceitação pela sociedade dos resultados da actividade de quem não prestara a caução e participara na escolhas de gestão e técnico-administrativas relacionadas com o officio – para imputar à sua actividade as omissões e as irregularidades relativas à gestão social e atribuir-lhe a violação dos deveres específicos conexos à tarefa administrativa (págs. 351-352). Ainda para a qualificação de administrador de facto sujeito a responsabilidade civil societária do administrador que não prestara caução e exercera de forma sistemática e continuada as funções administrativas, confirmar por fim o aresto da **Corte di Cassazione de 15 de Fevereiro de 2005** (in *Giust. civ.*, 2006, I, pág. 967, ss, em esp. 968-970). Para evitar o risco de a intencional omissão da prestação de caução ser uma "fácil escapatória" dos administradores sem escrúpulos, a doutrina italiana avançou com a irrazoabilidade da caducidade do cargo e defendeu que essa omissão deveria conduzir a consequências patrimoniais (de responsabilidade em face da sociedade) e penais sobre o administrador: ILARIO MENGHI, "La cauzioni degli amministratori e i nuovi minimi...", *loc. cit.*, págs. 552-553.

<sup>878</sup> Isto é, só o é se praticar actos próprios de administração e, portanto, iniciar ou manter a intervenção na gestão da sociedade. Caso contrário, seria incongruente afirmar a responsabilidade de ex-administradores por não terem cumprido deveres legais e estatutários relativamente aos quais não se encontram obrigados e, ademais, não dispõem de *legitimação* (e cujo cumprimento os exporia a responsabilidade). É este raciocínio – "A lei e o estatuto, porém, estabelecem obrigações a cargo de quem seja *efectivamente* administrador (ainda que administrador "de facto") ..." – que é exposto por FRANCO BONELLI, "Responsabilità dell'amministratore...", *loc. cit.*, págs. 915-916, servindo-se derivadamente do pensamento de GIUSEPPE FERRI, "Mancata iscrizione della cessazione dall'ufficio e responsabilità dell'amministratore cessato nei confronti dei creditori sociali", *Riv. dir. comm.*, 1967, pág. 166 – "Se a responsabilidade do administrador é uma responsabilidade directa, uma responsabilidade pelos ilícitos por ele cometidos no exercício das suas funções, é claro que uma responsabilidade pode ser configurada desde que o administrador esteja no cargo..." – e *Le società cit.*, pág. 714 – "(...) se a responsabilidade do administrador é responsabilidade por facto próprio e não por facto alheio, não se vê como possa ser considerado responsável quem, tendo cessado funções de administrador, não só não participa na gestão e não tem a obrigação de participar nela, como nem sequer tem a possibilidade de participar nela...". Para a França, na anotação à decisão da **Cour d'Appel de Paris, de 25 de Fevereiro de 2000**, *cit. supra*, n. 858, verificou-se, em sentido concordante, que a solução de não responsabilizar o administrador depois de não ter adquirido "uma só acção" da sociedade só foi possível porque "jamais tinha exercido funções [de direcção] no seio da sociedade" e, por essa razão, não fora possível "estabelecer a sua qualidade de *dirigeant de fait*": FRANÇOIS-XAVIER LUCAS, "Note – Responsabilité d'un administrateur démissionnaire pour des faits postérieurs à sa démission non publiée", *RD Banc. Fin.*, 2000, pág. 359.

<sup>879</sup> Temos doutrina com interpretação diferente para a «cessação imediata de funções» prevista na lei societária. GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, "A fiscalização societária redesenhada...", *loc. cit.*, págs. 331-333, entende que ela deve corresponder a uma "suspensão ou cessação temporária de funções", que afecta a legitimidade orgânica do sujeito como administrador, "com reposição automática da legitimidade com a prestação [tardia] da caução". A proposta da Autora é justificada tendo por base as consequências graves da

caducidade do “mandato” – nulidade das deliberações do órgão, invalidade dos actos praticados pelos administradores incumpridores, não vinculação da sociedade – e a abertura para fazer condizer o exercício efectivo de funções sem caução a uma situação de administração de facto e, de tal modo, responsabilizar os administradores nessa qualidade por actos ilícitos e danosos praticados no hiato entre o termo dos 30 dias após a designação e o momento de prestação efectiva de caução. A título de comentário – e em antecipação do que desenvolverei na Parte III –, diga-se que: (i) como vimos, não é o facto de se extinguir ou suspender o título de administrador que determina se temos ou não administrador de facto, responsável enquanto tal por *mala gestio*, pois o que será decisivo, independentemente de se recusar efeito extintivo ao decurso do prazo, é precisamente o exercício de funções administrativas típicas após o termo legal para a observância do ditame garantístico (o que é alegado pela Autora) – sendo este o critério, tanto dá que administre de direito como de facto, em ambas as situações a administração teria que ser “suspensa” pela falta de caução; (ii) as preocupações pelas consequências da falta de legitimidade orgânica do administrador relapso são oportunas (tanto mais que a prestação de caução ou a celebração do seguro não são factos registáveis), mas devem ser vistas globalmente à luz das regras do registo e da equiparação normativa que se deva ou possa fazer entre administradores de facto e administradores *de jure* no que tange à vinculação da sociedade pelos actos dos administradores (v. *supra*, em esp., o ponto 14.1. da Parte III) e à validade e eficácia das decisões ou deliberações do administrador único ou do órgão de administração – *estes não são problemas específicos do administrador cessante por falta de prestação de caução (ou substituto)* que obrigue a uma interpretação *desenhada especificamente* para os resolver (por ex., a doutrina recorreu às regras *gerais* do registo para defender a validade e eficácia dos actos de representação praticados pelo administrador sem a caução exigida: RAÚL VENTURA, “Nota sobre a caução...”, *loc. cit.*, pág. 205; PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais cit.*, págs. 740-741, no sentido de amortecer os efeitos aparentemente destrutivos da caducidade automática por falta de caução, e atenta a natureza de “garantia patrimonial do desempenho de funções”, garante-se a validade e eficácia desses actos perante terceiros e, ademais, a sua eficácia interna, pelo menos para a actuação que tenha tido projecção externa); (iii) seja como for, note-se desde já nesta fase do trabalho, que não se poderá conferir um crivo pré-determinado de ilegalidade ou irregularidade a toda a actuação societária (mesmo interna) decorrente da existência de administradores de facto, com base nestas ou noutras condições – por ex., mesmo que os administradores de facto *não se legitimem como se fossem administradores de direito e a sua participação na actividade deliberativa do órgão de administração, por falta dessa legitimação, deva ser causa de invalidade* (v. *supra*, em esp., o ponto 13.3. da Parte III, para a solução contrária para os administradores de facto *legitimados*), não se colocará em crise a vinculação da sociedade perante terceiros quando se vierem a executar por administradores-representantes decisões ou deliberações inválidas do órgão administrativo (e se as deliberações forem adoptadas sem observância do quórum constitutivo e deliberativo, por não contarem para esse efeito os administradores sem a caução devida, elas serão anuláveis: art. 411º, n.º 3); já neste sentido, v. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., pág. 104; (iv) a caducidade do título não gera uma situação irreparável, que obrigue a uma (única solução de) sanção do vício através da imputação à prestação atrasada da caução de um efeito repristinador da legitimação do administrador – há que recorrer aos meios que a lei oferece (já vistos) para suprir a «falta definitiva» do administrador, sabendo que, como antes reconhecemos, uma vez caducado o título, o administrador não está mais legitimado a assumir as incumbências que a lei atribui ao seu ofício (a não ser, como vimos e veremos, haja outras fontes de legitimação de uma administração de direito *por prorrogação: maxime*, cláusula estatutária e/ou deliberação dos sócios).

<sup>880</sup> A caducidade do título de administrador não enseja as consequências legais da ausência de caução. Não será de excluir *in limine* que a sociedade ou terceiros interessados recorram ao processo *especial* de prestação «provocada» de caução (arts. 981º e ss do CPC) para obrigar os administradores a cumprir com a garantia exigida pelo CSC (mesmo que a título de incidente numa acção de responsabilidade civil societária: art. 990º do CPC). De facto, se o objectivo da lei é garantir a responsabilidade que venha a ser peticionada pela sociedade, credores, sócios e outros terceiros, é legítimo deduzir que a lei deverá reconhecer aos potenciais sujeitos a indemnizar a faculdade de, mesmo com a oposição ou a inércia do administrador, conseguir caução (sobre o assunto, v. VAZ SERRA, “Responsabilidade patrimonial”, *loc. cit.*, págs. 134 e ss, em esp. 136). Assim será designadamente se o administrador tiver exercido efectivamente o seu cargo mediante uma actuação que possa ter causado prejuízos: ele foi administrador de direito, mesmo que inerte, e ainda administrador de facto. E, nesta hipótese, o administrador requerido não poderá fundamentar a sua oposição no facto de não pretender mais exercer as funções de administrador: se a prestação de caução não condiciona a produção de efeitos da aquisição da qualidade de administrador, não pode depois o administrador recusar-se a prestar caução por via judicial alegando que não quer ser

Mais uma vez, a sensação que fica é que a cessação formal das funções pelo mero incumprimento da obrigação de caucionar a responsabilidade, *havendo exercício material dessas funções*, seria um expediente técnico extraordinariamente simples para o administrador se poder exonerar dos seus (outros) deveres legais e da responsabilidade proveniente do respectivo incumprimento – “se a lei comina sanções contra aqueles que legalmente estão investidos das tarefas sociais, não se compreende por que não deveriam ser igualmente punidos aqueles que exerceram contra a lei *as mesmas funções*”<sup>881</sup>; “nestes casos – que são aliás aqueles que se apresentam com uma certa frequência [os administradores não deixarem de participar na administração] – os administradores não poderiam fugir às suas eventuais responsabilidades invocando a caducidade por não terem prestado a caução, uma vez que lhes seriam de aplicar os princípios elaborados em sede de administradores de facto”<sup>882</sup>.

Expediente formal esse, ademais, que seria substancialmente pouco justificado: o administrador coloca-se numa situação de caducidade que fica nas suas mãos provocar ou não<sup>883</sup>; o administrador, ainda que venha a ser responsabilizado, já

---

administrador (ou não quer mais ser); ele já o era desde a aceitação e, passados 30 dias da designação, encontrava-se numa situação de incumprimento. Todavia, pelo contrário, não parece que se possa obstar a que os administradores fundamentem a sua oposição no facto de não terem em qualquer momento exercido as funções de administrador, antes ou depois de esgotados esses 30 dias – nesta circunstância, deixa de haver qualquer responsabilidade para garantir, a não ser que os requerentes demonstrem uma omissão ilícita e culposa nesse período de 30 dias –, ou ainda no facto de já se ter esgotado o ano civil seguinte àquele em que cessou funções (seja pela falta de garantia, seja por qualquer outra causa: cfr. o n.º 4 do art. 396º). Tendo sucesso a pretensão, depois de fixada a espécie de caução (que, por ser imposta pelo tribunal, poderá ser prestada por meio de qualquer garantia real ou pessoal: art. 624º, n.º 1, do CCiv.) e essa não tiver sido prestada no prazo judicialmente determinado, os requerentes podem solicitar o registo de hipoteca ou outra «cautela idónea», que, se estiverem em causa coisas móveis ou direitos não susceptíveis de hipoteca, consiste na apreensão do objecto caucionável para entrega ao titular da garantia ou a um depositário, sendo esta garantia havida como penhor (v. art. 987º, n.ºs 1 e 2, do CPC). Esta é a única saída para a inexecução da ordem judicial, pois a primeira delas, oferecida pelo n.º 1 do aludido art. 987º – o requerimento da «aplicação da sanção especialmente prevista na lei» – é, nesta situação, totalmente irrelevante: a «cessação imediata de funções» opera *ope legis*, independentemente de qualquer pretensão ou pronúncia; a sanção legal-societária não contende nem permite que se viabilize a indemnizabilidade dos prejuízos causados pelo administrador inadimplente. Além disto, a caução prestada pode vir a tornar-se imprópria, em particular pela actuação de circunstâncias supervenientes que tenham causado a sua desvalorização ou a inapropriação dos bens, que, sendo alheias aos credores de indemnização, legitima-os a seguir o mesmo procedimento adjectivo para lograr a «substituição» da caução (arts. 626º, do CCiv., 996º-997º, do CPC; v. ANTUNES VARELA, *últ. ob. cit.*, pág. 476).

<sup>881</sup> MARIO DINI, pág. 38, com sublinhado da minha autoria.

<sup>882</sup> FRANCO BONELLI, “Responsabilità dell’amministratore...”, *loc. cit.*, pág. 918. No seu encaço, VINCENZO ALLEGRI, *Contributo allo studio...* cit., pág. 214, ao afirmar que, ainda a propósito da sentença mencionada na n. 877, após a cessação do cargo, o administrador caducado correria o risco de responder como administrador de facto; CESARE SILVETTI/GINO CAVALLI, págs. 288-289.

<sup>883</sup> NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., pág. 176.

se terá avantajado com a falta de prestação da caução, que traduz a violação de um dever (ou ónus) que a ele incumbe <sup>884</sup>; se a função da caução é *garantir* (ao menos numa parcela mínima) a efectividade do ressarcimento a cargo dos administradores lesantes, a sua falta de prestação deverá apenas acarretar o risco de não se conseguir meios de indemnizar o lesado após o incumprimento, *mas não deve por si só excluir a responsabilidade do sujeito que, não obstante a cessação das suas funções, administra a sociedade* <sup>885, 886</sup>

---

<sup>884</sup> Neste sentido, v. mais uma vez FRANCO BONELLI, *últ. est. e loc. cits.*, págs. 917-918. A este perfil juntava-se um outro: o montante irrisório da caução, que tornava o instituto inútil e uma mera formalidade da qual não se deveria poder obter exonerações inesperadas de responsabilidade.

A este propósito, note-se que a *Reforma de 2006* do CSC teve como objectivo declarado a elevação do montante mínimo da caução – que se cifrava em € 5.000; sendo que o art. 174º do CCom. era omissivo quanto ao montante da caução: em sentido crítico, pela manifesta possibilidade que se oferecia aos estatutos ou à assembleia de a poder fixar num valor irrisório, CUNHA GONÇALVES, pág. 436, e, pela potencial frustração da exigência legal, PINTO FURTADO, *últ. ob. cit., sub art. 174º*, pág. 417–, particularmente nas sociedades cotadas em bolsa, a fim de facilitar “a reparação de danos em relação a eventuais lesados por condutas ilícitas dos administradores, significando com isso um acréscimo de sindicabilidade por parte de accionistas e de outros sujeitos com interesses relevantes na empresa” (CMVM, *Governo das sociedades anónimas: propostas de alteração...* cit., pág. 20).

<sup>885</sup> Em sentido próximo, v. FRANCO BONELLI, “Responsabilità dell’amministratore...”, *loc. cit.*, págs. 911 e 918, a propósito da insubsistência de um princípio segundo o qual um administrador é isento de responsabilidade simplesmente porque a seu tempo não tinha prestado caução em face de se constituir um “precedente perigoso” e “oferecer aos administradores [pouco escrupulosos] uma via fácil para se pré-constituir uma isenção de qualquer responsabilidade”. Muito antes, CESARE VIVANTE, *Tratatto di diritto commerciale*, Volume II cit., pág. 363, pugnava por toda a responsabilidade do ofício a cargo do administrador que aceita e dispõe do cargo sem prestar a caução: “será esta uma culpa a juntar às outras”. Ainda antes, ERCOLE VIDARI, *Corso...*, volume II cit., pág. 35, admitia a possibilidade de o administrador que não cumprisse, no todo ou em parte, o seu dever de prestar caução, assumir o exercício das funções próprias de administrador. Para além de a assembleia, ou quem fiscaliza a administração social na falta daquela, providenciar pela efectiva caducidade desse exercício, ficaria reservado, “em todos os casos, o direito de pleno ressarcimento da sociedade”.

<sup>886</sup> Numa visão mais restrita (e sem qualquer qualificação adicional do sujeito), a nossa doutrina já verificara que os prejuízos causados (pelo menos à sociedade) pelo incumprimento da obrigação de caucionar a responsabilidade ou pela sua extinção no decurso do exercício de funções – tratando-se de um comportamento voluntário, exclusivamente imputável ao administrador relapso – deveriam ser indemnizados pelo administrador faltoso: RAÚL VENTURA, “Nota sobre a caução...”, *loc. cit.*, pág. 205, JOÃO LABAREDA, “A cessação da relação de administração”, *loc. cit.*, pág. 163 (“em termos similares aos que ocorrem na renúncia injustificada”), PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais* cit., pág. 741.

De todo o modo, creio que haverá que fazer uma análise em concreto da situação de inadimplemento. Pode acontecer que o administrador tenha diligenciado pela prestação de caução ou pela celebração do seguro, mas temos que convir na exiguidade do prazo fornecido pelo art. 396º, n.º 4: poderá o administrador não ter cumprido a sua obrigação por dificuldades inesperadas em obter de um terceiro «metais preciosos», em garantir junto de uma instituição financeira uma «fiança bancária», ou, até, não ter conseguido obter o acordo da sociedade para pagar o prémio do seguro. Assim, mesmo com a vontade de cumprir o dever(-ónus) de prestar caução, pode acontecer que o prazo de 30 dias seja ultrapassado. E, mesmo que se cumpra o dever ao 31º dia, não deixa de se aplicar sem mais a grave sanção da lei: caducidade do cargo e a perda da qualidade de administrador formal. Se raciocinarmos em termos obrigacionais, estaríamos perante uma hipótese de mora no cumprimento devido (ainda que negligente) de uma obrigação de prazo certo e, portanto, de constituição do devedor na obrigação de reparar os danos causados (arts. 804º, n.º 1, e 805º, n.º 2, al. a), do CCiv.). No entanto, essas factuais traduzirão, em caso de eventuais

\*

Umás notas mais.

O n.º 4 do art. 396º refere indistintamente a cessação de funções tanto para a falta de prestação de caução como para a sua não manutenção até ao fim do ano seguinte ao ano correspondente à perda da qualidade de administrador <sup>887</sup>. Compreende-se que a duração do vínculo caucional não dure só enquanto dure a gestão. Deve continuar a garantir essa gestão – *rectius*, a responsabilidade por essa gestão – até que, terminado o prazo de duração do cargo, ela seja apreciada na assembleia geral ordinária onde se analisará e discutirá o relatório apresentado pela administração cessante, as contas do exercício anterior e os restantes documentos de prestação de contas referentes a esse último período e, reflexamente, sobre a responsabilidade decorrente do juízo sobre a actuação geral da administração (arts. 376º, n.º 1, al. c), e 75º, n.º 2). Ou, não se realizando em tempo essa assembleia ou havendo outra causa de cessação de funções, até que se realize assembleia extraordinária onde se discuta *ex professo*, autonomamente ou em adição a outro tema (por ex., a destituição do administrador), a violação de deveres administrativos durante o tempo em que os administradores exerceram funções. Compreende-se menos que dure todo o ano seguinte, uma vez que chegaria que durasse até essa ou essas assembleias e, depois, das duas uma: ou há deliberações sobre acções de responsabilidade contra os administradores, nos termos do art. 75º, n.º 2 (embora sempre aqui se privilegie os interesses da sociedade e dos sócios, em detrimento dos interesses dos credores e de outros terceiros), e ela deverá manter-se enquanto durarem as acções judiciais (desde que se executem tais deliberações no prazo de caducidade indicado pelo art. 75º, n.º 1); ou não há quaisquer deliberações e, então, não se me afigura razoável manter durante mais tempo a caução ou o seguro <sup>888</sup>:

---

prejuízos ocorridos durante o período posterior à cessação de funções e por causa dessa cessação de funções, uma diminuição de culpa, que deverá ser atendida no momento de ajuizar do *quantum* da indemnização (se não for mesmo o caso de o lesado – por ex.: a sociedade comprometera-se a tratar de todo o processo de contratação do seguro de responsabilidade civil e não o fizera ou não o fez atempadamente – poder ter contribuído culposamente para a produção ou o simples agravamento dos prejuízos por ele sofridos, caso em que se poderá recorrer ao art. 570º do CCiv. para efeitos de redução ou mesmo exclusão da indemnização; e atenção ao n.º 2 do art. 804º do CCiv., que estabelece como requisito de constituição em mora a imputabilidade ao devedor de não se ter efectuado a prestação, ainda possível, no tempo devido).

<sup>887</sup> Para este caso, a lei refere-se ao facto de o administrador cessar funções «por qualquer causa».

<sup>888</sup> Embora não pareça que se deva imputar à aprovação das contas e/ou à falta de qualquer deliberação sobre a responsabilidade dos administradores (mesmo com aprovação das contas) o significado



nesta circunstância, o prazo é, em abstracto, excessivo. Melhor seria, desde logo, fazer corresponder o “prazo de manutenção” às vicissitudes dessas actuações (deliberativas e judiciais) da sociedade. No entanto, em concreto, pode, ao invés, pecar por curto. Suponhamos que aquilo que é pressuposto acontecer – a realização da assembleia ordinária – não vem a acontecer durante o período imposto por lei, nem sequer até ao fim do prazo indicado no art. 396º, n.º 4. Ou que nunca se realize assembleia apuradora de responsabilidade até ao fim desse prazo. Nestas eventualidades, o levantamento da caução depois de esgotado o prazo seria inatacável de acordo com a lei mas frustraria o escopo da garantia. Por isso, seria aconselhável, não havendo qualquer actuação social, associar o efeito liberatório definitivo ao decurso dos prazos prescricionais admitidos pelo art. 174º para os direitos indemnizatórios conferidos pelos arts. 72º e ss.<sup>889</sup>

Seja como for, a norma não prima pelo rigor. Como é bom de ver, a cessação de funções, enquanto efeito do incumprimento dos “deveres inerentes à caução”, só se produz *para os administradores que se encontrem no exercício de funções*. O facto de o n.º 4 do art. 396º obrigar a que a caução se mantenha até ao final do ano civil seguinte ao ano em que o administrador cesse as suas funções, sob pena de «cessação imediata de funções», sendo imediatamente apreendida a contradição, não cobra qualquer relevo se esse dever não for cumprido depois de *esgotado o tempo de exercício das*

---

declarativo de renúncia tácita (da sociedade) ao direito de indemnização por prejuízos gerados pelos factos dos administradores. No Decreto-Lei n.º 49 381 de 1969, o art. 19º, n.º 3, não admitia que a aprovação do balanço fosse visto como renúncia a esse direito, com excepção de os factos constitutivos de responsabilidade haverem sido expressamente levados ao conhecimento da assembleia, antes da aprovação do balanço, e esta tenha sido obtida sem que contra ela se tenham oposto votos correspondentes a, pelo menos, 10% do capital social; para aprovação no direito anterior, v. PINTO FURTADO, *últ. ob. cit., sub art. 174º*, págs. 420-421.

<sup>889</sup> O art. 174º do CCom. não continha duração de igual natureza para a manutenção da caução. Porém, como o levantamento da caução deveria coincidir com o momento em que normalmente se extinguia a responsabilidade que ela se destinava a garantir, a doutrina entendia que a caução não poderia ser levantada até que decorressem seis meses após a aprovação do balanço da “gerência”, de que participasse o “director” caucionado, imediatamente posterior ao termo das funções do administrador em causa, por aplicação do art. 190º. Na falta dessa aprovação, deveria manter-se por cinco anos depois desse termo, uma vez que era esse o prazo prescricional imposto pelo art. 150º (sempre do CCom.): v. CUNHA GONÇALVES, pág. 438, RAÚL VENTURA/BRITO CORREIA, págs. 218-219; diferentemente, PINTO FURTADO, *últ. ob. cit., sub art. 174º*, pág. 421, considerava excessivo que a caução se mantivesse até que decorresse o prazo prescricional e, mais do que isso, defendia a *libertação* dos administradores cessantes logo que prestassem contas na assembleia respectiva. No direito italiano encontrei em sentido concordante UMBERTO NAVARRINI, *Commentario del Codice di Commercio*, Vol. II, *Delle società...* cit., pág. 478: “[a] obrigação de caução deve logicamente perdurar até ao termo para além do qual não seja mais possível exercer contra os administradores a acção de responsabilidade. Este termo deveria ser o termo da prescrição; mas (...) a liberação da responsabilidade verifica-se quando a assembleia tiver aprovado o balanço regularmente compilado, sem reserva para a responsabilidade dos administradores”.

*funções* ou depois de, no decurso desse tempo, *ter ocorrido outra causa de cessação de funções*. Foi esta percepção que levou a doutrina, em cotejo com a consequência para o administrador que entra em funções e não presta a caução, a alegar com acerto que se tratava de uma sanção “parcialmente incongruente”<sup>890</sup>. Se assim é, *a parte final do art. 396º, n.º 4, deve ser interpretada restritivo-teleologicamente* e aplicada tão-só à falta de caução «nos 30 dias seguintes à designação ou eleição» dos administradores. O que permanece para a outra hipótese? O dever legal de não levantar antecipadamente a caução ou extinguir o contrato de seguro até ao fim do ano civil seguinte ao ano da cessação de funções e a eventual responsabilidade por danos causados pelo incumprimento desse dever (v. g., a impossibilidade superveniente de executar um dever indemnizatório que venha a ser decretado em favor da sociedade, credores, sócios e outros terceiros por inexistência ou insuficiência do património do administrador responsabilizado).

Com esta precisão: se o administrador que vê caducado o seu título pelo decurso do tempo for reeleito, não é preciso prestar nova caução ou celebrar novo seguro, mas revigora-se o dever de não levantar ou não extinguir o seguro antecipadamente que sobre ele impendia entre o momento da extinção de funções e o momento da reeleição; se o fizer, o levantamento deve equiparar-se à falta de prestação e produz a «cessação de funções». Se o administrador não for novamente designado e assumir irremediavelmente a falta de poderes administrativos, levantar a caução ou extinguir o seguro será incumprimento *ex post* que deve ser visto à luz da inobservância de um dever legal *específico* imposto pela lei, sem que naturalmente haja qualquer interesse para as funções que caducaram antes pelo decurso do tempo.

E ainda com mais esta exactidão: depois de concluído o prazo de vigência do título, o administrador de direito *que não se afasta do exercício das funções de administrador* transmuta-se em administrador de facto. E, vinculado a não levantar a caução, levantando, não é por isso que é qualificável como administrador de facto, mas antes já o era pela cessação *temporal* das suas funções.

---

<sup>890</sup> RAÚL VENTURA, “Nota sobre a caução...”, *loc. cit.*, pág. 203, acompanhado por PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais cit.*, pág. 741, para quem, sendo obrigatório manter a caução para além do termo de funções, não faz sentido “aplicar a sanção legal e fazer cessar as mesmas”.

### 8.1.5. *Cooptação e designação de administrador substituto pelo conselho fiscal ou comissão de auditoria sem ratificação pelos sócios*

No caso de a substituição dos administradores que revelam “falta definitiva” ou permanente ter consistido em cooptação ou designação (sucedânea) pelo conselho fiscal ou pela comissão de auditoria (als. *b*) e *c*) do n.º 1 do art. 393º<sup>891</sup>), o título de nomeação (substitutiva) extingue-se, nos termos do art. 393º, n.º 4, se a primeira assembleia geral seguinte da sociedade não ratificar essa nomeação (*rectius*, não aprovar a proposta de ratificação da nomeação do ou dos cooptados)<sup>892-893</sup>.<sup>894</sup> Ou, desde logo, se a ratificação não constar sequer da ordem de assuntos a tratar<sup>895</sup>. Ou,

---

<sup>891</sup> Não obstante o silêncio da lei, a mesma competência assistirá, nas sociedades anónimas com estrutura tradicional, ao fiscal único (arts. 278º, n.ºs 1, al. *a*), e 2, 413º, n.º 1, al. *a*), 414º, n.º 1), de acordo com a norma geral do art. 413º, n.º 6. Favorável: COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., pág. 147; desfavorável: PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais* cit., pág. 726.

Quanto ao conselho fiscal e à comissão de auditoria, v. ainda os arts. 420º, n.º 1, al. *m*), 1.ª parte, e 423º-F, al. *q*), 1.ª parte, que lhes atribui o dever de «cumprir as demais atribuições constantes da lei».

<sup>892</sup> A ratificação-confirmação pela assembleia dos sócios aparece nos arts. 2386, 1º §, 2.ª frase, do *Codice Civile* – «Os administradores assim nomeados permanecem em funções até à próxima assembleia.» –, L. 225-24, al. 4.ª, do CCFr. – «As nomeações efectuadas pelo conselho (...) são submetidas a ratificação da mais próxima assembleia geral ordinária.» –, art. 244 da LSCE – «(...) o conselho poderá designar entre os accionistas as pessoas que as [vagas] ocuparão até que se reúna a primeira assembleia geral.» (corresponde ao pretérito art. 138 da LSAE) –, art. 519, 2.ª frase, do CSBelg. – «(...) na primeira reunião da assembleia geral, esta procede a eleição definitiva». RAÚL VENTURA, “Nota sobre a substituição...”, *loc. cit.*, pág. 166, refere-se expressamente na sua análise sobre a cooptação ao art. 94 da *Loi n.º 66-537 sur les sociétés commerciales* (antecedente do preceito actualmente em vigor no CCFr.). Para uma ampla exposição de direito comparado referido aos sistemas de cooptação em vários ordenamentos, v. FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, *Provisión de vacantes...* cit., págs. 43-291.

<sup>893</sup> Seja essa assembleia a assembleia geral anual ordinária (art. 376º), seja ela uma assembleia extraordinária (sobre a distinção, v. por todos MENEZES CORDEIRO, *SA: assembleia geral...* cit., págs. 121 e ss, 131-132). V., lá fora, com divisões quanto a essa última possibilidade, GUSTAVO MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., págs. 11, 12-13 e 15 (ainda que não se referindo à consequência), 37; GIUSEPPE FERRI, *Le società* cit., pág. 706, assertivo quanto à competência da “primeira” assembleia, “seja qual for a razão que a determine”; BARTOLOMEO QUATRARO, pág. 617; ENZO ROSSI, *Amministratori di società ed esercizio del potere. Con particolare riferimento alle normative opa e anitrust*, 1989, págs. 186, 204; GIOVANNI CASELLI, *Vicende del rapporto di amministrazione* cit., n. (20) – pág. 10, GIANCARLO FRÈ/GIUSEPPE SBISÀ, *sub art. 2386, n. (1) – pág. 801, PAOLO RAINELLI, n. (15) – pág. 709 [Itália]; JEAN HÉMARD/FRANÇOIS TERRÉ/PIERRE MABILAT, Sociétés commerciales*, Tome I cit., pág. 741, PIERRE-GILLES GOURLAY, *Le conseil d’administration...* cit., pág. 54 [França]; ÁNGEL ROJO, “La facultad de cooptación...”, *loc. cit.*, págs. 411-412, MANUEL DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, “La administración de la sociedad anónima”, *loc. cit.*, pág. 108, EDUARDO POLO, *Los administradores...* cit., pág. 422, FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, *Provisión de vacantes...* cit., págs. 396-397 [Espanha]. Entre nós, v. MARIA JOÃO DIAS, pág. 233 (deve a ratificação ser decidida “aquando da primeira deliberação tomada pelos accionistas após a substituição, independentemente da forma de tomada da deliberação”).

<sup>894</sup> Deve entender-se que a «primeira assembleia» é a seguinte à aceitação do administrador cooptado.

<sup>895</sup> Este ponto implica discutir se o presidente da mesa da assembleia está obrigado *ex vi legis* a incluir entre os pontos da “ordem do dia” da primeira assembleia seguinte que se celebre o ponto concernente à confirmação da vaga cooptada: na verdade, o art. 393º, n.º 4, enuncia que a cooptação (e a designação pelo conselho fiscal/fiscal único) *devem* ser submetidas a ratificação; deste modo, parece

também que esse dever, para além da imperativa confirmação pelos sócios, se estende, *antes disso e para isso*, à actuação de quem tem, em regra, a competência para chamar os sócios para se reunirem (a favor, no direito francês, para a competência do conselho de administração, que, não estando obrigado à convocação imediata de uma assembleia *ad hoc* para a correspondente ratificação dos cooptados, deve incluir necessariamente essa matéria na assembleia geral ordinária seguinte, v. PIERRE-GILLES GOURLAY, *Le conseil d'administration...* cit., pág. 54). Claro que essa conclusão depreende que o presidente da mesa da assembleia geral realiza a sua *função-dever* de “acompanhamento” da vida social e possa obter, nesse âmbito, a informação conveniente e adequada junto da administração – por aplicação analógica do art. 421º, n.º 1, al. b): é a posição de MENEZES CORDEIRO, *últ. ob. cit.*, págs. 59-60. O certo é que não são claras as consequências da negligência do presidente da mesa na hora de incluir a ratificação entre as matérias a tratar nessa «primeira assembleia geral seguinte». Nem é defensável que, tendo havido cooptação, lhe incumba a obrigação de convocar uma assembleia extraordinária tão somente para o tema da ratificação – não obstante ele não estar sujeito apenas a convocar assembleias nos estritos termos do art. 375º, n.ºs 1 e 2, antes conserva um poder de desencadear autonomamente (neste sentido, PEDRO MAIA, “O presidente das assembleias de sócios”, *Problemas do direito das sociedades*, 2002, pág. 435, ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, págs. 446-447, MENEZES CORDEIRO, *ibid.*, págs. 61-62). O certo é que a administração foi já reconstituída e a normalidade da gestão está assegurada. De todo o modo, *de iure condendo*, melhor seria (i) a lei estatuir um prazo limite para a convocação dessa assembleia, ainda que nela só se discutisse esse ponto, e (ii), em anexo ao poder de o conselho cooptar, ditar a obrigatoriedade de o próprio conselho (já reconstituído) requerer, também em certo prazo, curto, a convocação de assembleia para a mencionada ratificação.

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

Paralelamente, aqui será de patrocinar que, discricionariamente, os administradores restantes (mesmo que deficitário o conselho na maioria deliberativa) possam, nesta situação de urgência e com esta como fundamento, solicitar a convocação, ainda que sem deliberação (art. 410º, n.º 4) – talvez baste até a norma de vinculação da sociedade *ex art.* 408º; até se pondere mesmo um poder *uti singuli* dos administradores. No direito espanhol, a doutrina sustentou, pelo menos como solução *de lege ferenda*, por causa da falta de maioria deliberativa para convocar a assembleia, que se admitisse a validade de determinadas deliberações do conselho sem quórum constitutivo, como o da convocatória da assembleia que haja de dar provimento às vagas existentes: JOSÉ GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades anónimas* cit., pág. 357 (aparentemente), PEDRO MIROSA MARTÍNEZ, *El cese...* cit., págs. 165-166, EDUARDO POLO, *Los administradores...* cit., pág. 426, MANUEL DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, “La administración de la sociedad anónima”, *loc. cit.*, pág. 109, FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, *Provisión de vacantes...* cit., págs. 363 e ss, em esp. 368-369, FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores...* cit., pág. 526; contra: ÁNGEL ROJO, “La facultad de cooptación...”, *loc. cit.*, pág. 389. Houve até quem considerasse que era estatutariamente legítima a previsão de um “administrador provisório”, que ficaria com a função transitória e acidental de convocar a assembleia geral que reconstruísse o órgão em estado de acefalia e se responsabilizasse pela realização de actos necessários e urgentes: ANTONIO SOTO BISQUERT, págs. 3692 e ss. O problema parece hoje resolvido: o art. 171 da LSCE, na senda da última redacção do art. 45, n.º 4, da LSRLE, veio atribuir, em caso de morte ou caducidade da maioria dos administradores, sem que existam suplentes, a faculdade de qualquer dos administradores restantes solicitar judicialmente a convocatória da assembleia geral com o fim da nomeação dos administradores. Melhor já estava o direito francês, onde, a título excepcional, não podendo haver cooptação por redução dos administradores a número inferior ao limite mínimo legal, «(...) os administradores restantes devem convocar imediatamente a assembleia geral ordinária com o fim de completar o efectivo do conselho» (art. L. 225-24, 2º al., CCFr.); bem igualmente está o direito italiano, que estatui o mesmo dever aos administradores no art. 2386, § 2º, do CCI; acrescentando-se que, se cessarem todos os administradores ou o administrador único, a assembleia para a nomeação do administrador ou de

ainda, se a assembleia, confrontada com esse ponto da “ordem do dia”, não deliberar, expressamente ou tacitamente, sobre esse assunto <sup>896</sup>. Ou, em outro cenário equivalente, se a assembleia deliberar a nomeação de sujeito ou sujeitos diferentes do

todo o conselho deve ser convocada urgentemente pelo conselho fiscal, o qual pode, até lá, praticar os actos de administração ordinária (§ 4º). Em face do nosso direito positivo (v. arts. 406º, al. c), 431º, n.º 3, que aponta para deliberação de requerimento da convocatória), mais pacífico será conferir aos administradores restantes a iniciativa de dar conta da necessidade de convocação ao presidente da mesa (que depois a convocará por sua iniciativa oficiosa). Ao invés, já assim o podem solicitar *ex lege* o conselho fiscal/fiscal único e a comissão de auditoria (arts. 375º, n.º 1, 420º, n.º 1, al. h), 423º-F, n.º 1, al. h)). Com o acrescimento de que, na circunstância de a solicitação ser dos órgãos de fiscalização não ser deferida, tais órgãos poderão convocar directamente os sócios (art. 377º, n.º 7). Porém, não escondo que poderá gizar-se que ao presidente da mesa cabe propriamente, nestas circunstâncias, um dever de convocar a assembleia para a ratificação dos administradores cooptados: (i) se não houver suplentes e não é lícita a cooptação nem a designação subsidiária pelo conselho fiscal/fiscal único ou comissão de auditoria, o único expediente substitutivo é a eleição dos administradores; (ii) a eleição é feita em assembleia geral (art. 391º n.º 1); (iii) a lei impõe, pois, que se reúna a assembleia geral para a substituição; (iv) o presidente da mesa tem o dever de a convocar a assembleia «sempre que a lei o determine» (art. 375º, n.º 1). Mesmo que assim seja, haverá dúvidas, se omitido tal dever, em sujeitar o presidente da mesa à responsabilidade criminal tipificada no art. 515º, n.º 1 – a lei estabelece aí «a convocação nos prazos da lei ou do contrato social» (a não ser que haja previsão estatutária). Já se a convocação for solicitada por outro órgão, estaremos com menos dúvidas no âmbito de preenchimento do crime de “irregularidade na convocação de assembleias sociais” previsto pelo art. 515º, n.º 2. Mas já não coloco entraves a que o incumprimento do presidente da mesa legitime a convocação judicial da assembleia de acordo com o procedimento desenhado nos arts. 1486º e ss do CPC – uma das hipóteses normativas é «quando, por qualquer forma, *ilicitamente* se impeça a sua realização ou o seu funcionamento» –, mesmo que não estejamos perante a – ou para além da – hipótese prevista no art. 375º, n.ºs 2 e 6, para sócios que «possuam acções correspondentes a, pelo menos, 5% do capital social» (outras hipóteses no CSC estão nos arts. 67º, n.º 4, e 378º, n.º 4, em conjugação com o art. 377º, n.º 1, *in fine*). Não por acaso, o mesmo art. 171 da LSCE atribui a faculdade a qualquer dos sócios de requerer convocatória judicial da assembleia, também para os casos de morte ou “saída” do administrador único ou de todos os administradores.

De todo o modo, as soluções legais são menos problemáticas quanto à hipótese de se tomar em conta a «assembleia geral seguinte» como a «assembleia geral anual» prevista pelo art. 376º, n.º 1 – em especial se esta for mesmo a “seguinte”, pois já está em curso o prazo constante desse n.º 1 («três meses a contar da data do encerramento do exercício ou no prazo de cinco meses a contar da mesma data quando se tratar de sociedades que devam apresentar contas consolidadas ou apliquem o método da equivalência patrimonial»: cfr. ainda o art. 65º, n.º 5). Em primeiro lugar, não vejo que seja de enjeitar que na matéria elencada na al. d) do preceito – «Proceder às eleições que sejam da sua competência» – se integre, por extensão, a ratificação dos cooptados. Depois, para essa assembleia, já o conselho de administração tem o dever de pedir a respectiva convocação. Ou seja, para o presente efeito, acumula por lei o (poder-)dever de cooptar e de solicitar a convocação da assembleia onde se fará (ou não) a ratificação dos cooptados. Razão pela qual se a ratificação for de efectuar na assembleia geral ordinária anual o incumprimento dos administradores em pedir a convocação da assembleia para ratificar os cooptados se subsume no *incumprimento genérico e mais amplo do dever de pedir ao presidente da mesa a convocação da assembleia geral ordinária dentro do prazo legal*.

O direito francês apresenta um remédio para estas situações de crise. O art. L. 225-24, 5.ª al., do CCFr. dispõe: «Sempre que o conselho não cura de proceder às nomeações requeridas ou convocar a assembleia [na hipótese de cooptação excluída (al. 2.ª)], todo o interessado pode solicitar judicialmente a designação de um mandatário encarregado de convocar a assembleia geral, para o efeito de proceder às nomeações ou ratificar as nomeações previstas na terceira alínea [cooptação obrigatória]».

<sup>896</sup> Servirá para declarar essa ratificação uma deliberação sobre outro assunto que demonstre inequivocamente ser vontade dos sócios a confirmação do administrador substituto (se se delibera a sua remuneração, se se procede à assunção de um negócio por ele celebrado em desrespeito do objecto social, etc.).

ou dos administradores cooptados – hipótese de rejeição tácita da ratificação exigida por lei ou proposta na ordem de trabalhos<sup>897</sup>. Em todas estas circunstâncias<sup>898</sup>, e no momento do encerramento da reunião<sup>899</sup>, a falta de ratificação corresponde a mais uma causa de cessação por caducidade das funções dos administradores designados<sup>900</sup> (o preceito, note-se, exige que essas formas de substituição «*devem ser*

---

<sup>897</sup> RAÚL VENTURA, “Nota sobre a substituição...”, *loc. cit.*, pag. 165, considerava que a eleição poderia alternar com a cooptação e a designação pelo conselho fiscal, não tendo, por isso, que se subordinar a uma substituição prioritariamente concedida aos recursos de suprimento operados pelas als. b) e c) do art. 393º, n.º 3 (o que não acontecia com a convocação de suplentes).

<sup>898</sup> V. PIERRE-GILLES GOURLAY, *Le conseil d’administration...* cit., pág. 61, GIUSEPPE FERRI, *Le società* cit., págs. 706-707, ÁNGEL ROJO, “La facultad de cooptación...”, *loc. cit.*, págs. 417, 419, MANUEL DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, “La administración de la sociedad anónima”, *loc. cit.*, pág. 108, FERNANDO RODRÍGUEZ ARTIGAS/GAUDENCIO ESTEBAN VELASCO, pág. 123, FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, *Provisión de vacantes...* cit., págs. 396-397, 398-399, 399-400, RODRIGO URÍA/AURELIO MENÉNDEZ/GARCÍA DE ENTERRÍA, pág. 900, JEAN-PAUL VALUET/ALAIN LIENHARD, pág. 389, ANTONIO RONCERO SÁNCHEZ, “La cobertura de vacantes en el consejo de administración de una sociedad anónima por el sistema de cooptación y el ejercicio del derecho de representación proporcional”, *RdS*, 2008, págs. 192-193.

Entre nós, ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, págs. 108-109, COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., pág. 147 e n. (358). Restritivamente, JOÃO LABAREDA, “A cessação da relação de administração”, *loc. cit.*, pág. 162 e n. (102), só admite a extinção da relação administrativa quando haja recusa da assembleia em ratificar a substituição; nas outras hipóteses, “não chega a verificar-se o facto gerador da caducidade”. Antes, RAÚL VENTURA, “Nota sobre a substituição...”, *loc. cit.*, pág. 166, mencionara unicamente tal recusa como facto gerador da caducidade.

<sup>899</sup> FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, *Provisión de vacantes...* cit., págs. 398-399.

<sup>900</sup> Não serve a cooptação para cobrir vagas que não resultem de “falta definitiva” do administrador, ocorrida no decurso do tempo de duração do cargo. “Falta definitiva” (art. 393º, n.º 3) implica prévias nomeação e aceitação eficazes de uma pessoa (singular ou colectiva: art. 390º, n.ºs 3 e 4) como membro do conselho de administração (inclusivamente tratando-se de vagas produzidas por administradores *previamente cooptados*), ainda que não haja iniciado na prática o exercício de funções de administração. O que arreda este mecanismo de substituição para outras circunstâncias de privação do administrador: falta de aceitação da nomeação ou de eleição de todos os administradores estatutariamente permitidos, declaração de nulidade ou anulação do acto de nomeação, extinção do cargo por decurso do tempo, alargamento estatutário do número de administradores do conselho, etc. V. JEAN HÉMARD/FRANÇOIS TERRÉ/PIERRE MABILAT, *Sociétés commerciales*, Tome I cit., págs. 740-741, ÁNGEL ROJO, “La facultad de cooptación...”, *loc. cit.*, págs. 383 e ss, MANUEL DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, “La administración de la sociedad anónima”, *loc. cit.*, pág. 107, FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, *últ. ob. cit.*, págs. 318-319, YVES GUYON, *Droit des affaires*, Tome 1 cit., pág. 334, FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores...* cit., pág. 523-524, ANTONIO RONCERO SÁNCHEZ, pág. 188, LUIS FÉRNANDEZ DE LA GÁNDARA, *Derecho de sociedades*, volumen I cit., págs. 813-814. Em Itália, ainda que com uma formulação equívoca no art. 2386, § 1º, do CCIt. («Se no decurso do exercício vierem a faltar um ou mais administradores, os outros procedem à sua substituição com deliberação aprovada pelo conselho fiscal...»), a doutrina sustenta que a cooptação serve só para causas *não fisiológicas* de caducidade e não pode suprir a cessação do cargo pelo cumprimento do período pelo qual o administrador foi nomeado ou a falta de nomeação *originária* de todos os membros do conselho: MARIO GHIDINI, págs. 635-636, GUSTAVO MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., págs. 33, 36 e n. (62) (porém, a págs. 38-39, o Autor entende ser de aplicação analógica a norma legal da cooptação para a substituição de administradores nomeados mas que não aceitaram a nomeação; a favor: EMILIO VALSECCHI, “Nomina di amministratori per cooptazione”, *Riv. Soc.*, 1959, págs. 473-474), EMILIO VALSECCHI, “Successive cooptazioni di amministratori”, *Riv. dir. comm.*, pág. 423, CESARE SILVETTI/GINO CAVALLI, pág. 258, FRANCO BONELLI, *Gli amministratori...* cit. 1985, n. (3) – pág. 52, PIER GIUSTO JAEGER, “Nomina degli amministratori...”, *loc. cit.*, págs. 881-882, GIOVANNI CASELLI, *Vicende del rapporto di amministrazione* cit., pág. 10, FILIPPO CHIOMENTI, “Note minime in tema di nomina di amministratori s.p.a. per cooptazione”, in *Riv. dir. comm.*, 1991, págs. 315 e ss, GIANCARLO FRÈ/GIUSEPPE SBISÀ, *sub art. 2386*,

submetidas a ratificação») <sup>901-902</sup>. E, assim sendo, mais uma situação típica de possível administração de facto se poderá vislumbrar: *o administrador cooptado mas não ratificado pelos sócios*.

Adicional reflexão merece a competência do conselho de fiscal (ou do fiscal único) e da comissão de auditoria para intervir na substituição de uma *minoría* de administradores. *Se houver lugar à cooptação, a maioria dos administradores restantes fica com o dever (em rigor, um poder-dever) de subrogar as vagas produzidas* <sup>903-904</sup> – têm

pág. 802, MASSIMO FRANZONI, *Della società per azioni*, Tomo III, *Dell'amministrazione e del controllo...* cit., sub art. 2386, pág. 261.

<sup>901</sup> V. ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, págs. 107-108, 108-109, RAÚL VENTURA, “Nota sobre a substituição...”, *loc. cit.*, pág. 166, COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., pág. 147, PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais* cit., pág. 725.

<sup>902</sup> A cooptação não é permitida na sociedade anónima que siga a estrutura germânica (art. 278º, n.º 1, al. c): «Em caso de falta definitiva ou de impedimento temporário de administradores, compete ao conselho geral de supervisão providenciar quanto à substituição, sem prejuízo da possibilidade de designação de administradores suplentes, nos termos previstos no n.º 5 do artigo 390º, e, no caso da alínea b) do n.º 1 [«Se não forem designados nos estatutos, os administradores são designados: (...) b) Pela assembleia geral, se os estatutos o determinarem.», da necessidade de ratificação daquela decisão de substituição pela assembleia geral seguinte» (art. 425º, n.º 4). Porém, como vemos, *igual caducidade se verifica* para os administradores executivos nomeados pelo conselho geral e de supervisão para substituir administradores executivos designados pelos sócios (em aproveitamento de cláusula estatutária que lhes confere tal faculdade) *se a assembleia geral seguinte não ratificar essa substituição*. O que significa que a interpretação que se fizer do art. 393º, n.º 4, aproveita à leitura do art. 425º, n.º 4, 2.ª parte.

<sup>903</sup> Em sentido diferente, preferindo descortinar, no caso do CSC, uma “simples faculdade”, PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais* cit., pág. 725.

Todavia, no caso do nosso art. 393º, n.º 3, al. b), al. d), 1.ª parte, n.º 4 e n.º 5, em conjunto estabelece-se um sistema rígido, ao qual estará vedada, em princípio, a interferência dos sócios por intermédio dos estatutos. Mas isso não significa que esteja colocada de parte a validade de cláusulas estatutárias que acrescentem rigor, por forma a limitar-se o exercício do poder-dever da cooptação: *v. g.*, a cooptação só pode ser convocada para determinadas causas de caducidade; a cooptação fica restrita ao suprimento de um número máximo de vagas do conselho; o reforço do quórum deliberativo para a deliberação de cooptação; a cooptação só poder ser feita por chamada de accionistas ou, dentro dos accionistas, de accionistas com um certo número de acções ou determinada antiguidade; etc. Sobre a possibilidade de configuração estatutária da cooptação em face dos vários sistemas legalmente admitidos – tornando-a obrigatória, limitando-a, condicionando-a, excluindo-a ou substituindo-a –, em esp., no caso de ela ser preceptiva, pela admissibilidade de estarmos perante uma norma derogável pelo acto constitutivo, *v. GUSTAVO MINERVINI, Gli amministratori...* cit., pág. 38, GIUSEPPE FERRI, *Le società* cit., pág. 707, ÁNGEL ROJO, *ibid.*, págs. 393 e ss, FILIPPO CHIOMENTI, págs. 318 e ss, GIANCARLO FRÈ/GIUSEPPE SBISÀ, sub art. 2386, pág. 804, FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, *últ. ob. cit.*, págs. 413 e ss, GIAN FRANCO CAMPOBASSO, *Diritto commerciale 2. Diritto delle società* cit., pág. 377, FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores...* cit., págs. 520-521, 522 (que veicula a posição que adopto sobre a admissibilidade de normas estatutárias “limitativas” da cooptação). Contra a derogabilidade do sistema de cooptação, GASPARE SPATAZZA, “Consiglio di amministrazione incompleto e sostituzione degli amministratori mancanti”, *Riv. Soc.*, 1967, págs. 1269-1279 e n. (55), ENZO ROSSI, pág. 187.

Para o direito italiano, vemos como dominante a leitura a favor da existência de uma obrigação a cargo dos administradores (ou do conselho de administração formado pelos administradores supérstites), seja de cooptar, seja de convocar a assembleia se não subsiste a maioria do conselho: *v.*, entre outros, GUSTAVO MINERVINI, *ibid.*, págs. 37-38, EMILIO VALSECCHI, “Nomina di amministratori per cooptazione”, *loc. cit.*, págs. 470 (e n. (2)), 471, 478-479, ID., “Successive cooptazioni di amministratori”, *loc. cit.*, págs. 429-430, GIOVANNI VERDE, “Nomina per cooptazione e poteri dell'amministratore cooptato”, *Riv. Soc.*, 1961,

para isso um prazo máximo de 60 dias e, para além dele, já não o podem cumprir <sup>905</sup>. Não cumprindo, a competência translada-se para o conselho fiscal/fiscal único ou para a

---

pág. 1006 e ss, GASPARE SPATAZZA, págs. 1262 e ss, CESARE SILVETTI/GINO CAVALLI, pág. 258, BARTOLOMEO QUATRARO, págs. 616-617, ENZO ROSSI, pág. 186, GIOVANNI CASELLI, *Vicende del rapporto di amministrazione* cit., pág. 14, FILIPPO CHIOMENTI, pág. 318, GIANCARLO FRÈ/GIUSEPPE SBISÀ, *sub art. 2386*, págs. 803-804; GIUSEPPE FERRI, *Le società* cit., págs. 706-707. Ainda que vendo aqui um dever, PIER GIUSTO JAEGER, “Nomina degli amministratori...”, *loc. cit.*, págs. 881-882 e n. (41), por seu lado, não nega uma certa margem de discricionariedade aos administradores supérstites, especialmente se a cessação dos administradores ocorre um ou poucos meses antes da assembleia seguinte. Pugnando pela faculdade e pela legitimidade do recurso imediato à assembleia dos sócios para a nomeação dos substitutos, VICENZO SALAFIA, “La sostituzione degli amministratori dimissionari, decaduti o deceduti”, *Società*, 1999, pág. 650; contraditório, pois parece assumir ambas as hipóteses: MASSIMO FRANZONI, *Della società per azioni*, Tomo III, *Dell'amministrazione e del controllo...* cit., *sub art. 2386*, págs. 260 e 262-263.

Ao invés, no direito espanhol, não haverá dúvidas que se está perante uma faculdade atribuída ao conselho de administração, confiando-se à sua discricionariedade o respectivo juízo de oportunidade ou de conveniência: era assim com o art. 138 da LSAE, «... o Conselho *poderá* designar entre os accionistas as pessoas que as [vagas] ocuparão até que se reúna a primeira assembleia geral» (ÁNGEL ROJO, “La facultad de cooptación...”, *loc. cit.*, pág. 391, FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, *Provisión de vacantes...* cit., pág. 428, FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores...* cit., pág. 517); é assim também com o art. 244 da LSCE (a única diferença é que o mecanismo de cooptação passou a ser subsidiário da chamada de suplentes, se os houver). O mesmo sistema facultativo é consagrado no CSBelg. («No caso de vaga de um lugar de administrador e salvo disposição contrária dos estatutos, os administradores restantes têm o *direito* de o reintegrar provisoriamente: art. 519, 1.<sup>a</sup> frase), ainda que se sustente na doutrina a cooptação obrigatória quando as vagas levam a um número de conselheiros inferior ao mínimo estatutário e igual ou superior ao mínimo legal (v. a referência, ainda que para o direito anterior, em FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, *ibid.*, págs. 60, 177, ss). No ordenamento francês também é a própria lei que compartimenta dois sistemas de cooptação: a voluntária, se as vagas abertas não reduzem o número de membros do conselho a montante inferior ao mínimo estatutário – «No caso de vaga por morte ou demissão de um ou vários lugares de administrador, o conselho de administração *pode*, entre duas assembleias gerais, proceder a nomeações a título provisório» (art. L. 225-24, 1.<sup>a</sup> al., CCFr.; para uma extensão das situações produtoras das vagas, PIERRE-GILLES GOURLAY, *Le conseil d'administration...* cit., págs. 53-54) – e a obrigatória – «Quando o número de administradores se torne inferior ao mínimo estatutário, sem todavia ser inferior ao mínimo legal [três: art. L. 225-17, 1.<sup>o</sup> §], o conselho de administração *deve* proceder às nomeações a título provisório com o fim de completar o seu efectivo no prazo de três meses a contar do dia em que se produz a vaga» (art. 225-24, 3.<sup>a</sup> al., CCFr.; é claro que se os estatutos determinam um número certo, qualquer vaga implica cooptação obrigatória). Logo, se o montante das “perdas” sofridas pelo órgão de administração tem como consequência a redução a número inferior ao mínimo legalmente estabelecido (um ou dois), a cooptação fica *excluída*, nos termos já conhecidos do art. L. 225-24, 2.<sup>o</sup> al., do CCFr.

<sup>904</sup> Daqui não se retire que a deliberação de cooptação necessita de ser adoptada em reunião em que estejam presentes todos os restantes administradores em exercício de funções, o que seria um pressuposto de validade da cooptação (por ex., é a posição de GIOVANNI VERDE, pág. 1009, ss) – isso colidiria com a regra do art. 410.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 7. O dever de cooptar e, conseqüentemente, participar na deliberação de cooptação do conselho deve ser visto, em caso de ausência, no domínio de “justa causa” de destituição e no de existir eventual fundamento de responsabilidade solidária para com a sociedade pelos danos causados pela reintegração cooptativa (nos termos do art. 72.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 4, em articulação com o n.<sup>o</sup> 3) – por todos, no direito estrangeiro, v. GASPARE SPATAZZA, pág. 1263, e MASSIMO FRANZONI, *Della società per azioni*, Tomo III, *Dell'amministrazione e del controllo...* cit., *sub art. 2386*, pág. 263.

<sup>905</sup> No direito francês, a cooptação, quando obrigatória (como é a nossa), deve ser feita no «prazo de três meses a contar do dia em que se produz a vaga»; art. L. 225-24, al. 3.<sup>a</sup>, CComFr.). Uma parte da doutrina lamentou que a circunstância de a obrigação de cooptar naquele prazo não viesse acompanhada de sanção para o incumprimento, sendo “bastante teórica” (PIERRE-GILLES GOURLAY, *Le conseil d'administration...* cit., pág. 57); outra entendeu que, se assim não se fizesse, a partir do esgotamento do prazo, o conselho deixaria de poder adoptar deliberações válidas (PIERRE BÉZARD, *La société anonyme*, 1986, pág. 63). Para obviar a este impasse, a doutrina defendeu ainda que o próprio conselho de administração incompleto



*comissão de auditoria*: vinculam-se os respectivos membros, portanto, ao dever dos administradores incumpridos, que, tal como no caso da cooptação, terá que ser naturalmente observado num período curto <sup>906</sup>.

Se a lei condiciona *negativamente* a competência desses órgãos de fiscalização ao facto de não ter havido cooptação no prazo de 60 dias após a produção de efeitos da falta ou faltas definitivas – uma *verdadeira causa de caducidade do poder orgânico* da administração plural para reintegrar o *plenum* do órgão sem recorrer à assembleia <sup>907</sup>–, entendo que há uma *relação de interdependência entre as alíneas b) e c) do art. 393º, n.º 3*, que implica que também essa competência dos órgãos de fiscalização estará condicionada à *partida* por não ser admissível no caso concreto essa cooptação, *amarrada que ela está à condição de os administradores em exercício de funções constituírem a maioria do número fixado estatutariamente* (arts. 393º, n.º 3, al. b), 2.ª parte, 410º, n.º 4, 390º, n.º 1). Ou seja, *de os administradores a substituir equivalerem à minoria do conselho*, pois, se assim não fosse, o conselho não poderia validamente reunir-se e deliberar. <sup>908</sup>

Note-se que a cooptação consiste na escolha de um administrador pelos administradores subsistentes por intermédio de deliberação – de *órgão diferente da assembleia-colectividade dos sócios*. Se esse órgão não a fizer em tempo, entra em acção *um outro órgão diferente da assembleia-colectividade dos sócios*: conselho fiscal (ou fiscal único) ou comissão de auditoria. Mas se a cooptação não respeita o requisito legal da 2.ª parte da al. b) do art. 393º, n.º 2 («salvo se os administradores em exercício não forem em

---

tivesse a competência para convocar a assembleia geral, mesmo depois de transcorrido o prazo legal de cooptação: JEAN HÉMARD/FRANÇOIS TERRÉ/PIERRE MABILAT, *Sociétés commerciales*, Tome II, *Société anonyme: assemblées d'actionnaires, modifications du capital social, contrôle, transformation et dissolution, responsabilités. Société en commandite par actions*, 1974, pág. 4.

<sup>906</sup> Talvez se possa ponderar a aplicação analógica do mesmo prazo do art. 393º, n.º 3, al. b)).

<sup>907</sup> De acordo: RAÚL VENTURA, “Nota sobre a substituição...”, *loc. cit.*, pág. 164 (“a faculdade de cooptação conferida ao Conselho de Administração caduca ao fim de 60 dias”). Em sentido diverso: MARIA JOÃO DIAS, págs. 227-228.

<sup>908</sup> Como bem nota PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais* cit., n. (980) – pág. 725, esta maioria afere-se pelo “número de administradores autorizadamente eleitos para cada mandato e não por referência àqueles que ainda se encontrarem em exercício de funções, apesar de em número inferior aos eleitos nos termos do contrato”. A lei demanda, portanto, a subsistência de quórum *estrutural* – maioria do número de administradores fixado nos estatutos, enquanto requisito de validade da própria assembleia (e consequentemente das deliberações adoptadas): art. 410º, n.º 4 («O conselho não pode deliberar sem que esteja presente ou representada a maioria dos seus membros.») –, e não do quórum *funcional* – maioria dos administradores actualmente no desempenho de funções, enquanto requisito de validade das deliberações votadas na assembleia: art. 410º, n.º 7. Para esta terminologia, v., em tempos e direitos diferentes, GIOVANNI VERDE, n. (8) – págs. 1007-1008, LUIS FÉRNANDEZ DE LA GÁNDARA, *Derecho de sociedades*, volumen I cit., págs. 703 (onde alude à “acefalia estrutural” e à “acefalia funcional” do órgão de administração) e 814 (que exige para a cooptação a “configuração estrutural” do órgão administrativo); entre nós, COUTINHO DE ABREU, *Governo das sociedades comerciais* cit., pág. 123, apelida justamente o primeiro dos quóruns como quórum de “funcionamento do conselho”.

Contra a possibilidade de se ver aqui uma condição que não pode ser derogada estatutariamente, olhando para o ditame do 2º § do art. 2386 do CCIt., cfr. VINCENZO SALAFIA, “La sostituzione...”, *loc. cit.*, pág. 651.

número suficiente *para o conselho poder funcionar*)<sup>909</sup>, não se vê que seja legítimo intervir uma *outra* vontade distinta dos sócios – ainda que esta sempre se venha a corporizar na exigida ratificação confirmativa superveniente, ainda que tácita, pela assembleia geral – a cargo de órgão com competência *subsidiária* em relação ao órgão de administração e, por isso, dependente da existência neste do *pressuposto legal* para o exercício da competência *principal*. Se esta não existe por falta de quórum constitutivo do órgão de administração e nunca poderia ser exercida, mais linear se torna incumbir logo os sócios de uma nova eleição, de acordo com a al. d) do art. 393º, n.º 3 – saltando então o poder dos órgãos de fiscalização<sup>910</sup>. Hipótese em que nem sequer é necessário que se esgote o prazo de 60 dias, na medida em que mesmo depois desse prazo esses órgãos não podem designar qualquer substituto.<sup>911</sup>

---

<sup>909</sup> Em articulação, como vimos, com o art. 410º, n.º 4. A mesma regra de quórum aplica-se às deliberações do conselho geral e de supervisão de substituição dos administradores, por remissão expressa do art. 445º, n.º 2.

<sup>910</sup> Em Itália, o art. 2386, § 1º, do CCit. também exige o mesmo requisito da existência de quórum constitutivo aquando da tomada da deliberação de cooptação, mas ainda em termos mais restritivos: «... desde que a maioria seja sempre constituída por administradores *nomeados pela assembleia*». Ou seja, não se computando para essa maioria os conselheiros reintegrados mediante cooptações sucessivas (era uma alternativa integrada numa velha discussão da doutrina e da jurisprudência: v., com as referências pertinentes, CESARE SILVETTI/GINO CAVALLI, págs. 259-260; PAOLO RAINELLI, “Articolo 2386. Sostituzione degli amministratori”, *Il nuovo diritto societario*, Volume 1\*, Artt. 2325-2409 c.c., diretto da Gastone Cottino [et alii], 2004, págs. 708-709, Autor que chega a sustentar que nessas nomeações se ponderem os “primeiros administradores nomeados pelo acto constitutivo” da sociedade; MASSIMO FRANZONI, *Della società per azioni*, Tomo III, *Dell'amministrazione e del controllo...* cit., sub art. 2386, págs. 260-261, 262; para o mais forte opositor da solução que foi doutrinal e jurisprudencialmente sustentada e agora recolhida na lei, v. EMILIO VALSECCHI, “Successive cooptazioni di amministratori”, *loc. cit.*, págs. 423 e ss). Se assim não for, o § 2º ordena que os administradores restantes convoquem a assembleia destinada a providenciar a substituição dos lugares vagos.

Porém, em Espanha, perante o silêncio da lei, é tradicionalmente controvertida a faculdade de o conselho de administração se auto-reintegrar por cooptação quando o conselho fica reduzido a um número de membros inferior à maioria estatutária. Ou seja, sob um outro prisma, discutiu-se se o art. 138 da LSAE (agora o art. 244 da LSCE) seria uma excepção à norma demandante da maioria exigida para o quórum constitutivo do conselho – o art. 139 da LSAE, agora o art. 247, n.º 2, da LSCE –, de tal forma que os conselheiros que restassem poderiam constituir validamente o conselho para deiberarem sobre a cooptação, mesmo quando não se preenchesse esse quórum: afirmativamente, entre outros, JOAQUÍN GARRIGUES/RODRIGO URÍA, *sub art. 73*, pág. 86, *sub art. 75*, pág. 115, *sub art. 78*, pág. 149, RODRIGO URÍA GONZALEZ/AURELIO MENÉNDEZ MENÉNDEZ/JOSÉ MARIA MUÑOZ PLANAS, pág. 64, FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores...* cit., págs. 526-527 (que, reconhecendo o “fundamento formal” da tese contrária, admite a validade dessas deliberações que permitem a título transitório o funcionamento do conselho); contra essa excepção e pela inadmissibilidade da cooptação nessas condições (dominante no tempo presente), v. JOSÉ GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades anónimas* cit., pág. 357, FÉLIX LÓPEZ DE MEDRANO, pág. 196, ÁNGEL ROJO, “La facultad de cooptación...”, *loc. cit.*, págs. 386 e ss, EDUARDO POLO, *Los administradores...* cit., págs. 425-426, MANUEL DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, “La administración de la sociedad anónima”, *loc. cit.*, pág. 109, FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, *Provisión de vacantes...* cit., págs. 360 e ss (com mais referências doutrinárias adversas), em esp. 363-364, IGNACIO LOJENDIO OSBORNE, pág. 371, LUIS FÉRNANDEZ DE LA GÁNDARA, *Derecho de sociedades*, volumen I cit., pág. 814.

<sup>911</sup> Para a fundamentação da interpretação enunciativa pela qual “o intérprete deduz de uma norma [o art. 393º, n.º 3, al. c), em concatenação com a anterior al. b)] um preceito que nela apenas está virtualmente contido”, v. BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, 1982 (reimp. 2008), págs. 186-187. Ou, nas palavras de um outro Mestre, é essa a interpretação “que se verifica quando se

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

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

Quanto a este último cenário, os requisitos cumulativos para esse requerimento são a inexistência de «bastantes administradores *efectivos*» para a reunião do conselho de administração<sup>912</sup> e a não verificação das substituições previstas no art. 393º. Se a falta de quórum previsto no art. 410º, n.º 4, é clara, o requisito da não verificação das substituições é suficientemente amplo para colocar no âmbito de aplicação da norma mais do que uma hipótese: não ser possível a chamada de suplentes; ter havido chamada de suplentes mas tal não ter sido suficiente para a reconstituição da maioria; *não ser possível*

---

infirmam do preceito conclusões normativo-jurídicas que ele virtualmente admita, já que obtidas pela simples utilização de argumentos lógico-jurídicos”: CASTANHEIRA NEVES, “Interpretação jurídica”, *Digesta. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, 1995, pág. 367. V. ainda OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito. Introdução e teoria geral*, 2005, pág. 469.

*Ex adverso*, ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, n. (132) – pág. 107, considera que, mesmo quando os administradores subsistentes forem em número inferior à maioria, o conselho fiscal pode designar imediatamente os substitutos, inclusivamente “sem ter de aguardar o termo dos 60 dias a contar da falta”. Por seu turno, PAULO OLAVO CUNHA aceita que a competência do conselho fiscal ou da comissão de auditoria acontece “caso o conselho não proceda à cooptação” no prazo de 60 dias – sem diferenciar o caso em que, a meu ver, o conselho *não pode proceder à cooptação, seja em que prazo seja: Direito das sociedades comerciais cit.*, pág. 766 (=“Designação de pessoas colectivas...”, *loc. cit.*, n. (55) – págs. 193-194).

<sup>912</sup> E, portanto, a impossibilidade de deliberar validamente de acordo com o art. 410º, n.º 4 (ainda que não necessariamente para vincular a sociedade, atento o art. 408º, n.º 1: em sentido aparentemente diverso, PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais cit.*, pág. 718).

Na previsão inclui-se também, por maioria de razão, a inexistência de todos os administradores efectivos. Por isso, não fica de lado, antes pelo contrário, a possibilidade de aplicação analógica da norma às sociedades por quotas com gerência plural, mesmo quando se esteja perante a situação prevista no art. 253º, n.º 1 («falta definitiva” de todos os gerentes ou do gerente único).

cooptação e, por isso, designação pelo conselho fiscal ou pela comissão de auditoria por falta de quórum constitutivo <sup>913</sup>. De maneira que a falta de quórum constitutivo é requisito *negativo* da possibilidade de cooptação e, reflexamente, de designação pelo conselho fiscal ou pela comissão de auditoria e requisito *positivo* da nomeação judicial da 1.ª parte do art. 394º, n.º 1; verificado o prazo de 60 dias posterior à impossibilidade de reunião válida do órgão administrativo, a nomeação judicial pode (e deverá ser feita) «até se proceder à eleição daquele conselho» (393º, n.º 1, *in fine*).

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

O mecanismo que permite que seja o próprio conselho de administração a nomear os seus membros (ou o conselho fiscal/fiscal único ou a comissão de auditoria, na ausência daquela cooptação, se admissível) precipita (mais) uma excepção ao princípio geral ditado pelos arts. 391º, n.º 1, e 392º, n.º 1 e ss, segundo o qual a designação dos administradores das anónimas corresponde ao exercício, *durante societate*, de uma competência dos sócios (ao “capital”, portanto), expressa no negócio constitutivo da sociedade ou na assembleia geral <sup>914</sup>. Aquele sistema de

---

<sup>913</sup> Ou seja, existir conselho de administração “deficitário” (ÁNGEL ROJO, “La facultad de cooptación...”, *loc. cit.*, pág. 386).

<sup>914</sup> Princípio igualmente aflorado na 1.ª parte do corpo do n.º 1 do art. 425º e na sua al. b), mas com carácter supletivo – na estrutura de influência germânica, se os estatutos não elegerem os administradores ou não autorizarem que essa eleição compita à assembleia geral, os administradores são designados pelo conselho geral e de supervisão (n.º 1, al. a)). Assim, nessa forma de organização e distribuição de poderes na anónima, a regra será a de ser esse último órgão a eleger os administradores. Regra essa confirmada, como vimos, pelo n.º 4 do art. 425º, que trata da substituição dos administradores «em caso de falta definitiva ou de impedimento temporário» como poder do conselho geral e de supervisão.

Já sabemos que não estamos perante uma cooptação quando é o conselho geral e de supervisão a nomear os substitutos (eventualmente depois da chamada de suplentes, se estatutariamente prevista a respectiva eleição). Na verdade, cooptar significa que é o próprio órgão que cobre a vaga deixada por algum dos seus membros por intermédio dos votos das pessoas que nessa altura fazem parte desse órgão (-agrupamento de pessoas), escolhendo e admitindo os novos membros: v. GIUSEPPE MARTINETTO, “Cooptatio”, *NNDI*, 1959, pág. 481 (para a origem do instituto), GERRIT WINTER, “Zur offenen und verdeckten Kooptation im Gesellschaftsrecht”, *Festschrift für Reimer Schmidt*, 1976, pág. 122, FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, *Provisión de vacantes...* cit., pág. 27.

Também, em consequência, não é cooptar a designação de substituto – o que é percebido na letra da al. c) do art. 393º, n.º 3, na ausência de cooptação por deliberação do conselho de administração no prazo de 60 dias a contar da falta – pelo conselho fiscal/fiscal único e pela comissão de auditoria. No entanto, como acabamos de ajuizar, esse é um expediente de substituição que não pode deixar de ser visto e interpretado em conjugação subsidiária (e sistemática) com as regras cooptativas dirigidas ao conselho de administração.

cooptação vem a ser, num certo sentido (porventura indirecto), o reconhecimento da proeminência do conselho de administração no âmbito de organização da sociedade anónima, nomeadamente na de grandes dimensões, invertendo-se a relação de regra-excepção legalmente estabelecida na competência orgânica para a nomeação de administradores <sup>915</sup>– apenas (mais um) sintoma da crise do modelo ideal (e vigente na lei) de distribuição e relação de poderes entre os órgãos sociais <sup>916</sup>. Na realidade, estamos perante um meio extraordinário de suprimento das vagas antecipadamente produzidas durante o período de tempo pelo qual dura o “mandato” administrativo, ditada ainda e sempre pela obtenção da *continuidade da gestão efectiva* da sociedade, sem recurso imediato a uma assembleia geral *ad hoc* dos sócios, com os gastos e as dilacões que esse procedimento normalmente implica – numa espécie de compromisso entre as exigências de garantir a completude do conselho de administração (na premissa de que assim se assegura uma melhor *capacidade decisória* do órgão) <sup>917</sup>, de manter o relacionamento fiduciário entre administradores e sócios e evitar onerar a vida social com a imposição da necessidade de convocar imediatamente uma assembleia sempre que falte um administrador <sup>918</sup>. Para isso temos este procedimento emparedado entre a «chamada de suplentes» e a «eleição de novos administradores», mas que, ainda assim, é construído pela lei como um

---

<sup>915</sup> Assim, entre outros, PIERRE-GILLES GOURLAY, *Le conseil d'administration...* cit., pág. 59 (exemplo do “ascendente exercido pelo órgão de administração sobre a assembleia, em princípio onipotente”); ÁNGEL ROJO, “La facultad de cooptación...”, *loc. cit.*, págs. 424 e n. (93) – pág. 426 (“O uso generalizado da (...) cooptação limita substancialmente (...) essa função eleitoral da assembleia geral, que fica reduzida a um mero *trámite ratificante*”: sublinhei); RODRIGO URÍA/AURELIO MENÉNDEZ/JAVIER GARCÍA DE ENTERRÍA, pág. 900; LUIS FÉRNANDEZ DE LA GÁNDARA, *Derecho de sociedades*, volumen I cit., pág. 813 (“... convém sublinhar a progressiva perda de significado experimentada pela cooptação como mecanismo excepcional e a sua conversão, sobretudo no âmbito das sociedades anónimas cotadas, num procedimento ordinário de provisão de vagas antecipadas no conselho de administração”). Em Itália, ao contrário da leitura dominante (a começar em GUSTAVO MINERVINI, *Gli amministratori...* cit. págs. 14-15, 29, e a continuar em GIUSEPPE GUIZZI, “Nomina degli amministratori e cooptazione”, *Amministrazione e amministratori di società per azioni*, a cura di Bernardino Libonati, 1995, pág. 45), EMILIO VALSECCHI, “Nomina di amministratori per cooptazione”, *loc. cit.*, págs. 471-472, 475, não sustentava esse binómio regra-excepção; propunha que a cooptação *se integrava em alternância, e em complementaridade*, com a nomeação dos sócios, respondendo à urgência com que a lei entende remediar a incompletude do conselho.

<sup>916</sup> ÁNGEL ROJO, *últ. est. e loc. cits.*, pág. 425, GIUSEPPE GUIZZI, *últ. est. cit.*, págs. 47, 52 (que acentua a quebra a “lógica de derivação” e da “posição de subordinação hierárquica” dos administradores em relação à assembleia dos sócios, inerente a uma certa “concepção ideológica” de sociedade anónima).

<sup>917</sup> Embora esta exigência seja amenizada pela admissibilidade de o conselho poder deliberar validamente apenas com a maioria dos administradores em exercício de funções – art. 410º, n.º 4 –, reconhecendo, destarte, que o conselho pode funcionar em estado de incompletude.

<sup>918</sup> Assim, entre outros, EMILIO VALSECCHI, “Successive cooptazioni di amministratori”, *loc. cit.*, pág. 429, GIOVANNI CASELLI, *Vicende del rapporto di amministrazione* cit., págs. 9-10, GIUSEPPE GUIZZI, *últ. est. cit.*, pág. 66.

sistema de eleição dos administradores que depende em última instância da ratificação(-confirmação) dos nomeados pela «primeira assembleia geral seguinte»<sup>919</sup>. Certamente que a selecção dos cooptados não caberá a maioria das vezes à vontade deliberativa *originária* do conselho, pois será ao sócio ou ao grupo ou grupos de sócios que o dominam – para além da comum hipótese de ser(em) ele(s) próprio(s) administrador(es) – que acaba por se atribuir o *poder real* de eleger o ou os cooptados e tal poder ser meramente *formalizado* através da deliberação do conselho <sup>920</sup>. <sup>921</sup> Nestas circunstâncias, a ratificação posterior é um facto meramente

---

<sup>919</sup> Porém, vendo na ratificação uma “nova nomeação” dos conselheiros pelo período estatutário – pois a cooptação duraria só até à pronúncia subsequente dos sócios –, FRANCISCO VICENT CHULIÁ, *Introducción al derecho mercantil* cit., pág. 437. Mas é na mesma doutrina espanhola que se distingue com rigor técnico a deliberação de ratificação das deliberações de designação ou de eleição (ou reeleição) de membros do órgão de administração: ANTONIO RONCERO SÁNCHEZ, pág. 192, LUIS FÉRNANDEZ DE LA GÁNDARA, *Derecho de sociedades*, volumen I cit., pág. 813.

Assim, estaremos perante uma verdadeira nomeação de administradores se a assembleia, em lugar de confirmar a cooptação, eleger um novo ou novos administradores para colmatar a vaga ou vagas abertas no conselho: estamos então perante o exercício do art. 393º, n.º 3, al. d) (com confirmação negativa, expressa ou tácita, da cooptação), depois de exercido, na perspectiva *hierárquica* do preceito, o anterior expediente da al. b) (a propósito, v. *supra*, n. 897).

<sup>920</sup> Nas situações de necessidade de incluir no conselho de administração os representantes de um novo e significativo accionista, o esquema poderá ser o de produzir (ou forçar) por negociação prévia (ou acordo parassocial com os accionistas “controladores”, onde se prevê a presença imediata no conselho) a “demissão” de administrador ou administradores, com o fim de possibilitar a entrada no órgão administrativo do novo investidor ou de pessoas da sua confiança mediante a oportuna deliberação de cooptação. Logo, sem que haja reunião dos sócios para proceder à ampliação do conselho e à correspondente eleição. Esta é uma das hipóteses de “instrumentalização” indevida da cooptação compaginada por ÁNGEL ROJO, “La facultad de cooptación...”, *loc. cit.*, págs. 424-425 e n. (90); sobre a paralela questão da influência dos “grandes accionistas” e dos “titulares de bloco accionistas de referência”, mais do que um verdadeiro papel da assembleia de accionistas enquanto órgão, na composição do conselho de administração, v., por ex., GIUSEPPE GUIZZI, “Nomina...”, *loc. cit.*, pág. 49.

<sup>921</sup> Visto por um outro prisma essa relação de domínio entre os sócios e o conselho de administração, o ascendente ou o controlo que os administradores exercem sobre a assembleia geral faz com que, salvo casos excepcionais (por ex., quando entra na sociedade um novo grupo capaz de “lutar” contra o grupo dominante de sócios), os accionistas muitas vezes se limitem a aceitar sem mais a proposta de nomeação apresentada pelo órgão de administração, sob a aparência de uma autêntica eleição por parte dos accionistas (que verdadeiramente não têm a possibilidade de escolher entre diversos candidatos para o cargo substituto). Corresponderá esta a uma espécie de cooptação *fáctica* ou *dissimulada* – tal como desenhada há muito na literatura germânica (v., elucidativamente, ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER, págs. 91-92, RUDOLF WIETHÖLTER, págs. 216-217), e já captada, pelo menos, no direito espanhol (v. ÁNGEL ROJO, *últ. est. e loc. cit.*, págs. 425-426; FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, *Provisión de vacantes...* cit., págs. 32-33, chamando-lhe cooptação “velada”, 402-403) – que escapa por essa via ao emprego *formal* do mecanismo legal da cooptação para aceder ao cargo de administrador.

Efectivamente, no direito da anónima alemã, não se prevê a cooptação como meio ordinário de dar cobertura às vagas antecipadamente produzidas no *Vorstand*. À margem de as nomeações adicionais estarem no âmbito dos poderes do *Aufsichtsrat*, enquanto órgão competente para a nomeação dos membros da administração, de acordo com o § 84 (1), em esp. a frase 2.ª onde se admite uma “nova designação” (*wiederholte Bestellung*), fixam-se dois procedimentos essenciais para se substituir o *Vorstandsmitglieder*: a designação judicial em caso de urgência (§ 85 AktGesetz) e a nomeação de um membro do conselho de vigilância por este órgão para, durante um período de tempo previamente fixado, substituir um administrador que falte ou esteja impedido ou incapacitado temporariamente (§ 105 (2), AktGesetz).

*verificativo ou confirmativo da escolha anteriormente feita por influência dos sócios na opção tomada pelo conselho de administração eleitor.*<sup>922</sup>

Seja como for, compreende-se que, não resultando essas formas de substituição cooptativa de uma manifestação de vontade dos sócios (ao contrário das als. *a*) e *d*) do art. 393º, n.º 3), mas sim de pronúncia *orgânica* dos administradores que permanecem em funções (em número suficiente para o conselho poder funcionar) ou de outros órgãos (de fiscalização) da sociedade *sem alteração nem substituição do decidido por esses órgãos*<sup>923</sup>, a lei tenha optado por uma (tendencial) limitação da duração do cargo até que os sócios concordem, expressamente ou tacitamente, com a “auto-reintegração” assim feita do órgão administrativo.

Acontece que, num *primeiro momento*, que decorre entre a *deliberação de substituição do administrador* que deixa de exercer funções *através de cooptação + aceitação do cooptado* e a realização da «*primeira assembleia geral seguinte*», onde haverá ratificação, recusa (expressa ou tácita) ou falta de ratificação, aparentemente poderíamos ver aqui uma nomeação sujeita a condição *resolutiva*, entendendo que o evento condicionante seria a ratificação (ou hipótese análoga) a cargo dos sócios<sup>924</sup>.

---

Ademais, o § 94 admite a figura (equivoca) dos administradores suplentes, aos quais se aplica – diz tão-só a lei – as prescrições respeitantes aos administradores. É neste quadro legal que a doutrina chama a atenção para uma *faktische* ou *verdeckte Kooptation*, seja para integrar as propostas (ainda que não vinculantes) feitas pelo órgão de administração para a designação a fazer pelo *Aufsichtsrat* para a administração, seja para as propostas feitas à assembleia geral pelo *Aufsichtsrat* para a eleição dos representantes dos sócios neste órgão (cfr. § 125 (3) AktGesetz), que são homologadas sem apreciação pelos accionistas. V., sobre estes assuntos, RUDOLF WIETHÖLTER, pág. 306, JOACHIM MEYER-LANDRUT, *Aktiengesetz. Großkommentar* cit., sub § 84, pág. 642, *Anm. 2*, WOLFGANG HEFERMEHL, *Aktiengesetz Kommentar*, in Gessler/Hefermehl/Eckardt/Kropff *Aktiengesetz* §§ 76-94, Band I, 2. Lieferung, sub § 84, pág. 134-135, *Rdn. 8* e ss, GERRIT WINTER, págs. 142-143, HANS-JOACHIM MERTENS, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz* cit., sub § 84, pág. 144, *Rdn. 9*.

<sup>922</sup> Exemplares sobre alguns destes passos e terminologias a propósito da cooptação: PIERRE-GILLES GOURLAY, *Le conseil d'administration...* cit., pág. 59, FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, *últ. ob. cit.*, págs. 27, 32 e ss, FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores...* cit., págs. 517-518.

<sup>923</sup> COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., págs. 134-135.

<sup>924</sup> No direito italiano, nestas águas também navega a necessidade de a deliberação de cooptação ser aprovada pelo conselho fiscal, independentemente (e antes) de ser ratificada pela assembleia geral seguinte (art. 2386, 1º §, CCIt.) – uma aprovação solicitada pelo facto de o órgão fiscalizador poder exprimir o pensamento dos sócios e contribuir para que a escolha dos administradores corresponda o mais possível àquela que seria feita pela assembleia (GIANCARLO FRÈ/GIUSEPPE SBISÀ, sub art. 2386, pág. 801), à qual não será alheia uma valoração do mérito da escolha feita pelos administradores supérstites (VINCENZO SALAFIA, “La sostituzione...”, *loc. cit.*, pág. 650). Nega-se, todavia, que essa aprovação seja condição legal (*conditio iuris*) *suspensiva* da deliberação do conselho (como era tratada, primordialmente, por FRANCESCO MESSINEO, *Manuale di diritto civile e commerciale*, IV, 1954, pág. 467), ou seja, evento *externo* ao procedimento de nomeação colocado em função de um interesse heterodoxo em relação ao expresso no acto de cooptação, mas sim, sob pena de o conselho ter que efectuar outra nomeação, acto necessário(-constitutivo) para a perfeição (ou eficácia) do procedimento de nomeação (e reconhecimento do seu valor jurídico como deliberação no plano da organização social) incluída numa *fattispecie a formazione successiva*

A permanência do administrador cooptado no cargo dependeria de um facto futuro e incerto que, não sendo por si só a realização da «assembleia geral seguinte» (que chegará, ainda que se ignore quando – *dies certus an et incertus quando*), é a ratificação efectiva (expressa ou tácita) da nomeação – esta sim, não se sabe, à data da nomeação, se se produzirá. A caducidade da nomeação, se bem que certa fosse quanto ao *an*, é, pelo contrário, incerta no que toca ao *quando*. Ainda mais radical poderia, finalmente, dizer-se: sendo assim, a nomeação não produz efeitos até que se verifique o conteúdo da posição dos sócios sobre a cooptação.

Se assim fosse, aberta estaria a porta para considerarmos aqui um administrador de facto neste entretanto temporal. De tal modo que os actos do administrador substituto não confirmado – que integrariam uma espécie de gestão *intercalar e provisória*<sup>925</sup> – são desempenhados como se de um administrador de facto se tratasse: a designação *definitiva e formal* fica dependente da assembleia, como é *regra geral* para a eleição de administradores<sup>926</sup>.

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

A produção de efeitos da nomeação feita por qualquer um dos órgãos previstos nas als. *b)* e *c)* do art. 393º, n.º 3, não está condicionada ou paralisada pela ratificação posterior. Esta nomeação é *plenamente eficaz* (desde que válida a deliberação de cada um desses órgãos<sup>927</sup>) desde o instante da aceitação; os administradores cooptados<sup>928</sup>

---

(ou acto complexo): GUSTAVO MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., págs. 39-40 (mas com dúvidas sobre a exactidão de uma verdadeira cooptação neste sistema, uma vez que à deliberação do conselho de administração se junta uma deliberação de natureza idêntica do órgão de fiscalização, ambos como “elementos essenciais” da aludida *fattispecie*), GIOVANNI VERDE, pág. 1013, GASPARE SPATAZZA, n. (48) – pág. 1263, CESARE SILVETTI/GINO CAVALLI, pág. 289, MASSIMO FRANZONI, *Della società per azioni*, Tomo III, *Dell'amministrazione e del controllo...* cit., sub art. 2386, pág. 263, e, desenvolvidamente, GIUSEPPE GUIZZI, “Nomina...”, *loc. cit.*, págs. 57 e ss (nomeadamente, 67-72), que vê dogmaticamente aqui, no âmbito de uma relação dialéctica entre órgão administrativo e órgão de controlo, uma manifestação de consenso necessária para integrar a escolha realizada pelo conselho de administração, enquanto garantia do exercício correcto do poder de nomeação (em particular, para atenuar a eventualidade de um acto arbitrário).

<sup>925</sup> Com estas designações, v. ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, pág. 108, RAÚL VENTURA, “Nota sobre a substituição...”, *loc. cit.*, págs. 165-166 (no âmbito de uma “situação precária”).

<sup>926</sup> Exponho a ideia de RAÚL VENTURA, *últ. est. e loc. cits.*

<sup>927</sup> Se não for, o caso muda de figura. Suponhamos que é nomeado alguém que foi declarado interdito (violação dos arts. 390º, n.º 3, e 425º, n.º 6, al. *d*)) ou que sofre de uma causa originária de inelegibilidade: o título fica afectado e, assim, não teremos administrador de direito. A actuação do cooptado passa a colocar-se na órbita da administração de facto, se existente nos seus pressupostos de relevância, e, em esp., na relação com terceiros, uma vez registada e publicada a designação cooptativa.

<sup>928</sup> Bem como os administradores designados pelo conselho fiscal/fiscal único ou pela comissão de auditoria nos termos do art. 393º, n.º 3, al. *c)*, na falta de cooptação tempestiva pelo conselho de administração.



diferenciam-se dos outros pela *duração limitada* no tempo do cargo (até à «primeira assembleia geral seguinte») <sup>929</sup>; a “limitação temporal” assente na vigência das funções até à assembleia geral seguinte não afecta o *perfil funcional* do administrador cooptado <sup>930</sup>. A partir dessa aceitação, o cooptado converte-se num administrador *optimo iure*: usufrui da mesma posição dos restantes administradores quanto ao seu estatuto de direitos e obrigações – sem qualquer *status* de inferioridade ou de subordinação em relação aos restantes membros do conselho, que, em particular, lhe conferisse apenas legitimidade para celebrar actos de administração ordinária ou para participar em negócio ou actos urgentes; só pode ser destituído de acordo com o regime geral e não pelo conselho nomeador; está sujeito ao mesmo regime de responsabilidade pela gestão que os restantes; não está diminuído para assumir qualquer dos cargos ou posições que o órgão de administração comporta (presidente do órgão, conselheiro delegado, conselheiro membro da comissão executiva); não está impedido de participar e votar em deliberação de cooptações posteriores que auto-integrem o órgão; etc. <sup>931</sup>. De modo que os actos por ele praticados antes da tomada de posição da assembleia (*brevitatis causa*, recusa de ratificação ou omissão de deliberação) e as deliberações do conselho em que intervenha não podem deixar de ser eficazes e válidos *ainda que não haja ratificação* <sup>932</sup>, desde que, mais uma vez,

---

<sup>929</sup> AUGUSTO WEILLER, “In tema di cooptazione”, *BBTC*, 1962, pág. 50 (ser provisória não é a mesma coisa que ser limitada no tempo), GASTONE COTTINO, *Diritto societario* cit., pág. 414.

<sup>930</sup> Exemplos: GIOVANNI CASELLI, *Vicende del rapporto di amministrazione* cit., pág. 14, MASSIMO FRANZONI, *Della società per azioni*, Tomo III, *Dell'amministrazione e del controllo...* cit., sub art. 2386, pág. 261.

<sup>931</sup> EMILIO VALSECCHI, “Successive cooptazioni di amministratori”, *loc. cit.*, 1961, págs. 425, 427, GIOVANNI VERDE, pág. 1014, AUGUSTO WEILLER, págs. 50, 53 e ss, GASPARE SPATAZZA, pág. 1272, CESARE SILVETTI/GINO CAVALLI, pág. 261, FRANCO BONELLI, *Gli amministratori...* 1985 cit., n. (4) – pág. 53, GIUSEPPE FERRI, *Le società* cit., pag. 707, ÁNGEL ROJO, “La facultad de cooptación...”, *loc. cit.*, págs. 413, 414, 419-420, EDUARDO POLO, *Los administradores...* cit., págs. 426-427, FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, *Provisión de vacantes...* cit., págs. 395-396, FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores...* cit., pág. 529, PAOLO RAINELLI, pág. 709, GASTONE COTTINO, *últ. ob. e loc. cits.*, MASSIMO FRANZONI, *últ. ob. e loc. cits.*, págs. 261-262.

<sup>932</sup> Neste sentido não me parece que seja de entender que a ratificação confirmativa retroage os seus efeitos à data da nomeação (numa espécie de aplicação do princípio vazado no art. 288º, n.º 4, do CCiv., para a confirmação dos negócios anuláveis), pois nesse caso teríamos sempre que enfrentar a questão da validade e eficácia dos actos ulteriores do conselho de administração se não houver ratificação. Porém, sem articular com a compreensão não retroactiva da falta de ratificação, essa é a tese dominante em França – v. DANIEL BASTIAN, “L’administration. Introduction. Nombre d’administrateurs. Modes de nomination”, *Juris-classeur des sociétés. Traité théorique et pratique*, VI, Fascicule 130-1, 1971, pág. 11, PIERRE-GILLES GOURLAY, *Le conseil d’administration...* cit., pág. 59; v. ainda JEAN-PAUL VALUET/ALAIN LIENHARD, pág. 389.

válida tenha sido a nomeação feita pelo órgão de administração<sup>933</sup>.<sup>934</sup> É verdade que esta pode vir a ser afectada pela não ratificação superveniente – que a extinguirá –, mas, no silêncio da lei e sendo lícita a cooptação ou a designação pelo conselho fiscal ou pela comissão de auditoria, ela é integralmente produtora de efeitos também ao nível da administração e representação da sociedade onde participa o administrador ou administradores cooptados<sup>935</sup>; a caducidade pela não ratificação posterior produz meramente efeitos *ex nunc*<sup>936</sup>.<sup>937</sup>

---

<sup>933</sup> Ou suprida essa invalidade pelo próprio conselho de administração, por ratificação(-sanação) de deliberações anuláveis ou substituição(-alteração) de deliberações nulas, por analogia com a disciplina prevista para a assembleia de accionistas no art. 412º, n.º 3 (igualmente concordante com esse poder, COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., pág. 135), assim como, literalmente, pela assembleia de accionistas, pelo menos na hipótese de deliberações anuláveis por vício de procedimento. Não obstante a competência de cooptar pertencer em exclusivo ao órgão de administração (art. 406º, al. b)), indagar-se-á se os accionistas podem substituir as deliberações de cooptação que sejam anuláveis ou nulas por *vício de conteúdo*, atenta a parte final do n.º 3 do art. 412º (“desde que esta não verse sobre matéria da exclusiva competência do conselho de administração”). *Quid juris?* Em meu juízo, se a assembleia é competente para ratificar(-confirmar) a cooptação, poderá *extensivamente* sanar ou substituir a deliberação cooptativa inválida (com a conseqüente *restrição* do art. 406º, al. b)). Neste quadro, vejo ser tradicionalmente aceite em França a legitimidade para a assembleia geral de sócios, por intermédio da ratificação, sanar todo e qualquer vício de que padecesse a deliberação de cooptação, enquanto é ela a verdadeira titular do poder de designação dos administradores: v. ROGER HOUIN, “Sociétés commerciales. Sociétés par actions. Conseil d’administration. Administrateur démissionnaire. Cooptation du remplaçant. Vote du démissionnaire”, *Rev. trim. dr. comm.*, 1977, pág. 529, BARTHÉLÉMY MERCADAL/PHILIPPE JANIN, págs. 427-428 ; em sentido provavelmente divergente, PHILIPPE MERLE, “Note Cour d’Appel d’Amiens, 10 mars 1977”, *Rev. Soc.*, 1978, pág. 264.

<sup>934</sup> É neste contexto que lá fora se problematizou a competência do conselho de administração para, antes da assembleia geral (potencialmente) ratificadora, revogar validamente a deliberação de nomeação efectuada por cooptação. Entre nós, o art. 406º, b), não fornece qualquer auxílio interpretativo. Serão de seguir os argumentos essenciais da doutrina estrangeira que rejeita essa possibilidade: a cooptação é uma técnica *excepcional* de suprir vagas no conselho de administração e não deve propiciar o contrário do perseguido, ou seja, a criação de novas vagas após a cooptação; ao contrário dos sócios, que têm poderes para nomear e destituir os administradores, o conselho de administração, uma vez exercida a cooptação, esgota os seus poderes em relação ao designado, que assume, desde o momento da aceitação, uma posição *autónoma* em relação aos seus “eleitores”; o expediente da cooptação tem que ser interpretado em sentido *restritivo*, sob pena de confusão ilegal e abusiva da distribuição de poderes entre os sócios e a administração e, ademais, submeter o administrador cooptado a um regime diferente daquele que é destinado aos restantes membros do conselho. V. PIERRE-GILLES GOURLAY, *Le conseil d’administration...* cit., pág. 58 (com indicações em sentido contrário), para quem a cláusula estatutária que atribuísse ao conselho tal poder revogatório será nula; ÁNGEL ROJO, “La facultad de cooptación...”, *loc. cit.*, págs. 413-414. Em sentido favorável a esse poder revogatório, DANIEL BASTIAN, pág. 11.

<sup>935</sup> Inclusivamente os administradores cooptados devem cumprir na íntegra os seus deveres *enquanto administradores no decurso da assembleia geral* onde será discutida e aprovada (ou não) a sua ratificação (por ex., no que toca à satisfação do direito à informação dos sócios).

<sup>936</sup> No mesmo sentido, v. ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, pág. 108 (“admitir que assim não fosse seria aceitar que não foi, ainda que provisoriamente, um administrador como os outros”); PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais* cit., pág. 725, ID., “Designação de pessoas colectivas...”, *loc. cit.*, n. (55) – pág. 193. Por seu lado, RAÚL VENTURA, “Nota sobre a substituição...”, *loc. cit.*, pág. 164, diz expressamente que “[u]m administrador cooptado pode participar na cooptação de outros”.

Para uma tomada de posição *de iure condito*, v. a 2.ª al., 2.ª frase, do art. L. 225-24 do CComFr., onde se impõe que, na ausência de ratificação, as deliberações tomadas e os actos realizados anteriormente pelo

Ora, neste contexto, chamar-lhe administrador provisório – ou objecto de um sistema de nomeação *provisória* –, que espera pela nomeação *definitiva* da assembleia de sócios <sup>938</sup>, não parece ser dogmaticamente a melhor forma de caracterizar aquele *status* do administrador cooptado. Se se aceitasse que a “regularidade” definitiva das deliberações e dos actos em que interviesse o cooptado só se verificasse com a ratificação dos sócios, então estaríamos a desprovir a cooptação da sua utilidade, a furar a *paridade* de *todos* os administradores num órgão colegial <sup>939</sup> e a gerar uma notável insegurança jurídica na relação da sociedade com terceiros. Se *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*, podemos concluir pela legitimidade plena dos administradores cooptados <sup>940</sup>, a quem o intérprete, portanto, não se deve referir como administradores *minoris iuris*. Antes deve o intérprete figurar na nomeação dos administradores cooptados como, no contexto das competências legalmente atribuídas ao conselho de administração, a “emanação de um poder autónomo, ainda que limitada, e portanto expressão de uma fidúcia igualmente originária” <sup>941</sup>. A necessidade de ratificação posterior não significa que o administrador cooptado – depois de aceitar a nomeação constante da deliberação do conselho de administração<sup>942</sup> – receba um cargo que, por ser potencialmente limitado no tempo

---

conselho onde participa o cooptado não se consideram «*moins valables*». O mesmo se defende para os actos praticados pelo próprio administrador cooptado: PIERRE-GILLES GOURLAY, *Le conseil d'administration...* cit., págs. 59 e ss (com referências contrárias e favoráveis antes da lei de 1966); realçando, por sua vez, a bondade da lei na prevenção de conflitos com terceiros, v. DANIEL BASTIAN, págs. 11-12, JEAN HÉMARD/FRANÇOIS TERRÉ/PIERRE MABILAT, *Sociétés commerciales*, Tome I cit., pág. 742. Não obstante, há quem considere que a falta de ratificação gera a nulidade da nomeação dos administradores cooptados: GEORGES RIPERT/RENÉ ROBLOT cit. 2002, pág. 405.

<sup>937</sup> Nesta construção, pelo contrário, a ratificação produz efeitos *ex tunc*, enquanto acto dos sócios que confirma a nomeação do conselho e a actuação subsequente dos cooptados.

<sup>938</sup> Entre outros e sem preocupação de esgotamento: GUSTAVO MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., pág. 11, EMILIO VALSECCHI, “Nomina di amministratori per cooptazione”, *loc. cit.*, págs. 477, 480, 481, GIOVANNI VERDE, pág. 1011, GASPARE SPATAZZA, pág. 1262, DANIEL BASTIAN, págs. 11 e 13, JEAN HÉMARD/FRANÇOIS TERRÉ/PIERRE MABILAT, *Sociétés commerciales*, Tome I, pág. 742, PIERRE-GILLES GOURLAY, *Le conseil d'administration...* cit., págs. 54, 61, GIUSEPPE FERRI, *Le società* cit., págs. 705, 706, FRANCO BONELLI, *Gli amministratori...* cit. 1985, págs. 52-53, PIERRE BÉZARD, pág. 63, ENZO ROSSI, pág. 186, GIANCARLO FRÈ/GIUSEPPE SBISÀ, *sub art.* 2386, pág. 801, YVES GUYON, *Droit des affaires*, Tome 1 cit., pág. 335, FRANCESCO FERRARA Jr./FRANCESCO CORSI, *Gli imprenditori...* cit. 2006, págs. 598-599, MAURICE COZIAN/ALAIN VIANDIER/FLORENCE DEBOISSY, pág. 246, LUIS FÉRNANDEZ DE LA GÁNDARA, *Derecho de sociedades*, volumen I cit., págs. 813-814. Mais longe parece ir GIOVANNI VERDE, n. (24) – pág. 1013, pois julga ser a ratificação uma “nomeação nova”, relativamente à qual o administrador cooptado conserva ademais a faculdade de aceitar ou rejeitar o cargo.

<sup>939</sup> Expressa particularmente na composição do art. 410º, em especial, e no próprio regime da responsabilidade *solidária* dos administradores (art. 73º).

<sup>940</sup> EDUARDO POLO, *Los administradores...* cit., pág. 427.

<sup>941</sup> GIOVANNI VERDE, pág. 1014.

<sup>942</sup> Cfr. arts. 406º, al. b), e 431º, n.º 3.

até à realização da assembleia geral seguinte, numa visão de um administrador *ad tempus* ou submetido a termo incerto <sup>943</sup>, não se traduza na *titularidade formal* do órgão administrativo.

Traduz-se, ainda que o prazo de duração do exercício de funções do administrador cooptado – e é este dado que se deve salientar – esteja submetido a um *regime especial* <sup>944</sup>: a) *primus*, em geral, o n.º 5 do art. 393º determina que as substituições duram até ao fim do período para o qual os administradores substituídos foram eleitos, numa espécie de “subrogação” do substituto na posição do substituído – o que sempre seria difícil de conciliar com a precariedade de um administrador “menorizado” quando cooptado; b) *secundus*, só assim não será se não houver ratificação (ou acto equivalente) na assembleia geral seguinte, caducando o título e extinguindo-se os poderes do administrador cooptado. Como tal – e em definitivo –, no que toca à relação com terceiros, a designação cooptativa é *o facto* sujeito a registo e publicação, de acordo com os arts. 3º, n.º 1, al. m), 15º, n.º 1, e 70º, n.º 1, al. a), do CRCCom. <sup>945</sup>; não o é a deliberação confirmativa dos sócios <sup>946</sup>.

---

<sup>943</sup> Assim, EMILIO VALSECCHI, “Nomina di amministratori per cooptazione”, *loc. cit.*, pág. 481 (que vê a cooptação como um acto *pendente conditione*, que se convalida retroactivamente pela ratificação da primeira assembleia), GIUSEPPE FERRI, *Le società* cit., pág. 706, ÁNGEL ROJO, “La facultad de cooptación...”, *loc. cit.*, págs. 411-412, FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, *Provisión de vacantes...* cit., págs. 393 e ss (em esp. 396), FRANCISCO VICENT CHULIÁ, *Introducción al derecho mercantil* cit., pág. 437, ANTONIO RONCERO SÁNCHEZ, pág. 192. Num sentido diverso, AUGUSTO WEILLER, pág. 50, EDUARDO POLO, *Los administradores...* cit., pág. 426, Autor para quem a provisoriedade da cooptação afecta unicamente o tempo de duração da designação, e FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores...* cit., págs. 529-530. Subsidiário desta visão é LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Derecho de sociedades*, volumen I cit., pág. 815, uma vez que, impropriamente, estampa a ratificação como um meio de prorrogar a duração no cargo do administrador cooptado.

<sup>944</sup> FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores...* cit., pág. 530.

<sup>945</sup> No direito estrangeiro, apercebi-me da posição *ab initio* contrária de DANIEL BASTIAN, pág. 13: a nomeação do conselho acompanharia a publicitação da deliberação da assembleia que confirmasse, embora nada se opusesse à publicidade da cooptação acompanhada, depois da ratificação, de uma “publicidade confirmativa”.

<sup>946</sup> Estará esta deliberação submetida a “averbamento” à inscrição registal da cooptação, nos termos (por extensão analógica) do art. 69º, n.º 1, al. l), do CRCCom («recondução ou cessação de funções de gerentes, administradores, directores[?], representantes e liquidatários»).

Se não houver ratificação, em qualquer das circunstâncias possíveis de o revelar (expressa ou tacitamente), caduca a designação feita pelo conselho, perdendo o cooptado a condição de administrador. Como em qualquer outro caso de «cessação de funções», a caducidade deve inscrever-se no registo comercial e ser publicada, de acordo com os mesmos preceitos. O registo deve ser pedido no prazo de dois meses (art. 15º, n.º 2, do CRCCom.) a contar da data do encerramento da assembleia geral. Sobre as situações de “certificação negativa” da falta de ratificação a cargo do conselho de administração (cfr. art. 32º, n.º 1, do CRCCom.), na ausência de deliberação correspondente, v. ÁNGEL ROJO, *últ. est. e loc. cits.*, pág. 422. Note-se, porém, que o direito espanhol estatui a caducidade registal *automática* da nomeação do cooptado uma vez celebrada a assembleia geral seguinte e decorrido o prazo legal para o registo da deliberação social (oito dias ou um mês, nos termos, respectivamente, dos arts. 26, n.º 3, e 19, n.º 2, do CComEsp., ou dez dias, nos termos do revogado art. 125 da LSAE e actual art. 215, n.º 2, da LSCE: a doutrina divide-se), a não ser que

A esta qualificação orgânica *medio tempore* como administrador *a título próprio* da posição do administrador não ratificado ajuda um outro dado. A lei não obriga que se convoque uma assembleia geral para, exclusivamente ou em concurso com outros pontos, se pronunciar sobre a ratificação (nem dá qualquer prazo para o efeito). Pode mesmo ser na assembleia geral *ordinária anual*, por muito distante no tempo que ainda esteja <sup>947</sup>. Nem a lei prevê que seja obrigatória a inclusão da matéria relativa à ratificação na “ordem de trabalhos” da assembleia geral seguinte à cooptação <sup>948</sup>.

Isto significa que não se demonstra preocupação em evitar o desempenho de funções administrativas *antes e independentemente da ratificação imposta por lei* <sup>949</sup>.

---

conste do registo, portanto, a confirmação pelos sócios da cooptação (art. 145, n.º 2, do RRME): sobre o regime e seus problemas, FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, *Provisión de vacantes...* cit., págs. 409 e ss. Nos termos do n.º 3 desse art. 145, n.º 2, o *registrator* fará constar a caducidade em assentos ou actos de certificação que envolvam a sociedade depois de esgotado esse prazo.

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

<sup>947</sup> Desde logo, como sustentei, por aplicação do art. 376º, n.º 1, al. d).

<sup>948</sup> Tradicionalmente, a doutrina italiana manifestou-se a favor da qualificação da substituição dos administradores que viessem a faltar no decurso do exercício como matéria *ope legis* da “ordem do dia” da primeira assembleia a realizar-se após a vaga: entre outros, já aludidos *supra*, n. 766, GUSTAVO MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., pág. 13 (como já antes em “Morte di un amministratore e poteri dell’amministratore superstite”, *Riv. dir. civ.*, 1955, pág. 786); contra, BARTOLOMEO QUATRARO, pág. 618, FRANCESCO FERRARA Jr./FRANCESCO CORSI, *Gli imprenditori...* cit. 1999, n. (1) – págs. 571-572. Também se defendeu que aos administradores restantes cabia o dever de colocarem na “ordem do dia” a nomeação dos administradores em falta: GIUSEPPE FERRI, *Le società* cit., págs. 706-707.

De todo o modo, não parece que seja de excluir que a confirmação dos administradores cooptados possa ser feita em assembleia geral em que o assunto elencado seja *genericamente* o de nomeação ou eleição (ou reeleição) de administradores; no caso concreto, poderá ainda ver-se nessa proposta de deliberação a ratificação dos administradores designados pelo conselho de administração: neste sentido, ANTONIO RONCERO SÁNCHEZ, pág. 193. Também FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, *Provisión de vacantes...* cit., pág. 399, admite o mesmo cenário quando a “ordem do dia” aluda, mais ou menos directamente, à “renovação dos lugares de conselheiro”. Nestes mesmos sentidos, FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores...* cit., págs. 531-532; contra a raticação no caso de o assunto não constar, JAVIER JUSTE MENCÍA, “Facultad de cooptación del consejo de administración y derecho de representación proporcional de la minoría”, *RdS*, 2006, pág. 349. Em França, pelo menos nas hipóteses de a ausência de ratificação se revelar durante a assembleia geral que haveria de ratificar, seja porque não constava da “ordem do dia” um projecto de deliberação de ratificação, seja porque houve rejeição expressa da ratificação do administrador cooptado, defende-se o uso da teoria dos *incidents de séance* para permitir à assembleia proceder à nomeação de administradores substitutos (assim, JEAN-PAUL VALUET/ALAIN LIENHARD, pág. 389; cfr. *supra*, n. 766).

<sup>949</sup> E até poderá ocorrer que, entre a data da cooptação e a data da reunião dos sócios, se esgote o prazo de duração no cargo do conselheiro ou conselheiros que o cooptado substituiu. O que denota mais um argumento: até ao fim do prazo, o administrador cooptado (e aceitante) está formalmente designado e não será depois de esgotado o prazo (aplicável por força da norma geral do art. 393º, n.º 5) que uma eventual não ratificação produzirá retroactivamente efeitos extintivos da cooptação. Pelo contrário. Julgo que o

A cooptação patenteia, aliás e como já frisei, a conveniência de fomentar a actuação estável e regular do órgão de administração, com o suprimento imediato de vagas supervenientemente produzidas sem necessidade de esperar pela convocatória e celebração de uma reunião dos sócios <sup>950</sup>. Ao invés, demonstra-se total confiança no funcionamento *regular* do órgão *antes e independentemente dessa ratificação dos sócios* – o que contrasta claramente com o intuito de colocar um limite temporal e proporcionar a nomeação judicial de um administrador quando os administradores cessantes terminaram o prazo do seu cargo (art. 394º, n.º 1). Só por razões *extraordinárias* – erros clamorosos de gestão, problemas no relacionamento colegial do substituto com os outros administradores, falta de confiança dos sócios na pessoa designada, etc. – se justificará “vantagem na urgente deliberação sobre a ratificação”<sup>951</sup>; caso contrário não há motivação para acelerar a reunião magna.

E ainda mais: tanto assim é que não vejo como não vislumbrar na cooptação não ratificada a causa de uma *nova vaga no conselho de administração*, necessitada de suprimento – a começar por novo exercício do expediente da cooptação (se não tiver havido eleição directa). Ou seja, vejo que essa cooptação não ratificada é “falta definitiva” de acordo com o art. 393º, n.º 3, e será susceptível de ser remedida inclusivamente por nova deliberação de cooptação do conselho de administração – o poder-dever de o conselho de administração amortizar o posto administrativo recupera-se nessas condições (mais uma caducidade se realiza) e não se preclude por mor de conduta que lhe é alheia <sup>952</sup>.

---

decurso do tempo funcionará como uma causa de impossibilidade superveniente da ratificação. Ou, em alternativa, poderá sugerir-se que a inércia, num contexto de proximidade entre a cooptação e a data de extinção do cargo por efeito da sua duração, é concludente para afirmar a declaração tácita de confirmação pelos sócios, naturalmente sabedores dessa exiguidade temporal. São soluções que se afiguram incompatíveis com uma nomeação cooptativa de carácter provisório ou interino (com linhas diferentes, v., no direito espanhol, ÁNGEL ROJO, “La facultad de cooptación...”, *loc. cit.*, págs. 412-413, FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, *últ. ob. cit.*, págs. 397-398). Tal não significa que o administrador cooptado não tenha visto o seu título caducado por *causa diferente* e, ainda assim, continue em funções – mas aí já por aplicação do art. 391º, n.º 4, 1.ª parte.

<sup>950</sup> Como reflexo da finalidade última da cooptação: constituir um procedimento (mais um) a que o legislador acode com o fim de “garantir adequadamente os *princípios de estabilidade e continuidade do órgão de administração da sociedade anónima*, evitando, em definitivo, o risco de paralisação da gestão social” – por todos, FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, *Provisión de vacantes...* cit., *passim*, nomeadamente as págs. 179, 297-298 (sublinhei).

<sup>951</sup> RAÚL VENTURA, “Nota sobre a substituição...”, *loc. cit.*, pág. 166.

<sup>952</sup> Neste sentido, GIOVANNI VERDE, n. (24) – pág. 1014; (aparentemente) JAVIER JUSTE MENCÍA, “Facultad de cooptación...”, *loc. cit.*, pág. 349, LUIS FÉRNANDEZ DE LA GÁNDARA, *Derecho de sociedades*, volumen I cit., pág. 814. Desfavoráveis: ÁNGEL ROJO, *últ. est. e loc. cits.*, págs. 392, 417, GIOVANNI CASELLI, *Vicende del rapporto di amministrazione* cit., pág. 10, FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, *Provisión de vacantes...*

Em contraponto, o momento posterior à realização da assembleia geral seguinte, em que não se tenha aprovado a proposta de ratificação ou nem sequer se tenha deliberado sobre a matéria (o órgão de administração não lhe submeteu o assunto, o presidente da mesa, ou qualquer dos outros entes com legitimidade para convocar a assembleia, não fez constar o assunto do elenco constante da “ordem de trabalhos”<sup>953</sup>, a assembleia não se pronunciou sobre ele) coincide com um facto jurídico diferente: cessa a relação jurídico-administrativa e *gera-se uma relação administrativa de facto*, desde que o administrador não confirmado se mantenha em funções<sup>954</sup> (ou as inicie, quando antes nada tenha feito)<sup>955</sup>. Mas já não persiste a filiação orgânica que o momento anterior evidenciava – o laço com a sociedade foi desfeito. Esta nova relação administrativa não se constitui por si só *ex vi legis*; pelo contrário, deixou de seguir uma via jurídico-formal. Portanto, necessita de relativamente a ela ocorrerem os pressupostos da administração de facto – a começar

---

cit., págs. 399, JEAN-PAUL VALUET/ALAIN LIENHARD, pág. 389 (não havendo ratificação, o direito de cooptar para o mandato em causa fica perdido).

<sup>953</sup> Cfr. art. 377º, n.º 1.

Uma outra hipótese é, apercebendo-se desta falta, o accionista ou os accionistas que sejam titulares de acções correspondentes a, pelo menos, 5% do capital social não terem requerido que na «ordem do dia» da assembleia geral já convocada fosse incluído esse assunto (cfr. art. 378º, n.ºs 1 e 4, em conjugação com o art. 375º, n.º 2).

<sup>954</sup> Também é esta a doutrina de COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., n. (358) – pág. 147 (= *Curso...*, vol. II cit., n. (393) – pág. 621).

A favor, no direito estrangeiro, LUIZ FÉRNANDEZ DE LA GÁNDARA, *Derecho de sociedades*, volumen I cit., pág. 702, que diz ter o administrador (assim, de facto) capacidade para convocar a assembleia que leve a cabo as nomeações oportunas; JAVIER JUSTE MENCÍA, “Facultad de cooptación...”, *loc. cit.*, pág. 349, refere-se à administração cooptada e não ratificada pela assembleia geral seguinte como “situação de facto”. Todavia, contrário no mesmo espaço, FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, *últ. ob. cit.*, n. (1198) – pág. 410, pois não admite equiparar o cooptado não ratificado – “simple administrador interino, à espera da sua confirmação pelo verdadeiro titular da competência exclusiva em sede de designação de administradores: a assembleia geral de accionistas”; “com carácter absolutamente excepcional” – aos administradores com *nombramiento caducado* pelo decurso do prazo – “conselheiros que receberam a sua designação directamente dos accionistas” –, sob pena de o manter no cargo acudindo-se a uma “construção excepcional como é a doutrina dos «administradores de facto»” (no entanto, como já sabemos, aqui entendida em termos demasiado restritivos).

<sup>955</sup> Isoladamente, FRANCESCO FERRARA Jr./FRANCESCO CORSI, *Gli imprenditori...* cit. 1999, n. (1), pág. 571, julgam que, se a disciplina legislativa se norteia pela exigência de conservar completo o conselho, então a omissão de pronúncia sobre a substituição por parte da assembleia acarreta para os administradores a necessidade de se *manterem em funções* (ou, em alternativa, a assembleia deliberaria a redução do número de administradores previsto nos estatutos, submetida à maioria prescrita para tal modificação). Em França, DANIEL BASTIAN, pág. 12, defendeu que o conselho de administração composto pelos membros “provisórios” conservaria a plenitude dos seus poderes até se realizar uma nova assembleia geral. Entre nós, poderia convocar-se analogicamente o art. 391º, n.º 4 – manutenção em funções até nova designação –, mas estou convicto que a *eadem ratio* só se preenche se houver *caducidade sincrónica do título de todos os membros do conselho* – como é na circunstância de produção de efeitos da cláusula estatutária *simul stabent simul cadent*: v. *infra*, ponto 8.4..

por aquele que temos interiorizado como manifesto: a *actuação como administrador*.<sup>956</sup>

## 8.2. Falta definitiva ou temporária dos gerentes das sociedades por quotas e impedimento ou falta dos gerentes das sociedades em comandita

O CSC apresenta duas normações interessantes e quase nada discutidas.

Nas sociedades por quotas, trata-se do art. 253º. Quando faltem *todos os gerentes* – ou *o gerente único* –, o sócio (único) ou todos os sócios quotistas *assumem* por força da lei os poderes inerentes à gerência (art. 253º, n.º 1)<sup>957</sup>. Se faltarem temporariamente<sup>958</sup>, o n.º 2 do preceito determina a mesma solução para a conclusão *ad hoc* de actos e/ou negócios urgentes e inadiáveis<sup>959</sup> («acto que não possa esperar pela cessação da falta»).<sup>960-961</sup> Podendo assumir «poderes de gerência» e praticar actos que não possam esperar «pela cessação da falta» através dos comandos legais, falta saber se o sócio ou os sócios adquirem *de direito* a qualidade jusadministrativa.

A designação de gerentes nas sociedades por quotas obedece a uma *tipificação* no CSC. Se o gerente seguir algumas dessas modalidades, é indiscutivelmente gerente de direito. São elas (i) a nomeação no contrato (ou negócio unilateral) de sociedade no

---

<sup>956</sup> A relação jusadministrativa de facto pode não constituir-se naqueles momentos se se tiver gerado antes por mor da invalidade da deliberação do conselho de administração. Aqui poderá haver *continuidade* da situação de administrador de facto, de modo que, para se *determinar o efeito constitutivo da relação fáctica*, a aferição desses pressupostos se fará *em momento anterior* para se *determinar o efeito constitutivo da relação fáctica*.

<sup>957</sup> A «falta definitiva» a que se refere este preceito do CSC (tal como a do n.º 3 do mesmo art. 253º, que se distingue por não se referir a *todos os gerentes*) integra indistintamente todas as causas possíveis de extinção e caducidade do título *demandantes de substituição*. Todavia, a substituição promovida pelo art. 253º, n.º 1, é temporária e dura «até que sejam designados os gerentes» por modo de designação (também substitutivo mas definitivo) aplicável à sociedade.

<sup>958</sup> A “falta temporária” pode consistir em situações muito diversas (doença, gozo de férias, ausência do país, conflito de interesses com a sociedade, impedimento legal, etc.), independentemente de ser mais ou menos duradoura e/ou mais ou menos superável. Todas elas comungam de não se fundarem em causas de “falta definitiva”. Ademais, aqui o sócio ou os sócios não vão substituir em definitivo o gerente ou gerentes “faltoso(s)” – em suma, a “falta” e a substituição são temporárias.

<sup>959</sup> Não necessariamente de mero expediente: v., *a contrario sensu*, o art. 470º, n.º 4, para as sociedades em comandita, que será analisado ulteriormente.

<sup>960</sup> Se o sócio ou alguns dos sócios ou todos os sócios forem pessoas colectivas, são elas próprias que assumem a gerência da sociedade, mas ficam com o dever de nomear uma pessoa singular para, em nome próprio, exercer pessoalmente as funções administrativas. Assim, recorrendo ao princípio geral decorrente do art. 390º, n.º 4, v. JOÃO LABAREDA, “Da designação de pessoas colectivas...”, *loc. cit.*, págs. 34 e ss (em que o Autor utiliza a solução como argumento favorável à validade da designação de pessoas colectivas para a gerência da sociedade por quotas).

<sup>961</sup> A lei actual ficou substancialmente diferente do art. 86º, n.º 1, do *Anteprojecto de Coimbra* de lei da Sociedade por Quotas de responsabilidade limitada (sua fonte próxima): v. FERRER CORREIA/VASCO LOBO XAVIER/MARIA ÂNGELA COELHO/ANTÓNIO CAEIRO, *RDE* cit. n.º 2, pág. 371.



*momento da constituição da sociedade* (art. 252º, n.º 2) <sup>962</sup> ou em momento posterior através de *alteração do pacto social* <sup>963</sup>; (ii) a eleição (ulterior em relação ao negócio unilateral ou contrato de sociedade, imediatamente após ou para suprir a extinção do título de gerente ou gerentes antes designados) por decisão ou deliberação do(s) sócio(s) (arts. 252º, n.º 2, 246º, n.º 2, al. a)); <sup>964</sup> (iii) a nomeação de acordo com forma estatutariamente prevista (nos termos do art. 252º, n.º 2, *in fine*, e art. 246º, n.º 2, na sua relação com a al. a)) – exemplos: o direito especial previsto nos estatutos para um ou mais (grupo de) sócios indicarem o ou os gerentes <sup>965</sup> ou a atribuição de competência especial ao órgão de fiscalização para nomear todos ou alguns dos gerentes <sup>966-967</sup> (iii) a deliberação da gerência plural que “chame” (*recte*, nomeie)

---

<sup>962</sup> Seja em cláusula adicional ou transitória do pacto ou no próprio instrumento de constituição-formalização da sociedade.

<sup>963</sup> Neste último sentido, v. RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas. Comentário...*, volume III cit., *sub art. 252º*, pág. 15 (pode haver “interesse em proceder dessa maneira”, “como por exemplo para a um sócio se atribuir direito especial à gerência”); JOÃO ESPÍRITO SANTO, n. (981) – pág. 364.

<sup>964</sup> “Assim, neste tipo de sociedade, a designação no pacto ou a eleição por deliberação ulterior dos sócios constitui tão só o regime supletivo de designação dos gerentes” (ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, pág. 104).

<sup>965</sup> É comum dar-se como protótipo desta modalidade de nomeação esta faculdade conferida no pacto social de um ou mais sócios indicarem o ou os gerentes, ficando esse ou esses sócios com o respectivo direito especial em face do restante ou restantes sócios. Essa mesma faculdade está aflorada no art. 83º, n.º 1, descrita como a designação de gerente «sem que todos os sócios deliberem sobre essa designação».

Sobre essa forma de nomeação dos gerentes da sociedade por quotas, v. ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, pág. 104; RAÚL VENTURA, *últ. ob. cit.*, *sub art. 252º*, págs. 24-25 (o Autor dá formas possíveis desse direito se espriar: “pode o sócio gerente designar o seu sucessor”, “pode um sócio ser competente para designar certo número de gerentes”, “um sócio poder designar qualquer gerente”); COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II cit., pág. 580; PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais* cit., pág. 681 (mas, observe-se, o gerente indicado não fica titular de um direito especial “à gerência”, como parece defender o Autor quando afirma que esse gerente “desempenhará as suas funções sem possibilidade de ser afastado”: mesmo quando o indicado seja o próprio sócio, este, enquanto gerente, não fica beneficiado com o regime previsto na lei para quem dispõe de direito especial “à gerência”, nomeadamente o privilégio correspondente à 2.ª frase do art. 257º, n.º 3, de só poder ser destituído por justa causa e judicialmente; uma coisa é o direito de *nomear gerente sem que todos os sócios participem nessa nomeação*, outra coisa é o direito de *ser gerente pelo facto de ser sócio naquela sociedade e pelo período da sua duração*, eventualmente com explicitação da duração – que o Autor, na sua *Os direitos especiais nas sociedades anónimas: as acções privilegiadas*, 1993, pág. 21, chama de “direito de nomeação à gerência”).

Afim dessa modalidade aludida *ab inito*, mas agora independentemente de previsão estatutária, é o direito *especialíssimo*, conferido *ex vi legis* ao accionista-“clube fundador” de sociedade anónima desportiva constituída por «personalização jurídica» de equipa (titular de acções de categoria “A”), de «poder de designar pelo menos um dos membros do órgão de administração»: art. 30º, n.º 2, al. b), em relação com os arts. 3º, al. b), e 12º, n.º 1, al. b), do DL n.º 67/97. Desenvolvidamente sobre o ponto, v. RICARDO COSTA, “A posição privilegiada do clube fundador na sociedade anónima desportiva”, *I Congresso de Direito do Desporto – Memórias*, coord.: Ricardo Costa/Nuno Barbosa, 2005, págs. 160 e ss, ID., “Art. 24º – A ‘especialidade’ dos direitos especiais na sociedade anónima desportiva”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord.: J. M. Coutinho de Abreu, Volume I (Artigos 1º a 84º), 2010, págs. 419 e ss.

<sup>966</sup> Favoráveis: ANTÓNIO CAEIRO, *As sociedades de pessoas no Código das Sociedades Comerciais*, 1988, pág. 72, ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, pág. 104, JOÃO ESPÍRITO SANTO, pág. 365. Contra: RAÚL VENTURA, *últ. ob. cit.*, *sub art. 252º*, pág. 24.

gerente substituto de entre o ou os gerentes suplentes e/ou através de cooptação, desde que estas possibilidades e elenco estejam previstos no negócio ou contrato de sociedade como «forma de designação» pelo gerente ou gerentes remanescentes (ainda nos termos do art. 252º, n.º 2, *in fine*, assim como do art. 253º, n.º 3, 2ª parte<sup>968</sup>)<sup>969</sup>; (iv) a nomeação judicial (em especial: art. 253º, n.º 3, 2ª parte, e n.º 4;

---

<sup>967</sup> Sobre uma (discutível) prevalência das formas de designação previstas estatutariamente sobre a eleição (que seria forma *subsidiária* de provimento no cargo), v., favoravelmente, JOÃO ESPÍRITO SANTO, págs. 363-364, e, aparentemente, ILÍDIO DUARTE RODRIGUES (1990), pág. 104.

<sup>968</sup> Aqui, quando a lei se refere à regularização do suprimento de “vagas” deixadas pela “falta definitiva” de gerentes «nos termos da lei e *do contrato*”, está a admitir a previsão de formas *estatutárias* de substituição definitiva.

<sup>969</sup> A favor da previsão de gerentes suplentes e da sua correspectiva chamada para a qualidade de gerentes efectivos: RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas. Comentário...*, volume III cit., *sub art.* 253º, págs. 42-43 (por aplicação analógica, actualmente, do n.º 5, 1.ª parte, do art. 390º), 45 (“se houver prazo fixado”, “a substituição dura até ao fim do período para o qual o gerente substituído tenha sido eleito”: aplicação analógica do art. 393º, 5); PAULO TARSO DOMINGUES, “A vinculação das sociedades por quotas...”, *loc. cit.*, pág. 282; DIOGO PEREIRA DUARTE, *Código das Sociedades Comerciais anotado...* cit., *sub art.* 253º, pág. 738, anot. 3.

Para um outro vector deste regime, propendo a aplicar analogicamente o poder do conselho de administração (por intermédio do respectivo presidente) em chamar os suplentes – neste caso cabe à *gerência*, através de deliberação própria –, nos termos do art. 393º, n.º 1, al. *a*) (contrário se mostrou RAÚL VENTURA, *ibid.*, pág. 44, que dizia competir a algum dos sócios – “ninguém mais há para isso” –, sem necessidade de deliberação social), a não ser que não haja o gerente único ou todos os gerentes: aqui já entra em liça o art. 253º, n.º 1; só aqui é que ninguém mais há para isso, como escreveu Ventura.

Noutro local, RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas. Comentário...*, vol. III cit., *sub art.* 252º, pág. 24, também considerava lícito atribuir a competência para designar gerentes aos outros gerentes, isto é, “criar [convencionalmente] um sistema de cooptação” – o Autor, implicitamente, remetia para a liberdade contratual dos sócios, o que, em igual sentido favorável, foi também gizado (expressamente, porém) por ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, págs. 103-104 (Autor que alargava a possibilidade à própria faculdade de designação pelo órgão de fiscalização); v. no mesmo sentido JOÃO ESPÍRITO SANTO, pág. 365 e n. (986), mas sem analogia com o art. 406º, al. *b*). Também a um sistema de cooptação aparenta referir-se PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais* cit., pág. 681 e n. (915), quando se refere à possibilidade de a *gerência* designar, em caso de “impedimento definitivo de um dos seus membros”, um “gerente substituto”, “quando contratualmente prevista e autorizada”.

Em Itália, também se vê como configurável que a autonomia estatutária na sociedade de responsabilidade limitada preveja uma convocação da possibilidade de cooptação, em termos genéricos ou específicos, ainda que com limitações em face de uma administração conjunta ou disjunta: v. por todos FABIO IOZZO, *Le nuove s.r.l.*, opera diretta da Marcella Sarale, 2008, págs. 458 e ss. Mas não era este, já agora, o entendimento da doutrina espanhola quando confrontada com o anterior comando do direito espanhol: o art. 58, n.º 1, da LSRLÉ, reservava *exclusivamente* à assembleia geral a competência de nomear os administradores (v. JOSÉ EMBID IRUJO/FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, “Libertad de configuración estatutária en el derecho español de sociedades de capital”, *RdS*, 1996, pág. 28, FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores...* cit., pág. 517 e n. (67)); entendimento confirmado pelo actual art. 244 da LSCE, que confina a cooptação ao tipo da anónima, em conjugação com o art. 214, n.º 1, que somente permite excepções *legais* a essa competência da assembleia dos sócios.

A existência dessas duas espécies de gerentes («efectivos» e «substitutos») era consensual nos trabalhos legislativos que antecederam o CSC: v. RAÚL VENTURA, “Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Anteprojecto – primeira redacção”, *BMJ*, 1966, pág. 106, relativamente ao art. 53º; ID., *Anteprojecto de sociedade por quotas de responsabilidade limitada*, 3ª redacção cit., pág. 46, em relação ao art. 66º; FERRER CORREIA/VASCO LOBO XAVIER/MARIA ÂNGELA COELHO/ANTÓNIO CAEIRO, *RDE* cit. n.º 2, pág. 371, em relação ao art. 86º, n.º 1.

em geral: art. 394º, n.º 1, analogicamente <sup>970</sup>; art. 1484º CPC). Delas não faz parte o art. 253º, n.ºs 1 e 2, enquanto, *prima facie*, normas do estatuto de sócio alheadas da designação dos gerentes. Então, como compreendê-las?

Em qualquer uma dessas modalidades de designação, o sócio quotista goza do direito de ser designado «nos termos da lei e do contrato» (art. 21º, n.º 3, al. d)). Sem que isso signifique que tal consubstancie um *direito necessário* dos sócios a integrar o órgão de administração mas antes um direito de *poder ser designado* ou ser *elegível*<sup>971-972</sup>, nem que estejamos perante um direito *universal* de todos os sócios serem designados. Nem que seja um direito *irrestrito* a ser designado independentemente das regras previstas na lei e/ou no contrato de sociedade (nomeadamente em face da possibilidade de os gerentes serem designados «de entre estranhos à sociedade»: art. 252º, n.º 1). Como sintetizou com acuidade OLIVEIRA ASCENSÃO, “[s]emelhante direito só pode assim ter um conteúdo essencialmente *negativo*. A nenhum sócio pode, à partida, ser-lhe retirada a aptidão para desempenhar cargos sociais. Mas a escolha efectiva depende do processo de designação em vigor” <sup>973</sup>. Ora, não é em razão desse direito que a lei *encarrega os*

---

Em face dos termos vistos do art. 253º, n.º 1, que tem como previsão a “falta definitiva” de todos os gerentes (ou do gerente único, por maioria de razão), a forma de substituição para o *esvaziamento sincrónico* do órgão de administração escolhida pela lei é a assunção do cargo por todos os sócios (acumulável com a nomeação judicial nos termos gerais). Logo, as substituições convencionais operadas pela chamada de suplentes e pela cooptação só serão de convocar para as situações de “falta definitiva” (por extinção do título) que não afecte toda a gerência; isto é, “falta definitiva” de um ou mais gerentes de órgão plural que não sejam todos.

<sup>970</sup> E, portanto, fora da previsão especial do art. 253º, 3.

Não vejo que o art. 253º, 1 – mesmo que a assunção da gerência seja o princípio geral de substituição para a sua hipótese –, se oponha a essa faculdade dos sócios (cumulativa, portanto) recorrerem a tribunal, nomeadamente considerando a necessidade de tutelar situações de desentendimento e litígio entre si e impossibilidade prática de deliberar a designação da gerência (veja-se a probabilidade quando não haja qualquer sócio que não fosse gerente: por ex., os dois sócios são os dois gerentes relativamente aos quais se verificou “falta definitiva”). Ademais, esse gerente judicial pode ser mesmo um dos sócios da sociedade. Em sentido diverso, ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, pág. 109, e, mais desenvolvidamente, RAÚL VENTURA, *últ. ob. cit., sub art. 253º*, págs. 46 (no contexto de a hipótese de nomeação judicial ser alternativa ao mecanismo do art. 253º, n.º 1, tanto mais que o Autor só admitia para gerente judicial “um estranho” à pessoa dos sócios.), 48 (por desnecessidade e por não ver incomodidade mesmo quando for elevado o número de sócios), 51 (“o único caso em que o CSC admite a nomeação judicial de gerente de sociedade por quotas” é o do art. 253º, 3); recentemente, Ac. da **Relação do Porto de 1 de Fevereiro de 2011** (in *CJ*, 2011, I, pág. 201, ss, em esp. 203.

<sup>971</sup> PEDRO MAIA, *Voto e corporate governance...*, volume I cit., págs. 53 e ss (Autor que sustenta a nulidade de cláusulas estatutárias que reservem exclusivamente para não-sócios os cargos de administração ou reservassem, na sociedade anónima, para os titulares de certas categorias de acções a elegibilidade para a administração – aqui, com o auxílio do art. 391º, n.º 2, *in fine*).

<sup>972</sup> Ou, se o sócio for pessoa colectiva, o direito a nomear uma pessoa singular para exercer o cargo.

<sup>973</sup> *Direito comercial*, volume IV cit., pág. 353, sublinhei.

sócios – o sócio único ou todos os sócios – de exercerem os poderes da gerência no pressuposto do art. 253º, n.º 1; estamos perante um verdadeiro *encargo* decorrente da qualidade de sócio – se o *gerente único* ou *todos os gerentes* faltarem por qualquer das causas que motiva a extinção do respectivo título administrativo <sup>974</sup>, avançam para a administração da sociedade os sócios, como efeito de um verdadeiro “modo” *medio tempore* <sup>975</sup>. Não corresponde, por isso, a uma *nomeação como gerentes para o qual eles estariam habilitados pelo direito que lhes assiste a poderem ser designados*, enquanto direito *operativo* nas designações declaradas pela lei. Em rigor também não o podemos ver como *dever* de aceitar o cargo pelo facto de ser sócio, o que abriria uma brecha inexplicável na orientação contrária do CSC <sup>976</sup>. Melhor corresponde antes a uma *assunção de funções que a lei lhes reserva, sem necessidade de aceitação ou possibilidade de recusa, nem de inscrição no registo comercial* <sup>977</sup> – assunção essa que lhe é imposta, note-se, pelo que a omissão pode ser censurável em referência a uma manifestação especial do *dever de lealdade* do sócio quotista em gerir a sociedade *se e enquanto faltarem todos os gerentes* <sup>978</sup>.

Não obstante isso, poderia dizer-se que a sua qualidade de sócio tem como *inerência* tal “designação”, sempre que faltem todos os gerentes (efectivos e,

---

Em sentido concordante, COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II cit., pág. 270: “Em regra, todo o sócio tem é o direito de não ser excluído da possibilidade de ser designado para o órgão de administração (...); todo o sócio se pode propor (não assim o não-sócio) ou ser proposto a tal designação, sendo designado se, consoante os casos, também os outros sócios apoiarem essa proposta ou ela concitar os votos necessários”.

<sup>974</sup> Também é assim se o gerente ou todos os gerentes virem caducado o seu título por força da sua duração: aplica-se a regra *especial* do art. 253º, 1, em detrimento da regra *geral* de prorrogação do art. 391º, n.º 4, e a substituição temporária é feita por assunção dos poderes da gerência pelo sócio ou sócios. Assim, o art. 391º, 4, só se aplica, na extinção devida a caducidade temporal, se *algum* ou *alguns do conjunto de gerentes* (em gerência plural) vêem esgotado o seu prazo de actuação.

<sup>975</sup> Este encargo de actuar com gerente no interesse da sociedade e, mediatamente, dos próprios sócios tem óbvias semelhanças com o *modo* (ou cláusula modal) tipicamente aposta nas liberalidades como imposição ao beneficiário delas. Sobre tal conceito, v. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica*, vol. II cit., pág. 393, ss, CARLOS MOTA PINTO, *Teoria geral...* cit., pág. 584, ss.

<sup>976</sup> COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II cit., pág. 270, PEDRO MAIA, *últ. ob. cit.*, págs. 60 e ss.

<sup>977</sup> Favorável, RAÚL VENTURA, *últ. ob. cit.*, sub art. 253º, p. 45.

Quanto à inscrição, v. os termos do art. 2º, 1, m), do CRCCom., que só se refere à “*designação dos membros do órgão de administração*” das sociedades.

<sup>978</sup> “Na verdade, aos sócios compete, em regra, a designação dos gerentes e se estes não estão designados, culpa é dos sócios; natural é que, se querem continuar em sociedade, os sócios *passem a geri-la*” (RAÚL VENTURA, *últ. ob. cit.*, sub art. 253º, pág. 46, itálico da minha responsabilidade).

Por outro lado, a doutrina mais recente (PEDRO MAIA, *últ. ob. cit.*, págs. 64-65) sublinha, com bondade, uma das razões da especialidade deste *modo* imposto ao estatuto social do sócio na sociedade por quotas (e, portanto, da insusceptibilidade de aplicação analógica nas sociedades anónimas): a lei sujeita a registo a transmissão de quotas, nos termos dos arts. 3º, n.º 1, al. c), do CRCCom. e 242º-A e ss, e, em consequência, “é possível saber quem exerce as funções de gerência (...), porque o registo esclarece quem é sócio”.

eventualmente, suplentes chamados a efectivos e/ou cooptados pela gerência) – entre os quais algum ou alguns deles próprios. A analogia com a designação (a título supletivo) dos sócios das sociedades em nome colectivo <sup>979</sup> é sugestiva mas não resistirá ao facto de a “inerência social” ser a forma por defeito de designação dos gerentes *de direito* das sociedades em nome colectivo <sup>980</sup>, mas a “inerência social” não ser a forma, ainda que por defeito, da designação dos gerentes das sociedades por quotas (art. 252º, n.º 1). A inerência de sócio quotista é o critério da lei somente para suprir *precária e eventualmente* a falta de gerentes, traduzindo uma (potencial) assunção de funções em razão de uma crise aguda no órgão de administração motivada pela “queda” de todos os gerentes e, além do mais, com um circunstancialismo *ainda mais específico* na «falta temporária» (só valerá para casos urgentes, «tratando-se de acto que não possa esperar pela cessação da falta»); não poderia o legislador dotar esta forma de suprimento da falta dos gerentes com a *definitividade* no exercício de funções que todos os outros *modos de designação* – nomeadamente a *endógena* <sup>981</sup> – dos gerentes das sociedades por quotas (e dos outros tipos sociais) revelam <sup>982</sup>.

Não estamos, por isso, a meu ver, perante uma verdadeira modalidade de designação que seja instrumento *típico* de legitimidade orgânica de um membro da gerência da sociedade por quotas. <sup>983</sup> Antes vejo a lei a referir-se ao *exercício* de poderes de administração por quem não é gerente <sup>984</sup> e na *qualidade de sócio* <sup>985</sup>, *pelo facto de ser sócio e mediatamente interessado no funcionamento regular da sociedade*,

---

<sup>979</sup> «Não havendo estipulação em contrário e salvo o disposto no n.º 3 [«Uma pessoa colectiva não pode ser sócia, mas, salvo proibição contratual, pode nomear uma pessoa singular para, em nome próprio, exercer esse cargo.»], são gerentes todos os sócios, quer tenham constituído a sociedade, quer tenham adquirido essa qualidade posteriormente» (art. 191º, n.º 1).

<sup>980</sup> Cfr. o art. 191º, n.º 2.

<sup>981</sup> Cfr. *supra*, n. 28.

<sup>982</sup> Mesmo no caso das designações exógenas, poderemos dizer que essa definitividade subsiste, ainda que por período temporário, como é o caso dos administradores nomeados pelo tribunal (cfr. arts. 253º, n.º 3, 394º, n.º 1, *in fine*) ou pelo Estado ou entidade pública equiparada (cfr. arts. 143º, n.º 4, do RGICSF e 117º, n.º 4, do RJASegR).

<sup>983</sup> Se não estamos perante um verdadeiro modo de designação, não se reclama o acto correspondente à segunda fase do processo constitutivo da relação administração, a saber, a aceitação.

<sup>984</sup> Concordante, PAULO OLAVO CUNHA, “Designação de pessoas colectivas...”, *loc. cit.*, n. (61) – pág. 196: “o art. 253º apenas refere que, na falta de gerentes, todos os sócios assumem *poderes de gerência* (não se tornando gerentes)...” (destaquei entre parêntesis).

<sup>985</sup> Neste sentido, COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II cit., pág. 586: a representação neste caso compete *aos sócios* (mas, esclarece, não enquanto órgão).

em mais “um índice da tendência personalista da regulamentação legal das sociedades por quotas”<sup>986</sup>.

É de reconhecer, porém que é inclusivamente plausível que tal interesse personalistas nem sequer *reclame o exercício de tais poderes* durante aquele *interim* e o sócio, gerente potencialmente *interino*, não venha a exercer *efectivamente* funções.

Se exercer, os poderes assumidos pelos sócios são todos aqueles, sem restrições, que pertencem aos gerentes que os sócios vieram substituir, tal como *se os sócios tivessem exactamente a mesma posição* que os anteriores gerentes. Entre eles estão o poder de desencadear os expedientes de substituição estatutariamente prevista (suplentes e/ou cooptação). No que tange às funções representativas (de uma gerência plural), aplicam-se naturalmente as regras que constam do pacto; se não for possível a sua observância ou elas não existirem, aplica-se o disposto supletivamente no art. 261º, n.º 1. Para a representação passiva, convocam-se os arts. 260º, n.º 5, e 261º, n.º 3.<sup>987-988</sup>

\*

O segundo caso aqui a tratar encontra-se no regime das sociedades em comandita.

No caso de impedimento ou falta dos «gerentes efectivos», qualquer sócio, mesmo comanditário – os sócios comanditários não podem ser gerentes à luz da regra supletiva do art. 470º, n.º 1 (portanto, se o contrato de sociedade não prever essa possibilidade) –, *pode* praticar actos (de administração) urgentes ou de mero expediente<sup>989</sup>. A lei qualifica o exercício desta gerência como *provisória* (art. 470º, n.º

---

<sup>986</sup> ANTÓNIO CAEIRO, *As sociedades de pessoas...* cit., pág. 72. Com precisão idêntica: BRANCA MARTINS DA CRUZ, *Assembleias gerais nas sociedades por quotas*, 1988, pág. 47 (“íntima ligação que é pressuposto existir entre cada um dos sócios e a sociedade, por um lado, e, por outro, dos sócios entre si”).

<sup>987</sup> Sobre o tema, v. RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas. Comentário...*, volume III cit., sub art. 253º, pág. 47.

<sup>988</sup> Ao contrário do n.º 1, que atribui genericamente os «poderes de gerência», o art. 253º, n.º 2 («falta temporária») atribui legitimidade aos sócios para realizarem somente «acto que não possa esperar pela cessação da falta» durante o respectivo período – RAÚL VENTURA, *últ. ob. cit.*, sub art. 253º, pág. 49, afirmou que “é apenas atribuído um poder”, o de praticar “o acto urgente”, ainda que possa haver “mais do que um acto nessas condições”. De todo o modo, esse poder segue, na matéria (mais evidente) da vinculação nas relações externas, os mesmos princípios de actuação vigentes para o n.º 1 do ar. 253º.

<sup>989</sup> O preceito refere actos «urgentes e de mero expediente»; melhor será usar a disjuntiva *ou* uma vez que as duas categorias de actos podem não se assimilar. (Cfr., em abono, a letra do art. 203º, § 2º, do CCom.: *infra*, n. 993.) Aliás, a própria lei parece diferenciar uma e outra, quando só atribui ao sócio-“gerente provisório” a faculdade de convocar a assembleia geral para o fim de ratificar os seus actos e o confirmar na tal «gerência provisória» tão-só «no caso de ter praticados actos urgentes».

4). É, por isso, uma actuação vista pela lei como *excepcional*: o sócio deve declarar a qualidade em que age – *sócio*<sup>990</sup> e *não gerente de direito*; se praticou actos urgentes ou de mero expediente (condição legal) como formas de gestão *provisória*<sup>991</sup>, deve convocar de imediato a assembleia geral para que esta *ratifique os actos praticados e o confirme na gerência provisória* ou nomeie outros gerentes. Mas a lei desenha tais actos como *regulares* nas relações externas: mesmo que não se ratifiquem os actos, eles produzem os seus efeitos para com terceiros; o que pode acontecer, nas relações internas, é a falta de ratificação (nos termos do n.º 5 do art. 470º) fazer incorrer os sócios-administradores “provisórios” em *responsabilidade para com a sociedade*<sup>992, 993</sup>.

Por outro lado, note-se que, nas sociedades em comandita simples, pela remissão operada pelo art. 474º para o art. 189º, n.º 1, e deste para os arts. 248º, n.ºs 1 e 3, e 375º, n.ºs 2 e 3, o sócio pode requerer à gerência a convocação da assembleia de sócios. A solução, *mutatis mutandis*, é a mesma nas sociedades em comandita em acções, pela remissão operada pelo art. 478º para os mesmos n.ºs do art. 375º, sendo requerido o presidente da mesa da assembleia geral. Se é assim, parece que o art. 470º, n.º 4, depreende que *não há qualquer membro em exercício na gerência*, atribuindo o poder *sui generis* de convocar a assembleia ao sócio que gere

---

<sup>990</sup> Mais uma vez COUTINHO DE ABREU, *últ. ob. e loc. cit.*

<sup>991</sup> Talvez se deva entender esta espécie gestonária como uma forma mais restrita de “gestão corrente”, uma vez que a lei a aponta, num sentido, digamos, *precário*, em função da continuidade da actividade empresarial explorada pela sociedade e com o fim de evitar uma interrupção na gestão que possa comprometer tal actividade. Logo, ingressam aqui todas as decisões e actos que não possam ser diferidos sem colocar em causa a sobrevivência da sociedade e que devem ser necessariamente realizados para que a empresa social possa continuar a funcionar (v. por todos as observações de VINCENZO CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione...* cit., págs. 123-124).

<sup>992</sup> Perguntar-se-á: como gerente, ao abrigo dos arts. 72º e ss, por eventual incumprimento dos deveres legais da gerência? [pois será para esse regime geral de responsabilidade que a lei remete quando diz que o autor dos actos fica responsável «nos termos gerais»]; como sócio, por eventual incumprimento do dever de lealdade e/ou actuação compatível com o interesse social enquanto violação do compromisso de todos os sócios em promoverem o fim comum e não aproveitarem a comunhão societária para se basearem actuações incorrectas e abusivas (“*dever mais intenso e extenso nas sociedades de pessoas do que nas de capitais*” – COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II cit. págs. 316-317 –, ainda que sempre em razão da conformação concreta da sociedade: desenvolvidamente, lá fora, ADOLF BAUMBACH/ALFRED HUECK/GÖTZ HUECK, “Dritter Teil. Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter. Übersicht”, *loc. cit.*, pág. 141, *Rdn.* 11, JOSÉ GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades*, Tomo I cit., págs. 297-298); ou em ambas as qualidades?

<sup>993</sup> O antecedente legal desta norma é o § 2º do art. 203º do CCom.: «Salvo estipulação em contrário, poderá o conselho fiscal, em caso de impedimento ou falta temporária dos gerentes efectivos, designar de entre os sócios comanditários os que os devam substituir nos actos urgentes ou de mero expediente, pedindo imediatamente a convocação dos sócios ou da assembleia geral, a fim de os confirmar na gerência provisória ou nomear outros». E encontramos quem considerasse que esses gerentes provisórios comanditários “não chegam a ser titulares dos poderes de gerência. (...) São simples mandatários no exercício de funções provisórias” (ALMEIDA LANGHANS, pág. 137).

provisoriamente a sociedade. É a interpretação aconselhada, por sua vez, pela uniformidade desejada com disciplina análoga das sociedades por quotas – relembro que o art. 253º, n.ºs 1 e 2, prevê a falta de *todos* os gerentes. Visto isto, induzo que a lei vê tal sócio *actuar como verdadeiro gerente*, ainda que com poder *atípico* no que toca à convocação das assembleias nas sociedades em comandita por acções. Pelo contrário, se houvesse impedimento ou falta de algum gerente de direito – que o preceito chama gerente *efectivo* – e, sendo plural a gerência, permanecesse um ou mais gerentes, continuaria a pertencer a este(s) a legitimidade directa para convocar a assembleia, na sociedade em comandita simples, e o poder (indirecto) de requerer a convocação, na sociedade em comandita em acções.

\*\*

Estes sócios que gerem provisoriamente a sociedade por quotas e a sociedade em comandita podem ser administradores de facto?

A questão não tem resposta fácil. O legislador histórico não estaria decerto a vê-los enquanto tal. Porém, não vejo que, então ou hoje, a lei confira o título de gerente a qualquer dessas figuras(-sócios). Em nenhuma delas se afirma que os sócios *são nomeados ou designados gerentes* – nas palavras de RAÚL VENTURA, para a sociedade por quotas, “[o] art. 253º, n.º 1, não diz que (...) todos os sócios passam a ser gerentes; diz que todos os sócios *assumem os poderes de gerência* e que o fazem por força da lei. Esta última parte mostra ser desnecessária qualquer designação (...). É assim como não é necessária a designação, também não é necessária a aceitação, nem é lícita a renúncia – *tudo se passa por força da lei*, contra a qual não vale a vontade de nenhum dos sócios”<sup>994</sup>.

Aliás, no caso das sociedades em comandita, a lei vai ao ponto até de salientar o estatuto *não formal* da qualidade de gerente, quando exige ao sócio que declare junto da contraparte negocial a qualidade em que intervém: *não gerente, mas sócio*.

Em ambas a centralidade pertence à *assunção* dos poderes de gerência e à *prática* de actos – ou seja, ao *exercício* de poderes e funções de administração. Ainda assim, esse exercício, embora proporcionado por lei, não tem que ser *efectivo*:

---

<sup>994</sup> *Sociedades por quotas. Comentário...*, vol. III cit., sub art. 253º, pág. 46, sublinhei.

No mesmo sentido de assunção *ex lege*, PAULO OLAVO CUNHA, “Designação de pessoas colectivas...”, *loc. cit.*, n. (61) – pág. 196, MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, II volume cit., pág. 420.



- a) o sócio ou sócios quotistas podem não convocar, como *acto mínimo e natural de administração* no período seguinte à cessação do gerente único ou de todos os gerentes, a assembleia para eleger o novo gerente ou novos gerentes (art. 248º, n.º 3), e, eventualmente, nomear suplentes e/ou cooptar (se estatutariamente autorizado) – porque, em particular, houve decisão do sócio ou deliberação unânime por escrito ou deliberação tomada em assembleia universal (actuação *enquanto sócio*); ou nomeação pelo sócio ou sócios com direito especial para esse efeito; ou, até, designação pelo tribunal, a pedido dos sócios, de um gerente único até à nomeação deliberativa <sup>995</sup> ou, ainda, convocação da assembleia geral pelo órgão de fiscalização <sup>996</sup>; ou, finalmente, porque os actos de administração necessários acabaram por ser realizados pelos mandatários e procuradores constituídos pela sociedade <sup>997</sup> – e, dessa feita, não praticarem qualquer outro acto, ordinário ou extraordinário, de administração (incluindo representação da sociedade), sem que isso lhe(s) comporte qualquer censurabilidade omissiva;
- b) o sócio ou sócios quotistas e o sócio comanditado ou comanditário podem não ter que praticar qualquer acto urgente ou de mero expediente até à nomeação de novo ou novos gerentes.

Se assim for, não sendo gerentes de direito por não terem sido *verdadeiramente designados*, os sócios que assim *não actuaram como administradores*

---

<sup>995</sup> Por aplicação analógica do art. 394º, n.º 1 (e, portanto, fora da previsão especial do art. 253º, n.º 3).

Não vejo que o art. 253º, n.º 1 – mesmo que a assunção da gerência seja o princípio *geral* de substituição para a sua hipótese –, se oponha a essa faculdade dos sócios (cumulativa, portanto), nomeadamente considerando a necessidade de tutelar situações de desentendimento e litígio entre si e impossibilidade prática de deliberar a designação da gerência (veja-se a probabilidade quando não haja qualquer sócio que não fosse gerente: por ex., os dois sócios são os dois gerentes relativamente aos quais se verificou “falta definitiva”). Ademais, esse gerente judicial pode ser mesmo um dos sócios. Note-se, porém, que as consequências são diferentes: o gerente judicial nomeado por via do art. 253º, n.º 3, substitui o ou os gerentes com “falta definitiva” e acresce(m) ao ou aos gerentes subsistentes; o gerente judicial nomeado nos termos do art. 394º nunca acresce (se houver administradores subsistentes, estes terminam as suas funções e fica equiparado a um administrador único).

Em sentido contrário, ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, pág. 109, e, mais desenvolvidamente, RAÚL VENTURA, *últ. ob. cit., sub art. 253º*, págs. 46 (no contexto de a hipótese de nomeação judicial ser alternativa ao mecanismo do art. 253º, n.º 1, tanto mais que o Autor só admitia para gerente judicial “um estranho” à pessoa dos sócios.), 48 (por desnecessidade e por não ver incomodidade mesmo quando for elevado o número de sócios), 51 (“o único caso em que o CSC admite a nomeação judicial de gerente de sociedade por quotas” é o do art. 253º, n.º 3).

<sup>996</sup> Se o órgão existir (art. 262º) e na circunstância prevista pelo art. 377º, n.º 7.

<sup>997</sup> RAÚL VENTURA, *últ. ob. cit., sub art. 253º*, pág. 45.

não adquirem a qualidade de administradores, *nem sequer de facto*; ficam tão-só com a qualidade de sócios que, potencialmente, poderiam ter sido gerentes (*ainda que não de direito*).

Se actuaram como gerentes, *e porque o fizeram* – falta saber, para os quotistas actuantes por causa de «falta definitiva», em que medida: *v. g.*, bastará a convocação da assembleia geral da sociedade por quotas para deliberar a eleição da gerência? bastará a prática de um acto gestionário de mero expediente? será necessária a prática de actos de “alta direcção” ou será suficiente a “gestão corrente”?; ou se *a medida* não é sindicável, desde que haja uma qualquer actuação? –, os sócios que assim actuaram *ex vi legis como administradores*, ou, excepcionalmente nas sociedades em comandita por acções, com poderes atípicos decorrentes da *prática de actos urgentes de administração*, poderão ser considerados *administradores de facto* (“provisórios”, de acordo com a letra do art. 470º, n.º 4<sup>998</sup>).<sup>999</sup> Considerados, portanto, desde que a condição de *terem administrado* se verifique e sem que, *prima facie*, mais nenhum outro pressuposto se tenha que verificar<sup>1000</sup>, em nome da *legitimação que a lei faz de tal actuação*, digamos, “para-jurídica”.

Sendo, portanto, administradores de facto com *reconhecimento legal*, aplicar-se-lhes-á depois, por analogia de razões com o regime de uma outra hipótese de administrador de facto *ope legis*, o art. 391º, n.º 4 (administrador de facto por exercício de funções após o termo do período do “mandato”), na parte em que manda

---

<sup>998</sup> Igualmente caracterizavam a situação do sócio quotista como uma “situação provisória” os Autores do *Anteprojecto de Coimbra* de lei da Sociedade por Quotas de responsabilidade limitada: cfr. FERRER CORREIA/VASCO LOBO XAVIER/MARIA ÂNGELA COELHO/ANTÓNIO CAEIRO, *RDE* cit. n.º 2, pág. 372, em comentário ao aludido art. 86º.

<sup>999</sup> Como já assinali, o poder de directamente convocar a assembleia geral que é adjudicado pelo art. 470º, n.º 4, é competência da gerência nas sociedades em comandita simples – por ser assim nas sociedades por quotas: arts. 474º, 189º, n.º 1, 248º, n.º 3; aliás, o art. 86º, n.º 3, do *Anteprojecto de Coimbra* de lei da Sociedade por Quotas de responsabilidade limitada previa que «qualquer sócio [que assumisse os «poderes para administrar a sociedade»] pode convocar a assembleia geral para eleição de gerentes, se não for outro o processo estatutário de designação» –, mas não o é nas sociedades em comandita por acções. Por isso, não será essa competência – *sui generis*, atípica, no quadro do núcleo de poderes da gerência nesse subtipo das sociedades em comandita – o atributo para qualificar o sócio como administrador de facto; antes esse é um poder que deriva da prática *anterior* de actos «urgentes e de mero expediente»; embora estes cheguem para conferir a «gerência provisória». Nessa assembleia os sócios vão confirmar ou não a «gerência provisória» antes assumida – ou seja, vão reconhecer ou não a administração de facto. Sem que desse reconhecimento pareça depender a qualidade de administrador de facto; se não o fizerem, logo nomeiam os novos gerentes de direito; se o fizerem, reconhecem e prolongam no tempo a gerência de facto protagonizada pelo sócio ou sócios que praticaram os actos administrativos urgentes ou de mero expediente.

<sup>1000</sup> Mesmo que os sócios da sociedade em comandita não confirmem em assembleia a «gerência provisória».

aplicar, «sem prejuízo» de não serem administradores de direito, os arts. 403º (destituição) e 404º (renúncia).<sup>1001</sup>

<sup>1001</sup> O direito português não aparenta assumir uma figura de administrador “provisório”, que possa ser entendida como situada fora do espectro do administrador, de direito (e suas formas de designação, mesmo com efeitos predeterminadamente temporários) e de facto. O art. 470º, n.º 4, não chega por si só para o fazer e conduzir – também nas sociedades por quotas – a algo de substancial para além da possibilidade (legitimada pela lei) do exercício de funções de administração que pudesse, sob essa etiqueta, ser alternativa à dicotomia gerente de direito/gerente de facto. Nem parece que a previsão dos «administradores provisórios» previstos para *designação* pelo Banco de Portugal e pelo Instituto de Seguros de Portugal (arts. 143º do RGICSF e 117º do RJASegR, 392º, n.º 11, CSC), mesmo com a possibilidade de se «suspender, no todo ou em parte, o órgão de administração», seja mais do que uma forma de constituição excepcional (mas definitiva, estável e irrestrita, ainda que temporária) de administração de direito – na confirmação de MENEZES CORDEIRO, *Direito das sociedades*, I volume cit., pág. 944, ocupam “a mesma posição orgânica e estatutária dos seus pares”.

De todo o modo, convém, brevemente, anotar algo sobre o direito estrangeiro.

No direito italiano das sociedades em comandita por acções, quando *todos* os gerentes cessam o seu ofício, o *collegio sindacale nomeia* um administrador *provisório* (sócio ou não sócio), durante um período de 180 dias (desde a referida cessação), com o fim de realizar actos de «administração ordinária» – art. 2458, § 2º, do CCIt. A doutrina realça a nomeação por um órgão social e a desnecessidade de aprovação pelos sócios, não esquecendo a diferença para com o administrador judicial – v. GIUSEPPE FERRI Jr., *Società di capitali*, vol. 3, *Artt. 2449-2510*, Commentario a cura di Giuseppe Niccolini/Alberto Stagno d’Alcontres, *sub arts.* 2457-2458, 2004, págs. 1371 e ss.

Enquanto isso, a experiência gaulesa faz corresponder tradicionalmente o administrador provisório à figura do administrador nomeado pelo tribunal – *mandataire de justice* – com uma missão “essencialmente temporária” pelo termo fixado pelo tribunal (JEAN HÉMARD/FRANÇOIS TERRÉ/PIERRE MABILAT, *Sociétés commerciales*, Tome I cit., pág. 744) e, justamente, de “carácter provisório” (CLAUDE BERR, pág. 303), para acorrer a crises graves no funcionamento da sociedade, nomeadamente de conflito ou de carência no seu órgão de administração. Não é esta uma figura genericamente prevista pela lei, embora a doutrina e a jurisprudência se esforçassem por encontrar um fundamento para o direito de nomear tal administrador, em especial como extrapolação de outros mecanismos e figuras – em particular, o *séquestre judiciaire*, a nomeação judicial do *commissaire aux comptes*, a tutela dos incapazes de facto e de direito, a nomeação de um *mandataire* no caso de não ser feita cooptação de administrador ou, sendo, não ser convocada a assembleia dos sócios para a ratificar, com o fim de o nomeado convocar a assembleia geral onde se proceda às nomeações ou à ratificação das cooptações (v. CHARLES LAPP, págs. 778 e ss).

Segundo a construção jurisprudencial desse país, a designação de um administrador provisório-judicial depende de (i) urgência – capaz de justificar por razões excepcionais uma *ingerência* do poder judicial na administração e no funcionamento da sociedade anónima (v. por todos JEAN NOIREL, *La société anonyme...* cit., págs. 284-285, 297) –, (ii) existir conflito grave e/ou (risco de) paralisia dos órgãos sociais e (ii) a sociedade estar exposta a um perigo certo e iminente (não eventual, ainda que futuro) para a preservação do interesse social (nomeadamente pela prática de actos irregulares ou gravemente inoportunos). Abrange três grupos de casos: os relativos ao órgão de administração, os relativos ao órgão deliberativo e os relativos a esses dois órgãos (ou aos seus conflitos interorgânicos); muitas vezes as questões estão relacionadas com a violação dos estatutos. Neles se compreendem situações como a de desacordos graves entre sócios (por ex., entre dois blocos rivais desentendidos sobre a nomeação dos administradores ou sobre a realização de assembleias) ; entre sócios/assembleia geral e administradores ou entre administradores (hostilidade permanente entre presidente e restantes membros do conselho, *e. g.*, com reflexos em assuntos tão díspares como a oposição entre contas bancárias ou a inscrição de menções sucessivas e contraditórias no registo comercial); carência do órgão normal de gestão (todos os administradores, incluindo o presidente do órgão, estão demissionários ou foram destituídos; falta o quórum para o órgão deliberar com validade, depois da morte, da renúncia ou da incapacidade legal para administrar de alguns dos administradores; ninguém se candidata ou aceita o lugar das vagas existentes ; abusos da maioria – ficou célebre o caso “*Fruehauf-France*” (Cour de Paris de 22 de Maio de 1965, in *JCP*, Éd. Générale, II – Jurisprudence, 1965,14274<sup>bis</sup>; um resumo em YVES GUYON, *Droit des affaires*, Tome 1 cit., pág. 477), com a confirmação da designação de um administrador provisório por solicitação dos accionistas

minoritários; invalidação da deliberação electiva dos administradores; inércia do conselho na convocação de assembleia; etc. – v., em especial, os trabalhos de CHARLES LAPP, págs. 772 e ss, 782 e ss; JEAN NOIREL, *ibid.*, págs. 294 e ss; CLAUDE BERR, págs. 293 e ss; YVES GUYON, *ibid.*, págs. 477-478; JEAN-PAUL VALUET/ALAIN LIENHARD, págs. 1079 e ss (excluem como fundamento a “*mauvaise gestion*” dos administradores); BRUNO PETIT, págs. 88-89; MAURICE COZIAN/ALAIN VIANDIER/FLORENCE DEBOISSY, págs. 197-198 (que sustentam a imprestabilidade da figura para os dissensos entre accionistas, desde que os restantes órgãos sociais funcionem normalmente, pois aí deve-se “deixar jogar os mecanismos societários”). É a decisão do juiz que determina os seus poderes em concreto – num contexto de “ampliação” das suas funções, necessárias para resolver diferendos, proporcionar um estado em que a sociedade possa funcionar com os seus próprios órgãos e garantir a sua sobrevivência: neste sentido, v. JEAN NOIREL, *ibid.*, págs. 297-298, YVES GUYON, “Les missions des administrateurs provisoires de sociétés”, *Mélanges en l’honneur de Daniel Bastian*, tome 1, 1974, págs. 103-104, 105-106, 111-112. Tradicionalmente, haveria dois grandes tipos: o administrador com competência *limitada* – a mais comum era a de convocar assembleias de sócios (esta faculdade é, em geral, prevista expressamente na lei: v. agora os arts. L. 223-27, 4.<sup>a</sup> al., e 225-103, II, 2.<sup>o</sup>, do CCFr.) e, eventualmente, gerir ordinariamente os assuntos sociais até à sua realização – e, mais comumente, o administrador com competência *vasta* no seio da gestão e da representação perante terceiros. Numa primeira fase, poderia tão-só implicar, se a administração da sociedade funcionasse, um controlo e uma assistência às operações sociais e uma actuação preventiva e de teor informativo sobre a situação da sociedade. Mas, em outras circunstâncias, incluiu necessariamente a tomada de medidas urgentes para conjurar os perigos que ameaçam a sociedade e a gestão quotidiana (desde logo os chamados “actos conservatórios”); a realização de “actos de disposição” dependerá sempre do que mande o interesse social; não se coloca, porém, fora de juízo a admissibilidade de o administrador provisório-judicial ser investido de todos os poderes conferidos pela lei ao órgão de direcção (e as mesmas responsabilidades), mormente quando se descortina um conflito sério ou um esvaziamento no órgão de gestão; abre-se a porta à sobreposição de poderes, uma vez que, mesmo quando o conselho de administração está regularmente composto, mas o tribunal considerou que há uma situação “anormal” que espelha factos suficientemente graves para causar, a breve trecho, um prejuízo irremediável para a sociedade, o órgão continua funcionando no que o administrador provisório-judicial considere oportuno, pelo que se entende que os administradores agirão nessa esfera, não em virtude dos seus poderes próprios mas em virtude dos poderes que lhes delega o administrador de origem judicial; ou, em alternativa, suspendem-se os poderes dos administradores formais e actua somente o administrador judicial em sua substituição (e temos um verdadeiro órgão social de *origem judicial*), ainda que os administradores formais mantenham a sua qualidade. V. ainda o mesmo CHARLES LAPP, agora a págs. 790 e ss; JEAN NOIREL, *ibid.*, págs. 298 e ss (que sublinha a delicada conciliação das ponderações devidas ao curso normal das empresas sociais e o “princípio de intervenção mínima” do juiz na administração das sociedades); CLAUDE BERR, págs. 293 e ss; PIERRE-GILLES GOURLAY, *Le conseil d’administration...* cit., págs. 65 e ss (que marca a relativização desta nomeação como excepção ao princípio da *permanência* do conselho de administração); YVES GUYON, “Les missions...”, *loc. cit.*, págs. 111-112; PHILIPPE MERLE, *Droit commercial. Sociétés commerciales* cit., págs. 619-620; GEORGES RIPERT/RENÉ ROBLOT cit. 2002, págs. 119 e ss, 406; JEAN-PAUL VALUET/ALAIN LIENHARD, págs. 1083 e ss, MAURICE COZIAN/ALAIN VIANDIER/FLORENCE DEBOISSY, pág. 198; em esp. para a temática da legitimidade activa para solicitar a designação de um administrador provisório, nomeadamente dos credores, v. CHARLES LAPP, págs. 776 e ss, CLAUDE BERR, págs. 290 e ss, JEAN HÉMARD/FRANÇOIS TERRÉ/PIERRE MABILAT, *Sociétés commerciales*, Tome II cit., págs. 9 e ss, LAURENT GODON, “Le recul de l’administration provisoire «de groupe» – Note sous Paris, 1re ch., sect. B, 1er juin 2007, SA GHM c/ SA Socpresse”, *Rev. Soc.*, 2008, págs. 99 e ss.

A jurisprudência francesa solidificou ademais outros “personagens” para as hipóteses em que não estivessem reunidas as condições de nomeação do administrador provisório-judicial, que, ao invés deste, não se substituem (se for o caso) ao órgão de gestão, isto é, não estão vocacionados para assumirem poderes de administração. Em especial, falo do *contrôleur* ou *observateur de gestion* (que não administra, ao invés, “olha e escuta”: assiste às reuniões da assembleia geral e do conselho, dá a conhecer aos credores informações relevantes sobre a sociedade ou sobre actos susceptíveis de comprometer o valor das acções penhoradas, comunica ao tribunal um relatório das suas observações e das omissões relativas aos requerimentos por si ordenados, fiscaliza a regularidade e a efectividade dos actos realizados pela administração, etc.) e do *enquêteur-conciliateur* (que vai encarregado de averiguar as causas dos conflitos intrassociais e propor, depois, os remédios para a solução e conciliação dos protagonistas). Ainda se relata, pura e simplesmente, a designação de mandatário *ad hoc* para, investido de uma função muito específica

### 8.3. Renúncia e destituição

Os gerentes e administradores das sociedades podem declarar o fim da relação de administração por simples comunicação unilateral à sociedade da sua *renúncia* ao cargo.

Nas sociedades por quotas essa comunicação deve ser feita por escrito e dirigida a outro gerente ou ao órgão de fiscalização (se não houver outro gerente) ou

---

(como será aquela prevista na lei para a convocação de assembleia geral e a fixação da “ordem do dia”: YVES GUYON, *ibid.*, págs. 105, 109), evitar que situações de conflito gerem decisões orgânicas susceptíveis de contestação judicial (um exemplo é a indicação pelo tribunal de *mandataire* para presidir à assembleia geral de accionistas em vez do titular do cargo ou para cumprir as formalidades publicitárias das contas da sociedade). Próximo, mas com reconhecimento legal, encontra-se o *expertise de gestion* (arts. L. 225-231, para a sociedade anónima, e L. 223-37, para a sociedade de responsabilidade limitada), que, em termos simples, é designado pelo tribunal para elaborar e apresentar aos sócios um relatório sobre “operações relevantes” e determinadas de gestão. V., com as alusões jurisprudenciais pertinentes, PHILIPPE MERLE, *ibid.*, pág. 621, BRUNO PETIT, págs. 85-87, 89-90, MAURICE COZIAN/ALAIN VIANDIER/FLORENCE DEBOISSY, págs. 198-200, 200-201, 202-203.

Já em Espanha, recordamos, administrador provisório – ou “interino” ou *ad tempus* – é, para alguns Autores, o administrador cooptado antes de (ou até) ser confirmado na assembleia geral seguinte à sua aceitação (recordo que a cooptação é uma *faculdade* que assiste ao conselho para, mediante o recurso a accionistas, suprir vagas antecipadas do conselho de administração). Melhor: trata-se de um administrador com uma “nomeação provisória”, à espera da sua confirmação como administrador por parte do verdadeiro titular da competência exclusiva em matéria de designação de administradores, e que só se torna administrador *definitivo* com a expressão dessa competência que é a deliberação de ratificação dos sócios – esta deliberação terá como consequência principal justamente a ablação da característica que distinguiria o cooptado dos demais conselheiros, isto é, a tal provisoriedade. Principais defensores: ÁNGEL ROJO, “La facultad de cooptación...”, *loc. cit.*, págs. 411 e ss, 417-418; FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, *Provisión de vacantes...* cit., págs. 393 e ss (dentro das situações jurídicas “interinas”, o administrador cooptado está no campo das “situações jurídicas carecidas de firmeza”, como são aquelas que, por qualquer razão, estão expostas a desaparecer juridicamente e o seu estado deve ser aclarado num certo período de tempo), em esp. 396-398, 403-404, n. (1198) – pág. 410; FRANCISCO VICENT CHULIÁ, *Introducción al derecho mercantil* cit., pág. 437; JAVIER JUSTE MENCÍA, “Facultad de cooptación...”, *loc. cit.*, págs. 346, 347, 349. Também sabemos que administrador “provisório” ou “acidental” era, isoladamente na voz de ANTONIO SOTO BISQUERT, págs. 3692 e ss, a pessoa a quem os estatutos sociais da anónima atribuíam legitimamente a missão transitória de suprir as vagas produzidas no conselho sem maioria de funcionamento ou a inexistência de administrador e, para isso, convocar a assembleia geral electiva e a realização da administração ordinária, nomeadamente actos necessários e urgentes – um “verdadeiro órgão de administração”.

Em Portugal, como sabemos, vriam no administrador cooptado um administrador “intercalar” ou “provisório”, em função de implicar ratificação sucessiva, ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, pág. 108, e RAÚL VENTURA, “Nota sobre a substituição...”, *loc. cit.*, pág. 165. Mas já sabemos também que o administrador cooptado *mas não ratificado pela assembleia geral* não deverá ser visto assim, pois a cooptação funciona como uma forma típica de designação dos administradores e a não ratificação ou recusa de ratificação tem como relevo constituir simples (e normalmente) causa de caducidade dessa designação (e consequente abertura de nova vaga no conselho de administração); quando ratifica o cooptado, a assembleia geral nada mais faz que *confirmar a produção de efeitos da nomeação feita pelo conselho de administração* (naturalmente com efeitos *ex tunc*).

a qualquer sócio (se não houver órgão de fiscalização <sup>1002</sup>) – arts. 258º, n.º 1, 1.ª parte, 260º, n.º 5 <sup>1003</sup>, <sup>1004</sup>

Nas sociedades anónimas, por carta escrita ao presidente do conselho de administração ou ao presidente do conselho de administração executivo ou, se esses forem os renunciantes (ou se o renunciante for administrador único), ao conselho fiscal ou fiscal único ou ao conselho geral e de supervisão ou à comissão de auditoria, consoante a estrutura orgânica adoptada – arts. 404º, n.º 1 <sup>1005</sup>, 433º, n.º 4 <sup>1006</sup>). Se o renunciante for membro de comissão de auditoria (também administrador), creio que a remissão do art. 423º-H para o art. 404º não preclui a competência passiva do presidente da comissão de auditoria: o art. 404º é aplicável «com as devidas adaptações»; a comissão de auditoria, ainda que os seus membros sejam escolhidos entre os membros do conselho de administração e desempenhem *limitadamente* funções gestórias (art. 423º-B, n.º 3, 1.ª parte), é, nos termos do art. 423º-B, n.º 1, órgão *relativamente autónomo* em relação ao conselho de administração (mesmo que seja razoável vê-lo como *subórgão* na parcela de acção administrativa da sociedade<sup>1007</sup>); a substituição dos administradores-audidores, com recurso à chamada

---

<sup>1002</sup> E mesmo que tenha revisor oficial de contas designado para proceder à revisão das contas da sociedade por quotas, nos termos do art. 262º, n.º 2 (e n.º 3, para a sua manutenção) – não parece que seja de considera órgão sucedâneo.

<sup>1003</sup> Independentemente de o sujeito passivo da declaração ser qualquer dos sócios se não houver órgão de fiscalização, até será aconselhável que a renúncia seja dirigida à colectividade dos sócios (ou ao sócio único enquanto tal). Sendo a comunicação feita à sociedade, segundo JOÃO LABAREDA, “A cessação da relação de administração”, *loc. cit.*, págs. 143-144, Autor que não aplica ao caso o art. 260º, n.º 5 – que é explícito na solução –, tal impediria que seja endereçada pessoalmente a cada um dos sócios. Não creio. Mas julgo que não há estorvo a ler extensivamente a parte final do n.º 5 do art. 260 («a qualquer sócios ou aos sócios»). E substancialmente, concedo que, como é patrocinado por essa doutrina, essa poderá ser a melhor forma de salvaguardar os interesses da sociedade, já que permite compatibilizar a renúncia com a criação de condições para o normal prosseguimento da actividade social, “evitando, além disso, desnecessárias dificuldades ligadas à determinação do momento em que a renúncia se tornaria eficaz e ao consequente accionamento do mecanismo de substituição previsto no art. 253º”. Efectivamente, o gerente único poderá convocar a assembleia dos sócios e na sua “ordem de trabalhos” colocar o assunto da sua renúncia e a designação de substituto; na assembleia comunica a renúncia à “colectividade social” – o que dá o mesmo resultado: o sócio ou sócios reunidos em assembleia –, que dela toma conhecimento para os devidos efeitos da caducidade do título de gerente, e os sócios (ou o sócio único) estão legitimados para suprir a vaga assim criada. Se o fizerem, além do mais, antecipam a produção de efeitos da renúncia, por aplicação analógica do art. 404º, n.º 2, 2.ª parte.

<sup>1004</sup> O art. 258º, n.º 1, determina que a comunicação da renúncia é feita «à sociedade».

<sup>1005</sup> Nos termos do art. 408º, n.º 4 (norma com função análoga à do art. 260º, n.º 5), «[a]s notificações ou declarações de um administrador cujo destinatário seja a sociedade devem ser dirigidas ao presidente do conselho de administração ou, sendo ele o autor, ao conselho fiscal ou à comissão de auditoria».

<sup>1006</sup> Assinale-se ainda o art. 441º, al. c): «[Compete ao conselho geral e de supervisão] [r]epresentar a sociedade nas relações com os administradores».

<sup>1007</sup> V. *infra*, ns. 1088 e 1104.

de suplentes e à cooptação, é feita no âmbito da comissão de auditoria e não por iniciativa do conselho de administração (veja-se a remissão do art. 423º-H para o art. 393º, n.º 3) <sup>1008</sup>; assim, onde se lê, no art. 404º, n.º 1, 1.ª parte, «presidente do conselho de administração», deve ler-se «presidente da comissão de auditoria» <sup>1009</sup>. Só assim não será se o renunciante for presidente da comissão de auditoria: aqui aplicar-se-á sem qualquer adaptação o art. 404º, n.º 1, 1.ª parte <sup>1010</sup>.

A renúncia está, portanto, condicionada pela observância da forma-solenidade exigida por lei para ser válida, nos termos gerais do art. 220º do CCiv.; sem essa forma *ad substantiam*, a renúncia será nula. O que só pode significar que a declaração abdicativa do cargo não produz quaisquer efeitos em consequência da invalidade e a eventual cessação do exercício de funções será juridicamente irrelevante <sup>1011</sup>. <sup>1012</sup>.<sup>1013</sup>

<sup>1008</sup> V. *infra*, n. 1108.

<sup>1009</sup> Em sentido oposto, favorável à competência do presidente do conselho de administração, ARMANDO TRIUNFANTE, *Código das Sociedades Comerciais anotado cit., sub art. 423º-H*, pág. 453.

<sup>1010</sup> Nesta parte coincido com a posição de ARMANDO TRIUNFANTE, *últ. ob. e loc. cit.*

<sup>1011</sup> NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., págs. 177-178.

<sup>1012</sup> No plano dos interesses, a observância de forma escrita previne a incerteza sobre o conteúdo de “declarações de demissão” dos administradores (muitas vezes pré-anunciadas, prometidas ou ameaçadas antes de se concretizarem definitivamente), evitando-se situações equívocas de abandono das funções, e assegura a identificação do momento da sua perfeição, de maneira que se saiba sempre com segurança qual a composição exacta do órgão administrativo: por todos, v., cá, RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas. Comentário...*, volume III cit., *sub art. 258º*, pág. 123 (“a inobservância da forma legal produz nulidade do acto e, portanto, a renúncia comunicada por outra forma continuará ineficaz até ser comunicada por escrito”), e, lá fora, GIOVANNI CASELLI, “Di alcune cause di cessazione...”, *loc. cit.*, pág. 983, ss. Mas nem sempre a qualidade e a natureza destes interesses foram vistos como inatacáveis, já que se chegou a defender que a renúncia não seria nula nem ineficaz se feita por outros meios (expressos, mas bastando os orais), que a fizessem conhecida pelos destinatários: v. GUSTAVO MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., pág. 476 (a comunicação escrita não era forma *ad substantiam*). Entre nós, esta corrente encontra eco em COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais cit., n. (360)* – pág. 149, Autor que admite a comunicação oral da renúncia (afectada por “mera irregularidade”) em assembleia geral dos sócios sempre que nesta se delibere de imediato a substituição – “pretende a lei que a declaração do renunciante chegue a órgão social (ou seu membro) competente para substituir ou solicitar a substituição de quem renuncia”.

De todo o modo, não parece ser indefensável que o “escrito” ou a “carta escrita” possam ser substituídos por comunicação verbal do renunciante em reunião da gerência plural ou do conselho de administração ou do conselho de administração executivo onde participe: a forma exigida é substituída pela acta que descreve essa comunicação. (Veja-se que a reunião até pode ser convocada ou solicitada com esse único objecto: para além do presidente, podem outros dois administradores convocar *motu próprio* a reunião do conselho, nos termos do art. 410º, n.º 1.), Também esse “escrito” ou “carta escrita” podem ser entregues ao(s) outro(s) gerente(s) ou ao presidente dos conselhos em reunião do órgão: aqui, deverá a acta referir o “documento submetido” à reunião (cfr. art. 63º, n.º 2, al. e) e descrever a leitura do seu conteúdo, mas sem que sirva para substituir a forma exigida por lei.

Em França, a propósito da querela jurisprudencial “*Dubois vs SA Gobbi*”, a doutrina recusou a noção de *démission de fait*, assente na recusa de um administrador não exercer as suas funções antes de formalizar a sua renúncia ao cargo, e demandou inequivocamente o “acto positivo” configurado na lei para esse desiderato, sem o qual não se perdia a qualidade de administrador: v. PIERRE-GILLES GOURLAY, “*Note Cour d’Appel de Paris, 22 mars 1977*”, *Rec. Dalloz*, 1978, *Jurisprudence*, pág. 160, PHILIPPE MERLE, “*Note Cassation comm., 13 mars 1979*”, *Rev. Soc.*, 1979, pág. 830, e, com breve alusão, JEAN HÉMARD, “*Note Cour d’Appel de Paris, 22 mars 1977*”, *Rev. Soc.*, 1978, *Jurisprudence*, págs. 96-97. Além do mais, não poderia

Diferente da sua *validade*, é, por força também da lei, a *eficácia* da declaração renunciativa: só acontece depois de decorrido um prazo subsequente à recepção e/ou percepção do órgão próprio da sociedade (arts. 258º, n.º 1, 2.ª parte, 404º, n.º 2, 433º, n.º 4)<sup>1014</sup>. Entre a *expedição* e a *recepção e/ou conhecimento* da declaração extintiva, o

---

deixar de ser essa a leitura de quem frisa que a renúncia não é oponível a terceiros a não ser depois de efectuadas as respectivas formalidades de publicidade, o que, nas relações externas, é notoriamente contrário à figura rebatida (cfr., v. g., MAURICE COZIAN/ALAIN VIANDIER/FLORENCE DEBOISSY, pág. 276, e o art. L. 210-9, 2.ª al., do *Code de Commerce*).

<sup>1013</sup> Pouco claro poderá ser o destinatário da comunicação ao conselho fiscal, ao conselho geral e de supervisão e à comissão de auditoria. A quem deve ser feita: ao presidente do órgão, ao órgão de forma impessoal (como sugere a lei), a qualquer dos membros do órgão ou a todos eles? Julgo que o art. 408º, n.º 4, estabelece um princípio de *competência para a representação passiva* ao presidente do conselho de administração nas *relações internas* (em oposição à regra da *disjunção* de cada um dos administradores nas *relações externas*, determinada pelo n.º 3), que deve ser aplicado a todos os restantes órgãos (para a figura do presidente desses outros órgãos, v. arts. 414º-B, n.º 1, 423º-C, n.º 3, e 436º). E não há nenhuma razão substancial de peso que possa fazer prevalecer a letra da lei, o que, desaconselhavelmente, exigiria que a declaração de renúncia atingisse o órgão enquanto colégio, isto é, na concreta explicitação da sua função, o que pressuporia a sua “constituição” em reunião válida e em condições de deliberar *ex arts.* 423º, 445º, n.º 2, e 410º (este aplicável por analogia à comissão de auditoria, com excepção do n.º 2 quanto à periodicidade das reuniões, em virtude da disposição expressa do art. 423º-G, n.º 1, al. a), 2.ª parte); ora, nenhuma deliberação ou, no mínimo, leitura da comunicação e registo em acta são exigidos para o fim meramente recipiando da recepção/conhecimento e não se vislumbra que, a exigir-se reunião e tais operações, seja de optar por uma única forma de atribuir efeitos à declaração, ou seja, o conhecimento *efectivo* pelo conselho reunido (v. *infra*, n. seguinte). Uma possível ressalva a esse princípio será apenas a de não se encontrar em funções ou faltar temporaneamente o presidente do órgão – aqui a alternativa mais razoável será endereçar a renúncia a todos os membros. Seja a regra, seja esta excepção defendem eficientemente o risco de retardamento do momento da eficácia da renúncia, em órgãos de funcionamento intermitente e espaçado no tempo, que colide necessariamente com a tutela da liberdade pessoal em que se inspira a possibilidade de renúncia por parte do administrador, e permitem espoletar o *iter* que conduzirá à substituição dos administradores e assegurar a “continuidade da gestão” em tempo compatível com a vontade do renunciante.

Com mais ou menos oposições, vem-se defendendo o mesmo princípio e a mesma ressalva em Itália: GIANCARLO FRÈ/GIUSEPPE SBISÀ, *sub art.* 2385, pág. 797, FRANCESCO FERRARA Jr./FRANCESCO CORSI, *Gli imprenditori...* cit. 2006, pág. 600; para exemplo de contrariedade, em nome do conhecimento da renúncia pelo “conselho efectivamente reunido e operante”, v., também com outras indicações, ARTURO DALMARTELLO, “Postilla a Luraghi (in tema di dimissioni di amministratori di società per azioni)”, *Giur. comm.*, 1974, págs. 583 e ss.

<sup>1014</sup> A renúncia consiste num negócio unilateral receptício, que só se torna eficaz no momento em que for levado ao conhecimento da pessoa-órgão a que se destina. Tem, ademais, essa particularidade de ser diferida a produção de efeitos para momento posterior à *recepção na sua esfera de disponibilidade* (coincidentemente, normalmente, com a sede da sociedade: v. art. 12º, n.º 2) pelo órgão (= titular) legimitado para o efeito – como diz expressamente o art. 258º, n.º 1 («oito dias depois de recebida a comunicação»), e como deveria dizer o art. 404º, n.º 2 («no final do mês seguinte àquele em que tiver sido comunicada»), pois melhor seria corrigir a menção indevidamente feita à renúncia ser «comunicada» (utilizando a fórmula “comunicada-recebida”, cfr. COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., pág. 149). Prazo esse que também dever ser contado em relação ao *conhecimento* da declaração – nada exclui a aplicação da alternativa predisposta pelo art. 224º, n.º 1, do CCiv., enquanto regra civilística da perfeição das declarações negociais. Ainda que sem esta última argumentação do princípio geral dos negócios receptícios, cfr. JOÃO LABAREDA, “A cessação da relação de administração”, *loc. cit.*, n. (72) – pág. 140.

Não vem fora de propósito acrescentar que da renúncia se distingue a *recusa de aceitação* do cargo pelo administrador designado (v. RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas. Comentário...*, volume III cit., *sub art.* 258º, pág. 122). Isto se for viável: não o será, por ex., se o administrador é sócio e foi nomeado no pacto



---

administrador prolonga, *num primeiro momento*, o exercício regular das suas funções. E volta, *num segundo momento*, a prolongá-lo até ao fim do prazo que a lei dispõe para

---

social, uma vez que a aceitação é declarada tacitamente; se estamos perante sócio de sociedade em nome colectivo e, não havendo determinação em contrário do contrato social que afaste a regra de serem gerentes todos os sócios, a qualidade de sócio gerar necessariamente o estatuto de gerente (v. art. 191º, n.º 3). Nas outras formas de designação para o cargo e nos outros tipos sociais, não será de aprovar um dever de os sócios aceitarem sem possibilidade de recusa o cargo administrativo para que foram designados – ao contrário do que sucedia, em termos amplos, no CCom: «Todo o sócio é obrigado a exercer os cargos para que a sociedade o nomear» (art. 118º, 3º) –, o que não prejudica, como adverte ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, pág. 254, a imposição de um dever *geral* de colaboração a cargo dos sócios, mais incisivo nas sociedades de tónica pessoal.

Com a recusa o administrador (sócio ou não sócio) nega eficácia à designação e, com isso, paralisa os efeitos que foram produzidos no âmbito da sociedade e em relação a terceiros. (A nomeação de titulares de órgãos sociais por via de deliberação electiva, desde que respeitante a não-sócios, constitui uma das hipóteses, pouco frequentes, de efeitos *externos* directamente produzidos por deliberações dos sócios, sendo a assembleia a representante da sociedade para esse acto: cfr. VASCO LOBO XAVIER, *Anulação de deliberação social...* cit., n. (7) – págs. 101-102, seguido por COUTINHO DE ABREU, *Do abuso de direito...* cit., págs. 144-145, ID., *Governança das sociedades comerciais* cit., págs. 73-74.) Tal recusa pode ser expressa, mas também declarada tacitamente. Será o caso de, por um período considerável, se verificar a omissão pelo administrador designado dos actos próprios do exercício da administração. Não será raro que aconteça. Ocorre-nos uma situação. Um dos direitos que cabe ao administrador é a sua remuneração. Como as suas condições devem ser fixadas ou acordadas antes da aceitação (assim, MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, II volume cit., pág. 789), a discórdia do administrador poderá ser fundamento para não efectivar a designação. Antes do CSC, em protesto do transtorno provocado no funcionamento normal da empresa social, defendeu-se que essa abstenção implicaria que a sociedade provocasse o esclarecimento da posição assumida pelo designado, “convidando-o a afirmá-la inequivocamente, nomeadamente fazendo-lhe sentir que será atribuído o significado de *recusa* ao silêncio dentro do prazo que for assinado” (PINTO FURTADO, *Código Comercial anotado*, volume II, tomo I cit., *sub art.* 172º, pág. 376, sublinhado do Autor). Na vigência do CSC, RAÚL VENTURA, “Nota sobre a substituição...”, *loc. cit.*, pág. 162, entendeu que a *não aceitação* do cargo é fundamento de falta definitiva do administrador para efeitos da aplicação do art. 393º, n.º 3: “nenhum outro acto da sociedade é necessário e a vaga existe por falta de vontade do designado, como no caso da renúncia” (surge aqui, portanto, uma equivalência entre as duas declarações – recusa da aceitação e renúncia – em sede de aplicação da disciplina da substituição dos administradores). Neste contexto, em Espanha, defende-se que, na falta de convenção estatutária ou previsão na deliberação de eleição ou nomeação de um prazo máximo para a aceitação e sendo duvidoso que o puro silêncio da pessoa designada repute como existente a aceitação, o decurso de um prazo assinalável sem nada fazer legítima que a sociedade (nomeadamente através dos administradores em funções) possa interpelar o administrador designado para se manifestar num certo prazo, com a advertência que, ao não fazê-lo, se entenderá como uma recusa de aceitação do cargo (v. JOAQUÍN GARRIGUES/RODRIGO URÍA, *sub art.* 72, pág. 73, EDUARDO POLO, *Los administradores...* cit., *sub art.* 125, pág. 104, FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, “Efectos del nombramiento y aceptación...”, *loc. cit.*, pág. 3398, LUIS FÉRNANDEZ DE LA GÁNDARA, *Derecho de sociedades*, volumen I cit., pág. 699). Por sua vez, em Itália, encontrei doutrina antiga que pugnava pela existência de um ónus a cargo dos administradores de manifestarem à sociedade a sua vontade de não aceitar a designação no prazo legal para ser inscrita no registo a nomeação (então quinze dias, agora trinta: art. 2383, § 4º, CCIt.) – ARIBERTO MIGNOLI/RAFFAELE NOBILI, “Amministratori (di società)”, *ED*, 1958, II, pág. 137.

*Quid juris*, porém, se se realizam funções de administração depois da recusa da designação? Para todos os efeitos, o sujeito não chegou a ser o administrador de direito e só restará a qualificação como administrador de facto. Em Espanha, NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., pág. 87, adianta uma outra solução: ver tal actuação como factualidade concludente de uma “revogação” da recusa em aceitar o cargo; quer dizer, segundo a Autora, “os actos ulteriores de administração, sendo manifestação da vontade tácita de aceitação, deixariam sem efeito a recusa anterior realizada de forma expressa”. No entanto, excepciona a hipótese de tais factos concludentes se realizarem num momento em que fora designada outra pessoa como administrador (dando-se como definitiva a recusa): então já estaríamos perante uma situação de administração de facto, uma vez que a nomeação anterior tinha caducado.

completar a perfeição da declaração da renúncia – oito dias para a sociedade por quotas, fim do mês seguinte para as sociedades anónimas (ou, se acontecer antes, data da designação de substituto: art. 404<sup>o</sup>, n.º 2, 2.ª parte <sup>1015</sup>). A razão do protelamento da produção de efeitos reside mais uma vez em assegurar o funcionamento normal do órgão de administração e de representação *enquanto o administrador renunciante não seja substituído* <sup>1016</sup> – e, nessa medida, é mais compreensível o prazo (dilatado) previsto para a sociedade anónima do que o prazo (insignificante) que a lei formula para a sociedade por quotas. Se for substituído antes de esgotado aquele segundo momento, a renúncia *antecipa* os seus efeitos para essa data: já não faz sentido aqui a *cumulação do renunciante com o substituto*. Se não for, continua o título a estar vigente até à concretização desse segundo momento.

Assim, enquanto a renúncia não produz efeitos, o renunciante *deve* permanecer no cargo durante esse período, de molde que, como salienta a doutrina, se evite o vazio de poder na administração da sociedade: a permanência no cargo é uma obrigação que se exige ao administrador renunciante. O interesse que prevalece quando se desenha este dever pertence à sociedade. Reconhecendo-se ao administrador a livre opção pelo abandono unilateral do órgão, é previsível que o termo imediato da relação culmine num sério risco de desarranjo da sociedade. Daqui o objectivo de evitar danos aos associados, a terceiros interessados no funcionamento da sociedade e ao tráfico económico, com o sacrifício da intenção de o administrador deixar o seu cargo *no tempo por si e unilateralmente desejado* <sup>1017, 1018</sup>

---

<sup>1015</sup> «(...) salvo se *entretanto* for designado ou eleito o substituto». Este preceito deverá ser aplicado analogicamente à sociedade por quotas – neste sentido (“essa mesma solução prevalece no caso da sociedade por quotas”), JOÃO LABAREDA, *últ. est. e loc. cit.*, pág. 140.

<sup>1016</sup> RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas. Comentário...*, volume III cit., *sub art.* 258<sup>o</sup>, pág. 123.

<sup>1017</sup> É esse mesmo interesse que impele o gerente renunciante (*sem justa causa*) a indemnizar a sociedade por quotas, nos termos do art. 258<sup>o</sup>, n.º 2, sempre que não tenha avisado a sociedade com a «antecedência conveniente» (que, como adverte ILÍDIO DUARTE RORIGUES, pág. 241, “no caso concreto, poderá ser superior aos oito dias fixados para a produção de efeitos da renúncia”).

<sup>1018</sup> V., como exemplificativos, ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, pág. 240; BRITO CORREIA, *Os administradores...* cit., págs. 723-724, mas entendendo que a obrigação de exercício das funções perdura até ao termo ditado pelo preceito *ou* até à posterior designação de um substituto, sob pena de ter que indemnizar os prejuízos causados por violação desse dever legal, haja ou não haja justa causa para o efeito (ainda que com dúvidas quanto à justiça desse dever de continuação do exercício de funções sempre que haja justa causa de renúncia); DIOGO PEREIRA DUARTE, *Código das sociedades comerciais anotado...* cit., *sub art.* 258<sup>o</sup>, pág. 748, anot. 4.

Este mesmo dever de desempenho do cargo ao administrador renunciante até à sua efectiva substituição, desde que não permaneçam no cargo a maioria dos membros do conselho de administração, tem credencial legal no direito italiano: «A renúncia tem efeito imediato, se permanece em funções a maioria do conselho de administração, ou, em caso contrário, até ao momento em que a maioria do conselho esteja

Em rigor, o exercício de funções neste período não é equivalente ao exercício de funções do administrador de facto *posterior ao esgotamento do prazo de duração do “mandato” administrativo*. Ainda que ambos tenham “cobertura” legal, o certo é que o facto extintivo temporal não se equipara ao momento da emissão da declaração de renúncia; antes se deve equiparar ao *dies ad quem* previsto na lei para a renúncia dos gerentes e administradores, pois este é que é, como aquele esgotamento temporal também o é, o facto extintivo e gerador da caducidade do título. De maneira que, nesse *terceiro momento*(-período) após a renúncia, se o seu substituto não for entretanto designado ou eleito (nomeadamente nos termos do art. 393º, n.º 3), é que as funções administrativas pelo renunciante serão exercidas *como administrador de facto*, com as consequências daí resultantes.

Até esse *dies ad quem*, portanto, permanece a administração de direito<sup>1019</sup>; depois há administração de facto *desde que se interfira na gestão e se realize as*

---

reconstituída, depois da aceitação dos novos administradores» (art. 2385, 1º §, 2ª frase, do CCIt.). MARIO GHIDINI, pág. 633, chegou mesmo a falar da existência de uma prorrogação *ex lege* do mandato, GIOVANNI LO CASCIO, pág. 196, considera a sua actividade como válida e eficaz e sem ficar referida a um administrador de facto. E MASSIMO FRANZONI, *Della società per azioni*, Tomo III, *Dell'amministrazione e del controllo...* cit., sub art. 2385, págs. 798-799, exige igualmente que os renunciantes permaneçam em funções se os administradores restantes não sejam em número suficiente para o conselho deliberar validamente de acordo com a maioria qualificada exigida estatutariamente, superior ao quórum constitutivo legal da maioria simples. Entre outros, v., sobre esta eficácia diferida do efeito extintivo da renúncia, ARTURO DALMARTELLO, “Postilla a Luraghi...”, *loc. cit.*, págs. 589-590, GIOVANNI CASELLI, *Vicende del rapporto di amministrazione* cit., págs. 99-100, GASTONE COTTINO, *Diritto societario* cit., pág. 414.

<sup>1019</sup> E só depois dele se produz “falta definitiva” e legitimamente se poderá operar a sua substituição.

Em França, a questão da produção de efeitos da renúncia, em ordenamento onde a lei não determina o momento dessa efectividade e, como assinala GEORGES RIPERT/RENÉ ROBLLOT cit. 2002, pág. 424, se permite que seja o administrador renunciante a definir esse mesmo momento (ainda que se possa admitir sempre a necessidade de um prazo ulterior de manutenção de funções de acordo com a natureza das funções e a urgência em substituir a vaga respectiva: v. por todos DIDIER MARTIN, “La démission des organes de gestion des sociétés commerciales”, *Rev. Soc.*, 1973, págs. 291-292), foi mobilizada no aresto da **Cour d'Appel d'Amiens**, de **10 de Março de 1977** (in *Rev. Soc.*, 1978, pág. 258, ss). Na espécie, o administrador renuncia e manifesta que essa renúncia só teria efeito no fim da reunião do conselho de administração em que seria designado o seu substituto nas funções de administrador; nessa reunião foi feita a cooptação da pessoa que lhe sucederia; o administrador renunciante participou na votação da deliberação respectiva de cooptação; o seu voto foi decisivo para a cooptação de um administrador afecto ao “bloco de accionistas” a que pertencia, depois ratificada pela assembleia geral dos sócios. Ao contrário do tribunal recorrido, a instância superior veio reconhecer a regularidade da cooptação – favoráveis ao direito de participar na deliberação e à regularidade do voto, ROGER HOUIN, “Sociétés commerciales. Sociétés par actions. Conseil d'administration...”, *loc. cit.*, págs. 528-529, YVES GUYON, *Droit des affaires*, tome 1 cit., pág. 334, GEORGES RIPERT/RENÉ ROBLLOT, *ibid.*, pág. 405; desfavoravelmente [e no sentido que lograria acolhimento na conjugação das disciplinas da renúncia e da cooptação previstas na lei societária portuguesa], PHILIPPE MERLE, “Note Cour d'Appel d'Amiens, 10 mars 1977”, *loc. cit.*, págs. 262 e ss, em esp. 263, uma vez que, no momento em que a cooptação é feita, o lugar de administrador não estava ainda vago.

Também em Espanha, o silêncio da lei (que continua a contemplar incidentalmente a renúncia no art. 245, n.º 2, da LSCE, para atribuir competência ao conselho de administração da sociedade anónima para

*funções próprias da administração ao serviço e em nome da sociedade*, ao lado ou em vez do(s) administrador(es) de direito subsistentes ou que vieram a suceder ao(s) renunciante(s), como se nunca se tivesse operado a renúncia <sup>1020</sup>.

aceitar a renúncia dos seus administradores) tem justificado que a doutrina, na sequência de posições recorrentes da DGRNE em rejeitar a inscrição da renúncia sempre que haja paralisação da gestão social até que se substituam os administradores, tenha sustentado igualmente que a renúncia dos administradores (nomeadamente quando todos se “demitem” ou se lesa a maioria de funcionamento do conselho e o órgão fica “acéfalo” ou a sociedade fica “órfã” do conselho) não se efectiva até que o conselho coopte ou, nomeadamente, a assembleia que nomeie novos administradores (e o complete, pelo menos, no correspondente à maioria de funcionamento e de reunião válida) seja convocada e realizada: EDUARDO POLO, *Los administradores...* cit., pág. 244, ANTONIO DE LA CÁMARA ALVAREZ, “La administración de la sociedad anónima”, *loc. cit.*, págs. 121-122, FERNANDO MARTÍNEZ SÁNZ, *Provisión de vacantes...* cit., págs. 344-345 (estes últimos dois Autores com recurso à aplicação analógica do regime do mandato civil), FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores...* cit., págs. 526-527, FERNANDO SÁNCHEZ CALERO/JUAN SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Instituciones de Derecho Mercantil*, volumen I, 2006, pág. 479 (que incluem no cumprimento do “dever de diligência” do administrador a subordinação da inscrição registal à convocatória da assembleia com a inclusão da nomeação de administradores na “ordem do dia” que ocupem o lugar dos “demissionários”), LUIS FÉRNANDEZ DE LA GÁNDARA, *Derecho de sociedades*, volumen I cit., pág. 715 (que giza, até efectiva substituição em órgão sem maioria, um verdadeiro dever de desempenho do cargo de natureza *fiduciária*); desfavorável se mostraram, todavia, JOAQUÍN GARRIGUES/RODRIGO URÍA, *sub art. 75*, pág. 115, e, implicitamente, FÉLIX LÓPEZ DE MEDRANO, pág. 51.

É, aliás, abundantemente assinalado em França, na conexão com o momento relevante da renúncia e para evitar que ela seja instrumentalizada para “fugir” em situações de debilidade económico-patrimonial das sociedades, que o administrador demissionário fica responsável pelas consequências dos actos de gestão que cometeu ou da omissão censurável das suas tarefas enquanto esteve em funções (nomeadamente para casos de insolvência: *insuffisance d'actif*), ou seja, *enquanto foi administrador de direito* (tendo renunciado antes da declaração judicial), independentemente de, ulteriormente, a renúncia ser “efectiva” e continuar ou não em funções como administrador de facto: ROGER HOUIN, “Faillites et règlements judiciaires. Faillite de société anonyme et de société à responsabilité limitée. Obligation des dirigeants au paiement du passif. Administrateurs, président-directeur général ou gérants démissionnaires. Défaut de mention de la démission au registre du commerce”, *Rev. trim. dr. comm.*, 1966, págs. 1023 e ss, ADRIENNE HONORAT, “Note Cour d’Appel de Paris”, *Rec. Dalloz*, Jurisprudence, 1969, págs. 485 e ss, JEAN-PIERRE SORTAIS, “Note Cour de Cassation, 1<sup>er</sup> juillet 1975”, *Rev. Soc.*, 1976, pág. 501, GERARD NOTTÉ, *Les dirigeants de fait...* cit., pág. 80, PHILIPPE MERLE, “Règlement judiciaire, liquidation des biens...” *loc. cit.*, págs. 470 e ss, MICHEL JEANTIN/PAUL LE CANNU, pág. 567, GEORGES RIPERT/RENÉ ROBLOT cit. 2002, pág. 424. Igualmente no mesmo sentido, fundamentalmente para sublinhar que a responsabilidade pelos prejuízos resultantes da omissão das obrigações que impediam sobre o administrador antes da caducidade do cargo é questão que exorbita da área problemática da administração de facto, v. ainda FRANCO BONELLI, “Responsabilità dell’amministratore...”, *loc. cit.*, págs. 910-911, NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., pág. 176, JOSÉ MARÍA GARRETA SUCH, pág. 123 (e 120-121).

<sup>1020</sup> V., com posição e demanda idênticas, ALESSANDRO BORGIOI, “Amministratori di fatto e direttori generali”, *loc. cit.*, pág. 597; JEAN MARIE MACQUERON, pág. 81 (elencando como *factor favorável* o carácter frequentemente familiar das sociedades onde aparece a administração de facto); WALTER WOON, “For better or for worse – Directors’ duties and liabilities in Singapore”, *WLJ*, 1985, pág. XXIX (à luz do *Companies Act* de Singapura); LUIGI CONTI, “I soggetti”, *loc. cit.*, págs. 231, 232; CARLO FIORI/BRUNO ASSUMA/EUGENIO BAFFI, pág. 38; DANIEL TRICOT, págs. 26-27; BARTOLOMEO QUATRARO/LUCA PICONE, pág. 474; MARC DINKHOFF, págs. 16, 17 (para o sócio único-gerente, que renuncia e gere de facto para escapar aos deveres de administrador, e para os sócios que renunciam planeadamente para depois assumirem efectivamente a gestão ou influenciarem-na, com outro administrador de direito ou sem qualquer administrador de direito no órgão de administração), e, desenvolvidamente, 38 e ss; JOSÉ LUIZ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., pág. 140; NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., págs. 116-117; KARSTEN SCHMIDT, “Anhang § 64. Insolvenzverschleppung und

E se, no acto da substituição, for diferida a assunção funcional do cargo de administrador para data posterior à da produção de efeitos da renúncia <sup>1021</sup>? Deverá o administrador renunciante continuar a exercer as suas funções até essa data? A que título?

A lei parece desejar que não se anteveja qualquer *carência* no exercício do cargo de administrador na circunstância de ter havido renúncia. Aliás, sendo a sociedade enquanto ente corporativo, através de um dos seus órgãos ou seu membro, a destinatária da comunicação de renúncia, tal significa que a partir desse momento estarão reunidas as condições para se accionar o mecanismo da substituição (*motu proprio* ou por solicitação a quem pode) e, assim, dar normal seguimento à actividade da sociedade. Ora, se, por qualquer motivo, o substituto nomeado não possa ou não deva assumir as novas funções, deve encarar-se a vicissitude da renúncia como algo que não dê azo a quebras no funcionamento orgânico-social. É ainda para este fim que a lei dá um tempo – repito, mais verosímil na anónima <sup>1022</sup> – para que a “passagem de

---

Insolvenzverschleppungshaftung”, *Scholz Kommentar zum GmbH-Gesetz mit Anhang Konzernrecht*, III. Band, §§ 53-85, Nachtrag MoMiG, bearbeitet von Georg Bitter [et alii], 2010, pág. 4215, Rdn. 22.

Uma marca jurisprudencial de qualificação como *de facto director* do administrador renunciante que continua em funções é a decisão inglesa *Re Lo-Line Electric Motors Ltd*, da **Chancery Division** de **30 de Março de 1988** (in *BCC*, 1988, 4, págs. 415 e ss). Para a mesma qualificação (e responsabilização societária) de administradores com renúncia apenas “formal” e continuação do exercício das funções, tanto externa como internamente, é importante, em Espanha, a sentença do **TS** de **26 de Maio de 2003** (in *RAJ*, 2003, III, pág. 7252, seg.).

O decurso desse terceiro período poderá não ser acompanhado pela inscrição no registo comercial da cessação das funções do administrador renunciante, de maneira que o esgotamento da administração de direito não é oponível nas relações com terceiros. Essa inscrição pode até ser anterior à produção de efeitos da renúncia, o que poderá interessar ao administrador e à própria sociedade no que toca à vinculação externa mesmo antes de extinta a relação de administração. Mas também poderá ser atrasada ou nunca efectivada: em primeira linha, pelos destinatários e membros dos órgãos que receberam a comunicação da renúncia, interessados para o efeito registal e, se for o caso, sujeitos ao dever geral de “vigilância da lei e do contrato de sociedade” (arts. 420º, n.º 1, al. b), para o conselho fiscal; 423º-F, n.º 1, al. b), para a comissão de auditoria; 441º, al. e), para o conselho geral e de supervisão; atente-se ainda no facto de estes órgãos poderem «receber as comunicações de *irregularidades* apresentadas por accionistas, colaboradores da sociedade ou outros»: v. as als. j) dos arts. 420º, n.º 1, 423º-F, n.º 1, e 441º). Seja como for, a qualidade de administrador de facto permanece para além dessa inscrição se o administrador não abandonar o exercício da administração.

<sup>1021</sup> Não admitindo esta hipótese, apenas o diferimento para momento anterior à data “normal” de produção de efeitos da renúncia [entendo como sendo os prazos legais dos arts. 258º, n.º 1, e 404º, n.º 2], cfr. JOÃO LABAREDA, “A cessação da relação de administração”, *loc. cit.*, n. (72) – pág. 140.

<sup>1022</sup> Para as sociedades por quotas tem de “reconhecer-se que só em casos marginais o gerente renunciante será substituído antes do prazo em que, normalmente, a renúncia produz efeitos”: JOÃO LABAREDA, *últ. est. e loc. cits.*, pág. 140, seguido por COUTINHO DE ABREU, *últ. ob. cit.*, pág. 151 (“os oito dias mencionados no n.º 1 do art. 258º não são, normalmente, suficientes”). RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas. Comentário...*, volume III cit., *sub art.* 258º, pág. 123, entendia que o prazo é curto “por se supor relativamente fácil a substituição na sociedade por quotas”. De todo o modo, mesmo para a sociedade anónima, se o risco de haver essas quebras é menor, não fica totalmente excluído. Só seria afastado pela lei,

testemunho” seja viável. Se esse tempo for ultrapassado, parece que o administrador que renunciou deverá manter-se em funções até que o administrador substituto exerça efectivamente o cargo. A ausência de ruptura nonexo de organicidade administrativa entre a sociedade e um sujeito administrador é obtida, como é intenção da lei, *ainda que forçada por um evento surgido no decurso da transição de administradores* (e não conhecido e esperado desde que se activou o facto gerador da cessação das funções). Não obstante, *a partir da data da perfeição da renúncia o vínculo com a sociedade está extinto*. E há administrador nomeado para a vaga do renunciante. A lei não prolonga o vínculo deste, porém verifica-se uma especialidade: quem designa (mesmo que estejamos a falar de órgãos diferentes da colectividade dos sócios, mas ainda *órgãos da sociedade* <sup>1023</sup>) e difere o início das funções do administrador sabe da renúncia e da sua produção de efeitos; não se conforma com ela e não faz coincidir a *produção de efeitos da renúncia* com a *produção de efeitos da substituição*. Entendo que esse adiamento faz *declarar tacitamente o consentimento da sociedade* quanto à legitimidade *orgânica* da prorrogação de funções do administrador renunciante. *Ainda assim, parece, não é mais administrador de direito, a sua actuação será vista como a de um administrador de facto, autorizado pela sociedade*: por um tempo antecipadamente sabido, numa fase de transição de poderes, usando as vestes que são do conhecimento dos sócios, sem mais requisitos para o ser <sup>1024</sup>.

Por maioria de razão, creio ser também esta mesma consequência defensável na hipótese de o renunciante diferir na sua própria declaração a produção de efeitos da renúncia *sem justa causa* para depois do prazo legal, opção explicável pela necessidade de se acautelar de uma eventual responsabilidade pelos prejuízos causados com a falta de «antecedência conveniente» do aviso de renúncia (no que respeita à sociedade por quotas, de acordo com os termos do art. 258º, n.º 2 <sup>1025</sup>) <sup>1026</sup>.

---

como nota NOGUEIRA SERENS, *Notas sobre a sociedade anónima* cit., págs. 70-71, “se tivesse feito depender a produção de efeitos da renúncia da *manutenção no cargo da maioria dos administradores*, indispensável ao funcionamento do órgão” (coloquei itálico) – o Autor segue destarte a solução do direito italiano.

<sup>1023</sup> V. art. 393º, n.º 3, als. a) a c). Exclui-se para aqui a substituição temporária por nomeação judicial.

<sup>1024</sup> V. *infra*, Parte III, n. 1337.

<sup>1025</sup> Norma que não se deve aplicar por analogia à sociedade anónima: v. ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, págs. 240-241, BRITO CORREIA, *Os administradores...* cit., pág. 724, COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., págs. 150-151. Contra o carácter excepcional do n.º 2 do art. 258º e a favor da aplicação de idêntico regime indemnizatório à renúncia de gestores de outras formas societárias, JOÃO LABAREDA, *últ. est. e loc. cits.*, págs. 146 e ss.

Bem como admito ser esse diferimento a actuação correspondente ao cumprimento do dever de os administradores actuarem cuidadosamente no interesse da sociedade (art. 64º, n.º 1, al. a)) se a imediata operatividade da renúncia afectar o funcionamento do órgão de administração, como sucede nas circunstâncias de haver um administrador único ou de restarem administradores em número insuficiente para o órgão poder vincular a sociedade, de modo que o renunciante continue no cargo, ainda que facticamente, até que os órgãos competentes ou os sócios possam tomar as medidas para prover à substituição<sup>1027, 1028</sup>

Ainda uma outra hipótese.

O pacto social prevê (avisadamente) que a renúncia, ainda que caduque no prazo legal, se estenda até que, se for o caso, a maioria dos membros do órgão esteja recomposta e tenha aceite o cargo (no caso de para a contagem dessa maioria serem precisos algum ou alguns dos administradores substitutos), ou se realize uma assembleia geral já convocada para data posterior à caducidade da renúncia, etc. Há similitude desta circunstância com a prorrogação estatutária do prazo de duração para momento posterior ao tempo limite de exercício do cargo (legal supletivo, nas anónimas, ou pacto ou outro, nas anónimas e nas quotistas). Para este painel, defendi que, excepcionalmente, a administração de direito se prolongava até ao momento estatutariamente indicado<sup>1029</sup> – pode tal juízo ser importado para a renúncia dos administradores ou gerentes. Na verdade, essa disposição estatutária traduz uma legitimação *originária* do prolongamento do exercício das funções de administrador (como deverá ser lida a cláusula estatutária, seja para o decurso do

---

Claro se torna que, sendo *justificada* a renúncia ao vínculo da administração, o administrador cessante, mesmo que prolongue as suas funções para além do início efectivo da sua saída, não o fará para se eximir de indemnizar a sociedade pelos danos eventualmente espoletados pela extinção unilateral da relação administrativa.

<sup>1026</sup> RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas. Comentário...*, volume III cit., sub art. 258º, pág. 125; JOÃO LABAREDA, *últ. est. e loc. cits.*, pág. 146 e n. (84) – o que não pode o administrador “é, sem acordo da sociedade, antecipar o momento da produção de efeitos da declaração de renúncia”.

<sup>1027</sup> Para este efeito, com apelo ao “dever de diligência e à boa fé”, v. RODRIGO URÍA/AURELIO MENÉNDEZ/JAVIER GARCÍA DE ENTERRÍA, pág. 903, com referência a Resoluções da DGRN, que subordinam a inscrição da renúncia no Registo Comercial à realização da assembleia que trate da substituição, e a jurisprudência do Tribunal Supremo (seguidos por NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., págs. 115-116). Num contexto próximo, para a Alemanha, MARC DINKHOFF, pág. 39, 41-43, 45, responsabiliza por eventuais prejuízos por inacção da sociedade o administrador renunciante que, *abusivamente*, favorece ou provoca uma administração de facto, em especial quando o faz num momento inoportuno (*Unzeit*), com intuítos lesivos ou em circunstâncias condenáveis – por ex., quando ocorre no contexto de uma insolvência e o administrador se quer “libertar” do dever de a requerer em juízo.

<sup>1028</sup> V. igualmente *supra*, n. 1337.

<sup>1029</sup> V. *retro*, ponto 8.1.3.

tempo, seja para a renúncia) e não simplesmente uma continuidade *ad hoc* para fazer face à impossibilidade de a substituição gerar de imediato os seus efeitos. O administrador, com essa veste, será ainda de direito.

Creio, porém, que o caminho da *não caducidade imediata* não pode ser seguido se se admitir que os sócios possam deliberar o diferimento do exercício das funções para momento posterior ao momento legal de “efectivação”(=produção de efeitos) da denúncia (por solicitação do administrador ou por iniciativa dos sócios notificados da renúncia – nas sociedades por quotas – ou conhecedores da renúncia, desde logo por serem gerentes ou administrador-presidente do órgão, com anuência do renunciante). Nesse cenário, não compete à sociedade deliberar sobre o momento a partir do qual operam os efeitos da declaração unilateral de renúncia <sup>1030</sup>, pois essa liberdade, *num momento que não é genético da sociedade*, não lhe assiste por efeito da *caducidade imposta por lei* – poderá sempre, mas somente, *reconhecer o prolongamento funcional da actividade do administrador renunciante*. De todo o modo, se assim é, ou seja, se não se reconhece aos sócios o poder de deliberar o afastamento da regra legal da caducidade *por outra regra* mas apenas aquele efeito *adoptante* da actuação do administrador, poderá aceitar-se que os sócios deliberem sobre o prolongamento do exercício de funções do administrador renunciante, conformando essa situação ao interesse concreto da sociedade naquele tempo histórico e à manifesta exiguidade do tempo *de funções adicionais* previsto na lei <sup>1031</sup>. Essa deliberação valerá como *consentimento dessa actuação* – a actuação de um administrador de facto, *baseada e legitimada em tal pronúncia deliberativa dos sócios*.

Por outro lado, essa deliberação também não pode ser vista como uma forma *suplementar* de designação do administrador renunciante – a não ser que se retire de

---

<sup>1030</sup> Tese aparentemente recolhida no aresto julgado por Ac. do STJ, de **2 de Dezembro de 2003**, para as sociedades por quotas ([www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), processo 03A3709), pois nele se concluiu – v. ponto IV do Sumário – que é à sociedade que, no caso de uma assembleia de sócios convocada para “analisar, deliberar e votar sobre a renúncia à gerência da sociedade apresentada pelo gerente único (...) e sobre a data da eficácia da renúncia”, compete deliberar sobre o “estabelecimento da data a partir da qual opera a renúncia à gerência” – ponto 3 do acórdão. *A final* (ponto 5), o STJ condiciona essa deliberação ao respeito pela lei; porém, não explicita se é só o art. 258º, n.º 1 (que refere antes), que contradiz esse poder deliberativo, ou se é mais alguma “lei”, nem aflora em que termos é que a “lei” condiciona essa competência dos sócios.

<sup>1031</sup> Também parece que o acórdão anteriormente referido aceita a legitimidade dessa deliberação, a existir (ou se tivesse existido). No aresto, confrontamo-nos com a disponibilidade do gerente renunciante para continuar a ser gerente – em rigor, para diferir os efeitos da renúncia para momento posterior à data correspondente à aplicação do art. 258º, n.º 1 – desde que os sócios o desejassem. Tal disponibilidade foi recusada “porquanto a assembleia entende que a sua permanência naquelas funções não convém à sociedade” (v. al. f) da matéria de facto provada).



tal deliberação uma manifestação tácita da (re)eleição do renunciante (por ex., se a continuidade é decidida até ao fim do mandato ou sem determinação de termo ou evento condicionante), desde que, obviamente, depois tal determinação seja aceite pelo designado, expressa ou tacitamente <sup>1032</sup>. Essa manifestação deliberativa não pode alterar o sistema legal (ou estatutário) de *substituição dos gerentes ou administradores*. Por outras palavras, só porque os sócios deliberaram naquele sentido não deixamos de ter na renúncia a produção de uma vaga antecipada. Assim, nas sociedades anónimas (ou igualmente nas sociedades por quotas onde se preveja no pacto, pelo menos, a cooptação pela gerência plural), essa possibilidade estará arredada pelo facto de a eleição não ser o primeiro dos expedientes de substituição; mas poderá ser possível se se verificar que nenhum desses expedientes é possível – por ex., não há suplentes e o órgão administrativo não pode cooptar; ou, no caso do tipo quotista, nada se prevê estatutariamente como alternativa prioritária. Mas aí já estamos perante uma verdadeira nomeação substitutiva – também forma típica de constituição da administração de direito – e não nos confrontamos com uma deliberação de *admissão da continuidade sob condição ou com termo* do administrador renunciante.

\*

Não está, por sua vez, na livre disponibilidade do administrador a extinção do vínculo quando ele é *destituído* por vontade dos sócios ou do conselho geral e de supervisão <sup>1033</sup>. A regra é a *livre destituição (ad nutum)*, sem necessidade de invocar «justa causa» e podendo ser adoptada a todo o tempo (arts. 257º, n.º 1, 403º, n.º 1, 430º, n.º 1 <sup>1034</sup>) <sup>1035</sup>. O administrador destituído sem «justa causa» tem direito a ser

---

<sup>1032</sup> Estamos perante um administrador que renunciou. Todavia, não fica impedido de logo a seguir novamente ser nomeado. Assim sendo, para a viabilidade dessa aceitação tácita, afigure-se a circunstância de ser esse mesmo gerente ou administrador que representa a sociedade no pedido de registo (art. 29º, n.º 1, CRCCom.).

<sup>1033</sup> Quanto a este poder relativo aos administradores executivos, cfr. o art. 430º, n.º 1, al. a), em relação com o art. 425º, n.º 1, al. a).

<sup>1034</sup> O regime é substancialmente diverso nas sociedades em nome colectivo: v. art. 191º, n.ºs 4 a 7 (a destituição livre só vale, em regra, para os gerentes não sócios). Igualmente nas sociedades anónimas de estrutura monística, os administradores que compõem a comissão de auditoria só podem ser destituídos «desde que ocorra justa causa» (art. 423º-E, n.º 1).

<sup>1035</sup> Sobre a regra da livre destituição, em termos críticos, v., com apoios doutrinários para se enveredar por um sistema tão-só baseado em “justa causa”, COUTINHO DE ABREU, *Da governação das sociedades comerciais* cit., págs. 152 e ss.

indemnizado, nos termos dos arts. 257º, n.º 7, 403º, n.º 5, e 430º, n.º 3.<sup>1036</sup> Uma vez destituído – também por via judicial, necessariamente ou nos termos da lei<sup>1037</sup> –, o administrador não tem título e legitimidade formal para administrar a sociedade e cessa funções; se o não fizer (ainda que por um tempo mais ou menos delimitado à partida), poderá converter-se *substancialmente* em administrador de facto<sup>1038,1039,1040</sup>

---

<sup>1036</sup> Também para os gestores públicos a destituição não tem que ser fundada em justa causa e pode ser feita a qualquer momento – a lei chama-lhe «demissão por mera conveniência» –, o que é partilhado para a «dissolução» de todos os titulares dos órgãos administrativos (art. 26º, n.ºs 1 e 2, do EGP). A cessação fundamentada de funções pela via da «demissão» de um ou mais dos gestores do órgão está, por sua vez, regulada no art. 25º e (como a outra) compete ao órgão de eleição ou nomeação (v. art. 13º do EGP; mas nem sempre é órgão quem elege ou nomeia), requer audiência prévia do gestor e exclui «qualquer subvenção ou compensação pela cessação de funções» (ao contrário da «dissolução e demissão» livres, que conferem o direito a uma indemnização: n.ºs 3 e 4 do art. 26º). Desenvolvidamente sobre esse regime, v. COUTINHO DE ABREU, “Sobre os gestores públicos”, *loc. cit.*, págs. 44-45.

<sup>1037</sup> V. arts. 191º, n.ºs 4 e 7, 257º, n.ºs 3, 2.ª frase, 4 e 5; 292º, n.º 2, al. a), 403º, n.º 3, 449º, n.º 4, 450º, n.º 1, e 1482º, n.º 2, e 1484º-B do CPC. Na doutrina, em síntese, cfr. COUTINHO DE ABREU, “Destituição de administradores de sociedades”, *bfd*, 2007, págs. 95-96.

<sup>1038</sup> Não é muito comum esta referência na doutrina. Ainda assim, cfr. WOLFGANG HEFERMEHL, *sub* § 93, pág. 273, *Rdn.* 8; ALESSANDRO BORGIOLO, “Amministratori di fatto e direttori generali”, *loc. cit.*, pág. 597; LUIGI CONTI, “I soggetti”, *loc. cit.*, págs. 231, 232; CARLO FIORI/BRUNO ASSUMA/EUGENIO BAFFI, pág. 38; BARTOLOMEO QUATRARO/LUCA PICONE, pág. 473; JOSÉ LUIZ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., pág. 140; NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., pág. 114; MARC DINKHOFF, págs. 16 e, desenvolvidamente com alusão ao regime da destituição na GmbHG, 74 e ss; MARKUS GEIßLER, pág. 1107. Não obstante, alguns Autores admitem que o administrador destituído continue a realizar determinados actos até à substituição (por ex., convocar a assembleia para tratar de assuntos urgentes) e a vincular a sociedade em face de terceiros desconhecedores (e na falta de publicidade) – v. CESARE SILVETTI/GINO CAVALLI, pág. 305, GIOVANNI LO CASCIO, pág. 197 –, mas não esclarecem cabalmente se o fazem como administradores de facto. Contra a responsabilização como titulares do órgão administrativo dos administradores destituídos que permanecem em funções, URSULA STEIN, *Das faktische Organ* cit., pág. 148.

<sup>1039</sup> Hipótese particular é a da destituição dos membros da comissão de auditoria, que conduz necessariamente à “quedada” de tais sujeitos como membros do conselho de administração.

<sup>1040</sup> Tanto na hipótese de renúncia como na hipótese de destituição, não é crível que haja consentimento dos sócios para que a situação de facto se consolide e constitua uma realidade perene no cenário social em concreto (com excepção do que foi referido para a prorrogação tácita das funções do administrador renunciante, ainda que isso não conte para uma administração de facto *reconhecida pela lei*). E veremos que essa aceitação ou tolerância se assume como decisiva para a qualificação do sujeito como administrador de facto juridicamente relevante – v. Parte III, Cap. 1º, ponto 11.4. Em princípio, não será imaginável que os sócios (eventualmente notificados na qualidade de gerentes) a quem foi comunicada a renúncia ou que deliberaram a destituição (e até a acção de responsabilidade contra o administrador destituído: v. arts. 75º, n.º 2, e 376º, n.º 1, al. c)) permitam a continuidade das funções administrativas a cargo do administrador renunciante ou destituído. Foi neste cenário que MARIO GHIDINI, pág. 643, alertou para a “desconfiança” dos sócios que está geralmente aliada à destituição, que a torna incompatível com a continuação, ainda que provisória, no cargo do administrador destituído. Tais hipóteses não serão prováveis mas podem acontecer: como assinala NURIA LATORRE CHINER, “especialmente, se as mesmas correspondem a uma operação deliberada de carácter fraudulento”, em que o demissionário ou o destituído “persiga iludir a responsabilidade correspondente”; “[s]em ir mais longe, a administração de facto pode ser uma atraente solução para o administrador social declarado insolvente ou para aquele que em função do seu cargo não pode exercer o comércio” (*El administrador de hecho...* cit., págs. 114-115). No mesmo sentido, GÉRARD NOTTÉ, *Les dirigeants de fait...* cit., pág. 81 (a pág. 80 aludindo à interrupção de funções por mor de destituição ou renúncia), que fala, para estes casos, de uma possível “cessação aparente”, como uma

Porém – ponderando a existência de vícios na pronúncia da sociedade –, se a deliberação social de destituição sofrer de nulidade, ele não perde a sua qualidade de administrador de direito <sup>1041</sup>; se a deliberação vier a ser anulada, ele deverá ser considerado retroactivamente administrador de direito durante o tempo de exercício de tais funções, como se, em rigor, nunca tivesse perdido essa qualidade.

#### **8.4. A previsão estatutária de cessação reflexa de funções administrativas: a cláusula “*simul stabunt simul cadent*”**

##### **8.4.1. Validade da cláusula: admissão com restrições**

Os estatutos de uma sociedade por quotas apresentam a seguinte cláusula: “Se houver a renúncia ou qualquer outra causa de cessação de funções do sócio A como gerente da sociedade, haver-se-á como caducado o título administrativo dos restantes gerentes”. Ou uma outra com efeito semelhante, mas agora de uma sociedade anónima: “Consideram-se demissionários todos os administradores se a maioria dos membros do conselho de administração renunciar ao cargo, for destituído do cargo ou o seu exercício se extinguir por qualquer outra causa”. Com estas cláusulas, a renúncia ou a destituição de um administrador ou vários administradores (correspondentes à minoria ou à maioria do órgão pluripessoal) acarretarão a cessação de funções de todos os restantes membros do colégio administrativo (e, por isso, a necessidade de reconstituição subjectiva de todo o órgão): é a designada cláusula “*simul stabunt simul cadent*” (que pode, aliás, referir-se, em concreto, a outra qualquer causa de caducidade ou extinção do cargo que não a renúncia ou a destituição). <sup>1042-1043</sup>

---

“dissimulação destinada a fugir de uma possível responsabilidade”, que não é mais que uma “aparência enganadora que serve para mascarar a continuação da actividade”.

<sup>1041</sup> Neste sentido, para o direito alemão (em referência ao § 84 (3) da Aktgesetz), KLAUS HOPT, *Großkommentar Aktiengesetz, §§ 92-94, 1999, sub § 93, pág. 74, Rdn. 48.*

<sup>1042</sup> A validade destas cláusulas foi tradicionalmente discutida no ordenamento societário italiano até 2003, considerando a sua habitual presença nos estatutos das sociedades anónimas desse país, e deu origem a um aceso debate doutrinal e a uma prolífera emanção jurisprudencial acerca da sua compatibilidade com normas inderrogáveis em matéria de organização societária. O mecanismo representa, aparentemente e desde logo, um desvio sensível em relação às regras ordinárias de substituição dos administradores. Assim, tem interesse extrapolar essa discussão para o direito português, de acordo com o quadro normativo do nosso ordenamento societário.

Antecipe-se que a evolução do tema conduziu em Itália a um consenso alargado sobre a sua admissibilidade, seja na doutrina seja na jurisprudência, sendo esta inicialmente adversa à validade da cláusula em discussão (para um quadro-resumo de vários arestos e das suas marcas, v. BRUNO INZITARI, “L’estinzione del rapporto d’amministrazione per effetto della clausola «*simul stabunt simul cadent*»”, *CI*,

1990, págs. 851 e ss, PAOLO CECCHI, págs. 289 e ss, e, com grande amplitude, ALESSANDRA DACCÒ, “La clausola *simul stabunt simul cadent* al vaglio del Tribunale di Milano”, *Giur. comm.*, 1996, II, págs. 235 e ss, nomeadamente as ns. (3), (17), (19), (22)). No entanto, uma dessas correntes doutrinárias, ainda que num dos seus agregados, só não via dúvidas em admiti-la quando a cláusula viesse referida à cessação de funções da *maioria* dos membros do órgão, já que “neste caso uma deliberação da assembleia é sempre necessária, não podendo seguir-se o sistema da cooptação, e pode ser necessário tomar posição sobre a composição do novo conselho, sem as limitações que derivam da permanência em funções de tais membros”: GIUSEPPE FERRI, *Le società* cit., pág. 680; ID., “In tema di clausola «*simul stabunt simul cadent*» e di intervento all’assemblea di seconda convocazione”, *Riv. dir. comm.*, 1987, II, págs. 538-539, onde o Autor gizou aprofundar a sua preferência: (i) as vicissitudes de um só administrador só a ele exclusivamente dizem respeito e não podem acarretar uma tal perturbação da gestão da sociedade ao envolver o inteiro conselho de administração, em afronta à funcionalidade e à permanência do órgão e mesmo quando não há qualquer interesse efectivo da sociedade ou mesmo o interesse é manter os administradores superstites em funções; (ii) só uma “alteração grave” dessa proporção poderá importar a necessidade de uma nova composição do conselho. Manifestando dúvidas análogas, GUSTAVO MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., pág. 480. Sem qualquer reserva ao efeito “reflexo” de uma minoria dos administradores ou de um só deles, ARTURO DALMARTELLO, “Validità o invalidità della clausola «*simul stabunt, simul cadent*» nella nomina degli amministratori di società per azioni”, in *Dir. fall.*, 1956, II, pág. 156, MORO VISCONTI, “Considerazioni sull’efficacia della clausola statutaria «*simul stabunt simul cadent*»”, *Riv. Soc.*, 1966, pág. 915, LUCIO GHIA, “Validità della clausola “*simul stabunt simul cadent*”. Il commento”, *Società*, 1995, pág. 86, VINCENZO SALAFIA, “La sostituzione...”, *loc. cit.*, pág. 651. Aproveite-se para reconhecer que a conexão entre a “saída” dos administradores *causantes* e a “saída” dos administradores cuja cessação de funções é *causada* se afigura manifestamente mais *violenta* ou *rigorosa* quando temos só um – em especial aqui, o que me aconselhará *infra* a fazer uma *restrição* nessa aprovação – ou menos que a maioria dos administradores *causantes* (é também a conclusão de GIOVANNI CASELLI, *Vicende del rapporto di amministrazione* cit., págs. 90, 93).

Seja como for, o § 4º do art. 2386 do CCit., que a Reforma de 2003 trouxe à luz do dia no intuito de comportar *ex lege* tais cláusulas na *società per azioni*, seguiu a doutrina dominante e validou as disposições estatutárias que, «na sequência da cessação de alguns [*taluni*] administradores», fazem cessar «todo o conselho» (igualmente admissível na *società a responsabilità limitata*, em nome da reconhecida garantia de uma “ampla autonomia estatutária” nesse tipo social: v. GUIDO BARTALINI, “La responsabilità dei soci e degli amministratori”, *Le nuove s.r.l.*, opera diretta da Marcella Sarale, 2008, págs. 455-456). Ora, esse é um “plural que não deixa dúvidas sobre a validade das cláusulas que prevêm vir a faltar o conselho seja pela cessação da maioria, seja de uma minoria dos conselheiros” e, se for só um deles, ainda defensável a sua validade enquanto reveladora das “mutações dos equilíbrios e da relação fiduciária” ou operativa da “conexão com critérios particulares de nomeação na hipótese – a mais provável – de cessação do único conselheiro nomeado de acordo com um de tais critérios” (GIAN DOMENICO MOSCO, *Società di capitali*, vol. 2, *Artt. 2380-2448*, Commentario a cura di Giuseppe Niccolini/Alberto Stagno d’Alcontres, 2004, *sub art.* 2386, pág. 620). Entendendo que *taluni* abrange também a saída de um só administrador, FRANCESCO GALGANO, *Il nuovo diritto societario*, Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia, vol. XXIX, 2003, pág. 248; PAOLO RAINELLI, págs. 713-714, onde se salienta a contradição que posição adversa teria em relação ao princípio da autonomia estatutária em sede de administração e de organização interna das sociedades; FRANCESCO FERRARA Jr./FRANCESCO CORSI, *Gli imprenditori...* cit. 2006, pág. 600 e sua n. (3), com o reconhecimento de tal “poder explosivo” [*potere dirompente*] atribuído a qualquer administrador; MASSIMO FRANZONI, *Della società per azioni*, Tomo III, *Dell’amministrazione e del controllo...* cit., *sub art.* 2386, pág. 268; antes da Reforma, como exemplos, GIOVANNI CASELLI, *Vicende del rapporto di amministrazione* cit., pág. 93, e PAOLO CECCHI, pág. 294, consideravam legítima a “queda” de todos os administradores pelo rompimento da relação entre a sociedade e um único conselheiro.

<sup>1043</sup> Causas essas que, se não forem explicitadas pelo estatuto, podem ocorrer diferentemente para cada um dos administradores nomeados. E até em momentos diferentes – nem sempre haverá, ou será possível haver, simultaneidade. No entanto, se a cláusula afecta, por ex., três dos cinco administradores – a cláusula regula o “grupo da maioria” – e as causas de cessação vão ocorrendo sucessivamente, o evento contemplado na cláusula estatutária só se considera realizado para o efeito de se reflectir nos restantes administradores se, antes de verificada a causa do terceiro, o primeiro e o segundo não tiverem sido substituídos de acordo com os mecanismos do art. 393º, n.º 3, e, dessa forma, o conselho ter sido reintegrado. É natural que essa temporaneidade (ou quase-temporaneidade) possa ser até provocada, em função do carácter *eminente intersubjectivo* de uma tal cláusula: o administrador A morre ou é

Materialmente, esta cláusula equivale a uma *causa ulterior, reflexa mas autónoma* de obliteração do cargo administrativo <sup>1044</sup>. Nessa circunstância, são, em particular, as renúncias ou as destituições de um ou mais administradores espoletadas por vontade própria ou por vontade da sociedade/tribunal, a provocar *ex statuto* a caducidade do título de todos os outros, não concorrendo para este efeito a sua vontade ou qualquer vontade imputável à sociedade – um “artifício tendente, em última instância, a vincular o destino dos conselheiros” <sup>1045</sup>.

A possível existência de tais cláusulas na conformação pelos sócios das *vicissitudes do título administrativo* implica que se tome posição sobre a sua validade e, em caso de resposta afirmativa (ainda que eventualmente com restrições), reconhecer as devidas consequências dessa validade no funcionamento do órgão administrativo (necessariamente plural, neste caso) <sup>1046, 1047</sup>

\*

A primeira frente a vencer é a eventual *taxatividade* do elenco legal de causas de caducidade do título administrativo.

Numa lei como o CSC em que “prevalece o carácter fragmentário”, “que prefere o tratamento casuístico ao enquadramento geral” dessas causas, em que estas se

---

declarado judicialmente interdito e, em sequência, os administradores B e C renunciam antes de A ser substituído (pela chamada do suplente); os administradores D e E vêem o seu título extinto. Isto implica que a cláusula “*simul stabunt simul cadent*”, quando funciona em “grupo” (de maioria ou de minoria), denota uma vontade de *agregar a saída dos administradores causantes* e essa vontade, se não vier a traduzir-se na respectiva saída contemporânea ou, havendo dessintonia na saída, não vier indirectamente precipitada na saída posterior dos administradores daquele “grupo”, não pode sobrepor-se às normas inderrogáveis de substituição *de cada um deles individualmente considerado*, sob pena de nulidade da cláusula sob o perfil de contrariedade à norma imperativa do art. 393<sup>o</sup>, n.º 3.

<sup>1044</sup> Vista a cessação dos membros do órgão administrativo como um processo complexo, temos, nas palavras de ARTURO DALMARTELLO, “Validità o invalidità...”, *loc. cit.*, pág. 154, a cessação *directa* do administrador ou do grupo de administradores que saem do conselho e a cessação *reflexa* dos restantes administradores (minoría ou maioria) a que não se refere a “causa directa de cessação”.

<sup>1045</sup> FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, *Provisión de vacantes...* cit., pág. 428.

<sup>1046</sup> Oriente a explanação para o esquema tradicional da sociedade anónima e para a sociedade por quotas. Sempre que pertinente, darei conta das especialidades exigidas pelas restantes duas formas de estruturação da sociedade anónima.

<sup>1047</sup> Para a análise do mesmo princípio em sede de contratos com nexos de “coligação negocial”, expresso na regra de que “a invalidade ou a resolução (ou qualquer outra forma de extinção ou cessação dos efeitos contratuais) de um singular contrato deve arrastar a invalidade dos demais contratos que com aquele integram o mesmo complexo contratual”, v. a superação dogmática de FRANCISCO PEREIRA COELHO, *Contratos complexos e complexos contratuais*, 2008, págs. 246 e ss, em esp. 256-257 (“havendo uma *unitária* operação económico-jurídica, esta deve ser tratada como um *único* negócio jurídico, pelo que se seguirá a invalidade *total* da operação complexiva”, mediante “uma aplicação *normal* do mecanismo da invalidade negocial”).

revelam “sem obediência a qualquer critério dogmático ou, sequer, sistemático”<sup>1048</sup>, vemos que não é o caso: seja pelo reconhecimento de outras causas que não constam da lei<sup>1049</sup>, seja por via do exercício da liberdade contratual das partes (sociedade e administrador), seja ainda por via da liberdade de conformação estatutária dos sócios<sup>1050</sup>. A faculdade de estabelecer hipóteses de caducidade diversas das previstas na lei pode mesmo ser deduzida do art. 3º, n.º 1, al. m), do CRCom. Este prevê a cessação de funções dos membros dos órgãos de administração das sociedades (como facto sujeito a registo) «por *qualquer causa* que não seja o decurso do tempo». Dá-se a entender, com tal fórmula, que as que são especificamente previstas pela lei não esgotam o campo das causas de cessação da relação administrativa.

Na primeira das hipóteses elencadas, veja-se a possibilidade de a relação administrativa, enquanto relação jurídica disponível, se extinguir por acordo revogatório celebrado entre a sociedade e o administrador (desde que não nomeado judicialmente)<sup>1051</sup>, assim como a possibilidade de se fixarem, em “contrato de gerência” ou “de administração”, factos que coloquem fim a essa relação contratual<sup>1052</sup>. A mesma possibilidade é configurável com a previsão objectiva de tais factos no pacto social (mesmo que indirectamente extraídos de outras cláusulas), especialmente as que se referem à previsão de requisitos específicos da pessoa dos administradores<sup>1053</sup>: a fixação de patamares etários máximos para o exercício de

---

<sup>1048</sup> JOÃO LABAREDA, “A cessação da relação de administração”, *loc. cit.*, págs. 138 e 154.

<sup>1049</sup> A começar pela morte do administrador: GUSTAVO MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., pág. 481.

<sup>1050</sup> Vista, no conjunto das “estipulações inseridas no acto constitutivo”, como a fonte das “regras estatutárias destinadas a regular a actividade da estrutura criada e que lhe são, por isso mesmo, dirigidas – pense-se nas regras que estruturam os órgãos sociais...” (CASSIANO SANTOS, *Estrutura associativa...* cit., págs. 549-550).

<sup>1051</sup> Aplica-se-lhe, destarte, a 2.ª parte do n.º 1 do art. 406º do CCiv.

Na doutrina, v. RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas. Comentário...*, volume III cit., sub art. 256º, pág. 82; JOÃO LABAREDA, *últ. est. e loc. cits.*, págs. 154 e ss – com a ressalva de não ser permitido a esse acordo alcançar “efeito que a lei não consente quando a extinção do vínculo ocorre por outras causas, designadamente se tais efeitos são prejudiciais à sociedade e, por via dela, aos sócios ou credores, ou somente a alguma destas categorias”, como sejam, exemplificativamente, o “pagamento de uma indemnização superior à máxima possível em caso de destituição ou renúncia” ou a fixação de “um regime de reforma fora das condições em que a lei, em geral, o autoriza”; COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., pág. 151.

<sup>1052</sup> V. RAÚL VENTURA, *últ. ob. cit.*, sub art. 256º, pág. 82, JOÃO LABAREDA, *últ. est. e loc. cits.*, pág. 158.

<sup>1053</sup> A propósito desta particular matéria, a favor da licitude da instituição de “causas estatutárias” de caducidade(-extinção) do cargo(-título) de administrador, v. ARTURO DALMARTELLO, “Validità o invalidità...”, *loc. cit.*, pág. 160 (com realce para a “avaliação soberana e insindicável” feita pelo ente dos seus interesses, “naquela esfera de autonomia (estatutária) que a lei lhe assegura”); GIORGIO BEVILACQUA, págs. 1205-1206; MORO VISCONTI, pág. 911; GIOVANNI CASELLI, *Vicende del rapporto di amministrazione* cit.,

funções de administração, a perda da qualidade de sócio <sup>1054</sup>, a designação para o exercício de outros cargos sociais ou de outras “funções” ou “tarefas” (públicas ou privadas; *e. g.*, deputado ou professor universitário), a aquisição da qualidade de sócio em outras sociedades concorrentes (nomeadamente, nas sociedades por quotas, se a participação for inferior ao tecto de 20% indicado no art. 254º, n.º 3), a perda da titularidade de acções da sociedade pertencentes a certa categoria, a separação judicial de pessoas e bens ou o divórcio em relação a determinado sócio, a constituição como arguido em processo criminal ou a condenação definitiva pela prática de qualquer crime, o “regresso do ausente”-anterior administrador único e sócio fundador e “maioritário” da sociedade <sup>1055</sup>, a mudança de domicílio, o sacerdócio, o divórcio, etc. A falta destes requisitos, na pendência do cargo, determina a caducidade <sup>1056</sup>.

A todas estas junta-se uma outra prevista, com carácter de obrigatoriedade, pela lei: «[o]s estatutos da sociedade devem fixar o número de faltas, seguidas ou interpoladas, sem justificação aceite pelo órgão de administração, que conduz a uma [espécie de] falta definitiva do administrador» (art. 393º, n.º 1) <sup>1057</sup>.

Tal como essas <sup>1058</sup>, a cláusula *sub judice* vale por si própria e, como característica *distintiva*, exprime, enquanto objecto interpretativo, uma natureza

---

págs. 89-90; ALESSANDRA DACCÓ, págs. 242-243 (com recurso ao art. 2385, últ. §, do CCIt., quando se prevê «qualquer causa» de cessação de funções dos administradores). Com reservas (v. ainda *infra*, n. 1068), GIANCARLO FRÈ, “La clausola «simul stabunt, simul cadent» nella nomina degli amministratori di società per azioni”, *La società per azioni alla metà del secolo XX. Studi in memoria di Angelo Sraffa*, I, 1962, pág. 269, exclui uma ilimitada liberdade de criação de causas subjectivas e objectivas, uma vez que, sendo objectivas, devem respeitar aos administradores singulares e não ao inteiro conselho, e, em geral, devem ser compatíveis com a disciplina societária (anónima, neste caso).

Sobre o tema, com posição favorável, v. ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, pág. 259, RAÚL VENTURA, “Nota sobre a substituição...”, *loc. cit.*, pág. 164, JOÃO LABAREDA, *últ. est. e loc. cits.*, págs. 154, 157-158, COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais cit.*, pág. 148.

<sup>1054</sup> Cfr. os arts. 252º, n.º 1, 390º, n.º 3, 425º, n.º 6.

<sup>1055</sup> V. arts. 89º e ss do CCiv., em esp. os arts. 98º, al. a), 112º, al. a), e 119º.

<sup>1056</sup> Salvo se o teor da cláusula estatutária indicar que o requisito é demandado para a assunção do cargo e não para a sua conservação: neste sentido, GIOVANNI CASELLI, *Vicende del rapporto di amministrazione cit.*, pág. 90.

<sup>1057</sup> Sobre este assunto, v. *supra*, n. 869.

<sup>1058</sup> Vendo-a como “causa estatutária de caducidade” ou “extinção” do título, ARTURO DALMARTELLO, *últ. est. e loc. cit.*, págs. 160-161, GIORGIO BEVILACQUA, págs. 1200, 1205, FRANCESCO FERRARA Jr./FRANCESCO CORSI, *Gli imprenditori... cit.* 1999, pág. 571. Partindo dessa qualificação técnica, GUSTAVO MINERVINI, *Gli amministratori... cit.*, pág. 481, adoptando a configuração “contratualista” da relação entre administrador e sociedade, entendeu que estávamos perante uma causa de extinção que operaria como uma *condição resolutive* do contrato de administração (seguido por MORO VISCONTI, pág. 915). Admitindo só causas estatutárias referidas a administradores individuais, e não a todo o conselho, GIANCARLO FRÈ, “La clausola...”, *loc. cit.*, pág. 269.

*intuitus personae* (ou *personarum*) no que toca *ao conselho de administração como um todo* – vale como manifestação de uma vontade dos sócios em ligar a *pluripessoalidade* (e a propiciada *colegialidade no modo de funcionamento*) do órgão administrativo da sociedade à persistência de todos os seus componentes, como que sublinhando um *vínculo de solidariedade e interdependência* para *todos* os administradores, sob pena da dissolução do órgão e a conseqüente exigência da sua reconstituição. Uma vontade justificada no impedimento da eclosão de contraposições internas entre os administradores “antigos” e os administradores de “nova nomeação”, uma vontade baseada em reprimir desagregações sucessivas quando se encontram no “colégio administrativo” pessoas escolhidas para exercícios de transição, uma vontade agenciada na diminuição da possibilidade dos erros mediante a integração e o desfrute dos conhecimentos particulares de cada um. Em substância, portanto, uma disposição estatutária deste jaez manifesta a *base fiduciária* da nomeação dos administradores e a conseqüente afectação dessa fidúcia quando o órgão suporta mutilações subjectivas parciais <sup>1059</sup>: poderá dizer-se que a atribuição de fidúcia é efectiva e real enquanto os administradores singularmente perspectivados fizerem parte de um colégio(-equipa) composto(a) *daquela determinado modo*, porquanto, não obstante opções ou interesses conflitantes em concreto, *esse modo (-composição) corresponde à protecção adequada da proporção e equilíbrio dos diversos grupos de sócios (grupo da maioria ou grupos diversos que contribuem para a maioria de votos expressos nas assembleias* <sup>1060</sup>). <sup>1061</sup>

---

<sup>1059</sup> Para a caracterização dogmática e tipificação dos “negócios de confiança” ou “fiduciários”, v. CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança...* cit., págs. 544 e ss. O Autor realça os negócios ligados “a um *status* determinado, inerente ao exercício de certas profissões que envolvem conhecimentos especializados” e aqueles “através dos quais uma das partes se vincula a desenvolver uma actividade no interesse (também) da outra”.

<sup>1060</sup> Sobre o carácter “compósito” das maiorias necessárias para a adopção de deliberações da assembleia de sócios e a conseqüente composição do órgão administrativo como reflexo da congregação dos interesses distintos entre os mais fortes e os mais fracos de entre os que se coligam para eleger o conselho de administração – “tensão entre determinados sectores da *maioria* formada na assembleia geral” –, v. PEDRO MAIA, *Função e funcionamento...* cit., págs. 197 e ss.

<sup>1061</sup> Mais em geral, a cláusula “*simul stabunt simul cadent*” nos estatutos de uma sociedade poderá representar uma *faceta* de (outros) acordos entre os sócios, formalizados seja directamente no pacto *social* – como as condições de aprovação da eleição dos administradores nos termos do art. 391º, n.º 2, como as regras especiais de eleição a cargo das minorias (art. 392º), como o número de faltas injustificadas necessárias para haver “falta definitiva” (art. 393º, n.º 1), como a situação dos administradores quando suspensos (art. 400º, n.º 2, 1.ª parte), etc. – e/ou, muitas vezes, indirectamente em pacto *parassocial* – tal aspiração poderá encontrar a sua base, antes ou contemporaneamente em relação à disposição estatutária, em acordo parassocial onde se reflecte o fim de proporcionar a *participação* de cada “grupo financeiro” no conselho e a distribuição de tarefas administrativas entre eles (v., entre outros, GIUSEPPE FERRI, “In tema di



Tanto assim é que – como antes salientei – o exercício de poderes dos sócios, por força de clausulado estatutário (com fundamento legal ou não) e de actividade deliberativa, na gestão da sociedade não seja o princípio regra de funcionamento (ainda que mais tipologicamente caracterizadores do tipo quotista: arts. 246º, n.º 2, e 259º, 2.ª parte, vs arts. 373º, n.ºs 2 e 3, 405º, n.º 1, e 406º), pelo que tal separação de competências alvitra que os administradores, pelo menos ao início (momento da designação), devam estar em sintonia com os entendimentos da colectividade dos sócios para o governo dos negócios sociais e seja essa sintonia o factor decisivo *para serem designados e exercerem em conjunto as suas funções*.<sup>1062</sup>

Quem arrisca na empresa social – os sócios – deve prevalecer sobre o interesse isolado de cada um dos administradores nomeados a conservar o cargo. Estes exercem um ofício, ofício que é temporário. Ofício que tem uma função, que é a de *exprimir a vontade do órgão colegial*. É legítimo que os administradores tenham que se submeter à ponderação dos sócios sobre as *condições de exercício dessa função colectiva*, nomeadamente impondo a um ou à minoria dos administradores que se submeta ao funcionamento querido pela maioria dos administradores. Uma cláusula que, por isso, não faz mais do que mover-se no campo dos *interesses privados dos sócios*, quando estes transladam o equilíbrio “associativo” de poderes para o âmbito orgânico-administrativo e confiam a gestão social a um grupo de pessoas seleccionado que, correspondendo a sua distribuição ao exercício do seu *poder de controlo da composição do órgão de administração plural*, consideram ser,

---

clausola...”, *loc. cit.*, pág. 539, MASSIMO FRANZONI, *Della società per azioni*, Tomo III, *Dell’amministrazione e del controllo...* cit., sub art. 2386, pág. 269); neste caso, a cláusula estatutária tem uma função *reguladora* de tal acordo e eventuais incumprimentos por parte de alguns sócios podem ser “sancionados” mediante a operatividade do mecanismo da cláusula *simul...*, fazendo decair o conselheiro que é “expressão” do sócio incumpridor (assim, ALBERTO BONAITI, “«Simul stabunt, simul cadent»: cessazione dell’intero consiglio di amministrazione”, *Società*, 1993, págs. 184-185). Acerca do papel, relações e diferenças (ainda que relativizadas) da “regulamentação estatutária” (que confere à sociedade “identidade jurídica e o conteúdo das relações jurídicas fixado para os seus sócios”) e da parassocialidade no âmbito das disposições organizatórias e funcionais da sociedade, v. PETER ULMER, “Verletzung schuldrechtlicher Nebenabreden als Anfechtungsgrund im GmbH-Recht?”, *NJW*, 1987, págs. 1850-1851, 1854.

<sup>1062</sup> Argumento paralelo está na previsão supletiva da caução (ou seguro) dos administradores, que, a não ser prestado no prazo legal, acarreta a caducidade automática e imediata de funções. Com excepção das «sociedades emitentes de valores mobiliários admitidos à negociação em mercado regulamentado e nas sociedades que cumpram os critérios da alínea a) do n.º 2 do artigo 413º», é a vontade deliberativa ou estatutária dos sócios que vai determinar se há ou não dispensa da caução (cfr. art. 396º, n.º 3, 2.ª parte) – é, portanto, a confiança dos sócios na actuação dos administradores (e na sua fiabilidade patrimonial) que vai determinar se existe ou não causa de extinção do cargo. Assim, temos, por via *negativa e indirecta*, a deliberação ou os estatutos a serem fonte do elenco concreto de fundamentos de caducidade da função administrativa, o que confirma a liberdade de criação de causas de extintivas (que não coloquem em causa os princípios gerais de funcionamento da sociedade).

*colegialmente (ou conjuntivamente) entendidos*, a melhor *escolha* para a prossecução do escopo social <sup>1063</sup> – e aqui reside o interesse *da sociedade* ancorado na *funcionalidade interna do órgão*. Daí a subordinar e condicionar genética e funcionalmente o encargo e a atribuição de poderes do administrador individualmente considerado à *assunção e conservação do cargo pelos outros* é o passo que o estatuto reflecte. <sup>1064-1065</sup>

Falta saber se esta “relevante peculiaridade da disciplina pacífica da sociedade” <sup>1066</sup>, enquanto manifestação da liberdade estatutária *dos sócios*, viola

---

<sup>1063</sup> A conexão entre a fidúcia dos sócios e a colegialidade do órgão administrativo, em detrimento de uma concepção puramente individual entre a sociedade e cada um dos administradores, foi acentuada por ARTURO DALMARTELLO, “Validità o invalidità...”, *loc. cit.*, págs. 161-162, que recusou que essa concepção fosse “princípio imperativo e cogente” que proibisse qualquer outra configuração estatutária do “mandato” administrativo. Depois dele GIORGIO BEVILACQUA, págs. 1206 e ss, que acentuou o poder das maiorias no interior do órgão administrativo. Também neste ponto GIANCARLO FRÈ, “La clausola...”, *loc. cit.*, págs. 269, se distanciou, desde logo porque o “funcionamento colegial” não contagiaria o carácter colegial da investidura dos componentes do órgão (contrariado pelos encargos individuais legalmente impostos, em particular a prestação de caução).

<sup>1064</sup> Para estes pontos, v. ARTURO DALMARTELLO, *últ. est. e loc. cits.*, págs. 160-161, 162 (com manifesta contrariedade à cogência do “carácter individual” da relação sociedade-administrador), 164; GUSTAVO MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., pág. 481; GIORGIO BEVILACQUA, “Dimissioni della maggioranza dei consiglieri d’amministrazione e decadenza della minoranza per disposizione statutaria nelle società per azioni”, *Riv. Soc.*, 1958, págs. 1201 e ss; MORO VISCONTI, págs. 910, 918; MAURIZIO MARTONE, “Corte d’Appello di Milano, 27 settembre 1983 – Note sulla clausola *simul stabunt simul cadent*”, *Rass. dir. civ.*, 1985, págs. 817-818, BRUNO INZITARI, págs. 855-856; LUCIO GHIA, págs. 85-86; ALESSANDRA DACCÒ, págs. 244-245, destacando que a “equilibrada composição” e “homogeneidade” do conselho e a “representação proporcional dos vários grupos de accionistas” no seio desse conselho, enquanto interesses protegidos pela cláusula, correspondem à tutela do “interesse geral dos sócios e mesmo dos accionistas da minoria (se tiverem podido nomear conselheiros)”, ainda que em prejuízo de uma menor funcionalidade do órgão administrativo – uma explicação próxima, de acordo com a Autora, da teoria contratualista sobre o interesse social; FRANCESCO FERRARA Jr./FRANCESCO CORSI, *Gli imprenditori...* cit. 1999, n. (11) – pág. 571 (a cláusula “pretende atribuir relevância a uma determinada composição do conselho e não se compreende porque a sociedade não possa dar a sua fidúcia ao conselho no seu complexo, tal como é concretamente composto”); PAOLO RAINELLI, pág. 712 (“na ausência de tal previsão a saída de um administrador poderia traduzir-se na nomeação mediante cooptação de um substituto importuno para os sócios de que o conselheiro substituto era expressão”); GIAN FRANCO CAMPOBASSO, *Diritto commerciale 2. Diritto delle società* cit., pág. 377. Exibindo convergência no direito espanhol, FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, *Provisión de vacantes...* cit., pág. 432. Não obstante reconheça que a exigência prática da cláusula é fundamentalmente garantir a unidade do conselho e a consolidação da relação de fidúcia onde existem pactos parassociais ou ainda sistemas de voto que consentiram à minoria uma representação na administração, PAOLO CECCHI, pág. 290, admite que esta interpretação é apenas parcialmente convincente quanto à renovação parcial do conselho de administração, pois será a maioria da assembleia dos sócios a designar o novo administrador, o que “deveria ser suficiente para prevenir os temidos conflitos no interior do órgão”.

<sup>1065</sup> Não será excessivo, nesta sequência, conformar validamente o estatuto com uma cláusula que preveja a extinção do cargo de todos os nomeados ou eleitos se um ou alguns deles não aceitar a nomeação ou, ainda que a aceite, não venha a constituir tempestivamente caução ou substituto: teríamos mais uma “causa objectiva” de caducidade do cargo para os restantes administradores, dela conhecedores no momento da aceitação do cargo. Pronunciando-se em sentido contrário, v. GIANCARLO FRÈ, “La clausola...”, *loc. cit.*, pág. 270.

<sup>1066</sup> ALBERTO BONAITI, pág. 185.

norma imperativa ou interesses superiores da sociedade ou dos administradores afectados.

\*\*

Um dos principais argumentos adversos à validade que aqui discutimos respeita à competência exclusiva da sociedade/sócios em matéria de destituição dos gerentes e administradores; exclusividade que, para o direito português, se retira dos artigos 257º, n.º 1, e 403º, n.º 1, e seria violada quando estatutariamente se confere o poder a um ou alguns (mesmo que a maioria) dos conselheiros de retirar a função aos restantes através do dispositivo, tão-só, das suas renúncias – estaríamos perante uma espécie de destituição “indirecta” ou “forçada” <sup>1067</sup>. E, ademais do elemento *contra legem*, poderia mesmo prefigurar-se uma “fraude à lei”, ao iludir-se a aplicação daquelas normas, por conseguir-se um *resultado análogo à destituição* sem as modalidades para ela previstas e se furta aos administradores a possibilidade de reclamar a indemnização dos prejuízos causados pela falta de “justa causa” <sup>1068</sup>. Em suma, um mecanismo reprovável que retiraria do jugo volitivo dos sócios a saída dos administradores e promoveria abusos no seio do actuar administrativo. Será, por isso, nula a cláusula por desrespeito de um princípio normativo inderrogável da destituição dos administradores? <sup>1069</sup>

---

<sup>1067</sup> Também assim para o poder destitutivo do conselho geral e de supervisão, de acordo com o art. 430º, n.º 1, al. a), conjugado com o art. 425º, n.º 1, al. a).

<sup>1068</sup> Eram os argumentos essenciais invocados, *in illo tempore*, pelo *caput* opositor à validade da cláusula “*simul stabunt simul cadent*”, GIANCARLO FRÈ, “La clausola...”, *loc. cit.*, págs. 271 e ss, no âmbito dos deméritos para com o princípio de continuidade do órgão administrativo: ainda que se aceitem causas de caducidade previstas nos estatutos, para além das previstas na lei, a liberdade estatutária encontraria o seu limite quando invade o campo da destituição e à deliberação da assembleia se substitui a verificação de tal evento, atento o sistema onde se encontra a disciplina da nomeação, caducidade, destituição, cessação e substituição dos administradores. Reconhecendo que as vicissitudes de um só administrador (porventura provocadas, como no caso da renúncia) podem funcionar como uma destituição dos restantes quando há um interesse efectivo da sociedade em mantê-los no cargo, v. GIUSEPPE FERRI, “In tema di clausola...”, *loc. cit.*, pág. 539. A favor de uma quase ilimitada criação estatutária de condicionantes à função administrativa, desde que não torne impossível a actuação funcional dos administradores, v. ARTURO DALMARTELLO, “Validità o invalidità...”, *loc. cit.*, pág. 163.

<sup>1069</sup> Mais uma vez nos abalançamos para o controlo do exercício da autonomia privada dos sócios em face da normatividade que confere identidade aos tipos sociais. O que demonstra justamente que um dos sectores normativos onde se coloca a possibilidade de serem postos em crise os esquemas coessenciais a cada um dos tipos reconhecidos pela lei (como verdadeiros *sistemas de normas* que são) é o da *programação das operações sociais e sua organização*, seja no “interior” da sociedade, seja no que respeita à eficácia da produção dos actos de direito comum, que as traduzem na relação com terceiros (onde se encontra o *relevo real metaindividual* do contrato de sociedade). Nesse sector encontram-se os preceitos sobre a administração das sociedades, como aqueles que vimos de referir no que tange à destituição.

A vigência de uma norma *estatutária* exprime a vontade originária dos sócios (ou da assembleia, se os estatutos vierem a ser supervenientemente modificados). Cabe sempre aos sócios – na regulação *pro futuro* da organização da vida social – estabelecer e preordenar com um acto próprio de vontade, inserido no estatuto e projectado o futuro, a cessação dos administradores que permanecem em funções quando se verifique o evento extintivo da maioria ou minoria dos administradores.<sup>1070</sup> Quando essa vontade se *executa em concreto*, não se confunde com a renúncia ou com a destituição dos administradores *atingidos* (nem sequer “indirecta” ou “implícita”) <sup>1071</sup>, até porque faltará sempre a vontade própria dos atingidos ou a pronúncia deliberativa dos sócios <sup>1072</sup>, do conselho geral de supervisão<sup>1073</sup> ou a decisão judicial demandadas pela destituição. Nomeadamente na circunstância da destituição, não se vê qualquer “expropriação” por via convencional da faculdade atribuída aos sócios ou ao conselho geral de supervisão: em sede de substituição, a assembleia e o conselho geral e de supervisão conservam o poder de nomear novamente os administradores progressos (excluindo, nas circunstâncias dos arts. 75º, n.º 2, e 450º, n.º 4, aqueles que foram destituídos <sup>1074</sup>).

---

Exemplarmente, v. PAOLO SPADA, *La tipicità delle società* cit., págs. 216-217, 218-221 (com relação com as págs. 27-28), 229, 234.

<sup>1070</sup> V. GIORGIO BEVILACQUA, pág. 1200, que aproveita para enfatizar a função do estatuto enquanto acto regulador do funcionamento da sociedade e a liberdade de decisão da assembleia.

<sup>1071</sup> Assim compreendido por ARTURO DALMARTELLO, *últ. est. e loc. cits., passim*, em esp. págs. 162 e ss (ainda que com um argumento insusceptível de acolhimento: mesmo que se tratasse de destituição indirecta, tratar-se-ia de uma “destituição consentida pelo estatuto” e de uma “destituição com justa causa” em face da previsão estatutária”: contra, GIANCARLO FRÈ, “La clausola...”, *loc. cit.*, pág. 271; a favor, GIORGIO BEVILACQUA, pág. 1215, enraiado no entendimento doutrinal de que as “justas causas” de destituição podem ser inseridas nos estatutos sociais; MAURIZIO MARTONE, págs. 817-818); MASSIMO FRANZONI, *Della società per azioni*, Tomo III, *Dell'amministrazione e del controllo...* cit., sub art. 2386, pág. 269. Muito antes, ALFREDO DE GREGORIO, na vigência do *Codice di Commercio*, considerava, ainda que só para cláusulas de “demissão da maioria dos administradores”, que “não estávamos perante a hipótese de destituição, mas de cessação do mandato por uma determinada causa explicitamente prevista” (*Delle società e delle associazioni commerciali* cit., pág. 220). Reiterando essa inexactidão e a manutenção do poder da assembleia dos sócios para recompor o conselho: GUSTAVO MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., pág. 481, GIOVANNI CASELLI, “Di alcune cause di cessazione...”, *loc. cit.*, pág. 988, LUCIO GHIA, pág. 84, ALESSANDRA DACCÒ, págs. 243-244 e n. (37), FRANCESCO FERRARA Jr./FRANCESCO CORSI, *Gli imprenditori...* cit. 1999, págs. 570-571, FRANCO BONELLI, *Gli amministratori...* cit. 1985, n. (64) – pág. 75, ID., *Gli amministratori...* cit. 2004, n. (113) – pág. 96, GIAN FRANCO CAMPOBASSO, *Diritto commerciale 2. Diritto delle società* cit., pág. 377.

<sup>1072</sup> Igualmente na estrutura germânica da anónima, nos termos do art. 430º, n.º 1, al. b).

<sup>1073</sup> V. art. 430º, n.º 1, al. a).

<sup>1074</sup> V. COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II cit., págs. 651-652, onde o Autor sustenta a aplicação analógica do art. 450º, n.º 4 (incompatibilidade por cinco anos por “abuso de informação”), às circunstâncias da destituição judicial prevista no art. 449º, n.º 4, promovida por accionista(s), ou destituição deliberada pelos sócios ou pelo conselho geral e de supervisão, para além de defender a anulabilidade da deliberação de

Claro que pode haver razões *particulares* para lançar mão dos efeitos da cláusula, benignas ou malignas no rompimento da homogeneidade e harmonia pretendidas, desde o puro dissenso à actuação meramente obstrucionista, transitando pela (mais especial) consequência de o administrador ou gerente ter exercido o seu direito de oposição de acordo com o art. 72º, n.º 3, para salvar a sua responsabilidade perante a sociedade <sup>1075</sup>. O expediente adjudicado pela cláusula “*simul stabunt simul cadent*” pode mesmo ser aproveitado para eliminar eventuais conflitos surgidos entre os sócios, como na hipótese de um sócio, com representação no conselho, se opor sistematicamente às operações autorizadas ou impostas ao órgão administrativo pelos sócios e essa oposição se transmitir aos obstáculos colocados pelo “seu(s) administrador(es)” aos restantes membros da administração – a demissão destes, representantes dos sócios favoráveis a uma certa operação-negócio, permitirá excluir do conselho o administrador expressão do sócio dissidente.

Estas razões particulares não são em si mesmas e só por elas ilícitas ou instrumentais de finalidades ilícitas: serão *benignas* se traduzem a *falta de condições para a prossecução da actividade cooperativa do órgão administrativo* (em si e com os titulares da maior parte das participações sociais); serão *malignas* se corresponderem exclusivamente a finalidades extrassociais e/ou à pura e simples intenção de prejudicar pessoalmente algum ou alguns dos administradores e/ou à vontade arbitrária de afastar um administrador incómodo. Neste segundo panorama de existência de *exceptio doli*, já não estamos no domínio plausível do risco assumido pelo administrador quando aceitou o cargo *com a limitação estatutária prevista por efeito da cláusula “simul stabunt simul cadent”*. Creio que, para superar esse risco *intolerável e não comportado pela finalidade da cláusula*, os conselheiros que cessam o cargo (e não o virem renovado) podem invocar um *exercício abusivo* dos direitos e/ou faculdades do administrador causante e reclamar-lhe indemnização por danos e

---

reeleição de administrador destituído por “violação grave dos deveres respectivos” se não medear entretanto o prazo razoável dos cinco anos.

<sup>1075</sup> Tal artigo prescreve que «[n]ão são igualmente responsáveis pelos danos resultantes de uma deliberação colegial os gerentes ou administradores que nela não tenham participado ou hajam votado vencidos, podendo neste caso fazer lavrar no prazo de cinco dias a sua declaração de voto, quer no respectivo livro de actas, quer em escrito dirigido ao órgão de fiscalização, se o houver, quer perante notário ou conservador». Em complemento, o n.º 4 determina que «[o] gerente ou administrador que não tenha exercido o direito de oposição conferido por lei, quando estava em condições de o exercer, responde solidariamente pelos actos a que poderia ter-se oposto».

perdas <sup>1076</sup>. Todavia, a cláusula não deixa de ser aplicável por isso: existe nela claramente a *vontade dos sócios* como fonte da cessação do cargo antes da vontade do administrador ou administradores *causantes* (que até podem ser sócios...) – e uma vontade que, a não ser que assim não se escolha, alude generalizadamente a todas as restantes causas de cessação do cargo, não só à demissão voluntária <sup>1077</sup>. <sup>1078</sup>

Ademais, os sócios têm a liberdade, reconhecida por lei, de inserir as limitações que entendam por convenientes para o *cargo administrativo*, a começar pela duração do cargo <sup>1079</sup>, transitando pelo “procedimento de tomada de

---

<sup>1076</sup> Na doutrina francesa, PIERRE-GILLES GOURLAY, *Le conseil d'administration...* cit., pág. 38, quando enfrentou em sentido positivo a validade da disposição estatutária que extingue os poderes dos administradores se o seu número se reduzir a uma cifra determinada, admite que, se a redução do número de administradores é causada por factor que não é alheio à vontade dos administradores (como a morte ou a incapacidade superveniente, não assim a renúncia), “tudo se passa então como se o administrador interessado revogasse ele mesmo o mandato dos outros membros do conselho”; segundo o Autor, haveria lugar a abuso de direito e a indemnização de danos.

Porém, isto não se confunde com uma qualquer aplicação do regime do ressarcimento de danos aos administradores destituídos sem justa causa (arts. 257<sup>o</sup>, n.º 7, 403<sup>o</sup>, n.º 5), tanto mais que poderemos reconhecer que a aceitação da presença no estatuto de uma cláusula “*simul stabunt simul cadent*” corresponde à renúncia legítima ao direito a ser indemnizado por falta de “justa causa” no abandono da administração, em face da disponibilidade do interesse do administrador injustamente afastado pela activação de uma *causa de cessação do cargo prevista no estatuto*, aceite aquando da assunção do cargo administrativo. Sobre este ponto, v. ARTURO DALMARTELLO, “Validità e invalidità...”, *loc. cit.*, pág. 163; GIOVANNI CASELLI, *Vicende del rapporto di amministrazione* cit., pág. 91; LUCIO GHIA, pág. 84; ALESSANDRA DACCÒ, n. (37) – pág. 244; FRANCO BONELLI, *Gli amministratori...* cit. 2004, pág. 95 e n. (113), que opta por se referir justamente a destituição “indirecta ou implícita” quando há, e só aqui, a utilização *instrumental* da cláusula em caso manifesto de demissões perante formais para fazer decair um outro administrador; MASSIMO FRANZONI, *Della società per azioni*, Tomo III, *Dell'amministrazione e del controllo...* cit., sub art. 2386, págs. 269-270.

<sup>1077</sup> Neste sentido, ARTURO DALMARTELLO, *últ. est. e loc. cits.*, pág. 162, apoiado, v. g., por MORO VISCONTI, pág. 907, BRUNO INZITARI, págs. 851, ALBERTO BONAITI, pág. 182; contra, em face da predominância da demissão voluntária como factor de operatividade da cláusula “*simul stabunt simul cadent*” com o fim de arrastar a saída dos demais administradores, GIANCARLO FRÈ, “La clausola...”, *loc. cit.*, pág. 271, seguido além-Itália por FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, *Provisión de vacantes...* cit., pág. 434.

<sup>1078</sup> Mesmo assim: será lícito convencionar-se a “queda” de todo o conselho em face de qualquer espécie de destituição de um ou mais administradores, especialmente indicada ou sendo ela uma das causas cravadas na cláusula geral de “qualquer forma de cessação do título administrativo”, mesmo quando se registre *justa causa para a destituição*? Reajo com dificuldade a uma resposta positiva se a *justa causa consistir em comportamento doloso do administrador* (em particular na violação grave dos deveres administrativos). Veja-se que a razão da condição de permanência do órgão é a *fidúcia que os sócios depositam no funcionamento do órgão como um todo*. A *culpa mais qualificada do administrador destituído* permitirá deduzir que a confiança entre os restantes se mantém, desde que expurgado da equipa o elemento que protagonizou *comportamento que, por natureza, desrespeita essa confiança*. Se tal suceder, será excessivo reflectir a destituição operada em todos os membros do órgão, pela elementar razão que provavelmente continuarão a merecer a aceitação dos sócios; será ainda excessivo por frustrar nessas condições o interesse de manutenção da relação de administração e o interesse de funcionamento regular da administração. O desfalque supre-se com a substituição-regra do gestor destituído. Assim, haverá fundamento para fazer uma *restrição* ao âmbito de aplicação da cláusula e, conseqüentemente, fazer actuar as regras de substituição para *aquele ou aqueles administradores destituído(s), individualmente considerados*.

<sup>1079</sup> V. arts. 256<sup>o</sup>, 2.ª parte, e 391<sup>o</sup>, n.º 3.

deliberações do conselho”<sup>1080</sup>, e a acabar na composição *em concreto* do subgrupo orgânico que vincula a sociedade (em caso de administração conjunta)<sup>1081</sup> (entre tantas outras incluíveis no *ordenamento orgânico-convencional* por manifestação da “vontade fundacional”<sup>1082</sup>)<sup>1083</sup>. Não vemos, a propósito, como acolher uma alegada prevalência da “continuidade do órgão” (*rectius*, dos membros restantes do órgão) a que poderiam aspirar os administradores “causados”, supostamente aprisionada no esquema legal delineado no art. 393º para a substituição “individual” dos administradores – e não daqueles relativamente aos quais não se verifica qualquer causa de extinção e conseqüente substituição. Pois não vejo como retirar daqui – como aferirei melhor mais à frente, quando se dissecar a aplicação desse art. 393º ao funcionamento da cláusula “*simul stabunt simul cadent*” – uma elisão do interesse público (ou princípios de ordem pública) que essas regras alegadamente manifestariam no que respeita ao funcionamento do órgão administrativo<sup>1084</sup>. Se algum princípio geral (e inviolável) se tem que surpreender no art. 393º, esse não mais é do que o postulado de assegurar a todo o momento a existência de um órgão *subjectivamente pleno* que administre a sociedade (= empresa e/ou património social) e responda em relação à sociedade, a terceiros e aos sócios. A cláusula “*simul stabunt simul cadent*” não entra em conflito com isso, ainda que permita, relativamente às hipóteses legais típicas, chamar apenas os sócios a reconstituir o conselho de administração e relativamente a todos os seus membros (art. 393º, n.º 3, al. *d*)). Todavia, esta *escolha* – melhor, este efeito da escolha *estatutária* dos sócios – não

---

<sup>1080</sup> V. art. 410º.

<sup>1081</sup> V. arts. 193º, n.º 1, 261º, n.º 1, 408º, n.os 1 e 2.

<sup>1082</sup> De que falava LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *La atipicidad en el derecho de sociedades* cit., pág. 250, como fonte de regras “constitucionais” de estruturação e de exercício da função empresarial das sociedades, subtraídas desse modo ao arbítrio dos intervenientes.

<sup>1083</sup> Realçando a primordial função reguladora que os estatutos (e regulamentos internos) desempenham em relação à configuração da administração da sociedade anónima, enquadrada na “relação de tensão normativa” entre o direito imperativo (crescente na sociedade anónima, por causa das necessidades funcionais de uma entidade de certa complexidade e de sócios potencialmente diferentes) e a possibilidade de adaptar a organização e funcionamento da administração a situações distintas da vida real, v. GAUDENCIO ESTEBAN VELASCO, “Configuración estatutaria del órgano de administración”, *Derecho de sociedades anónimas*, I, *La fundación*, Estudios coordinados por Alberto Alonso Ureba [*et alii*], 1991, págs. 348 e ss. Por cá, COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., págs. 32-33, nesta confluência de regulamentação imperativa, lei dispositiva e auto-regulação na regulação das sociedades comerciais, afirma ser do âmbito da autonomia estatutária “a escolha entre sistema monístico e sistema dualístico de administração e controlo, bem como a *organização e funcionamento do órgão administrativo*” (itálico meu).

<sup>1084</sup> Com interesse, v. as similares conclusões da decisão do **Tribunale de Milano**, de **22 de Março de 1982** (in *Foro It.*, 1982, I, pág. 2636, ss, nomeadamente a pág. 2641).

vulnera minimamente qualquer princípio ou exigências que transcendam a esfera dos interesses *privados e disponíveis* dos sócios, quando configuram o funcionamento orgânico da sociedade, nem contraria “notas essenciais do tipo escolhido”<sup>1085</sup>. Configuração organizativa essa que será lícita uma vez que não se pisa o *esquema organizativo-funcional inderrogável* de cada um dos tipos<sup>1086</sup> (e, na anónima, as suas espécies de configuração<sup>1087</sup>) – é a minha posição.

É por isso que esta orientação deve ser aplicada *cum grano salis* à administração da sociedade anónima monística (conselho de administração com comissão de auditoria). *Maxime*, sofrerão também as consequências da cláusula os administradores que integram a comissão de auditoria e que vêem a cláusula produzir efeitos em razão das vicissitudes dos administradores *não auditores*?

Certo que os *auditores* são membros do conselho de administração e todos eles são designados *em conjunto* e, se for o caso, numa mesma lista(-equipa) – v. arts. 423º-B, n.º 1, 2.ª parte, e 423º-C, n.ºs 1 e 2. Porém, constituem um órgão (art. 423º-B, n.º 1, 1.ª parte), ainda que *sui generis, autónomo* sob o ponto de vista *funcional* do conselho de administração – há uma clara relação *orgânica com a sociedade* –, ainda que nele *integrado para efeitos de actuação administrativa* – há, neste hemisfério, paralelamente, uma relação *interorgânica* com o conselho de administração<sup>1088</sup>.<sup>1089</sup> Distinguem-se por serem titulares de funções

---

<sup>1085</sup> COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II cit., págs. 74-75.

É uma fórmula reconhecida lá fora: por ex., LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *últ. ob. cit.*, págs. 192 e 193, alude aos “traços de identidade” de cada uma das figuras sociais, que adjudicam um “valor de identificação” a cada uma delas”; por seu turno, PAOLO SPADA, *La tipicità delle società* cit., pág. 217, opta pelos “núcleos normativos relativamente aos quais se possa atribuir um valor identificador (de cada tipo)” e nos quais “se exprime o esquema causal societário”.

<sup>1086</sup> Para uma construção dogmática da tipicidade das sociedades tendo como azimute os índices *organizativos* da estrutura de cada uma delas (isto é, o “regulamento da participação no exercício da actividade social”), v. PAOLO SPADA, *últ. ob. cit.*, págs. 37 e ss (com alusão primordial a Giuseppe Ferri e Berto).

<sup>1087</sup> Necessariamente escolhida no contrato de sociedade: v. art. 272º, al. g).

<sup>1088</sup> Assim, propendo a ver aqui afigurado um subórgão do conselho de administração – se quisermos, um *grupo organizado de administradores* em articulação com a gestão executiva ou com a gestão delegada e delegante (ou “primária”) –, pois essa autonomia, desta feita sob o ponto de vista *estrutural* (que atende ao perfil subjectivo da sua composição e à concomitante dependência resultante da sua inserção no interior do conselho de administração) não é completa nessa esfera de actuação. V. *infra*, com detalhe, n. 1104.

<sup>1089</sup> Sobre a origem dos *audit committees* e sua evolução no universo anglo-americano e penetração pelo direito societário continental no seio do conselho de administração (*board of directors*) – pois, para isso, há impulso comunitário: v. o ponto 5 da Recomendação da CE n.º 2005/162/CE, de 15 de Fevereiro, relativa ao papel dos administradores “não executivos” ou membros do conselho de supervisão de sociedades cotadas e aos comités do conselho de administração ou de supervisão, in *JOUE*, de 25.02.2005, L 52-51 –, v., com as indicações pertinentes, PAULO CÂMARA, “Os modelos de governo das sociedades anónimas”, *Reformas do Código das Sociedades*, 2007, págs. 208 e ss, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS,



administrativas «não executivas»<sup>1090</sup> mas, ainda assim, concorrentes com os membros “executivos” do conselho de administração na actividade deliberativa do

“Comissão executiva, comissão de auditoria e outras comissões na administração”, *Reformas do Código das Sociedades*, 2007, pág. 246, com as suas ns. (3) e (4), e n. (15) – pág. 256, STEFANO CACCHI PESSANI, “Corporate governance, sistema dei controlli e intermediari reputazionali negli Stati Uniti d’America dopo il caso Enron”, *Giur. comm.*, 2003, I, págs. 765 e ss, CHIARA MOSCA, “I principi di funzionamento del sistema monistico. I poteri del comitato di controllo”, *Il nuovo diritto delle società – Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, volume 2, *Assemblea – Amministrazione*, 2006, págs. 735 e ss, 744 e ss, LUIS VELASCO SAN PEDRO, “El comité de auditoria”, *Derecho de sociedades anónimas cotizadas (Estructura de gobierno y mercados)*, tomo II, Dirección: Fernando Rodríguez Artigas [et alii], 2006, págs. 1089 e ss. Para as comissões de auditoria integradas no *board of directors* do direito norte-americano e inglês, v. ROBERT HAMILTON, *The law of corporations...* cit., págs. 318 e ss (com análise do § 8.25 (b) e (e) do *MBCA*: a propósito, acrescente-se MICHAEL P. DOOLEY/WILLIAM S. POTTER, *Model Business Corporation Act. Official text with official comment and statutory cross-references. Revised through June 2005*, 2005, chapter 8, págs. 34 e ss), e BRENDA HANNIGAN, págs. 144 e ss, nomeadamente a pág. 149, relativa aos *Code Provisions* D.3.1. e D.3.2. do *Code of Best Practice* inserido no *Combined Code* de 1998 (anexo das *Listing Rules*, emitidas com o fim de regular as “listed companies” pela *United Kingdom Listing Authority*, integrada na *Financial Services Authority*, e que agrega o fruto do trabalho (*reports*) de três grupos de análise da composição, estrutura e eficiência dos conselhos de administração no seio da filosofia de *corporate governance*, a saber, o *Committee on the Financial Aspects of Corporate Governance*, liderado por Adrian Cadbury – *Cadbury Committee/1991* –, o *Study Group on Directors’ Remuneration*, chefiado por Richard Greenbury – *Greenbury Committee/1995* –, e o *Committee on Corporate Governance*, dirigido por Ronald Hampel – *Hampel Committee/1995* –, o responsável pelo *Combined Code*), e a pág. 156, noticiadora dos *Code Provisions* C.3.1. e C.3.2. (onde estão os poderes e responsabilidades do *audit committee*) do *Combined Code on Corporate Governance* de 2003 (derivado dos contributos de Derek Higgs sobre os administradores “não executivos” – *Review of the role and effectiveness of non-executive directors*, 2003/Higgs Report – e de Robert Smith sobre as comissões de auditoria – *Audit committee combined code guidance*, 2003/Smith Report); sobre o *soft law* do *Combined Code* e as suas exigências, v. desenvolvidamente PAUL DAVIES, *Gower and Davies’ principles...* cit., págs. 321 e ss. Finalmente, confira-se a definição que o *Sarbanes-Oxley Act* de 2002, na sua sec. 205(58), § (A), deu de *audit committee* (para modificação da sec. 3 (a) do *Securities Exchange Act* de 1934): “a committee (or equivalent body) established by and amongst the board of directors of an issuer for the purpose of overseeing the accounting and financial reporting processes of the issuer and audits of the financial statements of the issuer”.

Neste ponto, não podemos esquecer que, sendo a comissão de auditoria influenciada pelo *audit committee* das sociedades dos Estados Unidos da América, todavia cabe-lhe (na evolução legislativa europeia) um conjunto de funções de mais largo espectro que superam o segmento limitado da acção do comité norte-americano na ampla competência de monitorização desenvolvida pelo *board*: desde logo, não se limita à vigilância sobre as informações de natureza financeira-contabilística (eficácia do sistema de controlo interno do *reporting* financeiro e relações com a actividade da sociedade revisora), mas espria-se sobre toda a estrutura societária (organizativa, administrativa e não unicamente contabilística: não é, portanto, um mero “substituto” em outro modelo do tradicional conselho fiscal). Assim, apropria-se de uma posição de avaliação e contribuição para a prossecução dos objectivos estratégicos da sociedade e para a definição dos planos de longo prazo, numa posição adveniente de uma mescla entre funções de controlo e funções de gestão. V. a profícua análise aflorada por CHIARA MOSCA, págs. 748 e ss, e CÁNDIDO PAZ-ARES, “El gobierno de las sociedades: un apunte de política legislativa”, *Derecho de sociedades. Libro homenaje al Professor Fernando Sánchez Calero*, Volumen II, 2002, págs. 1810-1812 (que realça o benefício de o órgão de supervisão no sistema monista poder associar as faculdades de definir a estratégia e exercer o controlo); entre nós, PAULO CÂMARA, “Os modelos de governo...”, *loc. cit.*, págs. 214-216; a propósito do ponto 5.3.2. do DCGKodex alemão (recomendação de integrar o *Prüfungsausschuss* no seio do *Aufsichtsrat*), v., igualmente com interesse, THOMAS KREMER, “Aufsichtsrat III-XIX”, in HENRICK-MICHAEL RINGLEB/THOMAS KREMER/MARCUS LUTTER/AXEL v. WERDER, *Kommentar zum Deutschen Corporate Governance Kodex*, 2003, págs. 189-190, *Rdn.* 691.

<sup>1090</sup> Quando o art. 423º-B, n.º 3, veda aos membros da comissão de auditoria «o exercício de funções executivas» referimo-nos tão-só à administração *gestionária* (gestão estrita e representação), e não à

conselho <sup>1091</sup> (ficando tal “executividade” como *limite* à gestão em sentido estrito e mesmo de representação <sup>1092</sup>, em cumprimento do que é decidido quanto a essa

administração de *funcionamento intrassocietário e organizatória*. Portanto, estamos no âmbito de aplicação do poder-dever de «gerir as actividades da sociedade» a que alude o art. 405º, n.º 1. Além do mais, se a semântica serve para algo, é esse poder-dever que o art. 431º refere como competência nuclear do conselho de administração executivo na estrutura germânica da anónima. Depois, para delimitar o que é e o que não é “*executivo*”, julgo que o critério mais seguro será aplicar, para esse efeito, *a contrario*, o disposto pelo art. 407º, n.º 3, para os administradores delegados e para comissão executiva (neste sentido, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “Comissão executiva...”, *loc. cit.*, pág. 260): os administradores-auditores estão inibidos da «gestão corrente» da sociedade, que executa ou desenvolve através de actos “técnico-operativos quotidianos” as opções de “alta direcção” (COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., pág. 40). A favor da correspondência das funções do administrador executivo à gestão corrente (*daily management of the company*), v. o ponto 2.3. da Recomendação da CE n.º 2005/162/CE, de 15 de Fevereiro, cit. n. anterior; as notas explicativas das recomendações n.º 11 da Recomendação de Dezembro de 2001 da CMVM sobre o Governo das Sociedades Cotadas e n.º 5-A da mesma Recomendação de Novembro de 2005; o ponto II. 2.1. do *Código de Governo das Sociedades* da CMVM (a que se refere o art. 1º, n.º 2, do Regulamento da CMVM n.º 1/2007, de 21 de Setembro, alterado pelo Regulamento n.º 5/2008) faz referência à “administração quotidiana da sociedade” e, no ponto II. 2.2., refere-se, exemplificativamente, a matérias indelegáveis do conselho de administração que constituem objectivamente “alta direcção”: “i) definir a estratégia e as políticas gerais da sociedade; ii) definir a estrutura empresarial do grupo; iii) decisões que devam ser consideradas estratégicas devido ao seu montante, risco ou às suas características especiais”. Assinale-se ainda a reflexão de ISABEL MOUSINHO FIGUEIREDO, págs. 568 e ss, equivalendo gestão corrente a gestão “ordinária” e “normal” em razão da “frequência temporal dos actos”, da “dimensão ou relevância do acto” (aferidas pelos montantes, pela duração do vínculo e pelo grau de risco da operação) e do “sentido da decisão”.

A «gestão corrente» não abrange as matérias insusceptíveis de delegação, tal como referidas no n.º 4 do art. 407º (als. a) a d), f), l) e m) do art. 406º; mas COUTINHO DE ABREU, *ibid.*, págs. 41-42, sustenta a extensão do n.º 4 a fim de excluir da delegação também as matérias indicadas nas als. e) – «aquisição, alienação e oneração de bens imóveis» – e g) a j), deixando só de fora a genérica al. n); por sua vez, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Administradores-delegados...* cit., págs. 37-38, entende que nessas outras alíneas “*só será possível a delegação se estiver em causa a gestão corrente da sociedade*”. Pelo sobredito, os membros da comissão de auditoria não podem ser administradores delegados nem membros de comissão executiva (v. também ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “Comissão executiva...”, *loc. cit.*, pág. 259). Mas, fora de tais competências executivas e desde que o contrato de sociedade o não proíba, não encontro obstáculo para que o membro da comissão de auditoria possa ser administrador “encarregado” de «certas matérias de administração» (a delegação “imprópria” ou “restrita” prevista nos n.ºs 1 e 2 do art. 407º, que não abrange *de iure* as matérias das als. a) a m) do art. 406º: v., sobre essa delegação, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Os poderes de representação...* cit., págs. 362, 367-368, PEDRO MAIA, *Função e funcionamento...* cit., págs. 248 e ss, COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., págs. 100 e ss); com tese parcialmente oposta, pois entende que os membros da comissão de auditoria não podem “desempenhar de facto funções gestórias da empresa”, o que inclui tanto os administradores delegados (sem ou em comissão executiva) como os administradores cometidos de encargos especiais de acordo com o art. 407º, n.º 1, v. CALVÃO DA SILVA, “«Corporate governance»...”, *loc. cit.*, pág. 40.

<sup>1091</sup> Os membros da comissão de auditoria são administradores e a estes devem ser assimilados também no que respeita ao direito “administrativo” de participação e voto nas deliberações do conselho de administração. A esta conclusão poderia obstar a proibição legal do «exercício de funções executivas na sociedade» (art. 423º-B, n.º 3) se entendêssemos que a “não executividade funcional” impõe a exclusão de tal direito. De facto, a letra do art. 423º-G, n.º 1, al. b), 1.ª parte – [dever de] «Participar nas reuniões do conselho de administração...» – refere somente a *assistência qualificada* na *operatividade colegial* do órgão, sem aludir *ex professo* ao direito de voto. Porém, vejo nessa letra uma manifestação da tese mais adequada. A “não executividade” não contenderá com o momento da escolha e da decisão *políticas*, antes com o momento da acção e/ou da escolha *técnicas* – é aqui que, como vimos, se deverão ver as «funções executivas» para a gestão interna e para a representação (externa) *com essa natureza*: neste sentido, para o direito italiano, ANTONIO MORELLO, “Il comitato per il controllo sulla gestione tra dipendenza strutturale

ed autonomia funzionale”, *Giur. comm.*, 2005, págs. 766-767. Por outras palavras, a lei restringe as funções atinentes à gestão social (incluindo a representação) – execução (ou não) das deliberações do conselho de administração –, mas sem que essa restrição possa ser lida de forma tão extensiva que quase esvazie de conteúdo a posição dos membros da comissão de auditoria como administradores: a consequência essencial é os auditores contribuírem para os quóruns constitutivo e deliberativo nas reuniões do conselho de administração (nos termos do art. 410º, n.ºs 4 e 7). E, parece, sem que essa restrição vede, quanto à sua capacidade de voto, que possam votar nas matérias correspondentes à “gestão executiva” (tanto mais que a participação e discussão sempre estaria prevista-imposta por lei para toda e qualquer matéria), *mesmo quando há delegação* (nos termos do art. 407º, n.º 8, 1.ª parte) – o “legislador” parece ter sido claro e não pretender condicionar, quando advogou que os administradores-auditores se encontram investidos no “poder de determinar[,] ou, pelo menos, influenciar de modo directo, as decisões de gestão” (CMVM, *Governo das sociedades anónimas: propostas de alteração...* cit., pág. 34). O limite lógico ao voto deveria ser o *conflito de interesses com as funções de controlo exercidas pela comissão de auditoria* – portanto, o conflito trazido pelo seu “duplo papel” – e esse nem sequer é previsto como *causa de impedimento*. Por fim, uma outra solução tornaria inverosímil o funcionamento do conselho de administração no caso “supletivo” de não haver delegação de poderes pelo conselho de administração – que necessita de autorização estatutária e deliberação do conselho que a concretize e delimite: art. 407º, n.ºs 3 e 4 –, uma vez que aí a gestão, toda ela (executiva e não executiva, corrente e não corrente), compete ao conselho de administração: fará sentido desmembrar poderes em função de estarmos perante administradores-auditores e administradores-não auditores e, até, tornar impraticável a administração por falta de maioria necessária para o funcionamento colegial do órgão? (Para este dado, v. as observações de PEDRO MAIA, “Tipos de sociedades comerciais”, *Estudos de direito das sociedades*, coord.: J. M. Coutinho de Abreu, 2010, n. (47) – pág. 30.) Consequentemente, sendo administradores, os membros da comissão de auditoria dispõem do poder de pedir a declaração de nulidade ou a anulação de deliberações do conselho de administração junto do conselho e/ou da assembleia geral e/ou directamente ao tribunal, de acordo com o regime do art. 412º – independentemente, parece, da *natureza* da matéria submetida a deliberação: o art. 412º, n.º 1, alude a «qualquer administrador»; no caso da nulidade, apliquem-se os arts. 286º do CCiv. e 26º, n.ºs 1 e 2, do CPC; no caso da anulabilidade, convoque-se analogicamente o art. 59º, n.º 1, 2.ª parte (qualquer administrador [em vez de sócio] que não tenha votado no sentido que fez vencimento nem posteriormente tenha aprovado a deliberação, expressa ou tacitamente).

Entre nós, COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., n. (110) – pág. 56, admite que os administradores auditores podem adoptar juntamente com os administradores “executivos” deliberação em conselho, pela qual podem responder solidariamente, sem fazer qualquer reserva de conteúdos (cfr. também *Governança das sociedades comerciais* cit., pág. 37). Em sentido aparentemente desfavorável só no que toca às matérias delegadas, v. PAULO CÂMARA, “Os modelos de governo...”, *loc. cit.*, pág. 218. *Ex adverso* quanto à possibilidade de os administradores-auditores poderem deliberar – que aceita – quanto a matérias de administração que sejam sobre gestão corrente, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “Comissão executiva...”, *loc. cit.*, págs. 260 e ss, onde inclui as delegáveis, as delegadas em concreto e mesmo algumas indelegáveis (como a prevista na al. f) do art. 406º [«Prestação de cauções e garantias pessoais ou reais pela sociedade.»]); para o Autor, sobra para ser deliberado pelos membros da comissão de auditoria como membros do conselho de administração: “a definição da estratégia da sociedade”; “a deliberação quanto ao quadro geral para a execução ou cumprimento dessa estratégia, designadamente quanto à identificação dos meios financeiros para tal”; “a deliberação de delegação, com os respectivos limites”; “a escolha do presidente do conselho e a cooptação de administradores”; “o controlo do cumprimento da lei e do contrato de sociedade”. No mesmo sentido restritivo, GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização de sociedades...* cit., pág. 89: “(...) imprescindíveis por força da imperatividade do quórum deliberativo, assume decisões de gestão sobre matérias cuja competência não haja sido ou não seja susceptível de ser delegada...”.

Em Itália, o «comitato per il controllo sulla gestione» do sistema monístico (introduzido na Reforma de 2003: arts. 2409-*sexiesdecies* e ss do CCIt.) origina divisões na doutrina, mas esta propende predominantemente para a participação deliberativa ilimitada dos auditores no conselho. Para FRANCESCO GALGANO, *Il nuovo diritto societario* cit., pág. 304, os membros da comissão, mesmo, nos termos do art. 2409-*octiesdecies*, 2º §, não podendo fazer parte do eventual «comitato esecutivo» e ainda que não investidos (de facto, por delegação ou por atribuição de tarefas) em funções gestórias, nem mesmo nas sociedades controladas ou controlantes, são participantes nas decisões de gestão, uma vez que são componentes do conselho de administração e votam nas respectivas deliberações colegiais. ANDREA GUACCERO, *Società di*

*capitali*, vol. 2, Artt. 2380-2448, Commentario a cura di Giuseppe Niccolini/Alberto Stagno d'Alcontres, *sub* arts. 2409-*sexiesdecies*-2409-*noviesdecies*, 2004, págs. 912-913, 914-915, é mais assertivo quanto à dotação dos auditores do mesmo poder de gestão que assiste a qualquer conselheiro de administração no sistema tradicional de administração e controlo: “sujeitos que continuam a ser gestores, ainda que privados de poderes executivos”, assim como são SABINO FORTUNATO, “I controlli nella riforma della società”, *Il nuovo diritto delle società di capitali e delle società cooperative*, a cura di Matteo Rescigno/Antonella Sciarrone Alibrandi, 2004, págs. 113, 115 (detêm “voto deliberante nas decisões do inteiro conselho de administração”), e FRANCESCO SALINAS, pág. 1230 (sob pena de ser seriamente comprometida a natureza do sistema monístico, que pretende a função de controlo assente numa articulação interna do conselho e não a um órgão distinto). Igualmente FRANCO BONELLI, *Gli amministratori...* cit. 2004, págs. 277, 285 e sua n. (378), mas recusando que possam exercer *individualmente* funções de gestão, mesmo que fossem de facto. Outros Autores, em sentido intermédio, partindo sempre da qualidade de administradores dos membros do «comitato per il controllo sulla gestione», reconhecem que *só não participam* na gestão respeitante à “operatividade normal” da sociedade *se houver* delegação das atribuições gestórias; se houver intervêm ao nível do conselho que detêm o poder-dever de definir as directivas aos órgãos delegados e avocar para si as operações integradas na delegação: GAETANO PRESTI/MATTEO RESCIGNO, pág. 189. Ao invés, mais isoladamente, PAOLO VALENSISE, *La riforma delle società. Commentario del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6. Società per azioni. Società in accomandita per azioni*, Tomo I – Artt. 2325-2422 cod. civ., a cura di Michele Sandulli e Vittorio Santoro, 2003, *sub* art. 2409-*septiesdecies*, pág. 736 e, na mesma obra, mas *sub* art. 2409-*octiesdecies*, págs. 747-748, apoia-se na letra da lei e na mudança do projecto legislativo original para excluir estes administradores *sui generis* de qualquer “forma de interferência gestionária”, uma vez que a lei quis tornar nítida a separação entre gestão e controlo e impedir que os membros do referido «comitato» se viessem a colocar na contraditória posição de (co)-autores da gestão social e de controlo da mesma; em consequência, retira-os também do cálculo dos quóruns, seja constitutivos seja deliberativos, nas reuniões do conselho; aparentemente no mesmo trilho, em razão da expressa retirada normativa de “funções gestórias” e da forte crítica à eventual sobreposição de funções entre administradores e vigilantes mesmo assim aberta pela “substancialmente ambígua” lei de 2003, v. GASTONE COTTINO, *Diritto societario* cit., pág. 448.

<sup>1092</sup> Isto é, se assim for, os administradores “vigilantes” da comissão de auditoria contam para a aplicação das regras sobre o “modo de exercício” dos poderes de representação, congregando o grupo maioritário de administradores que vinculará a sociedade ou a contagem do número inferior à maioria tal como previsto nos estatutos – no pressuposto de que os auditores participam na representação da sociedade, aplicando-se o art. 405º, n.º 2: a favor, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “Comissão executiva...”, *loc. cit.*, pág. 260; aparentemente, PAULO CÂMARA, “Os modelos de governo...”, *loc. cit.*, pág. 217, quando exige adequação estatutária para que, não se excluindo os administradores auditores da função representativa, o *único* administrador não auditor possa isoladamente obrigar a sociedade, ao arrepio, digo eu, da regra supletiva da “maioria” de *todos* os administradores; ainda que sob a forma de interrogações problemáticas mas denunciadoras de posição favorável, PEDRO MAIA, “Tipos de sociedades comerciais”, *loc. cit.*, pág. 30 e n. (47); *ex adverso*, ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, pág. 290; COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II cit., págs. 596-597 e n. (316), por considerar executivas as funções de representação). Em abono, notem-se os poderes de representação passiva e activa que a lei atribui à comissão de auditoria nas als. *j*) e *p*) do art. 423º-F, bem como a inclusão dos membros de tal comissão na locução «qualquer dos administradores» quando se dispõe no art. 408º, n.º 3, sobre as notificações ou declarações de terceiros à sociedade (e, já agora, não esquecendo a representação passiva no domínio das relações internas dos administradores com a sociedade que assiste, subsidiariamente, ao presidente da comissão de auditoria: cfr. o n.º 4 do art. 408º). Não será por acaso também que o *Código de Governo das Sociedades* da CMVM estatui que a comissão de auditoria deve representar a sociedade, «para todos os efeitos», junto do auditor externo (ponto II. 4.4.).

Assim, em coerência, não pode o estatuto conferir tais poderes vinculativos só aos administradores executivos ou a parte deles ou a um só deles actuando disjuntivamente (mesmo que se desse como argumento o respeito pela “minoría” estatutária a que se refere o art. 408º, n.º 1, *in fine*) – os membros da comissão de auditoria são igualmente administradores (art. 423º-B, n.º 1); nenhum administrador pode ficar privado, salvo os limites colocados pelos «poderes que a lei lhes confere» (*a contrario*, art. 423º-B, n.º 3), como impõe o art. 409º, n.º 1, do poder de representar e colaborar em plano de igualdade (*parcial*, é certo, nesta forma de organização da anónima) no exercício de vincular a sociedade, desentranhado dos arts. 405º, n.º 2, e 408º, n.º 1 (em sentido diferente, v. COUTINHO DE ABREU, *ibid.*, n. (316) – pág. 597: “(...)

actuação) <sup>1093-1094</sup>. Mas a sua individualidade orgânica é desenhada em nome do exercício do seu poder essencial na veste de *não administradores*: o de «fiscalizar

convém que o estatuto regule a vinculação referindo-se expressamente tão-só aos administradores não auditores»). Mas como resultado dessa igualdade parcial, não pode, em outro pólo, permitir-se que os administradores auditores representem a sociedade em matérias executivas (o que deixará pouco, bem sei, mas não necessariamente irrelevante no âmbito da “gestão não corrente”), sob pena de ineficácia do negócio em relação a terceiros: aqui já vigora a referida limitação legal (salvaguardada pelo art. 409º, n.º 1) oponível nas relações externas. Aqui é que se aconselha que o contrato de sociedade esclareça que, quanto às matérias de carácter “executivo”, a vinculação da sociedade, derogada que seja ou não a regra supletiva da “maioria”, acontece com pertinência aos administradores que não abracem a comissão de auditoria. Semelhantemente, para estes dois últimos pontos, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “Comissão executiva...”, *loc. cit.*, págs. 262, 264 e 267.

Por fim, adianto que não me parece que se possa reprovar que se inclua *nominalmente* um ou mais dos administradores *auditores* no conjunto de administradores *vinculantes* da sociedade: num conselho de administração com quatro administradores não auditores e três administradores auditores, *e. g.*, a sociedade obriga-se com as assinaturas de três administradores, sendo um deles o presidente da comissão de auditoria para os assuntos “não executivos”; a sociedade fica eficazmente representada com a intervenção de dois administradores não auditores ou, se a matéria for de gestão “não corrente”, pela assinatura de um administrador não auditor e um membro da comissão de auditoria. (Sigo o legado da leitura do art. 408º, n.º 1, e do art. 9º da 1.ª Directiva em matéria de sociedades – Directiva 68/151/CEE, de 09.03.1968 – feita por COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II *cit.*, págs. 594-595; mas que, advirta-se, não é aceite por doutrina anterior: v. ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Os poderes de representação...* *cit.*, págs. 228 e ss, JOÃO ESPÍRITO SANTO, págs. 487 e ss.)

<sup>1093</sup> Se o estatuto social autorizar o conselho de administração a delegar em um ou mais administradores ou numa comissão executiva a «gestão corrente» e o conselho aproveite tal autorização para o deliberar (art. 407º, n.º 3) – *deliberação onde participarão os membros da comissão de auditoria* –, os administradores auditores ficam no mesmo plano dos administradores “não executivos” enquanto titulares de funções de administração “não executiva” (para já não falar da faculdade de confinar o elenco de administradores “não executivos” aos membros da comissão de auditoria: neste sentido, PAULO CÂMARA, “Os modelos de governo...”, *loc. cit.*, pág. 217). Por um lado, creio que se lhes deve aplicar a 1.ª parte do n.º 8 do art. 407º, pois dispõem de poder concorrente na resolução(-deliberação) dos assuntos “executivos” da gestão corrente (segundo COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* *cit.*, pág. 100, está aqui salvaguardada a competência para poder instruir os administradores delegados e revogar ou substituir os actos destes) – que os “não auditores-não executivos” mantêm (aparentemente contra, PAULO CÂMARA, *ibid.*, pág. 218; ). Por outro lado, aplica-se-lhes a 2.ª parte do mesmo n.º 8, que os tornará responsáveis, «nos termos da lei» (arts. 72º e ss), pelo incumprimento do dever de *vigilância geral* no que respeita à actuação, em especial, dos administradores delegados ou da comissão executiva no âmbito das matérias delegadas (diferente, porque especial e individualizado, é o dever de *vigilância específico* que compete ao presidente da comissão de auditoria, nos termos do art. 420º-A, *ex vi* art. 423º-G, n.º 2) e do dever de *provocar a intervenção do conselho de administração* para tomar medidas (nos termos do poder concorrente que lhe assiste nos termos da 1ª parte do art. 407º, n.º 8) respeitantes a actos ou omissões (agora concretos) causadores de prejuízos (medidas impeditivas da sua concretização ou reparadoras das suas consequências). Neste particular, como judiciosamente topa a doutrina italiana, o «*comitato per il controllo sulla gestione*» do sistema monístico, por ter a função de vigiar e verificar a legalidade, a eficiência e a eficácia do sistema interno de gestão (cfr. o nosso art. 423º-G, al. i)), acaba por se socorrer, pelo menos em parte, do exercício da função de vigilância sobre o «andamento geral» da gestão que compete aos administradores não delegados (nos termos do art. 2381, 3º §, última parte, do CCIt.): expressamente neste sentido, v. GAETANO PRESTI/MATTEO RESCIGNO, pág. 190; PAOLO VALENSISE, *La riforma delle società* *cit.*, *sub art. 2409-sexiesdecies*, págs. 722-723, e *sub art. 2409-octiesdecies*, págs. 747-748, que, não obstante se mostrar frontalmente discordante da reconduzibilidade da posição dos auditores à dos administradores não executivos *tout court*, desde logo porque nem sequer podem participar na decisão de delegação por ser esta um “acto decisório” que lhes é alheio, acaba por ir mais longe e sustentar que os auditores devem coadjuvar os administradores não executivos no exercício da actividade de vigilância sobre os órgãos delegados; ALBERTO TOFFOLETTO, pág. 246; FRANCESCO SALINAS, págs. 1236-1237; ANDREA GUACCERO, pág. 921;

ALBERTO MORELLO, págs. 785-786, porquanto se vê a vigilância sobre a adequação da estrutura organizativa (expressamente da competência do *comitato*) como não sendo mais que um perfil da vigilância da “correcta administração”; contra, porém, SABINO FORTUNATO, pág. 116, ss. Para o direito espanhol (v. *infra*, n. 1101), FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores...* cit., pág. 752, não hesita em imputar aos membros da comissão de auditoria, como conselheiros, o dever geral de diligência (desde logo na informação sobre os documentos atinentes à gestão social) que assiste ao pleno do conselho de administração.

Surge, por isso, um problema de individualização de *áreas de competência* e de *áreas de responsabilidade* dos administradores delegantes (não executivos), de um lado, e dos administradores auditores (igualmente não executivos) que constituem a comissão de auditoria, do outro: assim, PAOLO MONTALENTI, “Amministrazione e amministratori...”, *loc. cit.*, pág. 67. A dúplice esfera de funções a que se submetem os membros da comissão de auditoria e os parâmetros de conduta correspondentes implicam que o regime de responsabilidade – e a acção de responsabilidade respectiva – seja modulado em razão dos incumprimentos que venham a ser alegados: ou na veste de administradores ou no papel de membros do (sub)órgão de fiscalização ou em ambos (arts. 64º, 1 [«diligência de um gestor criterioso e ordenado»] + 72º-79º ou/e 64º, n.º 2 [«elevados padrões de diligência profissional»] + 81º). Sobre essa “obrigação de vigilância e de intervenção” em face da administração delegada (verdadeiramente uma faceta de um mais amplo poder-dever, recaindo o poder sobre todo e qualquer acto de gestão), v. PEDRO MAIA, *Função e funcionamento...* cit., págs. 250-251, 253 e ss, 265 e ss, onde se dá conta, com notícia doutrinal daqui e do estrangeiro, da forte tendência a considerar o conselho de administração, com delegação de poderes, um verdadeiro órgão de fiscalização ou de controlo da actuação dos administradores delegados, e ainda 277 e ss; ELISABETE RAMOS, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., págs. 114 e ss, 120 e ss, onde a Autora assume, com acerto, que o dever de vigilância activa não se circunscreve aos casos em que há delegação da gestão corrente da sociedade e, em razão do dever de cada um dos membros individualmente acompanhar o curso da gestão societária, o art. 407º, n.º 8, é uma sua concretização legislativa; ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “A responsabilidade dos membros do conselho de administração por actos ou omissões dos administradores delegados ou dos membros da comissão executiva”, *BFD*, 2002, págs. 375 e ss, ID., *Administradores-delegados...* cit., págs. 81 e ss, estudos onde segue a posição da Autora precedente (“[t]anto mais que a responsabilidade dos membros do conselho de administração é solidária e que a culpa se presume no que diz respeito à responsabilidade para com a sociedade, nos termos do disposto no n.º 1 do art. 72º. Além disso, todos os administradores têm o dever de actuar com a diligência de um gestor criterioso e ordenado...”) e assinala os contornos do dever de vigilância geral se há delegação da gestão corrente: “quanto à actuação daqueles em quem foi efectuada a delegação (quanto ao dever de vigilância, nada muda com a delegação em relação à actividade dos outros administradores) e no que diz respeito às matérias delegadas (quanto ao dever de vigilância também nada muda com a delegação quanto às matérias não delegadas”); ISABEL MOUSINHO FIGUEIREDO, págs. 585-586; COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., págs. 102-103. Ainda sobre esse dever individual de vigilância recíproca (manifestação do dever geral de cuidado previsto no art. 64º, n.º 1, al. a): o art. 407º, 8, refere «nos termos da lei») e da concomitante iniciativa para a prevenção de actos danosos, para além dos casos de delegação, v., entre outros, RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas. Comentário...*, volume III cit., sub art. 259º, pág. 152, ID., “Reuniões e deliberações...”, *loc. cit.*, pág. 536, ISABEL MOUSINHO FIGUEIREDO, págs. 550, 557-558, 583, COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., p. 20, RICARDO COSTA, “Art. 64º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord.: J. M. Coutinho de Abreu, Volume I (Artigos 1º a 84º), 2010, pág. 732 e n. (31).

Quanto a essa última *aplicação normativa do art. 407º, n.º 8*, advirta-se que estamos a ver o membro da comissão de auditoria *sob o perfil de administrador*, submetido aos *deveres próprios de administrador que lhe sejam aplicáveis e na medida em que lhe são aplicáveis*. Mas sem que se veja nesse dever de vigilância o único dever que sobre ele impende no papel de administrador (*maxime*, deliberante no funcionamento colegial do órgão) e uma reflexa asserção da sua responsabilidade só por culpa *in vigilando* (ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, pág. 290), nem que seja esse dever a dar a “bitola” que releva para a responsabilidade dos membros da comissão de auditoria enquanto tais (parece ser a tese “branda” de PAULO CÂMARA, “Os modelos de governo...”, *loc. cit.*, pág. 217). Interessa saber qual o comportamento, a qualidade do comportamento e o dever inerente a essa qualidade para, *consoante o catálogo de responsabilidade do administrador ou do fiscalizador* (em sentido aparentemente contrário, por considerar que a responsabilidade do auditor é sempre aferida na sua faceta fiscalizadora no âmbito dos arts. 81º e 64º, n.º 2, v. CALVÃO DA SILVA, “«Corporate governance»...”, *loc. cit.*, pág. 45, em raciocínio próximo do

expendido sobre o administrador “não executivo” a págs. 38 e 39), determinar o juízo a fazer em sede de ilicitude e culpa e a avaliação da solidariedade nos termos do art. 73º (“pela simples razão de que *são diferentes os deveres que impendem sobre os administradores e os fiscalizadores no exercício das respectivas funções*, quanto à sua tipologia, quanto à sua densidade e quanto ao modo de cumprimento desses deveres”: GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização de sociedades...* cit., pág. 41; para uma diferenciação de estatutos, v. PAULO CÂMARA, *ibid.*, págs. 218-219). Veja-se que, no que tange a essa vigilância, *enquanto administrador (e actor participante-votante nas deliberações do conselho)*, o auditor vincula-se ao dever geral de controlo-fiscalização da actuação global dos administradores, prevista pelo art. 407º, n.º 8 (nunca está em cima da mesa o dever de administrar em relação a matérias executivas, a matérias indelegáveis ou às matérias que foram incluídas na administração delegada ou na comissão executiva); *enquanto fiscalizador*, essa vigilância espalha-se *colegialmente* por inúmeras manifestações nas alíneas do art. 423º-F (verifiquem-se os poderes-deveres de «verificar» e «fiscalizar»). Isto é, um dever mais amplo (“vigilância especial, analítica, circunstanciada”: CALVÃO DA SILVA, *ibid.*, pág. 44) e mais susceptível de, nos seus subdeveres, acarretar responsabilidade (não por acaso COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., n. (110) – pág. 56, sentença que a “fiscalização” é mais exigente do que a “vigilância geral” referida no art. 407º, n.º 8); assim, em termos práticos, a remissão do art. 81º, n.º 1, para o art. 72º, n.º 1, não comporta, no campo dos deveres de fiscalização “preteridos”, o dever de vigilância do art. 407º, n.º 8, 2.ª parte. De modo que, como destaca a doutrina estrangeira para esta duplicidade funcional, pelo menos no que se refere às decisões plasmadas em deliberações do conselho, a verificação da legalidade e da eficiência da gestão é contemporânea da adopção dessas deliberações colegiais e permite que se previnam com mais eficácia ilegalidades e ineficiências: FRANCESCO GALGANO, *Il nuovo diritto societario* cit., pág. 304. Ou, com outra formulação e signos, se sublinhe que, enquanto administradores que se integram no coração da estrutura e da função administrativa, os auditores conhecem *institucionalmente* o conteúdo dos singulares actos de gestão e, por votarem no conselho de administração, participam na fase *preparatória* desse acto e neste momento exerçam poderes mais amplos de inspecção do conteúdo desses actos e de pedir informação aos (outros) administradores: ANTONIO MORELLO, págs. 777-778 e n. (85). De todo o modo, assinale-se o alcance no horizonte problemático da responsabilidade civil societária do art. 72º, n.º 6: «Nas sociedades que tenham órgão de fiscalização o parecer favorável ou o consentimento deste não exoneram de responsabilidade os membros da administração».

Agora, esse dever de vigilância geral (*na faceta de administrador tout court*) coloca o administrador *auditor* numa situação privilegiada para actuar como *fiscalizador*. Mais do que na estrutura clássica da anónima, vê-lo-emos em permanente estado de alerta crítico e interesse, precisando de activar permanente o fluxo de informações que tem o poder-dever (no seu estatuto duplo) de requisitar sobre a actuação dos restantes administradores para ter profunda consciência dos procedimentos gestórios submetidos ao seu controlo e/ou reagir tempestivamente à informação que lhe chega (por ex., no âmbito da troca de dados e documentos entre a comissão de auditoria e o revisor oficial de contas, verdadeiro *núcleo diferenciador* em relação às competências do tradicional conselho fiscal: compare-se as als. *l*) a *o*) do art. 423º-F com as als. do art. 420º, n.º 1; já agora, *de lege ferenda*, por que não incluir também o presidente da comissão de auditoria no lote de destinatários passivos da informação prevista no art. 420º-A, n.º 1, que regula o dever de vigilância do revisor oficial de contas?). Assim será mais abundante a quantidade de informação e, portanto, em contraponto, maior será a possibilidade de a comissão de auditoria realizar de modo particularmente informado a sua atribuição *administrativa* de vigilância sobre a gestão: em particular, actuando sobre os sistemas de controlo interno de onde saem as informações que baseiam os processos de decisão (v. as als. *c*), *d*), *e*), *f*), *i*), *j*), *l*) e *n*) do art. 423º-F, n.º 1). Creio mesmo que o específico *standard* do *duty of care* que o legislador da reforma de 2006 trouxe com o aproveitamento da *business judgment rule* no art. 72º, n.º 2 – o dever de o administrador actuar «em termos informados» – terá que ser visto com maior rigor quando estamos perante o administrador-auditor: pois o *direito de ser informado* imiscui-se com o *dever de se informar* e, tal fluxo informativo, mais do que mera valência organizativa e estrutural, terá um relevo substancial para a individualização de direitos, deveres e da consequente responsabilidade (sobre isto, v. ainda o contributo de PAOLO MONTALENTI, “Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni”, *Il nuovo diritto delle società* – Liber amicorum Gian Franco Campobasso, diretto da P. Abbadessa e G. B. Portale, volume 2, *Assemblea – Amministrazione*, 2006, pág. 844). Por isso é fulcral conferir o nível de cooperação: o *Código de Governo das Sociedades* da CMVM, no seu ponto II. 4.3., determina que o relatório anual da comissão de auditoria sobre a sua acção de fiscalização (cfr. art. 423º-F al. *g*)) refira, nomeadamente, “eventuais constrangimentos deparados”...

Mas não só à actividade de verificação da idoneidade de *internal auditing* da sociedade ela se confina (sobre este papel e suas várias refrações, v. a Recomendação da CE n.º 2005/162/CE, Anexo I, ponto 4.2.1.). Temos auditores colocados numa posição de, utilizando como meio essa abundante informação sobre a *estrutura administrativo-organizativa e contabilística que suporta a decisão de gestão* (que não deixa de constituir o núcleo da actividade de vigilância como forma de detecção de riscos de *mala gestio*: a este propósito, v. as recomendações n.ºs 6 e 11, da Recomendação de Dezembro de 2001 da CMVM sobre o Governo das Sociedades Cotadas, n.ºs 3 e 7 da mesma Recomendação de Novembro de 2003, assim como os n.ºs 3, 5-A e 7 da mesma Recomendação de Novembro de 2005; v. por fim o ponto II. 1.1.2. do *Código de Governo das Sociedades* da CMVM), efectuar um verdadeiro controlo de *mérito* das actuações dos administradores executivos – e, por isso, mais lato do que o feito pelo órgão de fiscalização das outras duas estruturas de organização da anónima –, precisamente visto como um *príus* para colocar em marcha os seus poderes de reacção, internos e externos (para estes, v. um exemplo *ex professo* no art. 423º-G, n.º 3; sobre essa articulação entre *método-estrutura* e *mérito* e respectiva dimensão “responsabilizadora”, v. PAOLO VALENSISE, *La riforma delle società...* cit., sub art. 2409-*octiesdecies*, pág. 750, FRANCESCO SALINAS, pag. 1234, CHIARA MOSCA, págs. 760-761). Em Itália fala-se de um modelo de governo societário simplificado que tende a privilegiar a circulação das informações entre o órgão administrativo e o comité incumbido do controlo, conseguindo poupanças de tempo e de custos e uma maior transparência entre órgão de administração e órgão de controlo: FRANCO BONELLI, *Gli amministratori...* cit. 2004, págs. 268-269, GAETANO PRESTI/MATTEO RESCIGNO, pág. 187, seguindo ambos o ponto 6.II. da *Relazione* da lei de reforma de 2003; CHIARA MOSCA, págs. 759-760 (que assume mesmo, numa das direcções, que a transmissão das informações para o conselho de administração constitui um dever do comité, a fim de colaborar e dar impulso à apreciação do órgão sobre as suas decisões e espoletar eventuais acções correctivas), 763.

Posto isto, forçoso é assumir que as posições imbrincam-se com naturalidade por força da lei, neste sistema que o referido PAOLO MONTALENTI, *últ. est. e loc. cit.*, pág. 857, crismou oportunamente de “controlo policêntrico”. Essa posição de administrador acaba por ser *instrumental* para o cumprimento das suas obrigações *específicas de fiscalização* e, por isso, para a ponderação da existência de responsabilidade solidária (por acto próprio omissivo) tal como delineado pelo art. 81º, n.º 2 («Os membros dos órgãos de fiscalização respondem solidariamente com os gerentes ou administradores da sociedade por actos ou omissões destes no desempenho dos respectivos cargos quando o dano se não teria produzido *se houvessem cumprido as suas obrigações de fiscalização*»). De modo que também a vertente *fiscalizadora* é *instrumentalmente influenciadora* do modo de cumprimento dos deveres *enquanto administrador*. Resumindo, nas palavras da CMVM, temos “[o] exercício da função fiscalizadora por quem, simultaneamente, se encontra investido no poder de determinar[,] ou, pelo menos, influenciar de modo directo as decisões de gestão...” (transcrição já feita *supra*, a n. 1091) e, “dada a sua participação (...) no processo decisório do órgão executivo”, verifica-se, neste movimento de harmónio, que “os membros da comissão de auditoria responsável pelo controlo e fiscalização da gestão têm, por definição, acesso imediato a toda a informação relevante que viabilize o exercício da função fiscalizadora, o que potencia e permite (...) antecipar a sua acção, quando devida” (*Governo das sociedades anónimas: propostas de alteração...* cit., pág. 34). E é esta contiguidade ou concorrência de competências que acaba por induzir, como assinala ainda Paolo Montalenti, a paradigmas mais rigorosos de cumprimentos de ambas as funções e dar o mote para a (potencial) sanção da responsabilidade “concorrente”. Por isso, não nos custa aceitar que o conteúdo (activo e vinculativo) de um estatuto comum do auditor como administrador e fiscalizador possa, em concreto, ser densificado por algumas das obrigações proactivas e poderes que caracterizam um órgão de fiscalização, fazendo eles parte, desde logo, do *poder-dever* geral de vigilância (global e específica) da actuação administrativa: refiro-me nomeadamente à extensão analógica do art. 420º, n.º 3, das als. *a)*, *b)* e *c)* do art. 421º, n.º 1 (a al. *d)* é absorvida pelo dever de os membros da comissão de auditoria participarem nas reuniões do conselho de administração), e ainda da al. *e)* do art. 422º, n.º 1. Anda neste trilho de chamar o conjunto de poderes do *collegio sindacale* a doutrina de SABINO FORTUNATO, pág. 115, e, com algumas reservas, ANDREA GUACCERO, págs. 922, ANTONIO MORELLO, págs. 775 e ss; nesse mesmo sentido para os administradores não delegados na estrutura tradicional da anónima, v. PEDRO MAIA, *Função e funcionamento...* cit., n. (324) – pág. 270, Autor que, a págs. 279-281, acentua, o que revela aqui ter proveito, a natureza ambivalente do poder-dever de vigilância a cargo dos administradores não delegados.

<sup>1094</sup> Na verdade, “a comissão de auditoria não surge através de uma mera repartição interna de funções no seio do conselho de administração”; “a comissão de auditoria não surge por meio de uma delegação de funções” (em Espanha, no mesmo sentido – “este novo órgão [,] não tem a condição de órgão



a administração da sociedade», nos termos do art. 423º-F, al. a) <sup>1095</sup>. As restantes competências são, aliás, próprias de um catálogo de direitos e deveres pertencente a um órgão de fiscalização <sup>1096</sup>. Isto é, participam na administração mas também (ou fundamentalmente) a controlam (numa espécie de “auto-controlo” <sup>1097</sup> confiado aos *interna corporis* do mesmo conselho de administração<sup>1098</sup>), incluindo a actividade em que foram sujeitos administradores activos no processo de decisão <sup>1099</sup> - o que, no remate de CALVÃO DA SILVA, evidencia “a comissão de auditoria como *“primus inter pares”*, composta por administradores qualificados e independentes com autoridade e recursos para proteger a sociedade e os accionistas (...), cumprindo activamente os deveres de *sentinela ou guarda avançada da legalidade e da correcção da gestão, leia-se, de supervisor vigilante e eficiente”* <sup>1100</sup>.

Ora, se se coloca nas mãos dos administradores não auditores a cláusula “*simul stabunt simul cadent*”, aqui sim julgo que estaria encontrada uma

---

delegado do Conselho...”; “[e]m particular, as suas funções de vigilância e supervisão, em relação ao controlo interno da contabilidade e da realização dos trabalhos de auditoria resultam da lei (ou, por seu reflexo, dos estatutos sociais), pelo que aqui não há delegação de funções, nem sequer em sentido lato ou amplo” –, LUIS VELASCO SAN PEDRO, pág. 1102, confirmado ainda por FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores...* cit., págs. 746-747; todavia, não desconheço que em Itália há uma interessante doutrina que dogmatiza o exercício de funções pelo *comitato per il controllo sulla gestione* sob a forma de *delegação imprópria* (em relação à da comissão executiva), em que é ao conselho de administração que se atribui originariamente tanto os poderes administrativos como os poderes de controlo (um “superórgão” estruturalmente unitário mas de composição articulada), que intervém com o *plenum* dos seus componentes nas decisões gestórias e, quando realiza operações de vigilância, intervém através de um *pool* qualificado de administradores independentes e “não executivos” encarregados da tarefa e destinados a ser, por *imposição legal* em consequência da decisão estatutária de optar pelo sistema monístico, a *subestrutura* responsável *internamente* pelo controlo da administração: falo de ANTONIO MORELLO, págs. 780 e ss); “os membros da comissão não são meros mandatários ou representantes da sociedade ou do conselho de administração”: ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “Comissão executiva...”, *loc. cit.*, págs. 257-258.

<sup>1095</sup> Daí as exigências de *competência* adequada ao controlo substancial (legalidade e correcção) da acção e procedimentos da administração (nomeadamente no que toca à documentação e informação financeira-contabilística) e de *independência* (reforçada nas sociedades cotadas): v. arts. 414º-A, por envio do art. 423º-B, n.º 3, 414º, n.º 3, por envio do art. 423º-B, n.º 6, 423º-B, n.ºs 4 e 5, e, por força deste último n.º, 414º, n.º 5.

<sup>1096</sup> Coteje-se o art. 423º-F com o art. 420º («Competências do fiscal único e do conselho fiscal»).

<sup>1097</sup> CMVM, *Governo das sociedades anónimas: propostas de alteração...* cit., pág. 34; CALVÃO DA SILVA, “«Corporate governance»...”, *loc. cit.*, pág. 44 (“por um lado, assente num melhor, mais transparente e mais tempestivo fluxo informativo entre administradores delegados ou comissão executiva e órgão de fiscalização gerados no interior do conselho de administração, e, por outro lado, exercido por administradores com (igual) legitimidade electiva e desejada independência (art. 423º-B, n.ºs 4 e 5)”); GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização de sociedades...* cit., pág. 89; PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais* cit., pág. 797.

<sup>1098</sup> SABINO FORTUNATO, pág. 111.

<sup>1099</sup> Frisando a “natureza bicéfala das funções” atribuídas aos membros da comissão de auditoria, v. PAULO CÂMARA, “Os modelos de governo...”, *loc. cit.*, pág. 218. Por sua vez, GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *últ. ob. e loc. cits.*, sublinha o “duplo chapéu” de administradores e de fiscalizadores. Por fim, ARMANDO TRIUNFANTE, *Código das Sociedades Comerciais anotado* cit., sub art. 423º-B, pág. 441, fala da “natureza mista” da comissão de auditoria.

<sup>1100</sup> “«Corporate governance»...”, *loc. cit.*, pág. 44.

subreptícia forma de condicionamento dos membros da comissão de auditoria, permanentemente expostos à avaliação (ou beneplácito) dos administradores fiscalizados e constantemente sujeitos à faculdade estatutária de serem “expulsos”, nomeadamente se incómodos, por vontade dos gestores executivos (ou não executivos quando houver administração delegada ou comissão executiva). Além do mais, a lei teve o particular cuidado de só permitir a destituição dos membros da comissão de auditoria «desde que ocorra justa causa» – afastando a destituição livre (art. 423º-E, n.º 1)<sup>1101</sup> –, o que implica particulares cautelas em habilitar os administradores não auditores a estilhaçar ambos os órgãos. Para esconjurar tal risco de deformação de uma característica essencial desta forma de estruturação da sociedade anónima, será mais seguro admitir a cessação da plenitude dos dois órgãos só quando cessem funções os administradores da comissão de auditoria e não quando cessam funções os administradores com «funções executivas», de maneira que a possibilidade de remoção jogue numa só direcção. Nesta linha, já admitiremos a compatibilidade estatutária da cláusula quando sejam os administradores-auditores a provocar a “caducidade” do inteiro conselho: será esse um instrumento deveras eficaz e directo para obviar a situações de irregularidades graves (como as que são exemplificativamente enumeradas no n.º 1 do art. 420º-A<sup>1102</sup>); será esta uma solução que parece ajustada à particular insistência (quantitativamente parcial, ao menos) do legislador com a independência dos membros da comissão de auditoria

---

<sup>1101</sup> Veja-se o que inspirou a ulterior *mens legislatoris*: “[c]onsiderando a natureza independente e imparcial da função fiscalizadora, quer perante os *demais membros* do órgão executivo, quer perante os núcleos accionistas que existam na sociedade, o seu exercício *não pode ser permeável a pressões externas que o possam condicionar*. (...) Opta-se, desta forma, por sugerir uma equivalência entre os membros da comissão de auditoria e os membros do conselho fiscal quanto à possibilidade de destituição [v. arts. 419º, n.º 1, 447º, n.º 8]...” (CMVM, *Governo das sociedades anónimas: propostas de alteração...* cit., pág. 36, com sublinhado meu). A este propósito, cfr. ainda o n.º 2 do art. 419º, aplicável por remissão do art. 423º-E, n.º 2.

Não obstante a ampla liberdade de configuração estatutária do órgão «*comité de auditoria*» nas entidades (também sociedades anónimas) emissoras de valores mobiliários cotados (órgão obrigatório nos termos das Disposições Adicionais 18.ª e 19ª da LMVE), também em Espanha, com preocupação assente na independência funcional do órgão, se defende a exclusão da possibilidade de destituição *ad nutum* dos membros do comité ou do seu presidente: v. LUIS VELASCO SAN PEDRO, págs. 1100, 1109. Não obstante a omissão da lei, também a doutrina italiana se tem disposto a patrocinar a destituição somente com justa causa, por aplicação do art. 2400, 2º §, do CCIt. (preceito regulador do *collegio sindacale*), de forma a evitar a submissão do órgão de controlo à vontade do grupo de comando da sociedade: v. FRANCESCO SALINAS, págs. 1227-1228.

<sup>1102</sup> Como «graves dificuldades na prossecução do objecto da sociedade»: «(...) reiteradas faltas de pagamento a fornecedores, protestos de título de crédito, emissão de cheques sem provisão, falta de pagamento de quotizações para a segurança social ou de impostos». Esse artigo desenvolve com minúcia os passos e as consequências do incumprimento do dever de vigilância (fiscalizadora) a cargo do presidente da comissão de auditoria (por remissão do art. 423º-G, n.º 2), mas que, naturalmente, se estende, pelo menos enquanto dever de *comunicação ao presidente do órgão auditor*, aos restantes membros auditores. Enquanto poderes específicos legais de todos os membros – ou, dito de outra forma, deveres titulados colegialmente pela comissão de auditoria –, refiram-se ainda as als. j) e n) do art. 423º-F.

– mas já espelhada para todos com a necessidade de justa causa para a sua destituição do cargo –, que poderia ser a todo o tempo comprimida pelo “poder de remoção” que os estatutos confeririam, na hipótese recusada, aos administradores-não auditores, e ao significado de desejável estraneidade entre uns e outros administradores (e dos auditores em relação à própria sociedade)<sup>1103</sup>.

Não obstante, podemos, em alternativa, assumir a *dualidade orgânica* (*administração executiva vs administração não executiva e fiscalização*), promover a estabilidade de cada um dos “blocos” do conselho e activar a cláusula *de forma autónoma para cada um dos subórgãos do órgão administrativo*<sup>1104-1105</sup> (mesmo

---

<sup>1103</sup> Parece ser esta a corrente mais forte em Itália, ainda que não isenta de reparos e hesitações, para o sistema organizatório monístico onde se integra o «*comitato per il controllo sulla gestione*»: v. PAOLO VALENSISE, *La riforma delle società...* cit., sub art. 2409-septiesdecies, págs. 737-738, ANDREA GUACCERO, pág. 917, FRANCESCO SALINAS, págs.1228-1229. Manifestamente admitindo a utilização da cláusula “*simul stabunt simul cadent*” para habilitar os proprietários das “participações de controlo” a afastar em qualquer momento os titulares do órgão de controlo (relativamente aos quais não se aprecia os “cuidados” e observações demasiado zelosas”) através das renúncias dos outros conselheiros da administração, v. NICOLLÒ ABRIANI, “Le regole di governance...”, loc. cit., pag. 30.

<sup>1104</sup> Quanto a esta *faceta administrativa* da comissão de auditoria – e condensadas todas as reflexões anteriores –, temos finalmente de reconhecer que os poderes dos auditores derivam interorganicamente do conselho de administração (como fonte originária dos poderes), ainda que não sejam exercidos a título derivado mas sim a título próprio enquanto administradores. É verdade, por isso, que os seus poderes são funcionalmente *exercidos*, individualmente ou colegialmente, no âmbito do conselho de administração. Depois, no plano genético, a sua selecção é feita de *entre os membros do conselho de administração*. Não obstante a selecção dos auditores competir aos sócios, o certo é que estruturalmente, aqui, não existe separação, antes é a comissão de auditoria uma “articulação interna” do conselho de administração, ligado a este por uma “relação de *dependência estrutural*” (ANTONIO MORELLO, pág. 760) – o que permite compreender as remissões do art. 423º-G para certas previsões normativas ditadas para o conselho de administração e, nos casos omissos do estatuto do auditor, ainda convocar essas outras previsões do *status* de administrador (v. ainda *infra*, n. 1108). Além do mais, tais poderes reservam-se para o quinhão da administração não executiva, o que significa uma compartimentação relevante do seu estatuto de administrador (art. 423º-B, n.ºs 1 e 3). Por outro lado, a competência é, nesse estatuto restrito, absorvida pela do conselho, com as limitações referidas para fora do âmbito da administração não delegável e não executiva. Porém é naturalmente influenciada ou condicionada pelos deveres *acrescidos* de controlo e verificação *endógenas* da gestão (reflexos da chamada *trusteeship strategy* para a composição do órgão: v. PAUL DAVIES, *Introduction to Company Law* cit., págs. 202-203), que se cruzam, de acordo com a aludida *instrumentalidade recíproca* (v. *supra*, n. 1093, último parágrafo), entre *as qualidades de administrador e fiscalizador*, na sua actuação colegial e representativa – podendo e devendo conduzir a uma *acção individual como administrador* diferenciada do *administrador não auditor*, mais exigente e cautelosa e potencialmente menos adepta do risco empresarial. Pois é nesta *faceta fiscalizadora* que a comissão de auditoria revela claramente a sua *autonomia orgânico-funcional* (ou *de competência*), pois aqui os poderes são originários da comissão de auditoria, são exercidos a título próprio, individual ou colegialmente, e são *externos* (*no sentido de que não são absorvíveis*) em relação ao conselho de administração em que se estrutura. Ilustremos com a elaboração pelo conselho de administração do relatório de gestão, contas do exercício e demais documentos de prestação de contas, a aprovar pelos sócios (arts. 65º, 376º, n.º 1, al. b)). A comissão de auditoria tem o poder-dever de elaborar parecer sobre tais documentos, depois de enviados pelo conselho de administração, num juízo *colegial* e *autónomo* do órgão sujeito a controlo (art. 423º-F, al. g), 2.ª parte). A esse junta-se o anterior juízo *individual* (*ainda que integrado na composição plenária do órgão e, no caso de administração delegada em comissão executiva, já ter inclusivamente participado nas reuniões desta comissão* [art. 423º-G, n.º 1, al. c)]) que cada um dos membros da comissão de auditoria, na sua veste de conselheiro,

faz aquando da sua discussão e aprovação deliberativa no seio do conselho de administração (arts. 406º, al. d), 407º, n.º 4), registando-o na própria acta da reunião do conselho e/ou conduzindo-o à própria recusa da assinatura desses documentos e posterior explicação na assembleia de accionistas (art. 65º, n.º 3, 2ª parte) – juízos distintos que, substancialmente, espelham uma diferenciada imputação *subjectiva* das avaliações feitas sobre tais documentos; e, afora isso, acabam por ter um impacto também ele diverso na relação com os accionistas(-assembleia): o parecer da comissão vai instruir o relatório de gestão e os documentos contabilísticos elaborados pelo conselho de administração e dele será dado conta à assembleia pelo conselho (diferente do “relatório anual sobre a sua acção fiscalizadora”, previsto pela 1.ª parte dessa al. g) do art. 423º-F, endereçado directamente à assembleia anual), enquanto que o relatório e os documentos contabilísticos se destinam a título próprio, como proposta, à assembleia (*ex* arts. 65º, n.º 5, 68º, n.º 1).

Pois bem. Tudo somado, ainda avulta a *unidade do órgão conselho de administração como um todo* – quando os auditores actuam como administradores, a actuação é sempre do conselho de administração –, sem que se olvide a separação clara de funções entre controlados, controladores e auto-controlados, em vista da postergação do interesse pessoal em face do interesse social. Um órgão, porém, que é *externo* à comissão de auditoria quando esta o vigia. Adequado será ver a comissão de auditoria, ainda que sendo *órgão* funcionalmente *independente* na sua vertente fiscalizadora (ademais, com poderes para se relacionar com entidades externas ao conselho de administração – por ex., art. 423º-F, als. g), 1.ª parte, j) e m) – e à própria sociedade – ainda como exemplo, a al. p) do mesmo artigo –, como um *subórgão* do conselho de administração (*que terá um outro subórgão no grupo de administradores-não auditores*). Uma qualificação que será apropriada a descodificar a fórmula da lei: «um órgão da sociedade composto por *uma parte dos membros* do conselho de administração» (art. 423º-B, n.º 1) e uma natureza correspondente à ambivalência da comissão de auditoria – representada pela afortunada equação: “*um órgão, uma relação; duas funções, dois conteúdos*” (ANTONIO MORELLO, pág. 756). De todo o modo ainda respeitadoras do carácter “monístico” (administração e controlo-fiscalização confiados a um só órgão: sobre este compromisso com uma “solução de unidade global”, v., sucinta mas exemplarmente, AXEL v. WERDER, “Präambel I-VIII”, HENRICK-MICHAEL RINGLEB/THOMAS KREMER/MARCUS LUTTER/AXEL v. WERDER, *Kommentar zum Deutschen Corporate Governance Kodex*, 2003, pág. 43, Rdn. 88), em que se vêem *duas formas de intervenção separadas, autónomas entre si (mas sem autonomia em relação ao conselho de administração onde se integra a comissão de auditoria no que respeita à administração da sociedade), distinguíveis enquanto imputáveis ao órgão administrativo (controlado) e ao subórgão que controla e (também e na parte legalmente admitida) contribui para administrar e representar e de onde aquilo que emerge de uma das duas sedes (administrativa e de controlo), ainda que se entrelacem, não se deve confundir com o que emerge da outra*.

PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais* cit., pág. 796 (= “Designação de pessoas colectivas...”, *loc. cit.*, n. (40) – pág. 183), parece nutrir mais simpatia por esta concepção. Inequivocamente a favor da compreensão de a comissão de auditoria ser uma “espécie de sub-órgão, que deriva do conselho de administração”, no que respeita à sua composição, ainda que não nas suas competências (aqui órgão novo trazido pela Reforma de 2006), v. PEDRO MAIA, “Tipos de sociedades comerciais”, *loc. cit.*, pág. 31. Lá fora, GASTONE COTTINO, *Diritto societario* cit., pág. 446, defende o desdobramento do órgão administrativo em dois subórgãos, visto que “para o comité de controlo se tende a excluir que se possa falar de órgão em sentido próprio”. Por sua vez, FRANCO BONELLI, *Gli amministratori...* cit. 2004, n. (368), refere-se a um “órgão misto de controlo e gestão”. De outra banda, FRANCESCO SALINAS, pág. 1233, não o vê como um órgão autónomo, distinto e formalmente separado do conselho de administração, tal como CHIARA MOSCA, pág. 757, “em razão da «posição» interna no conselho”. Voltando ao nosso burgo, já ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “Comissão executiva...”, *loc. cit.*, pág. 269, fala de “um órgão dentro do conselho de administração”, que “é *também* um órgão de fiscalização com competências muito próximas das que tem o conselho fiscal” (sublinhei); nesta linha, MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, II volume cit., pág. 799, JOSÉ VASQUES, págs. 153-154. Nos Autores estrangeiros, STEFANO AMBROSINI, “L’amministrazione e i controlli nella società per azioni”, *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, a cura di Stefano Ambrosini, 2003, pág. 81 (rejeitando a dogmática da “articulação interna” e interrogando-se sobre a efectiva respondência à realidade da terminologia «sistema monístico»); FRANCESCO GALGANO, *Il nuovo diritto societario* cit., pág. 303 – um “órgão colegial *a se stante*”, “análogo ao *collegio sindacale*”; ANDREA GUACCERO, pág. 915; ANTONIO MORELLO, págs. 742 e ss, 748 e ss, 759-760 (mas órgão interno e dependente do conselho de administração e órgão em função do *exercício*, e não da titularidade, dos poderes de controlo).

O mesmo poderemos defender, ainda que por razões diferentes – desde logo, não é a comissão de auditoria uma estrutura orgânica ou para-orgânica consistente em poderes delegados –, para a

que a cláusula não o expresse)<sup>1106</sup>: se um ou mais dos administradores com «funções executivas» saem, caem todos; se um ou mais dos auditores saem, caem todos. Inclino-me a ser esta a interpretação que melhor se compatibiliza com a

administração delegada em comissão executiva (art. 407º, n.º 3). Em particular: os poderes delegados não são obviamente originários e são circunscritos à gestão corrente (e não necessariamente toda); os delegados têm uma competência concorrente com o poder do conselho, que pode instruir a actuação dos delegados e avocar as operações referidas à delegação (para modificar, substituir, revogar ou pura e simplesmente impedir) os actos dos delegados (1.ª parte do art. 407º, n.º 8), o que não acontece em sentido inverso; há, portanto, uma posição *normativa* de *supra e infra-ordenação* (logo, de *prevalência* ou *subordinação*). V., neste sentido, BRITO CORREIA, *Os administradores...* cit., págs. 276 e ss, 288-289, PAULO OLAVO CUNHA, *ibid.*, págs. 706-707, COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., pág. 100 e n. (250). Todavia, entre nós, é dominante encará-las como verdadeiros órgãos da sociedade (seguindo-se, no essencial, os italianos e os espanhóis preponderantes): antes do CSC, VASCO LOBO XAVIER, *Anulação de deliberações sociais...* cit., n. (69) - págs. 417-418 (em alusão à «comissão executiva» mencionada no art. 11º, n.º 1, al. d), do DL n.º 49 381 de 1969); depois, ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, pág. 90, NOGUEIRA SERENS, *Notas sobre a sociedade anónima* cit., pág. 78, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Os poderes de representação...* cit., págs. 357 e ss (com abundantes indicações e apresentação das alternativas dogmáticas), ID., “A responsabilidade dos membros...”, *loc. cit.*, n. (15) – pág. 370, CATARINA PIRES CORDEIRO, “Algumas considerações críticas sobre a responsabilidade civil dos administradores perante os accionistas no ordenamento jurídico português”, *O Direito*, 2001, n. (183) – pág. 123, ELISABETE RAMOS, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., págs. 59, 113-114, ISABEL MOUSINHO FIGUEIREDO, págs. 565, 579, 594-595, 599 (um “centro autónomo de imputação de deveres funcionais”), ARMANDO TRIUNFANTE, *Código das Sociedades Comerciais anotado* cit., sub art. 407º, pág. 398. Não por acaso – precisamente pela identidade de serem estruturas internas do conselho de administração – se terá por razoável que as lacunas relativas à disciplina dos *perfis estruturais* (em especial, o seu funcionamento) da comissão de auditoria possam ser supridas pela disciplina prevista para a comissão executiva (e vice-versa): neste sentido, no direito italiano, cfr. ANTONIO MORELLO, pág. 749.

<sup>1105</sup> Estamos, portanto, perante um órgão fiscalizador (e subórgão do órgão administrativo) que possui funções *lato sensu* de controlo que nos outros sistemas de organização da anónima são próprias de um órgão formal e substancialmente autónomo e “alheio” (para este efeito: na sua constituição, actuação e extinção) ao de administração. Assim sendo, será especialmente interessante compreender que se espoletará, na dinâmica interna da “estrutura corporativa” em que os órgãos sociais se afiguram como entes subjectivos de imputação activa e passiva, um eventual problema de “conflitualidade intraorgânica” dentro do conselho de administração – nomeadamente este de composição pluripessoal e articulação complexa –, tendo por base a repartição de competências ou funções entre os subórgãos do órgão, para além da “conflitualidade interorgânica” entre órgão administrativo e a comissão de auditoria-órgão de fiscalização, aventada pela respectiva distribuição de poderes. Não cabe desenvolver aqui mas, para este filão da dogmática societária, particularmente relevante na Alemanha (por causa de *Organstreit* entre, e em, *Vorstand* e *Aufsichtsrat*), v., entre muitos outros, PETER HOMMELHOFF, “Der aktienrechtliche Organstreit – Vorüberlegungen zu den Organkompetenzen und ihrer gerichtlichen Durchsetzbarkeit”, *ZHR*, 1979, págs. 288 e ss, com ênfase para a temática dos conflitos de competência a págs. 309 e ss; LUDWIG HÄSEMAYER, “Der interne Rechsschutz zwischen Organen, Organmitgliedern und Mitgliedern der Kapitalgesellschaft als Problem der Prozeßführungsbefugnis”, *ZHR*, 1980, págs. 265 e ss; HANS-JOACHIM MERTENS, “Organstreit in der Aktiengesellschaft?”, *ZHR*, 1990, págs. 24 e ss, em esp. a tipologia das mais importantes situações de conflito a págs. 29 e ss; REINHARD BORK, “Materiell-rechtliche und prozeßrechtliche Probleme des Organstreits zwischen Vorstand und Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft”, *ZGR*, 1989, págs. 1 e ss; MARTINA DECKERT, “Klagemöglichkeiten einzelner Aufsichtsratsmitglieder”, *AG*, 1994, págs. 457 e ss, nomeadamente as págs. 459 e ss para a demonstração legal de conflitualidades; finalmente, para uma mirada breve, KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht* cit., págs. 421 e ss. No direito italiano, desenvolvidamente, VINCENZO CARIELLO, “I conflitti «interorganici» e «intraorganici» nelle società per azioni (Prime considerazioni)”, *Amministrazione e controllo nel diritto delle società – Liber Amicorum Antonio Piras*, 2010, págs. 769 e ss, em esp., para a tipologia desses conflitos, 779 e ss.

<sup>1106</sup> Anoto que a lei exige que se identifique (nominalmente, como é óbvio) os membros que se destinam a integrar a comissão de auditoria (art. 423º-C, n.º 2).

filosofia da estrutura monística, vincada pela bondade de considerar mais proficiente para a identificação e prevenção de irregularidades na administração colocar “endogenamente” o fiscalizador no seio do conselho de administração, em detrimento da “heterofiscalização” tradicional <sup>1107</sup>.<sup>1108</sup>.

Respeitando-se os mínimos cogentes e indisponíveis da lei (geral e especial do tipo social) <sup>1109</sup>, conta depois que todas essas limitações devem ser conhecidas (não

---

<sup>1107</sup> V. CALVÃO DA SILVA, “«Corporate governance»...”, *loc. cit.*, pág. 44, PAULO CÂMARA, “Os modelos de governo...”, *loc. cit.*, pág. 215. Em Itália, essa colocação endógena tem servido à doutrina para realçar que os auditores podem desempenhar um papel de “consulta” (*consulenza*) e de “assistência” nas decisões gestórias do conselho, reflexo do (outro) papel de vigilância sobre o arranjo organizativo, administrativo e contabilístico da sociedade: para exemplos, cfr. PAOLO VALENSISE, *La riforma delle società...* cit., sub art. 2409-*octiesdecies*, págs. 749-750, CHIARA MOSCA, págs. 758-759, 763.

A este propósito, recordem-se as fortes reservas que VASCO LOBO XAVIER atribuíra à congregação num mesmo órgão (discutia-se o “conselho geral”) de administradores e membros do conselho fiscal: “[p]ois, se aos componentes do conselho fiscal cabe vigiar a marcha dos negócios sociais e, designadamente, a actividade do órgão administrativo, parece inaceitável que, mesmo só a título excepcional, sejam admitidos eles também a participar, conjuntamente com os próprios administradores cuja actuação haverão de controlar, em decisões relativas à vida da sociedade. Isto viria a desnaturar as suas funções e ameaçar a independência que estas postulam” (*Anulação de deliberação social...* cit., n. (69) – pág. 418).

<sup>1108</sup> Note-se, em acrescento, que esta leitura beneficia ainda das remissões feitas pelo art. 423º-H no que tange à regulação da comissão de auditoria. Entre elas encontra-se a aplicação dos arts. 390º, n.º 5, correspondente à eleição de administradores suplentes, e 393º, n.º 3, referente à substituição dos auditores de acordo com os critérios gerais – o que pressupõe a consideração da comissão de auditoria com autonomia (ainda que relativa *na parcela administrativa*) em relação ao órgão em que os membros se integram, dotada de um *colégio que funciona necessariamente* (nos termos do art. 410º, sempre que o contrato for omissivo, atenta a inequívoca sinalização do art. 423º-G, n.º 1, al. a), e a remissão do art. 423º-H para o art. 395º, n.º 3) e se reconstitui sem ligação com os restantes membros administradores (para uma solução diferente, baseada na prevalência de substituições “internas” dos auditores pelos membros do órgão de administração, v. o art. 2409-*octiesdecies*, § 4º, do CCit. e, por todos, os comentários de PAOLO VALENSISE, *La riforma delle società...* cit., sub art. 2409-*octiesdecies*, págs. 744 e ss). Nesta circunstância, avançam, se houver, os suplentes discriminados para a comissão de auditoria (ou, na falta de discriminação e se todos respeitarem os requisitos dos n.ºs 3 e 4 do art. 423º-B, os suplentes genericamente indicados para todo o órgão de administração: assim, PAULO CÂMARA, “Os modelos de governo...”, *loc. cit.*, pág. 219). Para a cooptação, só se os membros auditores restantes constituírem a maioria é que esse modo de reintegração da comissão de auditoria é possível – isto é, o art. 393º, n.º 3, al. b), funciona em consideração à maioria constitutiva *apurada em relação ao número total de membros da comissão de auditoria*, pois a faculdade de cooptação pertence ao (sub)órgão *enquanto tal* – favorável: ARMANDO TRIUNFANTE, *Código das Sociedades Comerciais anotado* cit., sub art. 423º-H, pág. 453 –, sob pena de os administradores não auditores poderem “intoxicar” em seu proveito a composição do órgão fiscalizador. Se for possível, porém, nunca avança o expediente da al. c): a faculdade da comissão de auditoria só vale para a cooptação de membros não auditores (o que serve como mais um argumento). Se nenhum deles se verificar, avança a «eleição» pelos sócios.

<sup>1109</sup> As leis societárias espanholas tinham norma expressa sobre os limites à autonomia da vontade estatutária: «Na escritura poderão incluir-se, ademais [em relação às menções obrigatórias nos estatutos, previstas nas alíneas do art. 9 da LSAE e do art. 12, n.º 2, da LSRLE; v. agora os arts. 22 e 23 da LSCE], todos os acordos e condições que os sócios fundadores julguem conveniente estabelecer, sempre que não se oponham às leis e aos princípios configuradores da sociedade anónima» (arts. 10 da LSAE e 12, n.º 3, da LSRLE, agora cfr. o art. 28 da LSCE; v. ainda o art. 114, n.º 2, do RRME). Leis imperativas, como é consensual – “normas que directamente tutelem interesses individuais de sócios e terceiros; ou aquelas que se afirmem como essenciais para o funcionamento e organização da sociedade”: por todos, JOSÉ EMBID

devem ser ignoradas ou presume-se o seu conhecimento) e assumidas pelos administradores (que até podem ser os próprios sócios) como um *risco de instabilidade do cargo* no momento da aceitação da nomeação ou eleição: uma causa de cessação do cargo por mor da iniciativa ou vicissitude de outro ou outros dos administradores é tão-só mais uma das causas objectivas ou subjectivas previstas; se as outras não são ilícitas, também esta não será ilícita. Portanto, a aceitação do cargo

---

IRUJO/FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, págs. 15 – e “princípios dotados de operatividade jurídica por estarem encarnados nas normas vigentes e perceptíveis pelo intérprete que enfrenta a tarefa de aplicação do ordenamento positivo”, como “princípios implícitos na legislação positiva sobre este tipo social”, e que funcionam como uma “cláusula geral” que permita servir de defesa do sistema ao cobrir as eventuais lesões do tipo social anónimo que não se realizam simultaneamente através da violação de normas concretas: JUSTINO DUQUE DOMÍNGUEZ, “Escritura, estatutos y limites...”, *loc. cit.*, págs. 68-69, 95-96, 105 e ss. Em Itália, por sua vez, PAOLO SPADA, *La tipicità della società* cit., págs. 20 e ss, 231 e ss, alude à inderrogabilidade dos “critérios normativos de identificação dos tipos”, em face de ser a tipicidade das sociedades (“como cogência de uma tipologia das sociedades”), um princípio-guia dos possíveis conteúdos do contrato de sociedade, que vale para seleccionar os compatíveis dos incompatíveis com a identidade negocial do tipo em consideração; na lei, é o art. 2249 do CCIt. [*Tipi di società*] – cujo § 1º é semelhante ao nosso art. 1º, n.º 3 – que garante a inderrogabilidade das normas de identificação dos tipos de sociedade e que, portanto (segundo o Autor), limita o princípio da livre determinação do conteúdo do contrato.

Estes “princípios estruturais” ou “critérios de identificação” que informam a disciplina típica incorporada no modelo legal dos tipos societários – ou *subespécies* societárias – assumem um valor normativo próprio e corresponderão, na esteira de uma já antiga construção alemã, a “limites imanentes” que a consideração da “natureza” ou “essência” (*Wesen*) da instituição societária (ou das suas várias espécies) colocam à autonomia da vontade nas possibilidades de configuração (*Gestaltungsmöglichkeiten*) do conteúdo estatutário: desenvolvidamente, ARNDT TEICHMANN, págs. 3 e ss, HARM PETER WESTERMANN, *Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit...* cit., págs. 57 e ss; na sua esteira, LUIZ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *La atipicidad en derecho de sociedades* cit., págs. 202-203, 209 e ss. Quanto à essência da sociedade anónima, cabe aqui remeter o leitor para o direito alemão e para a respectiva posituação nos §§ 1 (sob a epígrafe *Wesen der Aktiengesellschaft*) e, como fundamento de nulidade das deliberações dos sócios por serem incompatíveis com ela, 243 (3), 1.ª parte, da AktGesetz – onde se encontrará, já agora, a inspiração para os nossos arts. 56º, n.º 1, al. c), e 411º, n.º 1, al. b), que determinam a nulidade das deliberações, respectivamente, da assembleia de sócios e do conselho de administração da anónima em face de serem, «por natureza», insusceptíveis de deliberação por esses órgãos: assim: SALINAS MONTEIRO, “Critérios de distinção entre a anulabilidade e a nulidade das deliberações sociais no Código das Sociedades Comerciais”, *DJ*, 1994, n. (27) – pág. 222, COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., pág. 121 –, preceitos que motivaram tratamento doutrinal sucessivo no tempo: WALTER SCHMIDT/JOACHIM MEYER-LANDRUT, *Aktiengesetz. Großkommentar*, von CARL HANZ BARZ [*et alii*], Erster Band, §§ 1-144, 1961, sub § 1, págs. 9-10, *Anm.* 3, ADOLF BAUMBACH/ALFRED HUECK/GÖTZ HUECK, sub § 1, págs. 9-10, *Rdn.* 2, 4 FRIEDRICH KÜBLER/HEINZ-DIETER ASSMANN, *Gesellschaftsrecht. Die privatrechtlichen Ordnungsstrukturen und Regelungsprobleme von Verbänden und Unternehmen*, 2006, pág. 156, que acentuam as “características” elencadas pelo § 1 para a definição (*Begriffsbestimmung*) da sociedade, importantes para se verificar, para além da personalidade jurídica própria, a responsabilidade patrimonial da sociedade pelas obrigações sociais e a divisão do capital por acções, e a consequente susceptibilidade de a sociedade ser “portadora independente de direitos e obrigações” e a “limitação do risco” dos accionistas; HARM PETER WESTERMANN, *ibid.*, págs. 71-72, sublinhou ser a locução equivalente à “estrutura interna fundamental” da sociedade accionista e destaca o seu valor, não tanto como cláusula geral no seio da regulação de tal tipo social, mas como determinante das proposições jurídicas fundamentais que identificam os respectivos princípios característicos; nesta linha de encontrar na fórmula legal a delimitação em face dos outros tipos e, ao mesmo tempo, a fonte de outros princípios e elementos fundamentais, v. KARSTEN HEIDER, “§ 1 Wesen der Aktiengesellschaft”, *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 1, §§ 1-53, Hrsg.: Bruno Kropff/Johannes Semler, 2000, pág. 91, *Rdn.* 3.

de administrador transporta consigo a aceitação desta forma de caducidade. Ao administrador competirá avaliar se lhe convém aceitar a nomeação com *aquele limite* (apenas *mais um*) respeitante à *estabilidade (e duração, por inerência)* do título em razão da *integridade do colégio administrativo*, pois a sua liberdade de *aferir(-recusar) a nomeação ou eleição nunca se encontra restringida e, por esta via, nenhum interesse seu se descortina desrespeitado*.<sup>1110</sup>

Porém, um interesse digno de tutela dos administradores *não sócios* ou dos administradores *sócios mas minoritários* já merece crédito quando os sócios – ou a maioria dos sócios – alteram o contrato de sociedade e introduzem uma cláusula de “caducidade colectiva”. Com efeito, estas disposições não se hão-de implantar necessariamente no momento constitutivo da sociedade; ulteriormente fixadas, apanham de surpresa aqueles administradores que aceitaram a nomeação ou eleição livre dessa limitação. Em coerência, o *limite à nomeação ou à investidura nos poderes administrativos* já não se deverá aplicar para os administradores nomeados antes da sua inclusão no estatuto social<sup>1111</sup> – por alteração *superveniente das condições estatutárias da sua aceitação do cargo*, desde que surpreendentes ou atentórias de uma expectativa previamente acalentada<sup>1112</sup>. A aplicar-se, a mesma premissa confere-lhes um *direito à indemnização dos danos sofridos pela frustração da confiança no cumprimento das bases de funcionamento legal-estatutário do órgão administrativo*<sup>1113</sup>, desde que não sejam reconfirmados no cargo em sede de reconstituição ulterior do órgão<sup>1114, 1115</sup>

---

<sup>1110</sup> Ainda que em termos não integralmente coincidentes, cfr. ARTURO DALMARTELLO, “Validità o invalidità...”, *loc. cit.*, págs. 163-164; mais próximos, GIORGIO BEVILACQUA, págs. 1216 e ss, MORO VISCONTI, pág. 915, GIOVANNI CASELLI, “Di alcune cause di cessazione...”, *loc. cit.*, pág. 992, LUCIO GHIA, pág. 86, ALESSANDRA DACCÒ, págs. 242 e 243, GIAN DOMENICO MOSCO, *Società di capitali*, vol. 2 *cit.*, *sub art. 2386*, n. (28) – pág. 621, MASSIMO FRANZONI, *Della società per azioni*, Tomo III, *Dell'amministrazione e del controllo... cit.*, *sub art. 2386*, pág. 273.

<sup>1111</sup> GIANCARLO FRÈ, “La clausola...”, *loc. cit.*, pág. 273, reparou, com acerto, que esta era uma verdadeira “limitação... do limite” construído por Dalmartello e, em seu redor, manifestou uma das maiores dúvidas acerca da legitimidade da cláusula. Na sua peugada, PAOLO CECCHI, pág. 291, GIAN DOMENICO MOSCO, *últ. ob. e loc. cits.*, FERNANDO MARTINEZ SANZ, *Provisión de vacantes... cit.*, pág. 433, que comporta a dúvida e aponta a maior susceptibilidade de essa hipótese “produzir problemas e abusos”.

<sup>1112</sup> Para além, eventual e cumulativamente, do incumprimento do contrato de administração celebrado com a sociedade (hipótese gizada por PAOLO CECCHI, pág. 291).

<sup>1113</sup> Se virmos na relação sociedade-administrador uma “ligação especial” (*Sonderverbindung*) indutora de estabilização de legítimas expectativas e, com isso, um “investimento de confiança” do administrador em certo comportamento da sociedade/sócios e no crédito a um “dever de protecção” envolvido pela posição jurídica adquirida com a relação jusadministrativa durante o tempo que dura o cargo, aproveitamos o facto de a *responsabilidade pela confiança* (enquanto fundamento para a imputação de um dano: em sentido parcialmente crítico mas aproveitável no direito português, v. SINDE MONTEIRO, págs.



A solução *restritiva* tem o mérito de prevenir abusos *da maioria dos sócios* quando promovem tal modificação: *v. g.*, é prefigurável que possa haver conluio entre os sócios maioritários e a maioria dos administradores do conselho; os sócios maioritários querem “ver-se livres” de alguns administradores; mudam os estatutos; os administradores maioritários apresentam a renúncia e os minoritários saem; os sócios maioritários conseguem reestruturar o órgão antes de esgotado o prazo normal de duração do cargo, reafirmando a maioria dos

488 e ss, nomeadamente 503 e ss, 508 e ss) assumir relevo nas “interacções humanas personalizadas”, onde se espraia a “planificação razoável dos comportamentos pelos sujeitos envolvidos, na base de expectativas informalmente engendradas no seu relacionamento”, “cujo desrespeito envolva uma sanção jurídica” (CARNEIRO DA FRADA, *Contrato e deveres de protecção* cit., págs. 229 e ss, 249 e ss, citações das págs. 257-258, 261 e ss). Desenvolvidamente, ainda do último Autor, *Uma «terceira via»...* cit., págs. 102 e ss; *Teoria da confiança...* cit., 583 e ss, e em esp. as págs. 552 e ss, para o papel da confiança no regime dos “negócios de confiança” ou “fiduciários”, as págs. 670-672, para o aproveitamento (“ao menos parcial”) da responsabilidade pela confiança em sede de alteração das circunstâncias (“depende elementarmente da possibilidade de imputar a outrem a criação de um *Tatbestand* de confiança e a sua defraudação”; “*A business judgment rule...*”, *loc. cit.*, págs. 209, onde, a propósito do dever de lealdade dos administradores, se destaca que a relação de administração “constitui uma daquelas relações fiduciárias ou de confiança que manifestam uma textura de comportamentos exigíveis em nome da lealdade particularmente densa (relação *uberrimae fidei*”, 211 (“o requisito da lealdade floresce no âmbito de um relacionamento específico entre sujeitos (*Sonderverbindung*)”), 213-214. A favor de uma prevalência da protecção da confiança em relação ao mecanismo legal do art. 437º do CCiv., “com recurso aos esquemas atinentes ao risco”, *v. MENEZES CORDEIRO*, “Da alteração das circunstâncias”, *Estudos em memória do Professor Doutor Paulo Cunha*, 1989, págs. 349-350), e as págs. 739 e ss, para a dogmática das “ligações especiais” na construção da responsabilidade pela confiança.

<sup>1114</sup> É a interpretação de GIUSEPPE FERRI, *Le società* cit., pág. 680 (que prevê, *a contrario*, que um eventual direito indemnizatório só seja possível na hipótese de introdução sucessiva da cláusula), GIOVANNI CASELLI, “Di alcune cause di cessazione...”, *loc. cit.*, págs. 992-993, GIAN DOMENICO MOSCO, *últ. ob. e loc. cits.*

<sup>1115</sup> Para a sociedade por quotas, temos ainda que verificar se a cláusula “*simul stabunt simul cadent*” briga com o regime legal dos “direitos especiais” dos quotistas na modalidade convencionada de “direito especial à gerência”. À vista desarmada poderia conjecturar-se que a cláusula seria uma manifestação tácita de consentimento de todos os sócios em ver arreadado o seu direito especial, se funcionar tal cláusula – porém, o art. 24º, n.º 5, 2.ª parte, exige que tal dispensa da necessidade de consentimento seja *expressamente conferida* no contrato de sociedade.

Mas não só. Se a lei, em geral (art. 24º, n.º 5) e em especial (art. 257º, n.º 3, 1.ª parte), dispõe que tal direito convencional só pode ser excluído ou condicionado com o consentimento do sócio ou sócios titulares de tal direito, poderíamos entender que a cláusula “*simul stabunt simul cadent*”, se admite a caducidade de toda a gerência por força de uma decisão individual ou de alguns dos gerentes, conflituaria com a previsão que garante o assentimento do sócio titular na deliberação que suprime ou limita o direito especial (com voto favorável) ou, expressa ou tacitamente, em acto ou facto jurídico não deliberativos (analogamente assim reflectindo para o direito italiano, que não coincide por exigir, supletivamente, a unanimidade dos sócios na modificação dos *diritti particolari*, nos termos dos §§ 3º e 4º do art. 2468 do CCIt., *v. GUIDO BARTALINI*, págs. 457-458). Não parece. É de sublinhar que a cláusula de “caducidade colectiva” não põe em causa tal garantia inerente à “especialidade” do direito: a) sempre que os gerentes não sejam sócios, a questão não se coloca; b) mesmo que o sejam, na medida em que tais sócios, afectados pela cessação dos outros gerentes (sócios ou não, ainda que com “direito especial”), mantêm o direito na nova composição da gerência. Claro que a caducidade do título do sócio-gerente “causante” – por renúncia, por destituição judicial com justa causa, ou por qualquer outra causa – implica a supressão (ainda que subjectivamente parcial) da cláusula para esse sócio; mas não para os restantes sócio ou sócios-gerentes “causados” que gozem dessa vantagem.

administradores na nova eleição e colocando outros administradores em vez dos minoritários afectados pela denúncia “dolosa” <sup>1116</sup>. Desta forma, o propósito da maioria é, sem qualquer outra justificação plausível ou sem qualquer outra necessidade para o funcionamento regular da administração social, beneficiar os novos administradores e prejudicar os administradores *que não são sócios* ou, *sendo sócios*, são minoria viram-se arredados do cargo pela *activação* da cláusula introduzida *a posteriori*. Portanto, deliberação abusiva-anulável nos termos do art. 58º, n.º 1, al. b), em razão da “vantagem especial” conferida *mediatamente* aos novos administradores <sup>1117</sup> – o que, na circunstância de não serem sócios, permite ainda ver um benefício, pelo menos de forma indirecta, do sócio ou dos sócios de maioria que têm interesse na mudança de administradores <sup>1118</sup> e um prejuízo dos minoritários <sup>1119</sup>–, sendo a deliberação *imediatamente* “apropriada” para satisfazer esse propósito (à falta de cláusula originária), desde que se prove o prejuízo derivado dos sócios-administradores afectados ou da sociedade (se os administradores afectados não forem sócios) como dano provocado pela vantagem da nomeação possibilitada pela alteração estatutária. Podemos ver aqui mesmo uma “deliberação emulativa”, se os administradores afectados forem

---

<sup>1116</sup> Caso semelhante foi julgado pelo **Tribunale de Milano**, na sentença de **17 de Junho de 1974** (in *Giur. It.*, 1975, I, Sez. II, pág. 3, ss): entendeu-se que a deliberação de introduzir no estatuto social a cláusula “*simul stabunt simul cadent*”, adoptada no interesse extrassocial do “grupo de comando” de remover o administrador delegado “incómodo” e “pouco maleável” às respectivas directivas de gestão (*primeira fase* do procedimento) e seguida (*segunda fase*) pela renúncia da maioria dos componentes do conselho de administração, enquanto deliberação ordenada a obter a caducidade de todo o conselho de administração e, por esta via, a cessação antecipada do mandato, estava viciada de “excesso de poder” da maioria (anulável por força do art. 2377 do CCIt.). Além disso, concluiu-se que houve uma destituição “indirecta” do administrador delegado que foi afastado com essa cessação *ante tempus* e não foi reeleito no novo conselho de administração pelo tempo mínimo previsto no acto de nomeação, pelo que se condenou a sociedade a indemnizá-lo pelos prejuízos considerados por efeito dessa destituição “sem justa causa”. Em particular, v. o ponto 11 do Sumário (págs. 5 e 6) e as págs. 13-18. Com interesse, ainda o aresto da mesma jurisdição, de **10 de Maio de 2001** (in *Giur. It.*, 2001, pág. 2329, ss).

<sup>1117</sup> Pois beneficiam de um proveito – nomeação para o cargo e seu reflexo patrimonial-remuneratório – que não seria (ou não devia ser) possibilitado ou admitido se não fosse a alteração estatutária e o conseqüente efeito da renúncia dos administradores conluídos com a maioria dos sócios ou dos administradores-sócios maioritários. Sobre a definição da locução «vantagens especiais» no art. 58º, n.º 1, al. b), e respectivo fundamento, v., mesmo antes do CSC, com indicações doutrinárias, FERRER CORREIA, “A representação dos menores sujeitos ao pátrio poder na assembleia geral das sociedades comerciais”, *Estudos jurídicos*, Volume II, *Direito civil e comercial. Direito criminal*, 1969, pág. 76 (apelando ao princípio da “igualdade de tratamento”), MARIA REGINA REDINHA, “Deliberações sociais abusivas”, *RDE*, 1984/1985, págs. 217-218, CARNEIRO DA FRADA, “Deliberações sociais inválidas no novo Código das Sociedades”, *Novas perspectivas do direito comercial*, 1988, pág. 322, CASSIANO SANTOS, *Estrutura associativa...* cit., pág. 431, COUTINHO DE ABREU, “Diálogos com a jurisprudência. I – Deliberações dos sócios abusivas e contrárias aos bons costumes”, *DSR*, 2009, vol. 1, pág. 41.

<sup>1118</sup> V. COUTINHO DE ABREU, *Do abuso de direito...* cit., pág. 141, MARIA REGINA REDINHA, pág. 217.

<sup>1119</sup> V. VASCO LOBO XAVIER, *Invalidez e ineficácia das deliberações sociais no direito português, constituído e constituendo; confronto com o direito espanhol*, 1985, págs. 21-22.

sócios (e vendo como possível a individualização da sociedade como destinatário do prejuízo nesta segunda espécie de deliberações abusivas) <sup>1120</sup>, <sup>1121</sup>

Como anulável, este meio de impugnação da deliberação deixa fora de protecção os administradores afectados que não sejam sócios (nos termos do art. 59º, n.º 1) <sup>1122</sup>. Porém, mesmo para os sujeitos afectados que sejam sócios (e administradores), desde que tenham votado contra ou tenham estado ausentes,

---

<sup>1120</sup> Por isso, em cúmulo e aproveitando a lição portuguesa de COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II cit., págs. 318 e ss, poderemos ver aqui a violação do *dever de lealdade ou de correcção* da maioria dos sócios, que quis causar intencionalmente um prejuízo à minoria, na sua relação com essa *minoria* de sócios e os interesses destes conexonados com a sociedade (enquanto e na qualidade de administradores). Há dano do sócio (enquanto administrador), ainda que sem benefício objectivo-patrimonial da maioria nem, em princípio, lesão do interesse social. Se houver, nomeadamente se os ingressos dos novos administradores são manifestamente desnecessários e injustificados à luz da sua actuação anterior, se com isso se afecta a “boa gestão” da sociedade e o interesse que todos os sócios nela comungam, somente em nome de a maioria alcançar maior poder e fêria em relação aos outros sócios, então teremos também violação do dever de lealdade *perante a sociedade* (enquanto não compatível com o interesse social). Isto deverá ser mais acentuado nas sociedades por quotas mais personalistas e nas sociedades anónimas “fechadas”, com fortes relações de confiança recíproca ou familiares entre os sócios, identidade total ou parcial dos sócios (todos ou alguns deles) e administradores e projecção dessa “carga pessoal” para o exterior.

Se este desenho de violação de deveres dos sócios entre si e em face da sociedade, para além da acção de anulação da deliberação (onde a actuação do ou dos sócios é pressuposto), podem ser cumulados pedidos de indemnização contra os sócios (eventualmente na acção de anulação, de acordo com as regras gerais do art. 30º do CPC para a coligação de réus por pedidos diferentes: será esta a posição de CASSIANO SANTOS, *Estrutura associativa...* cit., n. (727) – págs. 426-427, ancorando-se, ademais, na admissibilidade implícita de tal hipótese, que a letra do art. 61º, n.º 1, induz: «A sentença que declarar nula ou anular uma deliberação é eficaz contra e a favor de todos os sócios e órgãos da sociedade, *mesmo que não tenham sido parte ou não tenham intervindo na acção*»).

<sup>1121</sup> ARMANDO TRIUNFANTE, *A tutela das minorias nas sociedades anónimas. Direitos de minoria qualificada. Abuso de direito*, 2004, pág. 397, propõe ser uma deliberação abusiva aquela “que altera a estrutura organizativa da gerência, de uma sociedade por quotas, com o intuito de retirar todos os poderes inerentes ao exercício do cargo, a um ou a alguns dos gerentes, por mera retaliação decorrente da denúncia de irregularidades praticadas pelos sócios maioritários” – a semelhança com a deliberação de modificação estatutária é sugestiva de uma partilha de enquadramento jurídico, tanto mais que, na n. (621) – págs. 369-370, alega que é através de deliberações que “a maioria controla a gestão social e poderá incorrer em *abuso da sua composição* em detrimento dos sócios minoritários e respectivos interesses”. Todavia, o Autor refere que, tratando-se de prejudicar o gerente, nesta posição e independentemente de ser sócio, e não se prejudicando a sociedade, “talvez se revelasse mais acertada a aplicação do art. 334º CC” (v. ns. 685 e 684). Se assim é, acrescento ao Autor, não se atacaria a deliberação pelo “abuso “ previsto no art. 58º, n.º 1, al. b), mas sim pela nulidade das declarações de voto abusivas e a falta de quórum deliberativo (art. 58º, n.º 1, al. a)).

<sup>1122</sup> Quando muito excepcionada no caso de as sociedades por quotas não terem órgão de fiscalização e, por virtude da aplicação analógica do art. 57º, n.º 4 (regime das deliberações nulas), se se entender que os gerentes podem arguir a anulabilidade das deliberações. Porém, a doutrina nacional encontra-se dividida quanto a essa faculdade: a favor, com coloração dominante, CARLOS OLAVO, “Impugnação das deliberações sociais”, *CJ*, 1998, n. (55) – pág. 27, BRITO CORREIA, *Direito comercial*, 3º volume, *Deliberações dos sócios*, 1989, n. (60) – págs. 276-277, PINTO FURTADO, *Deliberações dos sócios* cit., págs. 425 e, implicitamente, 435 (depois confirmada em *Deliberações de sociedades comerciais*, 2005, pág. 728), TAVEIRA DA FONSECA, *Deliberações sociais: suspensão e anulação*, 1994, pág. 55, PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais* cit., n. (875) – pág. 653, COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II cit., págs. 574-575; adversamente, RICARDO COSTA, *A sociedade por quotas unipessoal...* cit., n. (714) – pág. 572, PEDRO MAIA, “Invalidade de deliberação social por vício de procedimento”, *ROA*, 2001, n. (73) – pág. 746 e pág. 747, MENEZES CORDEIRO, *SA: assembleia geral...* cit., n. (405) – pág. 224 (pelo tom crítico aos defensores da corrente oposta).

mais lesivo é o prazo de caducidade imposto para a proposição da acção de anulação: 30 dias <sup>1123</sup>. Ora, se a “operação concertada” para provocar a saída se vier a revelar após esse prazo, não mais se poderá reagir, com base no abuso da deliberação. Substancialmente, além do mais, parece ser de entender que a deliberação de alteração dos estatutos, quando revelada mais tarde como *meio potencialmente capaz* para afastar administradores do órgão administrativo, demonstra o intuito de retirar da administração certos administradores – contornando, aqui sim, as regras da destituição e da indemnização pela falta de justa causa – e, com isso, a nova regulação por ela estabelecida tem uma finalidade (que até pode não ser exclusiva ou única) de *prejudicar os administradores “causados”* e, por isso, revelar-se-á «ofensiva dos bons costumes» <sup>1124</sup>: será nula por aplicação do art. 56º, n.º 1, al. d), 1.ª parte, e os administradores, enquanto *terceiros interessados*, têm legitimidade para a invocar a todo o tempo (art. 286º do CCiv.).

\*\*\*

É tempo de reconhecer que a amplitude da cláusula “*simul stabunt simul cadente*” se torna mais delicada quando a disposição dos estatutos releve a situação de *um só administrador*. Não me impressiona a salvaguarda do princípio *maioritário* e a necessidade de evitar a dominação da maioria pela minoria mais simples – um único dos administradores: em rigor, a protecção dessa maioria toca o funcionamento do

---

<sup>1123</sup> No caso de violação do dever de lealdade dos sócios maioritários, a deliberação torna-se anulável por falta do quórum deliberativo exigido para a validade da deliberação (qualificado nos termos dos arts. 265º, n.ºs 1 e 2, 386º, n.º 3; v. também o art. 194º, n.º 1) em virtude da inutilizabilidade(-invalidade) dos votos afectados pela violação para a contagem da maioria deliberativa (art. 58º, n.º 1, al. a)).

<sup>1124</sup> V., sobre esta *extensão* do “conteúdo” deliberativo (*Inhalt des Beschlusses*) ofensivo dos bons costumes, COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II cit., pág. 528, reflectindo a generalizada doutrina e jurisprudência germânicas na densificação do § 241, n.º 4, da AktGesetz, em particular atenta à *Gläubigerschädigung* (portanto, ao “prejuízo de credores”-terceiros), mas igualmente de outros terceiros (mesmo alheios à estrutura da sociedade) afrontados com violações graves mas desprotegidos no regime legitimador da anulabilidade. Como fornecedores de jurisprudência e do estado da questão, v. WOLFGANG ZÖLLNER, “Siebenter Teil. Nichtigkeit von Hauptversammlungsbeschlüssen und des festgestellten Jahresabschlusses. Sonderprüfung wegen unzulässiger Unterbewertung”, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 2, §§ 241-290, 1976, sub § 241, Rdn. 124, págs. 733-734; THOMAS RAISER/RÜDIGER VEIL, pág. 262; KARSTEN SCHMIDT, “§ 45. Rechte der Gesellschafter im allgemeinen; Gesellschafterbeschlüsse”, in *Scholz Kommentar zum GmbH-Gesetz mit Anhang Konzernrecht*, II. Band, §§ 35-52, 2007, sub § 45, pág. 2450, Rdn. 76 (onde se referem os casos “chicaneiros” de “abuso de poder em prejuízo de um terceiro”); WALTER BAYER, “Anhang zu § 47. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Gesellschafterbeschlüssen”, in MARCUS LUTTER/PETER HOMMELHOFF, *GmbH-Gesetz Kommentar*, 2009, pág. 1126, Rdn. 20; UWE HÜFFER, sub § 241, pág. 1242, Rdn. 24.

Em geral sobre a concretização dos “bons costumes” como princípio limitador do exercício do direito de voto dos sócios, v. WOLFGANG ZÖLLNER, *Die Schranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht...* cit., págs. 288 e ss.

órgão em termos da formação sua vontade; a cláusula “*simul stabunt simul cadent*” prende-se com a *filosofia subjectiva de integração do órgão*, que espoleta a cessação derivada do título administrativo dos administradores afectados e a substituição. Todavia, em situações *qualificadas* ou *extremas*, uma só vaga pode ser decisiva na conformação das maiorias dentro do órgão administrativo – e, por essa razão, do bom funcionamento da “equipa”. O que justifica que, como evento condicionante, se adopte a extinção do cargo de um só dos administradores.<sup>1125</sup>

De todo o modo, colocar a vontade ou o evento ocorrido em relação a um qualquer administrador – que bem pode ser provocado malevolamente com o intuito de “fazer cair” o órgão – em *confronto directo e irreversível* com todos os outros administradores, que, sem a cláusula, continuariam em funções, parece, nessas circunstâncias concretas, aproximar o caso de uma *verdadeira destituição forçada*, activada *isoladamente e fora da vontade da assembleia*, que me inclino a recusar<sup>1126</sup>. Por isso, tendo a considerar que, a admitir-se sem mais restrições a validade de uma cláusula com a saída de um administrador singular, este tenha que ser um administrador *diferenciado* ou *especial*: o presidente do conselho de administração, o administrador delegado para as funções comerciais (v. arts. 261º, n.º 2, 408º, n.º 2), o administrador nomeado pelo mínimo de 30% das participações representativas do capital social, etc. Em suma, será de admitir quando a cláusula exteriorize a *ponderação dos sócios em condicionar a funcionalidade intrínseca do órgão administrativo* à manutenção *daquele administrador, com aquela qualidade ou com aquela importância*. Logo, parece ser esta uma interpretação compatível com o carácter fiduciário da cláusula, respeitadora ainda da autonomia estatutária e correspondente às finalidades que lhe foram imputadas<sup>1127</sup>.<sup>1128</sup>

\*\*\*\*

---

<sup>1125</sup> V. FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, *Provisión de vacantes...* cit., pág. 432, PAOLO CECCHI, pág. 294.

<sup>1126</sup> Em certa medida neste sentido, v. GIUSEPPE FERRI, “In tema di clausola...”, *loc. cit.*, pág. 539.

<sup>1127</sup> Não será assim para a comissão de auditoria.

<sup>1128</sup> Esta leitura *qualificada*, adequada a dar relevo apenas à cessação causante do cargo dos administradores que desenvolvem um papel especial no conselho, ou seja, administradores “específicos”, “nomeados de acordo com critérios particulares ou que cobrem determinadas tarefas”, é, por hoje, defendida por importantes protagonistas da doutrina: v., por ex., GIAN DOMENICO MOSCO, *Società di capitali*, vol. 2 cit., *sub art.* 2386, pág. 621, e FRANCESCO FERRARA Jr./FRANCESCO CORSI, *Gli imprenditori...* cit. 2006, n. (3) – pág. 600.

A admissibilidade da disposição deve encontrar, em todo o caso, um “limite infranquiável” em relação àqueles administradores eleitos ou designados de acordo com as regras especiais de representação proporcional das minorias (art. 392º, n.ºs 1 e 6). Estamos perante um *direito potestativo* (de conformação dos sócios com habilitação legal) <sup>1129</sup> *do bloco de accionistas detentores de um poder representativo entre 10 a 20% do capital social (ou representativo de pelo menos 10%* <sup>1130</sup>) <sup>1131</sup> – portanto, de minoritários *fortes* <sup>1132-1133</sup>. A *sujeição* que é associada aos direitos potestativos – neste caso, o exercício de tal direito e a produção das respectivas consequências jurídicas são impostas forçosamente à sociedade e aos sócios quanto à *estrutura e composição do órgão*, em virtude do exercício dessa faculdade estatutária de representação (os n.ºs 1 e 6 do art. 393º são normas dispositivas <sup>1134</sup>) – deve excluir a possibilidade de a cláusula “*simul stabunt simul cadent*” afectar os administradores designados pela minoria (ainda que eleitos por todos os sócios votantes no esquema previsto no n.º 1 <sup>1135</sup>), sob pena de se lesar irreversivelmente o sistema *escolhido unanimemente pelos sócios no pacto* de entrega de tal indicação

---

<sup>1129</sup> “Os direitos potestativos são poderes jurídicos de, por um acto livre de vontade, só de per si ou integrado por uma decisão judicial, produzir efeitos jurídicos [constitutivos, modificativos ou extintivos] que inelutavelmente se impõem à contraparte” (CARLOS MOTA PINTO, *Teoria geral...* cit., pág. 183).

<sup>1130</sup> Aqui refiro-me ao sistema arroteado pelo n.º 6. Para este, não parece que o contrato de sociedade possa subir indiscriminadamente a minoria (vencida) que é exigida, mas já será lícito elaborar uma redacção estatutária que conjugue o número de administradores a eleger e a minoria eleitora (como seja a que permite a eleição de um administrador se a minoria derrotada corresponder à moldura entre “10% e 20% do capital social”, dois administradores se a minoria derrotada for superior a “20% do capital social”, e por aí fora). Nestes sentidos, RAÚL VENTURA, “Nota sobre regras especiais de eleição de administradores de sociedades anónimas (CSC, artigo 392º)”, *O Direito*, 1992 (reimp. 2003), págs. 184-185; no primeiro deles, ainda SOFIA RIBEIRO BRANCO, “A representação de minorias accionistas no Conselho de Administração”, *O Direito*, 2004, pág. 731.

<sup>1131</sup> Para norma com finalidade análoga no direito societário accionista de Espanha (anterior art. 137 da LSAE; art. 243 da LSCE), v., *similiter*, ÁNGEL ROJO, “Comentario a la STS de 2 de marzo de 1977”, *RDP*, 1977, pág. 469, ID., “Nota a la STS de 10 de octubre de 1980”, *RDP*, 1981, pág. 198, FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, *La representación proporcional de la minoría en el consejo de administración de la sociedad anónima*, 1992, págs. 17, 97-98, 109-110 (mas, como parece óbvio, a sujeição ou vinculação da sociedade tem como limite temporal a *duração* do cargo do administrador ou administradores *representante(s)* da minoria), JAVIER JUSTE MENCÍA, *Los derechos de minoría en la sociedad anónima*, 1995, págs. 325-326.

<sup>1132</sup> COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., pág. 79.

<sup>1133</sup> Não estamos, portanto, em face de direitos especiais pertencentes a uma categoria de acções: por todos, v. RAÚL VENTURA, “Regras especiais de eleição de administradores de sociedades anónimas”, *Estudos vários sobre sociedades anónimas. Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, 2003, págs. 520-521 (“os grupos minoritários formam-se *ad hoc*, ao sabor das circunstâncias de momento”: para o n.º 1), 524 (“a minoria é determinada pelo resultado da votação e é formada por tantos accionistas quantos os que votaram contra a proposta que fez vencimento”: para o n.º 6).

<sup>1134</sup> A representação das minorias só se impõe *ex lege* às sociedades anónimas com subscrição pública ou «concessionárias do Estado ou de entidade a este equiparada por lei» (art. 392º, n.º 8).

<sup>1135</sup> Quanto ao sistema do n.º 6, serão os minoritários a eleger directamente um ou mais membros do conselho de administração.

(seguida, é certo, numa das hipóteses, de opção *maioritária* dos sócios) ou escolha a uma minoria qualificada através somente de uma ou mais vontades dos administradores com a eventual finalidade de se desfazerem dos membros designados por accionistas minoritários ou por estes propostos<sup>1136</sup>. Podemos mesmo adiantar que seria incompreensivelmente contraditório que a equipa-fidúcia salvaguardada pelos sócios na administração incluísse o administrador proposto ou eleito pelos sócios minoritários, uma vez que ele permanece imune às restantes eleições derivadas *tão-só* da iniciativa e poder maioritário dos sócios – corresponde a uma *confiança circunscrita (ainda que ratificada pela maioria dos sócios no sistema da “eleição isolada” dos n.ºs 1 a 5 do art. 392º)* e essa *deve estar inerte às vicissitudes dos administradores designados ou eleitos pela maioria dos sócios e sem qualquer iniciativa dos minoritários*<sup>1137</sup>. Esta solução (*mais uma vez*) restritiva da validade da cláusula *“simul stabunt simul cadent”* está, por fim, em linha com a *tendencial inamovibilidade* dos administradores eleitos por sócios minoritários: o art. 403º, n.º 2, prescreve a ineficácia da deliberação da sua destituição sem justa causa se contra ela tiverem votado accionistas que representem, pelo menos, 20% da totalidade dos votos<sup>1138, 1139</sup>

\*\*\*\*\*

Um teste final à licitude da cláusula *“simul stabunt simul cadent”* é a disposição do n.º 3 do art. 393º, que prevê a substituição dos administradores em «falta

---

<sup>1136</sup> Concordo com FERNANDO MARTINEZ SANZ, *Provisión de vacantes...* cit., págs. 435-436 (a quem pertence a transcrição inicial do parágrafo). Em Itália, PAOLO RAINELLI, n. (25) – pág. 712, dá a entender que se pode discutir a aplicação da cláusula *“simul stabunt simul cadent”* aos administradores independentes nomeados para o conselho de administração no sistema de administração “monístico” (equivalente ao previsto no nosso art. 278º, n.º 1, al. b)), nos termos do art. 2409-*septiesdecies* do *Codice Civile*.

<sup>1137</sup> Por isso, no verso da questão, há quem sustente que a eleição de administradores por minorias “pode quebrar a lógica de uma equipa”: MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Comerciais anotado...* cit., sub art. 392º, pág. 1054, anot. 18.

<sup>1138</sup> Corresponde esta norma, no entender de PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais* cit., págs. 755-756, a uma confirmação da regalia(-garantia) conferida a uma determinada minoria para eleger um administrador, uma vez que “depois não podemos permitir que a maioria corra, sem mais nem menos, isto é, sem justa causa, com esse administrador”. Com juízo depreciativo sobre a inexistência de mecanismo idêntico no direito espanhol, com a defesa mínima da solicitação de uma “justa causa” para a destituição dos administradores dos minoritários, v., com as diversas veredas doutrinárias do problema, EDUARDO POLO, *Los administradores...* cit., págs. 225 e ss; menos convencido, mas igualmente crítico, JAVIER JUSTE MENCÍA, *últ. ob. cit.*, págs. 318-319, 321 e ss.

<sup>1139</sup> O mesmo se defende para os administradores membros da comissão de auditoria que tenham sido eleitos ao abrigo das regras especiais de protecção das minorias. A favor da aplicação do art. 392º, independentemente do silêncio do art. 423º-C, ARMANDO TRIUNFANTE, *Código das Sociedades Comerciais anotado* cit., sub art. 423º-C, págs. 444-445; opostamente, pois tal eleição só deverá abranger os administradores “comuns”, MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Comerciais anotado...* cit., sub art. 423º-C, pág. 1114, anot. 4).

definitiva» nas sociedades anónimas <sup>1140</sup> e, desse modo, prevê a designação dos membros do órgão de administração que ascendem ao órgão na verificação dessa falta <sup>1141</sup>. Partindo da convicção de que é de entender como imperativa a norma no que toca aos *expedientes de substituição* – de tal sorte que a liberdade estatutária não poderá contrariar esse desenho legal <sup>1142</sup> –, logo se regista que a disposição não a desrespeita, antes a ela recorre depois de activados os seus efeitos – uma vez extinto o cargo dos administradores causantes, extinto fica o cargo de todos os administradores e *todos necessitam de ser substituídos*. Como estamos ainda no *decurso do período de exercício das funções*, a substituição não pode deixar de seguir o n.º 3 do art. 393º <sup>1143</sup>. Não se trata, pois, de contrariar os comandos da norma – *antes respeitá-los, na sua ordem de desenlaces e nos seus pressupostos* <sup>1144</sup>. <sup>1145</sup>

---

<sup>1140</sup> Para a sociedade por quotas, v. o art. 253º, n.º 1.

<sup>1141</sup> Membros que remetem para a noção de “pluralidade sucessiva” utilizada por BRITO CORREIA, *Direito comercial*, 3º volume, *Deliberações dos sócios* cit., pág. 6, para os órgãos societários plurais.

<sup>1142</sup> Não assim para RAÚL VENTURA, “Nota para a substituição...”, *loc. cit.*, págs. 168-169, que ressaltava a possibilidade de o contrato de sociedade modificar as regras de substituição estabelecidas no art. 393º, aduzindo exemplos: modificar a ordem de chamada dos administradores suplentes; eliminar a cooptação e a designação pelo conselho fiscal, remetendo apenas (além dos suplentes) para nova eleição; eliminar apenas ou a cooptação ou a designação pelo conselho fiscal; estipular que a ratificação exigida pelo actual n.º 4 seja submetida apenas à primeira assembleia *anual* seguinte. Sobre isto, alerta para o facto de, na versão originária do art. 393º, comentada pelo Professor Lisboa, o n.º 1 dizia «procede-se à sua substituição», o que daria outra margem para configurá-la como norma dispositiva. Hoje, a redacção do n.º 3 inclui a formulação «deve proceder-se à sua substituição, nos termos seguintes», em resultado da redacção introduzida pelo art. 2º do DL n.º 76-A/2006. Temos um *signo linguístico* que denota a impossibilidade de derrogação da disciplina, em nome da *garantia de certo esquema organizativo-funcional* na matéria da substituição dos administradores (v., para a análise dos critérios interpretativos sobre a imperatividade das normas societárias, COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II cit., pág. 519). Impõe-se aos «administradores em exercício» (cfr. al. c)), desde que constituam a maioria dos administradores designados, um poder-dever (legal e específico) de escolher os substitutos no decurso de um exercício. Isto porque – parece ser essa a razão capital da lei – não basta a maioria dos administradores para que se assegure a continuidade de uma gestão válida e adequada – pois para isso está no CSC o art. 410º, n.º 4 –, mas também se exige a reintegração tempestiva do colégio, idónea a afastar o perigo de eventuais actos abusivos e inconsiderados na gestão social por parte da maioria restante.

<sup>1143</sup> A «falta definitiva» pressuposta pelo art. 393º era, para RAÚL VENTURA, “Nota sobre a substituição...”, *loc. cit.*, pág. 162, somente a “falta *individual* de *um ou mais* administradores. A falta total e simultânea dos membros do Conselho de Administração só pode resultar do termo do tempo legal ou estatutário da duração das funções” (sublinhei). É certo que o n.º 3 refere hoje «faltando definitivamente *um* administrador». Mas o anterior (e correspondente) n.º 1 referia «faltando definitivamente *algum* administrador». Será mera alteração da letra da lei sem adicional significado. As vicissitudes de todos os administradores – um, a minoria, a maioria ou a totalidade –, *se faltam no decurso do período temporal das suas funções* (logo, por causa não coincidente com o esgotamento do tempo do “mandato”), originam o *procedimento de substituição* arquitectado pelos n.os 2 e 3 (assim como 7) do art. 393º (v. *supra*, n. 869). Na omissão de pronúncia da lei, não perfilho o entendimento da doutrina aludida, seja para a extinção causante e reflexa decorrente da cláusula “*simul stabunt simul cadent*”, mesmo com eficácia diferida, seja para a extinção, simultânea ou diferida, do título de todos os administradores: a divisão um ou mais administradores/todos os administradores não é assumida pelo art. 393º, n.os 2 e 3, nem podia ser, sob pena de ficarmos sem *meio de suprimento da falta definitiva de todos os administradores* para a circunstância de *a falta ocorrer no decurso do tempo de exercício das funções administrativas*.



Acontece, porém, que, percorridas as alíneas respectivas, essa reconstituição só será possível por via de *novas eleição ou designação dos administradores* – ainda que esses actos possam reconfirmar no cargo os administradores cujo título se viu afectado por contágio da decisão abdicativa do ou dos administradores (ou qualquer outro facto extintivo) <sup>1146</sup>.

De facto, ao aplicarmos o art. 393º, n.º 3, vislumbramos que:

1) a «chamada de suplentes», mesmo que permitida estatutariamente e havido eleição dos administradores, não deve ser convocada porque nunca há em número suficiente para recompor a totalidade do órgão (v. art. 390º, n.º 5: a autorização estatutária para a eleição de administradores vai «até número igual a um terço do número de administradores») <sup>1147</sup>;

2) a «cooptação» (critério seguinte de substituição legal, previsto na al. b) desse n.º 3) é, como já sabemos, um expediente só possível quando os administradores restantes «não forem em número suficiente para o conselho poder funcionar» – como é quando todos faltam;

---

<sup>1144</sup> Vendo o confronto da cláusula “*simul stabunt simul cadent*” com o art. 2386 do CCit («substituição dos administradores») como incidindo exclusivamente sobre os pressupostos da norma legal, portanto no sentido do texto, v. GIUSEPPE FERRI, “In tema di clausola...”, *loc. cit.*, pág. 538. Em sentido divergente, uma vez que a disposição estatutária em exame significaria a derrogação imediata do sistema de recomposição do conselho através do método da cooptação e a restituição do poder de nomear os administradores à assembleia dos sócios, v. MORO VISCONTI, pág. 916, GIOVANNI CASELLI, “Di alcune cause di cessazione...”, *loc. cit.*, pág. 991, LUCIO GHIA, pág. 85, GIAN DOMENICO MOSCO, *Società di capitali*, vol. 2 cit., *sub art.* 2386, pág. 620; também PAOLO CECCHI, pág. 289, advoga que a cláusula “*simul stabunt simul cadent*” representa um desvio à regra que prevê que, ordinariamente, em caso de cessação de *um administrador*, só este seja substituído (e não todos) e derroga o mecanismo da cooptação. Recorde-se que, no direito italiano, há uma forte corrente que sustenta que a cooptação é um mecanismo que sempre será afastável pela vontade estatutária dos sócios e, por isso, responsável pela substituição caber em exclusivo aos sócios, em vez da cooptação: GUSTAVO MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., pág. 38, GIOVANNI CASELLI, “Problemi in tema di nomina degli amministratori di società per azioni”, *CI*, 1989, n. (29) – pág. 80, GIANCARLO FRÈ/GIUSEPPE SBISÀ, *sub art.* 2386, pág. 804; contra, GASPARE SPATAZZA, pág. 1269 e n. (55).

<sup>1145</sup> Em sentido favorável ao carácter *sucessivo* dos três primeiros modos de substituição do art. 393º, n.º 3, v. RAÚL VENTURA, “Nota sobre a substituição...”, *loc. cit.*, pág. 165.

<sup>1146</sup> Cfr. por todos GIOVANNI CASELLI, “Di alcune cause di cessazione...”, *loc. cit.*, pág. 988.

Este é um dado que poderá retirar grande parte da base argumentativa à utilidade da cláusula, pois, por ex., se assim o fizerem os administradores “causados”, antes mais valeria permanecerem e sujeitarem-se à entrada e/ou à escolha dos administradores substitutos na “equipa”. Mas essa é uma hipótese, não uma certeza. É um cenário possível, mas sempre dependente da avaliação desses administradores sobre a composição do órgão depois da saída dos administradores “causantes” – nada garante essa hipótese como regra. Bem pelo contrário: a cláusula, uma vez conhecida e pressuposto da aceitação da qualidade-função de administrador, denuncia uma vontade “provável” de não permanecer sem a integridade do órgão originário.

<sup>1147</sup> Por isso nem é preciso atestar se já houve anterior chamada de suplentes para administradores efectivos e se a lista se encontra esgotada.

3) e se a cooptação não procede pela falta de quórum constitutivo do órgão de administração com poder para cooptar, como vimos <sup>1148</sup>, não se aplica a al. c): designação *subsidiária* pelo conselho fiscal ou pela comissão de auditoria «não tendo havido cooptação dentro de 60 dias a contar da falta». <sup>1149</sup>

Resta-nos a al. d): «eleição de novo administrador», ou seja, *in casu*, de todos os administradores – que assim será a forma de reintegrar o órgão, sem que se violem as regras legais de substituição e ainda com recurso a essas regras <sup>1150,1151</sup>

#### **8.4.2. Efeitos da cláusula: os administradores “causados” (e, se necessário, os administradores “causantes”) poderão ser administradores de facto?**

Aqui chegados, cumpre resolver o problema que mais nos interessa: sendo válida a cláusula “*simul stabunt simul cadent*”, em que momento se torna eficaz a cessação de todo o órgão de administração, uma vez verificado o evento previsto na cláusula? Por outras palavras, extinto o título de um ou mais administradores ou gerentes, importa acertar se o órgão cai contemporaneamente e na íntegra de forma imediata ou se os administradores “causados” – ou até mesmo os “causantes” – se mantêm em funções até à nomeação e aceitação dos novos administradores ou gerentes.

---

<sup>1148</sup> V. *supra*, ponto 8.1.5.

<sup>1149</sup> Neste sentido se compreende que a cláusula “*simul stabunt simul cadent*” fosse vista, no direito espanhol, como uma cláusula que, *indirectamente*, impede a cooptação ao eliminar um pressuposto necessário para o seu exercício (na anterior LSAE como na actual LSCE, a cooptação é expediente facultativo): cfr. ÁNGEL ROJO, “La facultad de cooptación...”, *loc. cit.*, pág. 396, FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, *Provisión de vacantes...* cit., pág. 428. Note-se, aliás, que, se desvalorizássemos a cláusula “*simul stabunt simul cadent*” e nos entregássemos aos critérios legais de substituição, só se os suplentes chegassem é que poderíamos encontrar-nos ainda na *órbita de confiança imediata dos sócios*. De facto, quando avançássemos para a cooptação, decorreria necessariamente que os membros cooptados são reputados pela lei como *expressão da maioria dos administradores restantes* – e, a não ser que todos os administradores (ou uma submaioria dessa maioria de administradores) fossem sócios, deixariam de ser pessoas de “fidúcia” dos sócios; só o passariam a ser *mediatamente* no momento da ratificação pela assembleia de sócios.

No direito italiano, veja-se por todos a conclusão de FILIPPO CHIOMENTI, pág. 319: “[a cláusula “*simul stabunt simul cadent*”] coloca totalmente fora de jogo a cooptação”. Sobre esta relação e a legitimação da cláusula em face da prevalência do poder de a assembleia nomear os administradores, v. ainda VINCENZO SALAFIA, “La sostituzione...”, *loc. cit.*, pág. 651.

<sup>1150</sup> Para quem, como RAÚL VENTURA, “Nota sobre a substituição...”, *loc. cit.*, pág. 165, entenda que é lícito recorrer à eleição – ainda que nunca sobreponível à chamada de suplentes – em pé de igualdade com a cooptação e a designação pelo conselho fiscal e pela comissão de auditoria (o Autor baseava-se no facto de a lei não fixar qualquer prazo para esta designação), nem sequer será necessário tanto para chegar a esta conclusão.

<sup>1151</sup> Se decorrerem mais de 60 dias sem ter «sido possível reunir o conselho de administração, por não haver bastantes administradores efectivos» (art. 393º, n.º 1) e não tiver ocorrido essa eleição, temos a possibilidade de vermos nomeado um administrador judicial, de acordo com o fixado pelo art. 394º, n.º 1, 2.ª parte.

Antes de mais, direi que a caducidade do título dos administradores “causantes” será determinada pela disciplina dessas causas (legal ou, se for admitida, estatutária). Portanto, o efeito extintivo será imediato ou diferido em função dessa disciplina <sup>1152</sup> – mas sempre um regime próprio, que não poderá ser afastado pela cláusula do pacto.

Já quanto à eficácia reflexa do facto extintivo “causante”, a resposta dependerá, em primeiro grau, da concreta *formulação estatutária* e da sua *opção (porventura literal) sobre a eficácia da extinção do cargo* e, se essa não for exercida, da opção que se tome no caso do *silêncio do pacto* ou da *indeterminação do sentido da cláusula*. Nestas últimas circunstâncias, podem colocar-se dois cenários: ou se determina a caducidade automática e contemporânea de todo o restante conselho de administração (ou gerência plural) ou se expressa que os administradores supérstites entram em *prorrogação de funções* até que haja novos administradores nomeados ou eleitos.

Não creio que estejamos perante caminhos *puramente alternativos*, antes *complementares*.

O primeiro deles é o que mais reifica a dimensão concreta da cláusula (na sua função e na sua finalidade mais básica), uma vez que é de reconhecer que o “imediatismo” da caducidade de todo o órgão – e a extinção da qualidade de administrador e dos seus poderes enquanto gestor *de direito* – realiza mais eficientemente o objectivo de manter a estreita ligação entre aquele particular conselho de administração e a assembleia que o nomeou, enquanto expressão de um certo acordo dos sócios e da aludida confiança naquela “equipa”. Ou, numa outra hipótese, torna mais eficaz a mudança integral dos administradores no caso de mudança na composição da maioria dos sócios, bem como a salvaguarda da manutenção da proporção da participação dos sócios (ou dos “grupos de sócios”) no conselho ou na gerência e na (eventual) distribuição das tarefas. Em suma, se a *ratio* é assegurar uma *certa* gestão fiduciariamente personificada nos membros eleitos no seu tempo, a sua modificação determina a impossibilidade da permanência em funções ainda que somente transitória <sup>1153</sup>.

---

<sup>1152</sup> Neste sentido, quando é a renúncia a causa de extinção directa de todo o órgão, ARTURO DALMARTELLO, “Postilla a Luraghi...”, *loc. cit.*, pág. 589.

<sup>1153</sup> Nesta perspectiva, a prorrogação de funções não reflectirá um princípio de ordem pública, exprimirá antes um interesse eminentemente privatístico e como tal derogável (v. por todos GUSTAVO

Por outro lado, se os conselheiros “causados” permanecem em funções, isso quer dizer que os administradores “causantes” colocam nas mãos dos restantes todo o poder de gestão (e representação, se puder ser) da sociedade; poderão gerir, por um certo período de tempo, sem o controlo de uma parte do conselho. Chegaríamos, desse modo, a um resultado oposto àquele pretendido pelos administradores “causantes” e à própria filosofia da cláusula “*simul stabunt simul cadent*” – não se vê que se possa deixar de extinguir o título quando existe a quebra da fidúcia entre a sociedade e os seus administradores como um todo <sup>1154</sup>. Se assim é, logo que a caducidade da causa relativa aos administradores “causados” se registe, esse momento coincidirá com a caducidade dos administradores afectados pela cláusula – a caducidade é imediata e contemporânea; *todos deixam nesse momento de ser administradores de direito*. <sup>1155</sup>

---

MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., págs. 483-484). Logo, a *prorogatio* coloca-se como excepção à regra, sendo esta a cessação imediata dos administradores. Neste sentido, v. MASSIMO FRANZONI, *Della società per azioni*, Tomo III, *Dell'amministrazione e del controllo...* cit., sub art. 2386, pág. 271.

<sup>1154</sup> Em parte, são argumentos avançados por MAURIZIO MARTONE, págs. 820-821, BRUNO INZITARI, pág. 866, ALBERTO BONAITI, págs. 185 e 186, e GUIDO BARTALINI, pág. 457.

<sup>1155</sup> A correlação entre a cessação de *um ou mais administradores* e a cessação de todos os administradores é justamente sugerido pela repetição do advérbio *simul*. Mas dividiu a doutrina italiana. V., sobre esta posição da “caducidade automática”, ARTURO DALMARTELLO, “Validità o invalidità...”, *loc. cit.*, págs. 154-155, ID., “Postilla a Luraghi...”, *loc. cit.*, pág. 589 (a cláusula supera o princípio da suspensão do efeito das demissões da maioria), GIUSEPPE FERRI, *Le società* cit., pág. 680, BRUNO INZITARI, págs. 865-866, ALBERTO BONAITI, pág. 186, MASSIMO FRANZONI, *Della società per azioni*, Tomo III, *Dell'amministrazione e del controllo...* cit., sub art. 2386, págs. 271-272.

Todavia, se o texto estatutário não fosse unívoco, a favor da caducidade de todo o conselho só quando este viesse a ser reconstituído, v. MORO VISCONTI, págs. 912 e ss, para quem é disciplina “normal”, no caso de cessação do cargo dos administradores, a prorrogação temporal do “mandato administrativo”, prevista na lei para as causas *típicas* de cessação (renúncia e esgotamento do prazo, previstas no art. 2385 do CCIt., em oposição às restantes causas, “mais graves” e fundantes de “cessação imediata”), pelo que defendia que, uma vez terminadas as funções de um ou mais administradores, se determina a “antecipação” da caducidade do tempo de duração no cargo dos outros, fazendo assim aplicável a disciplina do 2º § desse preceito (em que o efeito da caducidade temporal do título administrativo só tem efeito «no momento em que o conselho de administração for reconstituído»). Nesta linha de pensamento, também MAURIZIO MARTONE, págs. 821-822, apoiou a “eficácia retardada”, em nome da continuidade aos órgãos necessários ao funcionamento social e à tutela da confiança dos terceiros na imutada composição do conselho, e GIAN FRANCO CAMPOBASSO, *Diritto commerciale 2. Diritto delle società* cit., n. (2) – pág. 377, admitiu ser preferível a aquisição de eficácia com a nomeação dos novos administradores. Mais radical se afirmou GIOVANNI CASELLI, “Di alcune cause...”, *loc. cit.*, págs. 991-992 (incorporado por LUCIO GHIA, pág. 85), que, inspirado pela consideração de a continuidade do órgão administrativo exprimir um princípio ditado pela tutela de um interesse superior, declinou que fosse consentido à autonomia privada criar outras causas de cessação imediata de todo o órgão administrativo, para além das inspiradas por uma condição de necessidade, como a morte ou a verificação de uma verdadeira e própria incapacidade. Residualmente, PAOLO CECCHI, págs. 295-296, confiava ao intérprete a tarefa de individualizar a vontade dos sócios; neste sentido, não seria possível prescindir do conteúdo concreto da cláusula.

O § 4º do art. 2386 do *Codice Civile* veio privilegiar o que os sócios venham a estabelecer em sede de redacção da cláusula, considerando substancialmente legítimas uma ou outra solução. Porém, no silêncio estatutário, estabelece salomonicamente que a convocação da assembleia para nomeação do novo conselho

Isso não significa que, tal como vimos com acuidade a propósito dos administradores que vêm o seu cargo extinto pelo decurso do tempo, se tenha que paralisar a actividade e a funcionalidade (ainda que limitada) do órgão. Nesta etapa, já se erguem os interesses da sociedade em ser assegurada, ainda que transitoriamente, a continuidade das funções administrativas *até ser reposta a confiança perdida* numa outra configuração pessoal do órgão administrativo.

No caso da sociedade por quotas, a lei resolve o problema: “faltando definitivamente” *todos os gerentes* (mesmo que seja só um) – resultado último da produção de efeitos da cláusula “*simul stabunt simul cadent*” –, todos os sócios (ou o sócio único) assumem os poderes de administração até que sejam designados os novos gerentes (art. 253º, n.º 1). São, portanto, os sócios (ou o sócio único) que passam a administradores – *temporários e, porventura, de facto* <sup>1156</sup> –, ainda que possam ter assumido anteriormente a qualidade de gerentes, que agora caducou, seja originariamente, seja reflexamente.

No caso da sociedade anónima, não temos norma equivalente que nos valha. Mais uma vez estamos perante uma *condição temporária* mas que acautela uma perturbação não desejável da organização corporativa, sem que se deixe de fazer o pertinente controlo dos administradores *que já não são de direito mas actuam como se ainda fossem*. Deste modo, a semelhança com a caducidade simultânea de *todos os administradores* por efeito do prazo (sejam eles os originariamente nomeados ou eleitos, sejam eles os administradores substitutos de acordo com os critérios do art. 393º, n.º 3) é manifesta e aconselha a uma *aplicação analógica* do art. 391º, n.º 4, ao órgão administrativo tocado pelos efeitos da cláusula “*simul stabunt simul cadent*”: «os administradores mantêm-se em funções até nova designação» <sup>1157-1158, 1159</sup>

---

seja feita com urgência «pelos administradores que permanecem em funções» (os “causados”) – o que equivale à tese da “eficácia diferida” e o regime da *prorogatio*. Se os estatutos optarem pela tese contrária, então manda aplicar o § 5º: a convocação da assembleia compete ao *collegio sindacale*, que pode realizar actos de «administração ordinária» no período transitório.

<sup>1156</sup> V. *supra*, ponto 8.2.

<sup>1157</sup> E, assim, à possibilidade de convocar o art. 394º, n.º 1, 2.ª parte, respeitante ao requerimento da nomeação judicial de administrador, passados que sejam 180 dias sobre o momento da eficácia extintiva da cláusula “*simul stabunt simul cadent*”.

<sup>1158</sup> De facto, a caducidade contemporânea de todos os administradores é comum às duas espécies de caducidade, a prevista na lei para o esgotamento do tempo de exercício das funções administrativas e a prevista nos estatutos para a extinção reflexa das funções administrativas por mor da extinção do título de um ou mais administradores. Aliás, mesmo que a caducidade temporal-fisiológica não se confunda com a caducidade não fisiológica (v. *supra*, n. 823), o certo é que o regime de nomeação, caducidade temporal e substituição dos administradores impõe, no direito societário da anónima, um princípio imperativo,

Do regime legal que incide sobre a nomeação e substituição dos administradores não retiramos qualquer óbice a esta solução de continuidade no desenvolvimento da função administrativa. É, por natureza, uma continuidade *limitada e funcionalmente balizada pelas circunstâncias*. Os administradores caducados devem manter-se *temporariamente* em funções para, *pelo menos*, promover a realização da assembleia de sócios com o fim de nomear ou eleger os novos administradores <sup>1160</sup> e, *para além da reconstituição do órgão, se necessário, gerir e actuar em nome da sociedade*. Para isso, não é líquido que os administradores “causantes” tenham que se manter em funções (naturalmente, se puderem – excluem-se, por ex., a morte ou a incapacidade jurídica superveniente – ou a sociedade/sócios tolerarem – não será, em princípio, o caso da destituição, em particular a fundada em “justa causa”). Em rigor, só o deverão fazer se a sua participação for indispensável

---

traduzível na interligação sistemática dos arts. 391º, n.os 3 e 4 – que estabelecem um termo único de caducidade temporal não superior a quatro anos e a extinção do título administrativo pelo preenchimento desse «prazo certo» –, 393º, n.º 5, e 425º, n.º 3, 1.ª parte – que impõem que as substituições administrativas durem até ao fim do período para o qual os administradores substituídos forem eleitos –, de caducidade *sincrónica* de todos os administradores no fim do período previsto para o cargo administrativo: (i) pelo decurso do tempo, caduca o cargo no termo do prazo certo, legal ou estatutário, para todos os administradores; (ii) tal caducidade aplica-se tanto aos administradores originários, cuja extinção do título é afectada tão-só pela causa “natural” de cessação do “mandato”, como aos sucessivos administradores substitutos dos que saem no decurso do exercício, pois estes vêm durar as suas funções até ao fim desse período.

Estamos perante uma verdadeira regra *geral*, insusceptível de afastamento por intermédio de previsão estatutária com esquemas de caducidade “escalonada” ou “diferenciada” (como hoje é admitido no art. 2386, § 3º, do CCIt.): uma regra, portanto, a que se têm que submeter os eventos de carácter *excepcional* que, mesmo impedindo que os administradores cumpram até ao fim a função, não podem deixar de remeter para a duração temporal máxima do cargo dos substitutos, coincidente com o *lapso de tempo em falta no que respeita aos administradores originários (pois os administradores a que se refere o n.º 5 do art. 393º não são os administradores substitutos, ainda que por eleição, e depois substituídos mas sempre os administradores «eleitos» ao início)*. Desta forma, reparo que seja viável enxergar uma valoração legislativa “*simul stabunt simul cadent*” na duração do cargo administrativo e na respectiva cessação contemporânea de *todos* os administradores, independentemente do momento da sua designação – este é um tema assaz discutido na doutrina italiana: no sentido do exposto, v., em esp., GIANNI MIGNONE, “«Principio» di scadenza contemporanea degli amministratori e sua derogabilità statutaria”, *Giur. It.*, 1989, I, Sez. II, págs. 372 e ss, ALDO SCHERMI, “Nomina degli amministratori di società per azioni. Principio legislativo *simul stabunt simul cadent*. Derogabilità. Potere dell’assemblea straordinaria”, *Giust. civ.*, 1994, I, págs. 1353 e ss, FABIANA MASSA FELSANI, “Scadenza contemporanea e scadenza scaglionata del consiglio di amministrazione”, *Riv. dir. comm.*, 1995, págs. 542 e ss; criticamente, em nome da excepcionalidade da caducidade sincrónica para as hipóteses “não fisiológicas” de cessação, PIER GIUSTO JAEGER, “Nomina degli amministratori...”, *loc. cit.*, págs. 880 e ss –, que, no que toca ao fenómeno da prorrogação sucessiva de funções caducadas para todos os administradores, aproveita ao desenho jurídico dos efeitos da cláusula “*simul stabunt simul stabunt*”.

<sup>1159</sup> Na prática esta solução coincide com a prevista para as sociedades por quotas, *sempre que o ou os gerentes sejam sócios ou, pelo menos, quando o gerente ou alguns dos gerentes sejam sócios*: continuam a ser anteriores gerentes, ainda que chamados pela lei na qualidade de sócios a manterem-se em funções até nova designação.

<sup>1160</sup> Quando o art. 253º, n.º 2, atribui aos “sócios-administradores de facto” os «poderes de gerência», nestes está incluído o poder disjuntivo de convocar a assembleia dos sócios (n.º 3 do art. 248º).

para a constituição da maioria deliberativa do órgão – pois o legislador não requer a presença de todos os administradores, mas tão-só a maioria, para que o órgão possa validamente deliberar (art. 410º, n.º 4) <sup>1161</sup> – ou para o preenchimento das regras (legal supletiva ou estatutária) de vinculação da sociedade (arts. 261º, n.º 1, e 408º, n.º 1). Ou seja, se estivermos a falar da activação da cláusula por administradores ou por um número de administradores que sejam dispensáveis para qualquer daquelas duas realidades – nomeadamente, se corresponderem à minoria do órgão plural –, a prorrogação verifica-se somente para os administradores “causados”, que são a maioria dos membros do órgão e/ou são a parcela subjectiva do órgão de que depende o relacionamento eficaz com terceiros. E, seja para estes, seja para os “causantes” (se necessário), reitero que esse diferimento se ajusta ao respeito pelo dever de os administradores actuarem cuidadosamente no interesse da sociedade (art. 64º, n.º 1, al. a)), sem uma descontinuidade no funcionamento do órgão que possa causar danos à sociedade e os possa considerar responsáveis pela respectiva indemnização. Assim, enquanto durar esta desejável *prorogatio* dos administradores com título extinto mas ainda em funções num determinado arco de tempo – a que podemos chamar o “colégio real” <sup>1162</sup> –, *podemos ter administração de facto por parte de quem actua e enquanto actua* <sup>1163</sup>.

---

<sup>1161</sup> Ao invés das regras disciplinadoras da substituição dos administradores caducados no exercício, é precisamente nesta regra de funcionamento maioritário do conselho “incompleto” que GASPARE SPATAZZA, pág. 1268, vê assegurada a continuidade da gestão; no primeiro sentido, v., por todos, GIUSEPPE MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., pág. 484, FRANCESCO FERRARA Jr./FRANCESCO CORSI, *Gli imprenditori...* cit. 2006, pág. 600.

<sup>1162</sup> Ou seja, os membros do conselho efectivamente em exercício de funções, que se opõem ao “colégio legal” (os membros designados ou eleitos pelo acto constitutivo ou pela assembleia no número preestabelecido nos estatutos): v. GUSTAVO MINERVINI, “Morte di un amministratore...”, *loc. cit.*, pág. 787, ID., *Gli amministratori...* cit., págs. 389-390, EMILIO VALSECCHI, “Successive cooptazioni di amministratori”, *loc. cit.*, pág. 428, GASPARE SPATAZZA, n. (52) -pág. 1266.

<sup>1163</sup> Esta opção sairá reforçada se a estipulação for clara (ou dela resultar tal sentido interpretativo) quanto à prorrogação de funções dos administradores supérstites ou, até, de todos os administradores (ou seja, a manutenção de funções de *todo o conselho*). Mesmo que a cláusula estatutária implique a cessação automática de todo o conselho e não preveja o prolongamento de funções – opinião largamente preferida ou admitida como possível em Itália: GUSTAVO MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., pág. 480, ARTURO DALMARTELLO, “Validità o invalidità...”, *loc. cit.*, págs. 155-156, MORO VISCONTI, pág. 914, MAURIZIO MARTONE, pág. 819, BRUNO INZITARI, pág. 988, ALBERTO BONAITI, págs. 185-186 –, não vejo que seja de excluir esse poder dos administradores: na verdade, a cláusula tomou posição sobre o momento da eficácia extintiva, mas não arreda a prorrogação do exercício administrativo. Se, em contraponto, a redacção estatutária ditar a “manutenção de funções”, a administração de direito conserva-se até ao momento indicado no texto do pacto social.

### 8.5. As várias formas de suspensão dos administradores

Poderá assumir também a qualidade de administrador de facto o administrador que se encontre suspenso, tendo em conta que a suspensão é de igual modo espécie legal de cessação de funções.

Desde logo refiro-me aos administradores das sociedades anónimas suspensos no caso de impedimentos *temporários* ou falta *temporária* prolongada (por período superior a dois meses). O art. 400º, n.º 1, atribui ao conselho fiscal (ou fiscal único) e à comissão de auditoria essa faculdade quando (a) as condições de saúde os impossibilitem temporariamente de exercer funções <sup>1164</sup> e (b) outras circunstâncias pessoais obstem a que exerçam as suas funções por tempo presumivelmente superior a 60 dias <sup>1165</sup> e solicitem a esses órgãos essa suspensão *temporária* ou esses órgãos entendam que o interesse da sociedade o exige. Esta faculdade de suspensão assiste ao conselho geral e de supervisão nas sociedades com sistema organizatório de tipo germânico (art. 430º, n.º 3).

Nesta última estrutura, quando os administradores executivos são designados pela assembleia geral, o mesmo conselho geral e de supervisão pode suspendê-los, durante um período não superior a dois meses, como *medida preventiva* da sua proposta à assembleia dos sócios de destituição dos administradores executivos (al. b) do art. 430º, n.º 1). Não se configura expediente similar para os outros sistemas organizativos da anónima, de tal modo que é curial perguntar: poderá o órgão deliberativo interno, que tem a legitimidade exclusiva para destituir (art. 403º), fazer uso dessa medida preventiva?

Antes da Reforma de 2006, o STJ <sup>1166</sup> adoptou, na ausência da norma que hoje temos na actual versão do art. 430º, um princípio favorável para a estrutura de inspiração alemã, fazendo defluir da competência do conselho geral para “fiscalizar as actividades da direcção” (agora conselho de administração executivo) <sup>1167</sup> e “destituir

---

<sup>1164</sup> Se a impossibilidade física derivar de doença incurável ou for previsível que se prolongue para lá do termo da duração do cargo, estamos perante uma «inaptidão para o exercício normal das respectivas funções» que “justifica” a destituição, nos termos do art. 403º, n.º 4: neste sentido, COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., pág. 158 e n. (386).

<sup>1165</sup> É a mesma doutrina referida na nota anterior que, para a al. b) do art. 400º, n.º 1, exemplifica, em contraponto às «condições de saúde» incapacitantes da al. a), com circunstâncias relativas a “assistência a familiares” ou relativas ao “cumprimento de deveres legais”.

<sup>1166</sup> Refiro-me ao Ac. de **16 de Maio de 2000** (in *CJ/ASTJ*, 2000, II, pág. 65, ss).

<sup>1167</sup> V. art. 441º, n.º 1, al. d).



os directores” (agora administradores executivos) <sup>1168</sup> a competência, por maioria de razão, para suspender os (então) “directores” sempre que o interesse da sociedade o exigisse (isto é, transmutando-se em condição para que a suspensão *preventiva* não fosse *arbitrária* o pressuposto para a actuação do conselho fiscal para a suspensão temporária, tal como aparece no art. 400º, n.º 1, al. b), *in fine*). A doutrina já se apoiou nessa pronúncia judicativa como uma “boa resposta” à pergunta, sempre que a suspensão não se fundasse nos impedimentos ligados às “condições pessoais do administrador”, a que alude o art. 400º, mas a comportamentos “presumivelmente censuráveis”, e fosse essencialmente dirigida ao fim de “se apurar se existe ou não justa causa para destituição” <sup>1169</sup>. Julgo que, depois da Reforma do CSC, o alcance do princípio reclamado pela mais alta instância e trabalhado pela doutrina pode assumir uma consagração normativa se nos servirmos de uma aplicação analógica do art. 430º, n.º 1, al. b), *in fine*, de tal modo que a suspensão *preventiva* possa ser deliberada mesmo antes da destituição dos administradores comuns (mas, parece, sempre como instrumento prévio e fundante da medida *principal*: a destituição <sup>1170-1171</sup>).

Para todas estas situações, aplica-se o art. 400º, n.º 2: «[o] contrato de sociedade pode regulamentar a situação dos administradores durante o tempo de suspensão; na falta dessa regulamentação, suspendem-se todos os seus poderes, direitos e deveres, *excepto os deveres que não pressuponham o exercício efectivo de funções*» <sup>1172</sup>. Sendo assim, os administradores suspensos vêm o seu título dotado de *ineficácia* durante o período da suspensão, *sem que percam de imediato a qualidade de administrador de direito* – esta *cumulação* será característica desta *species* de administração de facto.

---

<sup>1168</sup> V. art. 441º, n.º 1, al. a).

<sup>1169</sup> COUTINHO DE ABREU, *últ. ob. cit.*, n. (386) – pág. 159.

<sup>1170</sup> Nessa mesma decisão do STJ (págs. 65-66), destaca-se que a suspensão tem uma natureza *preventiva*, em face da prática de uma gestão lesiva dos interesses da sociedade, e – a linguagem é minha – *instrumental* para se analisar os actos de gestão e apurar razões para a eventual destituição do administrador suspenso (no caso, a suspensão originou a realização de um inquérito e foi o seu relatório final que alicerçou a subsequente deliberação de destituição, com “justa causa” confirmada pelo tribunal).

<sup>1171</sup> Consagração essa que, com o mesmo condicionamento, deve ser estendida às sociedades por quotas, atendendo ao que o art. 246º, n.º 1, al. d), e n.º 2, al. a), prevê quanto às competências dos sócios quotistas no que toca à destituição e designação de gerentes (independentemente da aprovação de analogia em relação à migração do art. 400º para a disciplina legal quotista). Para uma hipótese de providência cautelar de suspensão cautelar de uma deliberação de “suspensão das funções de gerente”, v. o Ac. da **Relação de Lisboa, de 12 de Novembro de 1987** (in *CJ*, 1987, V, pág. 101, ss).

<sup>1172</sup> Aplicar-se-á também à estrutura germânica, ainda no âmbito da remissão do art. 430º, n.º 3, que para o efeito deve ser, não só visto para a suspensão temporária, antes alargado à suspensão *preventiva*: a decisão em ambas as hipóteses é sempre do conselho geral e de supervisão.

Vejam os mais de perto.

O art. 400º, n.º 2, aparece-nos como uma norma dispositiva, que habilita os sócios a conformarem funcionalmente o período de suspensão dos administradores. A questão é saber quais os poderes que assistem à liberdade estatutária dos sócios e os poderes que se mantêm vigentes na esfera de disponibilidade do administrador suspenso independentemente do exercício dessa liberdade estatutária, de modo que possamos dar sentido ao âmbito do art. 400º, n.º 2. A regra supletiva parece ser um *limite objectivo* a esse poder de conformação: não se postergam os deveres que não estejam conexos com o «exercício efectivo de funções».

Ao exigir-se que os deveres que ficam (digamos assim) *pendentes* não sejam necessários para esse exercício efectivo da administração, retirará da nossa visão os deveres específicos e o dever geral de cuidado, orientados para a tomada de decisões e a condução da «actividade da sociedade» (cfr. al. *a*) do art. 64º, n.º 1). E, por maioria de razão, o dever de vigilância e fiscalização da actividade dos administradores não suspensos (ainda manifestação desse dever geral de cuidado). Ao invés, o dever de lealdade mantém-se pujante <sup>1173</sup> – pelo menos nas refrações de proibição de concorrência, de não aproveitamento de oportunidades negociais e de sigilo. É nesta constelação de obrigações que vemos ainda o administrador de direito *como se não estivesse suspenso, porque ainda devedor de obrigações em vigor na sua relação com a sociedade*. No restante painel obrigacional *afectado pela suspensão*, temos, em rigor, *a esfera de possível actuação de um administrador de facto, onde vigoram os poderes e os direitos correspondentes ao exercício da gestão que, uma vez exercidos, poderão conduzir a essa qualificação*. Mais: *uma vez qualificado como administrador de facto, poderão ser-lhe exigidos os deveres cujo cumprimento não lhe é mais exigido como administrador de direito*.

À falta de menção, essa norma do n.º 2 do art. 400º deve também ser dedicada às hipóteses (não fundamentadas no art. 400º, n.º 1) de *pausa* das funções administrativas causada pela activação de instrumentos legais que consentem aos sócios requerer a intervenção do tribunal no âmbito da administração social. Tratam-se de diligências de *controlo judicial*, ainda que, numa perspectiva endossocietária, com a predisposição de instrumentos típicos de solução dos conflitos sociais internos.

---

<sup>1173</sup> Do mesmo modo: ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Comerciais anotado...* cit., *sub* art. 400º, pág. 1067, anot. 3.

Instrumentos que colmatam a “condução da empresa social não coerente com as regras para ela ditadas” e que se colocam em face, “não da dimensão do singular *acto* ilícito, mas sim da *actividade*” de administrador <sup>1174</sup>.

Falo da *suspensão judicial* (igualmente *preventiva*) dos administradores em processos de jurisdição voluntária: (i) a suspensão decretada em processo de inquérito judicial da sociedade em que o juiz ordene a nomeação de um administrador a quem compete «praticar os actos indispensáveis para reposição da legalidade» (art. 292º, n.º 4, com relação com a al. c) do n.º 3 e a al. b) do n.º 2, que se deve articular com o CPC<sup>1175-1176</sup>) <sup>1177</sup>; (ii) a suspensão decidida em processo (de jurisdição voluntária) de

---

<sup>1174</sup> Estamos, por isso, num âmbito diferente do da responsabilidade: aproveito CARLO ANGELICI, *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, 2003, págs. 132-133, com alusão aos arts. 2409 e 2476 do CCIt. (v. *infra*, n. 1177).

<sup>1175</sup> Para o requerimento de inquérito judicial nos vários tipos sociais, v. os arts. 181º, n.º 6 (nas sociedades em nome colectivo, não se deve considerar a remissão feita para o art. 450º, que nos envia para o art. 449º, que permite a realização de inquérito judicial no âmbito do “abuso de informação”, como excludente da aplicação às sociedades em nome colectivo do art. 292º, n.º 2: concordo com CARLOS PINHEIRO TORRES, *O direito à informação nas sociedades comerciais*, 1998, n. (363) – pág. 236, e adopto a “estranheza” de COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II cit., n. (136) – pág. 269), 216º, n.º 1, e 292º, n.º 1 (para o qual remete o art. 478º). Tratamos do processo de inquérito judicial “normal”; outro processo – denominado como “especialíssimo” – é o previsto no art. 67º (em alusão ao art. 65º, n.º 5), para o qual se remete no art. 1479º, n.º 3, do CPC, para a falta atempada de prestação das contas sociais e a requerimento de qualquer sócio – as designações adoptadas pertencem a JOÃO LABAREDA, “Notícia sobre os processos destinados ao exercício de direitos sociais”, *DJ*, 1999, I, pág. 67. Vejam-se ainda as previsões de inquérito judicial delineadas no art. 68º, n.º 2, para decisão, sob iniciativa dos administradores, sobre a reforma das contas sociais (deliberada pela assembleia geral, nos termos do n.º 1), e no art. 255º, n.º 2, para redução de remuneração «gravemente desproporcionada» dos sócios gerentes das sociedades por quotas (aplicável por analogia aos administradores, sócios ou não, das sociedades anónimas: COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., pág. 95).

Uma vez peticionada a realização de inquérito, seguem-se os termos dos arts. 1479º, n.ºs 1 e 2, 1480º a 1482º do CPC. Nestes, vejam-se, em particular, os arts. 1480º, para identificar os actos da responsabilidade do perito-investigador nomeado pelo tribunal para a elaboração do “relatório do inquérito” (n.º 3; cfr. também o art. 1482º, n.ºs 1 e 2); 1481º, norma que atribui ao juiz o poder de ordenar as «medidas cautelares convenientes» para «garantia dos interesses da sociedade, dos sócios ou dos credores sociais», «sempre que se indiciem a existência de irregularidades ou a prática de quaisquer actos susceptíveis de entravar a investigação em curso», seja durante a realização do inquérito (é literalmente aquilo que este preceito dita: estarão, aqui, desde logo, as providências de conservação do património da sociedade, mas também o afastamento dos administradores incumpridores do dever de informação e de outros deveres administrativos), seja depois de requeridas, em especial (nos termos do art. 1482º, n.º 2, do CPC), a destituição de administradores e a nomeação de administrador (se não tivessem sido já requeridas e/ou ordenadas: veja-se a parte final do art. 1479º, n.º 1, do CPC: «providências convenientes»), depois de notificados a decisão sobre a matéria de facto constante ou o próprio relatório final (neste sentido, alerte-se para o facto de que o eventual administrador nomeado no processo pode «propor e fazer seguir, em nome da sociedade, acções de responsabilidade, baseadas em factos apurados no processo»: art. 292º, n.º 3, al. a)); por outro lado, a destituição é fundada em responsabilidade por actos praticados no exercício de cargos sociais «que tenha sido apurada», tanto aquela que fica suficientemente indiciada no requerimento, contestada ou não, seja aquela que advém do que consta do relatório, ou da sua parte relativa à matéria de facto [em acrescento, note-se que a citação é feita a quem são imputadas «irregularidades graves no exercício das suas funções»]; e 1482º, em especial o n.º 2 para identificar a providência, estabelecida no art. 292º, n.º 2, al. b), de «nomeação judicial de um administrador ou director, com as funções previstas no

Código das Sociedades Comerciais (isto é, no n.º 3 desse art. 292º; sem embargo de dever ser aplicável a esta hipótese o art. 1484º, independentemente de a nomeação ser de impulso oficioso). O regime processual não esgota, porém, o âmbito das diligências judiciais: para o completar, para além dos mencionados n.os 2 e 3 do art. 292º, é essencial conhecer os n.os 4 – «No caso previsto na alínea c) do número anterior [ao administrador nomeado judicialmente compete «praticar os actos indispensáveis para reposição da legalidade»], o juiz pode suspender os restantes administradores que se mantenham em funções ou proibi-los de interferir nas tarefas confiadas à pessoa nomeada» – e 5 – «As funções do administrador nomeado (...) terminam: a) Nos casos previstos nas alíneas a) e c) do n.º 3, quando, ouvidos os interessados, o juiz considere desnecessária a sua continuação; b) No caso previsto na alínea b) do n.º 3, quando forem eleitos os novos administradores».

<sup>1176</sup> O regime dos n.os 2 e ss do art. 292º – onde estão as “saídas draconianas” das alíneas do n.º 2: a qualificação é de MENEZES CORDEIRO, *SA: assembleia geral...* cit., pág. 219 – é aplicável às sociedades por quotas, em virtude da remissão feita pelo art. 216º, n.º 2.

<sup>1177</sup> O antecedente deste regime encontra-se no art. 29º do DL n.º 49 381 de 1969, cujo n.º 1 facultava aos accionistas (representantes de 1/10 do capital social) a solicitação ao tribunal de inquérito para o apuramento de irregularidades graves no exercício das funções dos administradores e a adopção das providências convenientes para a garantia dos interesses da sociedade. No caso de se provarem tais irregularidades, o tribunal, para além da destituição dos administradores e da nomeação de um administrador judicial (com fixação dos seus poderes e o prazo das suas funções), poderia ainda ordenar as *medidas cautelares* que considerasse convenientes para aquela garantia (veja-se a inspiração para o art. 1481º do CPC, desde logo assim epigrafado). Não obstante a denominação legal, a jurisprudência assinalou que essas medidas não estavam previstas com a natureza e a estrutura de procedimento cautelar: (i) “porque a medida [concernente à destituição] não é tomada em processo que seja dependência de uma causa que tenha por fundamento o direito acautelado, processo que é instaurado como preliminar dessa causa ou como seu incidente (...), antes a medida é adoptada no próprio processo de inquérito judicial, que tem natureza autónoma”; (ii) “a medida não surge aí com carácter provisório ou dependente, no sentido de que se extinguirá sempre com o fim da acção em que se discuta a relação jurídica litigiosa, mas é ela mesmo objectivo desta acção” (**Ac. da Relação do Porto, de 28 de Julho de 1983**, in *CJ*, 1983, IV, pág. 235, ss, ponto I do Sumário e pág. 237).

Estas considerações mantêm a sua valia e, também por isso, adopto a dicotomia suspensão *preventiva* (judicial não cautelar) vs suspensão *cautelar* (ainda judicial mas própria dos procedimentos cautelares, comum ou especificado de suspensão de deliberação social).

No que respeita a estes mecanismos preventivos e cautelares, deparamos com a experiência do direito italiano, fundamentalmente orientada para a tutela dos interesses dos minoritários e de correcta administração no seio das sociedades. Por um lado, temos o “procedimento cautelar de destituição judicial”, conexo (mesmo *ante causam*) à acção de responsabilidade por danos provocados à sociedade de responsabilidade limitada, instaurada por qualquer sócio, na hipótese de «graves irregularidades na gestão da sociedade» (art. 2476, § 3º, do CCIt.). Na *società per azioni*, por seu turno, a destituição operada pelo tribunal pode acontecer na sequência de uma denúncia feita por sócios, que representem 10% do capital social (ou 20%, se as sociedades estiverem cotadas), a propósito do cometimento de “graves irregularidades na gestão que possam acarretar danos para a sociedade ou para uma ou mais sociedades controladas». Nessa circunstância (limitada aos “casos mais graves»), o tribunal nomeia um «administrador judicial», a quem determina os poderes e a duração do cargo (v. art. 2409, em esp. §§ 1º e 4º, do *Codice Civile*, expediente que a doutrina e a jurisprudência maioritárias não aplica às sociedades de responsabilidade limitada). V., para apoio, VALERIO SANGIOVANNI, “La revoca degli amministratori di s.r.l.”, *Società*, 2007, págs. 1328 e ss, nomeadamente 1332-1333, FRANCESCA BENATTI, “Osservazioni sulla revoca cautelare degli amministratori di s.r.l.”, *Giur. comm.*, 2007, págs. 874 e ss. Para uma verificação do carácter “preventivo” do procedimento de controlo judicial levado a cabo pelo art. 2409, com vista a conferir transparência às relações futuras da sociedade e a eliminar as consequências das irregularidades da gestão progressiva, v. a decisão do **Tribunale de Milano, de 7 de Julho de 1995** (in *Giur. It.*, 1995, I, Sez. II, pág. 593, ss).

destituição judicial (com fundamento em justa causa), desde que requerida e na dependência do pedido principal (arts. 191º, n.os 4 e 7, 257º, n.os 3, 4 e 5 <sup>1178</sup>, 403º, n.º 3, e 1484º-B, n.º 2, do CPC <sup>1179</sup>). <sup>1180</sup>

### 8.5.1. Em particular: a suspensão judicial cautelar

Julgo que o art. 400º, n.º 2, deve ser igualmente aplicado numa outra hipótese de suspensão do cargo administrativo: a que ressuma da *providência cautelar de suspensão da deliberação social de designação dos gerentes ou administradores* (nos termos dos art. 396º e ss do CPC) <sup>1181</sup>.

A decisão judicial cautelar paralisa a *globalidade* dos efeitos jurídicos a que tende o acto deliberativo. Se bem vemos a finalidade desta providência (prevenir a ocorrência de danos futuros subsequentes à concretização do perigo de demora processual, em favor dos interesses do autor da acção de que o procedimento cautelar é dependência, de forma que não se prejudique a utilidade prática da iniciativa

---

<sup>1178</sup> Nesse n.º 3, a lei só autoriza a destituição de gerente titular de direito especial à gerência por decisão judicial, de acordo com o processo de jurisdição voluntária predisposto pelo art. 1484º-B do CPC, com base em «justa causa» e previamente deliberada pela sociedade (um privilégio do sócio titular desse direito especial; aliás, a «revogação» – *rectius*, supressão ou expurgação – da cláusula estatutária atributiva desse direito também é parte do “objecto da acção”, nos termos do n.º 4 do art. 1484º-B do CPC). Já no n.º 4 se prevê a faculdade de qualquer sócio, individual e independentemente de deliberação social, pedir judicialmente a suspensão e destituição do gerente, com fundamento em justa causa. Por fim, o n.º 5 reserva-se para a destituição (sem obviar à suspensão) nas sociedades por quotas bipssoais.

<sup>1179</sup> Inequivocamente a favor do “carácter universal” do processo previsto no art. 1484º-B do CPC no que respeita a todos os casos de suspensão e destituição judicial de administradores contemplados no CSC (em geral, o “afastamento compulsivo de gestores ou titulares de outros órgãos sociais por decisão judicial”), JOÃO LABAREDA, “Notícia sobre os processos...”, *loc. cit.*, pág. 78).

<sup>1180</sup> Na hipótese prevista pelo art. 257º, n.º 3, a melhor doutrina destacou que a suspensão remediava o facto de o sistema criado pelo legislador incorrer num “grave inconveniente: a manutenção do gerente, apesar da justa causa, até ao trânsito em julgado da sentença que os destitua e que produz efeito *ex nunc*” (RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas. Comentário...*, volume III cit., *sub art.* 257º, pág. 111), pelo que se justificava uma “medida cautelar destinada a prevenir os riscos e obviar aos prejuízos decorrentes da continuação em funções” (JOÃO LABAREDA, *últ. est. e loc. cits.*, n. (1) – pág. 77, a propósito da “suspensão de titulares de órgãos sociais” ditada no âmbito de aplicação do art. 1484º-B do CPC).

<sup>1181</sup> Também será o caso de uma providência cautelar inominada de “suspensão do cargo” ou de “suspensão do exercício das funções” de administrador (art. 381º, n.º 1, do CPC), fora das hipóteses de vício da deliberação de designação do administrador. No entanto, não vejo que essa providência não especificada possa absorver a suspensão determinada no contexto do art. 1484º-B do CPC, nem que a suspensão (jurisdicional voluntária) tenha que obedecer aos requisitos próprios das providências cautelares; na realidade, em função da *indissociabilidade* com os factos apresentados como fundantes da justa causa da destituição requerida, a decisão prevista no n.º 2 daquele preceito está sim submetida aos pressupostos dos processos de jurisdição voluntária (que não seguem os princípios adjectivos de uma “jurisdição contenciosa”: v. ANTUNES VARELA/J. MIGUEL BEZERRA/SAMPAIO E NORA, *Manual de processo civil*, 1985, págs. 69 e ss), em particular os resultantes dos arts. 1409º, n.º 2, 1410º e 1411º, n.os 1 e 2, do CPC. Em sentido contrário, o **Ac. da Relação do Porto, de 8 de Janeiro de 2008** (in *www.dgsi.pt*, processo 00040936, especialmente pág. 8/11); na doutrina, aparentemente, JOÃO LABAREDA, *últ. est. e loc. cits.*, pág. 79.

judicial e não se torne em mero *flatus vocis* a pronúncia definitiva da acção principal<sup>1182-1183</sup>), ela não visa atacar apenas a *irradiação imediata da aquisição da qualidade de administrador* (enquanto efeito *imediato e típico* da deliberação que expressará essa vontade social, uma vez integrado pela aceitação da nomeação por parte dos administradores <sup>1184</sup>). Na realidade, o efeito jurídico correspondente ao

---

<sup>1182</sup> Não tem sido este o entendimento dominante da nossa jurisprudência, que tem arrimado serem os prejuízos que resultam da execução da deliberação social o núcleo de avaliação da geração de «dano apreciável» para a sociedade (isto é, do *periculum in mora*): por ex., entre tantos (como alguns dos que estão relacionados *infra*, n. 1196), nomeiem-se os antigos Acs. do **STJ**, de **6 de Janeiro de 1961** (in *BMJ* n.º 103, 1961, pág. 644, ss.) e de **27 de Fevereiro de 1962** (in *BMJ* n.º 114, 1962, pág. 500, ss); precisamente para a nomeação de gerente, v. ainda o Ac. da **Relação de Guimarães**, de **13 de Abril de 2005** (in *CJ*, 2005, II, pág. 292, seg.); seguem-se, nesta linha, os contributos de ABRANTES GERALDES, *Temas da reforma do processo civil*, IV volume, 6. *Procedimentos cautelares especificados*, 2001, págs. 91-92, LEBRE DE FREITAS/MONTALVÃO MACHADO/RUI PINTO, *Código de processo civil anotado*, Volume 2º, *Artigos 381º a 675º*, 2001, sub art. 396º, págs. 89, 91, PINTO FURTADO, *Deliberações de sociedades comerciais cit.*, págs. 763-764 (para o Autor, que sublinha o que se transcreve, estamos perante “uma providência *interina e expedita* que poderá obter-se quando a materialização imediata de uma *deliberação*, que se pretenda contestar judicialmente, seja susceptível de causar *dano apreciável*”), 787-789 (que reproduz a sua anterior e inspiradora *Deliberações dos sócios*, Comentário ao Código das Sociedades Comerciais, *Artigos 53 a 63*, 1993, sub art. 60º, págs. 467-468, 495-497). Divergentemente da corrente jurisprudencial, mas reflectidos concordantemente no texto, v., em geral, ALBERTO DOS REIS, “A figura do processo cautelar”, *BMJ* n.º 3, 1942, págs. 42 (obvia-se o “perigo resultante da demora a que está sujeito um outro processo (o processo principal), ou, por outras palavras, o perigo derivado do caminho, mais ou menos longo, que o processo principal tem de percorrer até à decisão definitiva”), 47, 55 (a exigência de se demonstrar a possibilidade de resultar dano apreciável da execução das deliberações corresponde “ao *perigo* de insatisfação do direito [a pedir a anulação da deliberação] em consequência da demora da decisão definitiva”) e 56; ID., *Código de Processo Civil anotado*, volume I, 1982 (reimp.), sub arts. 403º/404º, págs. 677-678 (não obstante se refira a execução da deliberação como causa de prejuízo, salienta-se o “dano jurídico que pode resultar da necessidade de que a decisão definitiva seja o termo dum longo percurso processual”); ANTUNES VARELA/J. MIGUEL BEZERRA/SAMPAIO E NORA, pág. 24 (“prevenir o perigo da *demora* inevitável no processamento normal da acção”); em particular para a suspensão das deliberações sociais, VASCO LOBO XAVIER, *O conteúdo da providência de suspensão de deliberações sociais*, 1978, págs. 20 e ss, 54-56 (o dano “é todo aquele que derive do facto de a eficácia da deliberação ser tomada em conta até à sentença anulatória, ainda que para efeitos diversos da execução do acto”); ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “Suspensão de deliberações sociais de sociedades comerciais: alguns problemas”, *ROA*, 2003, pág. 361, ID., “A propósito da suspensão de deliberações sociais e do princípio da igualdade de tratamento”, *CDP*, 2006, pág. 48; esta corrente, exemplificativamente, foi adoptada pela **Relação de Lisboa**, nos Acs. de **28 de Outubro de 1993** (in *CJ*, 1993, V, pág. 104, ss) e de **3 de Outubro de 1995** (in *CJ*, 1995, IV, pág. 99, ss, a págs. 102), e pela **Relação de Évora**, no Ac. de **9 de Fevereiro de 2006** (in *CJ*, 2006, I, pág. 250, seg.; o ponto II do Sumário reza assim: “[t]odavia, o dano apreciável que constitui requisito da providência cautelar de suspensão de deliberações sociais é o directa e imediatamente decorrente da demora na decisão judicial de impugnação de tais deliberações e não o que flui da execução da própria deliberação”).

<sup>1183</sup> A legitimidade processual activa para requerer este procedimento cautelar especificado pertence a «qualquer sócio»: art. 396º, n.º 1, do CPC (mas v., no que respeita à anulação, a necessidade de a norma se conformar com o art. 59º, n.ºs 1 e 6).

<sup>1184</sup> Se houver *rejeição expressa* da eleição ou actos incompatíveis com a vontade de aceitar a eleição e assumir o ofício administrativo, independentemente da publicidade do acto (*rejeição tácita*), não se coloca o problema de suspender a execução da deliberação respectiva: a deliberação não é susceptível de execução. No direito italiano: “sempre que a aceitação da nomeação não seja manifestada pelo menos de forma tácita, qualquer problemática sobre a suspendibilidade da execução da deliberação respectiva deve considerar-se superada” (CORRADO ZAGANELLI, “Sulla sospensione di delibere di nomina di amministratori di società per azioni e cooperative”, *Giur. Comm.*, 1976, II, n. (5) – pág. 364).

conteúdo da vontade dos sócios que aprovaram essa deliberação vai mais longe e não se esgota – enquanto actos “executivos” típicos – na comunicação ou notificação da eleição às pessoas eleitas (e sua aceitação <sup>1185</sup>) e subsequentes registo e publicação<sup>1186-1187</sup>, nem sequer, já agora, a execução de tal deliberação se cinge restritamente ao âmbito da relação sociedade-administradores <sup>1188</sup>.

---

<sup>1185</sup> Neste contexto, é comum encontrarmos a referência à “tomada de posse” dos administradores eleitos.

<sup>1186</sup> Sobre tais actos como actos “complementares” da execução da deliberação de eleição dos administradores, v. *infra*, n. 1192. De todo o modo, “esta actividade notificativa que integraria a execução da deliberação, embora *juridicamente autónoma* em relação ao acto colegial, não se distinguirá *materialmente* do próprio procedimento do acto: é o que sucede quando o administrador nomeado se encontra presente na assembleia geral que o elege”: VASCO LOBO XAVIER, “Suspensão de deliberações sociais ditas «já executadas»” (Anotação ao Acórdão de 14 de Julho de 1987 do Tribunal da Relação de Coimbra), *RLJ* n.ºs 3801-3802, 1991, pág. 379, sublinhei; para isso, basta ser sócio e estar presente na reunião.

<sup>1187</sup> Esta leitura correspondeu a uma corrente jurisprudencial firmada designadamente na **Relação de Coimbra** – v., em esp., os Acs. de **1 de Junho de 1982** (in *CJ*, 1982, III, pág. 45, seg.: perspectiva contrária seria “confundir a execução da deliberação com as suas consequências”), de **14 de Julho de 1987** (in *RLJ* n.º 3801, 1991, pág. 371, ss: deliberação social que elegeu o novo conselho de administração de sociedade anónima), de **20 de Outubro de 1987** (in *CJ*, 1987, IV, pág. 82, ss: deliberação social que elegeu os “corpos sociais” de sociedade anónima), tendo estes dois últimos arestos defendido que essas deliberações se executaram imediatamente com a própria deliberação e não poderiam ser suspensas, sob pena de se suspenderem os efeitos dessa deliberação, que só na acção principal poderiam ser apreciados, e de **13 de Junho de 1989** (in *BMJ* n.º 388, 1989, pág. 615: deliberação de nomeação de gerente, subsequente a uma outra de destituição de gerente) –, que encontrou base na (aparentemente) precursora doutrina de RODRIGUES BASTOS, *Notas ao Código de Processo Civil*, volume II, *Arts. 264º a 466º*, 2000 (mas 1.ª ed. de 1966), *sub art.* 396º, pág. 182 (“Parece indubitável que a lei apenas consente a suspensão da *execução*, e não a dos actos, danosos ou não, que se lhe sigam no tempo.(...) se considerarmos que a execução perdura enquanto se mantém o estado criado pela resolução tomada, todas as deliberações se têm de haver como de execução permanente, passando a suspender-se, não o acto deliberado ou a resolução tomada, mas sim actos que são já o resultado, mais ou menos remoto, da deliberação cuja validade se discute na acção principal. Não supomos que tenha sido esse o pensamento que informou a norma legal”, pelo que “[a] execução da deliberação pode ser suspensa enquanto não forem praticados os actos que traduzam o querer da pessoa colectiva, manifestado na deliberação impugnada, ou a impugnar no processo principal; praticados esses actos não se pode suspender um procedimento que já teve lugar”), e é hoje ainda acolhida por MENEZES CORDEIRO, *SA: assembleia geral...* cit., págs. 259-261 (“Pode acontecer que uma deliberação executada crie situações jurídicas que irão provocar outros efeitos. (...) Quando isso suceda, a actuação lógica, em planos cautelares, será: um pedido de suspensão da deliberação social contra a sociedade; um procedimento cautelar comum contra terceiros em causa, pedindo que se abstenham (...).”; “Perante uma designação, a suspensão é inviável: havendo aceitação (e registo), a situação de fundo já não depende de simples deliberação; haveria que demandar o próprio designado, o que implicaria um procedimento diverso do da suspensão de deliberações”).

Quanto a esta possibilidade de instaurar e ser decretado o procedimento cautelar não especificado de “suspensão do cargo” de administrador ou gerente da sociedade, refira-se que essa providência não se confunde, em particular nos seus pressupostos, com a suspensão judicial que venha a ser tomada nos processos de jurisdição voluntária de «inquérito judicial à sociedade» e de «suspensão ou destituição de titulares de órgãos sociais». Não andou bem, por isso, a **Relação de Guimarães**, que, no seu Ac. de **22 de Fevereiro de 2007** (in *CJ*, 2007, I, pág. 286, seg.), trasladou a sua retórica discursiva para o âmbito de aplicação do art. 257º, n.ºs 4 e 5 (no que toca à legitimidade passiva na acção de destituição judicial com justa causa numa sociedade por quotas com dois sócios), ignorando o domínio de apreciação do recurso em sede dos requisitos da providência cautelar (art. 381º do CPC). Nem bem perlustrou o caso a **Relação de Lisboa**, que, no respectivo Ac. de **29 de Maio de 2003** (in *www.dgsi.pt*, processo 2920/2003-2, em esp. págs. 4-5/5), se manifestou contra o recurso à “providência cautelar comum” com o fim de inibir judicialmente a prática

Deveremos ir mais longe no âmbito da suspensão determinada por força da providência cautelar. Esta, ao actuar sobre o efeito jurídico da deliberação, implica que a realidade jurídica se conforme com o comando cautelar e, ademais, que a realidade material se adeque à nova situação jurídica, ao novo *dover essere* inserido nesse comando. Um *dictum* que neutralizará os efeitos do acto deliberativo de tal modo que a *mudança da realidade operada temporariamente* conduza a uma situação jurídica o mais análoga àquela que se teria se a deliberação não tivesse sido emanada<sup>1189</sup>. Um comando, portanto, que abrange, tendo em vista a *mudança da situação jurídica do administrador* a que o requerente do procedimento cautelar aspira quando visa antecipar (pelo menos numa *parte fundamental*) os efeitos derivados da sentença correspondente à declaração na acção principal (*maxime*, de anulabilidade da deliberação <sup>1190</sup>) <sup>1191</sup>, “todos os actos a que os órgãos da sociedade

---

dos actos(=exercício dos poderes) de gerência numa sociedade por quotas, uma vez que o expediente destinado à paralisação desses poderes se encontraria no expediente proporcionado pelo art. 1484º-B do CPC [«Suspensão ou destituição de titulares de órgãos sociais»].

<sup>1188</sup> Segundo a posição de VASCO LOBO XAVIER, que tenho seguido e seguirei muito de perto, a função cautelar que se assinala à suspensão de deliberações sociais alcança-se, desde logo, se a providência atingir directamente esta relação entre sociedade e administradores, “tal como é formada ou modelada pela deliberação suspensa, paralisando o vínculo de execução que para aqueles derivava da mesma deliberação” (*O conteúdo da providência de suspensão... cit.*, pág. 42).

<sup>1189</sup> V., para este ponto, ULISSE COREA, “Profili del provvedimento cautelare di sospensione delle deliberazioni societarie”, *Riv. dir. comm.*, 2006, pág. 68.

<sup>1190</sup> Assim é uma vez que, em rigor, a *nulidade* da deliberação importa, sem mais, a insusceptibilidade de produção *ab initio* dos efeitos jurídicos para que tende (v., por todos, sobre a “ineficácia total” em que permanecem continuamente os negócios nulos, KARL LARENZ/MANFRED WOLF, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 2004, págs. 796-797) e sem dependência de qualquer “vontade a desencadear” (a sua operatividade *ipso iure*: v. MENEZES CORDEIRO, *Da confirmação no direito civil*, 2008, pág. 83). Também a *ineficácia em sentido estrito* da deliberação, uma vez que, durante a situação de pendência dos efeitos, nenhum efeito *executivo* se produz (mas permanece o efeito *genético* de nomeação dos administradores, desde que seja um efeito insusceptível de ser paralisado *na disciplina societária* nos termos da especialidade ditada pelo art. 55º), mesmo que essa ineficácia dispense o recurso a tribunal para a paralisia associada ser decretada. Ainda assim, a suspensão, nessas circunstâncias, visa uma “regulamentação provisória” da situação, destinada a evitar que se considere a produção de efeitos desde o momento em que foi tomada a deliberação, ainda que não seja susceptível de os produzir, até à pronúncia judicial na acção principal (é a corrente sustentada por VASCO LOBO XAVIER, *últ. ob. cit.*, págs. 58, 73-74, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “Suspensão de deliberações sociais...”, *loc. cit.*, pags. 350-351; favoravelmente, VAZ SERRA, “Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de Dezembro de 1976 – Anotação”, *RLJ* n.ºs 3608/3609, 1977-1978, pág. 371: “embora a deliberação nula não produza os efeitos jurídicos com ela visados (...), a sua execução pode ser susceptível de causar prejuízos, a ponto de ser razoável que os interessados possam requerer e obter a suspensão dessa execução”); em sentido contrário, postulando a necessidade de o objecto da suspensão das deliberações ser a execução material das mesmas para que a providência incida sobre deliberações inquinadas de nulidade, ineficácia em sentido estrito ou inexistência, que não são dotadas de eficácia, de maneira que a construção de “pendência da eficácia” só seria possível relativamente à anulabilidade, v. PINTO FURTADO, *Deliberações de sociedades comerciais cit.*, págs. 766-770).

Mas não mais do que isso. A começar pelo efeito jurídico-material precipitado na desvinculação dos administradores em cumprir/executar a deliberação (assim, VASCO LOBO XAVIER, *últ. ob. cit.*, págs. 42, 44-



-45, 47, entre outras), uma vez que, nas hipóteses de deliberações nulas e ineficazes, desprovidas originariamente de efeitos, mesmo sem providência cautelar já resultaria *a priori* o dever de as não cumprir (expressamente neste sentido para as deliberações nulas, a que se chega por argumentação *a contrario* do próprio art. 72º, n.º 5, assim como da consideração do disposto pelos arts. 412º, n.º 4, do CSC e 24º, n.º 3, do CVM, v., na esteira da doutrina estrangeira tradicional (alemã e italiana), a que aludem com pormenor, RAÚL VENTURA/BRITO CORREIA, págs. 76 e 409, VASCO LOBO XAVIER, *Anulação de deliberação social...* cit., n. (101) – pág. 358, n. (107ª) – págs. 369-370, e, mais recentemente, CALVÃO DA SILVA, “Conflito de interesses...”, *loc. cit.*, pág. 111, COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., pág. 60, RICARDO COSTA, “Responsabilidade civil societária...”, *loc. cit.*, pág. 42). Já quanto às deliberações anuláveis, a suspensão cautelar traz um dado novo para a esfera dos administradores: o dever de, em princípio, as não executar até decisão final da acção principal, sem dependência de qualquer outra ponderação sobre as circunstâncias em que foi adoptada e/ou da sua eventual responsabilização pela execução.

<sup>1191</sup> Uma vez integrada no discurso uma visão ampla da esfera applicativa do instituto, atrevo-me a avançar (num ponto obviamente *fracturante*) que a providência cautelar de suspensão das deliberações sociais, para além de, como seu escopo primeiro e processualmente manifesto, *conservar* o efeito útil da acção principal (visa assegurar a permanência da situação existente no momento em que o conflito foi desencadeado ou quando se verificou a circunstância de *periculum in mora*, de tal modo que o direito do requerente mantenha a possibilidade de ser reintegrado), acaba por revelar, em substância, um carácter *antecipatório*, colocando-se a sua decisão “como uma verdadeira e própria «decisão antecipada e provisória do mérito»”, em relação à futura (e hipotética) sentença de invalidação da deliberação deduzida em juízo, “destinada a durar até à procedência do procedimento principal em relação ao qual o procedimento cautelar é estruturalmente conexo”. Esta é a visão italiana, por ex., de CORRADO ZAGANELLI, págs. 372-373; também ANGELO SCALA, “Profili processuali dei nuovi artt. 2377 e 2378 in tema di impugnazione delle delibere assembleari invalide”, *Il nuovo diritto delle società – Liber amicorum Gian Franco Campobasso*, volume 2, *Assemblea – Amministrazione*, 2006, pág. 285, o sustenta com base nas “consequências de carácter sistemático de certo relevo” que lhe subjazem.

O assunto não é pacífico, longe disso, entre os que falam de uma *antecipação parcial dos efeitos da sentença* – por ex., encontrei CORRADO FERRI, “I procedimenti cautelari ed urgenti in materia di società commerciale”, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, págs. 134-136, 137-138, que explicitou que a tutela cautelar apenas pode inibir provisoriamente os efeitos que ameaçam ou prejudicam o “direito substancial” alegado (incluindo direitos potestativos, pretensões, faculdades, obrigações, etc., relacionados ou coligados com a *fattispecie atto-deliberação*); o mesmo Autor parece até ser, em oportunidade recente, mais radical nas reservas de qualificação antecipatória da providência: cfr. “Le impugnazioni di delibere assembleari. Profili processuali”, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, *Supplemento al n. 1, Numero speciale – Diritto e processo commerciale*, págs. 63-65 –, os que a *desvalorizam*, em face da predominância conservatória da situação de facto e de direito que a sentença vai verificar – v. ALESSANDRO ARRIGONI, “Note sulla sospensione delle deliberazioni assembleari di nomina degli amministratori di s.p.a”, *Giur. comm.*, 2000, II, págs. 159-160 – e os que *negam, pura e simplesmente, essa antecipação* – por ex., SALVATORE SANZO, “Articolo 2378. Procedimento d’impugnazione”, *Il nuovo diritto societario*, Volume 1\*, *Artt. 2325-2409 c.c.*, diretto da Gastone Cottino e Guido Bonfante, Oreste Cagnasso, Paolo Montalenti, 2004, pág. 642.

Tomar posição nesta disputa sobre o instituto implica dissecar a *função* – o escopo objectivo-prático que emerge das normas que o regem – e a sua *estrutura* – a técnica utilizada pelo legislador para a consecução daquele objectivo. Assim: (i) se a suspensão cautelar é idónea a paralisar a eficácia do acto e a reproduzir os efeitos *últimos peticionados* na espécie processual antevista (caducários dos efeitos substanciais fabricados pela deliberação), ainda que provisória e instrumentalmente, mas legitimando a ineptidão da deliberação para legitimar a adopção de actos que nela encontram o seu necessário pressuposto, então a providência suspensiva das deliberações é *estruturalmente* gizada de acordo com uma *técnica antecipatória*; (ii) se a suspensão cautelar pretende manter imutada a preexistente situação jurídica até à apreciação do vício que alegadamente afecta o acto jurídico deliberativo, assim como a preservação de um determinado estado dos factos, e, por via disso, intenta precatur a lesão adveniente da mera produção do efeito jurídico exaurido do acto, ou ainda de efeitos permanentes de actos executivos já realizados, de maneira que se neutralize provisoriamente a eficácia do acto impugnado e se consinta a reviviscência da situação precedente, então a providência suspensiva das deliberações persegue simultaneamente uma função conservatória e antecipatória. Globalmente, vistos os n.os 1 dos arts. 381º e 396º do CPC, pode dizer-se, com REMÉDIO MARQUES, *Acção declarativa à luz do Código revisto (Pelo Decreto-Lei n.º 303/2007, de 24 de Agosto)*, 2007, págs. 135-136, que estaremos perante uma *providência mista* com uma *dupla função*:

conservatória e antecipatória (provisória), uma vez que se destina a “regular provisoriamente uma determinada situação jurídica, tendo em vista a manutenção de uma outra situação jurídica de que a primeira é instrumental e conexas” (sublinhado do Autor); v. ainda LEBRE DE FREITAS/MONTALVÃO MACHADO/RUI PINTO, *sub art.* 396º, pág. 87; contra tal natureza antecipatória e admitindo só a feição conservatória, v. PAIS DO AMARAL, *Direito processual civil*, 2008, págs. 24-25.

Não aparente ser irrazoável essa, ampla e funcionalmente dupla, concepção (bem notória no pensamento de ULISSE COREA, págs. 72 e ss, em esp. 75-77, 83 e ss, que seguiu com pormenor, tal como, muito antes, na pena de GUIDO FALZONE, *L’inibitoria guidiziale dell’operatività degli atti giuridici con particolare riguardo agli atti amministrativi*, 1967, págs. 122 e ss, em esp. 124-125), mas é facto que não podemos obnubilbar a perspicuidade. Não devemos reconhecer à medida *ex arts.* 396º/397º do CPC uma dimensão de antecipação *plena e completa (ou indiscriminada) dos efeitos* da sanção predisposta pela nulidade, anulabilidade ou ineficácia societária, uma vez que isso consubstanciaria a possibilidade de emprego da acção cautelar com um alcance tão geral e tão ilimitado como o da acção principal, que nos conduziria a ver um concurso meramente virtual entre espécies processuais com total identidade. Esse alcance não existe verdadeiramente na acção cautelar: esta assenta sobre uma *summaria cognitio* da situação jurídica que permite emitir uma decisão *provisória*, que é, em certa medida, a antecipação do julgamento a proferir ulteriormente, que, por sua vez, pressupõe a adopção de certas medidas tomadas no pressuposto de que o julgamento definitivo irá confirmar o juízo provisório, sendo este, porém, de alcance *mais curto* e fundado num juízo de *mera probabilidade* ou *verosimilhança* (sobre a existência do direito averiguado na lide principal: v. por todos ALBERTO DOS REIS, *Código de Processo Civil anotado*, volume I, 1982, *sub arts.* 403º/404º, págs. 677-678). Neste sentido, em geral, recorro o conceito de “instrumentalidade hipotética” entre a acção cautelar e a acção principal solidificado em Portugal por MANUEL DE ANDRADE, *Noções elementares de processo civil*, colaboração de Antunes Varela, ed. de Herculano Esteves, 1976, pág. 8, Mestre que afirmava que a providência cautelar se traduzia no pré-anúncio e antecipação provisória dos “previsíveis efeitos próprios dessa outra providência definitiva – *ou pelo menos de alguns deles*” (itálico meu). Em particular para a suspensão de que curamos, resgasto as palavras de ALBERTO DOS REIS, “A figura do processo cautelar”, *loc. cit.*, pág. 43: “limita-se a *suspender* a execução da deliberação, ao passo que a decisão definitiva, com vista à qual se decreta a providência provisória, consiste na *anulação* da deliberação” (itálico do Autor); mais recentemente, REMÉDIO MARQUES, págs. 127 e 129, acentuou que ela “permite, de algum modo, adiantar *certos efeitos* derivados da sentença que, na *acção principal*, declare com efeitos constitutivos a *nulidade* ou *anulabilidade* dessa deliberação” (seguindo ABRANTES GERALDES, pág. 70).

E não se omitta a verdade: a estatuição suspensiva opera num plano diverso daquele em que incide a pronúncia que se antecipa. Isto é, opera sobre o *perfil efectivo* ou *real* do acto *sub judice*, que assim fica temporariamente *inactivo* e *inibido* de desenvolvimento; enquanto isso, a anulação (em especial) atinge directamente a *estrutura* e a *validade* da *fattispecie* negocial e, assim, só de maneira *indirecta* e *derivada* sobre a sua eficácia externa. De modo que a suspensão cautelar não permite uma regulamentação antecipada da “*relação controvertida*” que é objecto da causa principal – quanto a ela, a suspensão cautelar apenas se predispõe à conservação do *status quo* enquanto se aguarda que aquela regulamentação venha definida na causa de mérito, além de não se evitar os efeitos ulteriores do acto que se tenham produzido no confronto com terceiros. São os traços essenciais da sustentação de ALBERTO GOMMELLINI, “Sulla sospensione dell’esecuzione delle delibere assembleari”, *Giur. Comm.*, 1987, págs. 942-944, 950-951; GIUSEPPE ZANARONE, *L’invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E Colombo e G. B. Portale, volume 3, \*\* (2), *Assemblea*, 1993, pág. 409 e n. (105); CORRADO FERRI, “Le impugnazioni...”, *loc. cit.*, pág. 63 – “não há aqui identidade entre *efeitos da suspensão e os da anulação ou nulidade derivados da sentença*, nem se podem considerar os primeiros meramente antecipatórios daqueles constitutivos ou declarativos que se produzem com a mesma sentença”. Com discurso também parcialmente crítico, porém em sentido inverso, v. ULISSE COREA, págs. 75-76 e sua n. (123), 86, uma vez que, realça o Autor, os efeitos antecipados pela medida cautelar, ainda que não sejam *os mesmos ou idênticos*, mesmo de *amplitude inferior*, são *similares* aos da sentença na acção principal, representados que são pela obtenção temporária da modificação jurídica pretendida na acção principal – já assim expendia ANTONIO SCIALOJA, “La sospensione delle deliberazioni d’assemblea delle società per azioni”, *Riv. dir. comm.*, 1932, I, pág. 461, quando afirmou que o juízo de suspensão é “praticamente equivalente” ao juízo de anulação da deliberação. E, sob um outro prisma, esta perspectiva não deixa de aflorar o sublinhado de uma verdadeira tutela de “tipo real” que se revela em benefício do impugnante, já que a providência cautelar, ao assegurar-lhe uma satisfação análoga à que será produzida pela sentença, garante um resultado *de facto* que a sentença, a

ficam directa ou indirectamente *vinculados* com base na deliberação, ou ainda, mais amplamente, por toda a actividade dos órgãos sociais efectuada *em conformidade* com a deliberação (ainda que esta não tenha originado uma vinculação a tal actividade)", o que inclui, neste segundo aspecto, "os actos a cuja prática a deliberação meramente *autoriza* os titulares dos órgãos" <sup>1192</sup>. Em suma, "a totalidade dos efeitos jurídicos do acto" <sup>1193</sup>.

emitir daí a muito tempo, não permite, em particular no que tange à produção de modificações substanciais durante o tempo que demorasse a apreciação jurisdicional que se patenteassem como irreversíveis. Resultado esse que não se garante com a improcedência da suspensão cautelar, de modo que as modificações organizativas – que nos interessam aqui – se produzem definitivamente até ao juízo "ordinário"; porém, se a providência se concede, não temos como recusar que o "sócio vitorioso" logra "caducar" essas modificações previstas e/ou permitidas pela deliberação impugnada (para estas precisões, v. uma vez mais ULISSE COREA, pág. 78 e n. (134), n. (136) – págs. 79-80).

Aqui chegados, compreende-se que a designação do administrador – ou, noutra óptica, a constituição da relação administrativa com a sociedade – por via deliberativa não seja *atacada e eliminada* por efeito da suspensão cautelar, enquanto *situação jurídica* criada directamente pela deliberação e titulada pelos administradores (neste sentido, v. CORRADO FERRI, "I procedimenti cautelari...", *loc. cit.*, pág. 136). Só a acção principal o poderá fazer e, até assim o decidir, a validade e eficácia *genética* do negócio deliberativo e do título correspondente mantêm-se. Já GUIDO FALZONE, págs. 25 e ss, em esp. 27-28, 193, alertava que a validade do acto não é minimamente comprometida pela providência suspensiva, uma vez que o acto permanece no "estado jurídico em que se encontrava antes da emanção do procedimento judicial", ainda que a inibição atinja a sua "força operativa" durante um tempo de "ineficácia temporária", no sentido de o impedir de "produzir efeitos materiais que a sua execução pode comportar" após a decisão do juiz.

Ainda que com terminologia não totalmente coincidente, esta é substancialmente a posição de LEBRE DE FREITAS/MONTALVÃO MACHADO/RUI PINTO, *sub art.* 396º, págs. 87-88: "(...) embora a sentença que julgue a acção procedente tenha conteúdo diferente do da mera suspensão da execução da deliberação, o seu efeito, mais amplo – tem a ver com a validade ou com a eficácia total da deliberação impugnada –, abrange a não produção dos seus efeitos, a qual é antecipada, a título provisório, pela decisão de suspensão". Ainda mais claro foi VASCO LOBO XAVIER, *O conteúdo da providência de suspensão...* *cit.*, pág. 44, quando referia que a decisão cautelar nunca poderia ser um *maius* (com um alcance mais radical) em relação à sentença anulatória: "dado o carácter instrumental das providências cautelares, estas traduzir-se-ão, quando muito, na antecipação dos efeitos das sentenças cuja utilidade prática visam salvaguardar, e nunca irão além disto".

Por outro lado, a identificação desse perfil permite-nos ver que o decretamento desta providência cautelar "desfruta de um *efeito constitutivo* típico das acções constitutivas" (recordo o art. 4º, n.º 2, al. c), do CPC: «[As acções declarativas] Têm por fim: As constitutivas, autorizar uma mudança na ordem jurídica existente.»), que, por seu turno, se demarcam por nelas se pretender "uma modificação no *mundo dos efeitos jurídicos*, aí onde o tribunal é *omnipotente*, pois a sua decisão é o facto gerador do direito na própria ordem material", que "produz *ex novo* um efeito jurídico material, que tanto pode consistir (...) na *constituição* de uma nova situação jurídica, como na *modificação* ou na *extinção* de uma situação jurídica preexistente" (neste sentido, que transcrevo, REMÉDIO MARQUES, págs. 109 e 100 e ss, itálico do Autor; ainda sobre as acções declarativas constitutivas, v. ANTUNES VARELA/J. MIGUEL BEZERRA/SAMPAIO E NORA, págs. 18 e ss). A esta conclusão chegara já, em parte, VASCO LOBO XAVIER, *ibid.*, págs. 39 e ss, em esp. 44-45 e n. (66a) – pág. 46: "(...) a suspensão de deliberações sociais é uma providência *estritamente* constitutiva: limita-se a produzir um novo efeito jurídico-material (...) e não apresenta qualquer das características por que é uso definir a sentença condenatória (pois, designadamente, não corresponde a uma ordem dirigida à parte demandada nem envolve a sujeição desta à execução forçada)" (no entanto, no momento da sua exequibilidade, terá que revestir uma feição condenatória).

<sup>1192</sup> VASCO LOBO XAVIER, "Suspensão de deliberações sociais ditas «já executadas»...", *loc. cit.*, pág. 380 e sua n. (1).

Numa outra versão, “não é decerto a *deliberação, em si*, que se suspende com o *procedimento cautelar* mas, para uma *tutela jurisdicional efectiva* do impugnante e, nas próprias palavras do art. 396-1 CPC, a sua *execução*, o tal «resultado» mais ou menos remoto que, com *dano apreciável*, está a *materializar o conteúdo* de uma *deliberação* cuja *impugnação* se apresenta de provável atendimento” <sup>1194</sup>. Por isso, a

Antes, do mesmo Professor, com desenvolvimento sobre o conceito amplo da “execução” mencionada no art. 396º, n.º 1, do CPC, que desemboca, quanto à delimitação do âmbito e conteúdo da providência cautelar, no desenho de uma suspensão *ampla* da “eficácia jurídica” das deliberações (executiva e não executiva, pois o legislador “se limitou a aludir à forma por que a suspensão da eficácia mais ostensivamente se traduz”), que, para além de uma vinculação directa e imediata em virtude de uma ordem ou directiva dirigida aos administradores (traduzida, não só na prescrição de um comportamento, mas ainda igualmente na concessão de poderes para a prática do acto ordenado), inclui efeitos *laterais ou secundários* – dos actos *complementares* ou *integrativos* eventualmente necessários para a verificação daquele efeito jurídico a que as deliberações especificamente tendem ou visam: sobre este ponto, cfr. ainda “Suspensão de deliberações sociais «já executadas»...”, *loc. cit.*, pág. 379, onde, para o caso da deliberação de eleição de administração, se vê justamente como actos complementares a “notificação às pessoas eleitas” e “os competentes actos de registo e publicação” – e *reflexos*, v. *O conteúdo da providência de suspensão...* *cit.*, págs. 26 e ss, com destaque para as págs. 30 e ss (a citação do texto aparece *grosso modo* na n. (43)), 46 e ss, 51 e ss (com alusões doutrinárias de suporte e transcrição feita imediatamente antes a págs. 55). Previamente, mas sem desenvolvimentos, ALBERTO PIMENTA, “Suspensão e anulação de deliberações sociais”, *RT*, 1964, n.º 1791, n. (19) – pág. 158, recorreu à ideia de execução completa na acepção de “esgotamento de todos os seus efeitos, pretensamente danos” (com crítica na *últ. ob. cit.* de VASCO LOBO XAVIER, n. (43) – pág. 32). Seguindo esta orientação: ANTUNES VARELA/MARIA DOS PRAZERES BELEZA, “Assentos. Oposição de acórdãos”, *CJ*, 1990, págs. 76-77, BRITO CORREIA, *Direito comercial*, 3º volume *cit.*, págs. 364-365, TAVEIRA DA FONSECA, págs. 28 e ss, em esp. 30-32, MOITINHO DE ALMEIDA, *Anulação e suspensão de deliberações sociais*, 1996, págs. 183 e ss (com discussão de jurisprudência relevante), em esp. 190, CARLOS OLAVO, págs. 30-31, ABRANTES GERALDES, págs. 77-79, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “Suspensão de deliberações sociais...”, *loc. cit.*, págs. 352 e ss, em esp. 354-355, ID., “A propósito da suspensão de deliberações sociais...”, *loc. cit.*, págs. 48 e ss, RUI PINTO DUARTE, “A ilicitude da execução de deliberações a partir da citação para o procedimento cautelar de suspensão”, *CDP*, 2004, págs. 21 e 23. Aparentemente a favor, LEBRE DE FREITAS/MONTALVÃO MACHADO/RUI PINTO, *sub art.* 396º, págs. 87 e ss, REMÉDIO MARQUES, págs. 135-136 (quando sublinha que se destina provisoriamente a impedir que a deliberação seja executada ou que produza os efeitos continuados da sua execução já consumada), ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, pág. 246.

<sup>1193</sup> VASCO LOBO XAVIER, *últ. ob. cit.*, pág. 52, sublinhado da minha responsabilidade.

Neles se incluem a eficácia externa “directamente” produzida nas relações com terceiros, sem que ocorra, para essa mutação, qualquer actuação executiva por parte do órgão administrativo (concordante, CORRADO ZAGANELLI, págs. 367-368).

<sup>1194</sup> PINTO FURTADO, *Deliberações de sociedades comerciais* *cit.*, pág. 773, fazendo uso da função objectiva da suspensão em paralisar a *execução material* (como “conformação material dos efeitos jurídicos que [as deliberações] tendem a produzir: pág. 777; ou descrita como o “*fluir* ou *realização factual*” da deliberação: pág. 774) ou o *cumprimento* da deliberação (págs. 764-766, 769-770; cfr. ainda a pág. 780). No mesmo local, o Autor dá-nos a sua definição da suspensão das deliberações sociais como a “determinação judicial de cessação interina de todo o comportamento (acto ou omissão) da sociedade, dos administradores ou mesmo de um simples sócio, que tenha em vista cumprir ou realizar uma deliberação indiciariamente evitada de inexistência jurídica, ineficácia em sentido restrito, nulidade ou anulabilidade”.

Aliás, se assim não se entendesse, sempre se poderia lançar mão de uma providência cautelar inominada – v. g., a suspensão da actuação dos sujeitos como administradores – para obviar aos efeitos jurídicos que se prefigurassem não abrangidos pela suspensão cautelar entendida restritivamente (neste sentido, v. ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “Suspensão de deliberações sociais...”, *loc. cit.*, pág. 350; criticando esta solução no contexto de uma visão restrita de “execução” suspensa, v. CARLOS OLAVO, pág. 31). Ou, visto o alcance do art. 392º, n.º 3, do CPC («O tribunal não está adstrito à providência concretamente requerida, sendo aplicável à cumulação de providências cautelares a que caibam formas de

execução-eficácia da deliberação em causa – uma deliberação, mais do que marcada pela sua execução concreta actual, talhada, por ser nomeação *temporalmente fixada*, pela possibilidade futura de espoletar os efeitos relativos à gestão social *por todo o período de duração do encargo administrativo* e que, por mor da providência cautelar, *se suspende nos efeitos correspondentes que persistem e se repetem no tempo* <sup>1195</sup> –, compreende o exercício, por parte dos administradores eleitos pela deliberação pleiteada, no *período anterior à decisão na acção principal, de toda a actividade própria do múnus de administrador. Id est*, aquela actividade a que, tipicamente, a sentença na acção principal aspiraria sustar se tivesse efeitos imediatos <sup>1196</sup>.

---

procedimento diversas o preceituado nos n.ºs 2 e 3 do artigo 31.º), caberia ao próprio juiz ordenar uma providência não especificada diferente da suspensão requerida (por inadequação *material* ao conteúdo do direito invocado pelo requerente) ou autorizar, nos limites adjectivos do art. 31.º do CPC, a cumulação de pedidos (suspensão de deliberação social e providência inominada de suspensão dos administradores eleitos): esclarecendo estes pontos, v., por todos, LEBRE DE FREITAS/MONTALVÃO MACHADO/RUI PINTO, *sub art. 391.º*, págs. 67 e ss.

<sup>1195</sup> Para a configuração das deliberações de nomeação da titularidade de cargos sociais como deliberações de “execução permanente” ou “continuada” (cuja execução se protela no tempo), v. PINTO FURTADO, *Deliberações de sociedades comerciais* cit., págs. 777-778 (“sendo portanto perfeitamente legítima a providência cautelar de suspensão, mesmo após a nomeação e o acto de posse dos titulares do cargo”).

<sup>1196</sup> Neste sentido, VASCO LOBO XAVIER, *O conteúdo da providência de suspensão...* cit., págs. 23-24 – “Assente que a suspensão de deliberações sociais foi prevista como um meio de acautelar a utilidade prática da sentença de anulação desse acto contra o risco derivado da duração do respectivo processo, dir-se-á que (...) [o seu conteúdo] será o que corresponde à antecipação, provisória embora, da referida sentença: ou seja, um conteúdo que, ao menos tendencialmente – isto é, enquanto isso for permitido pelo carácter precário da medida cautelar –, se identifique com o de uma decisão do processo principal em sentido favorável ao autor.” –, 36-37, 71 e ss – “a deliberação suspensa deve considerar-se (até à decisão do processo principal, evidentemente) como tendo a respectiva eficácia paralisada *desde o momento em que foi tomada*” (pág. 74, sublinhei); ID., “Suspensão de deliberações sociais...”, *loc. cit.* págs. 381 – “(...) a sentença que anula uma deliberação de designação de administradores contenderá, em princípio, com toda a actividade dos administradores designados pela deliberação anulada, obstando à sua prática ou prejudicando a sua eficácia, se já verificada” – e 382 (assim como, no n.º 3802 da *RLJ* cit., pág. 11). Depois, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “O procedimento cautelar de suspensão da deliberação social pela qual foram designados os administradores de uma sociedade anónima: breves considerações sobre a posição dos terceiros”, *ROA*, 1998, págs. 1384-1385; ID., “Suspensão de deliberações sociais...”, *loc. cit.*, págs. 352 e ss; PINTO FURTADO, *últ. ob. cit.*, págs. 781-782 – “(...) o caso da *eleição de corpos sociais*[.] é dos mais intuitivamente carecidos de *suspensão* da sua *execução* concreta, pela elevada potencialidade prática de *dano apreciável* da gestão de titulares eleitos invalidamente. Esperar pela *acção definitiva*[.] conduzirá, as mais das vezes, a conceder ao autor, quando vier a dar-se-lhe razão, uma tutela fortemente enfraquecida, quando não puramente platónica. É então, condenavelmente, o princípio da *tutela jurisdicional efectiva* que se frustra, mediante uma jurisprudência apenas formal”.

Este entendimento quadra na jurisprudência dominante das instâncias internas sobre a matéria da suspensão das deliberações já executadas: v., entre outras pronúncias, os Acs. do **STJ** (com recurso, *maxime*, à categoria das “deliberações de execução permanente ou contínua» ou, sendo de execução através de um único acto, “continuarem a produzir efeitos”), de **20 de Março** e **13 de Abril de 1962** (in, respectivamente, *BMJ* n.º 115, pág. 541 e *RT* n.os 1765 a 1776, 1962, pág. 212, ss, com concordância dos comentadores da revista), de **12 de Novembro de 1987** (in *BMJ* n.º 371, 1987, pág. 378, ss, com preciosa resenha jurisprudencial a págs. 381), de **6 de Junho de 1991** (in *BMJ* n.º 408, 1991, pág. 445, ss), de **29 de Junho de 1993** (in *CJ/STJ*, 1993, I, pág. 169, seg.), de **16 de Maio de 1995** (in *CJ/STJ*, 1995, II, pág. 85, ss: estava em causa a nomeação de gerente de sociedade por quotas: ); da **Relação do Porto**, de **21 de Janeiro de 1978**

(in *CJ*, 1978, I, pág. 147, ss, em esp. pág. 150), de **23 de Maio de 1989** (in *CJ*, 1989, III, pág. 206, ss: trata-se da deliberação de eleição dos titulares dos órgãos sociais de uma cooperativa agrícola, uma vez já realizada a “tomada de posse” dos eleitos: “(...) o *periculum in mora* persistia com o exercício da administração pelos eleitos até decisão definitiva da acção principal, de que a providência é instrumento ou dependência”), de **12 de Fevereiro de 1996** (in *CJ*, 1996, I, pág. 219, ss: “se a deliberação pela qual se elegeram os membros dos órgãos sociais da requerida é *instantânea* quanto aos efeitos constitutivos dessa qualidade de membros eleitos, não deixa essa deliberação, precisamente porque a situação criada perdura no tempo, de poder gerar danos enquanto não for suspensa”, a págs. 221, sublinhado em correspondência com o original) e de **14 de Março de 1996** (in *CJ*, 1996, II, pág. 191, ss: “[r]estringir o conceito de execução aos actos tendentes a produzir o efeito típico imediato ou directo de deliberação traduz-se numa redução injustificada do conteúdo da providência da suspensão em particular e da função dos procedimentos cautelares em geral”, diz-se a págs. 193); da **Relação de Lisboa**, de **11 de Março de 1980** (in *CJ*, 1980, II, pág. 189, ss, em esp. a págs. 191), de **12 de Novembro de 1987** (*loc. cit.* a n. 1171, pág. 104: tratava-se, recorde, da deliberação de “suspensão das funções” de gerente, que, no entendimento dos juízes, “produz efeitos que se arrastam no tempo; isto é, que perduram com permanência e continuidade, tendo causado e – segundo um juízo de razoável verosimilhança – podendo causar danos apreciáveis”), de **23 de Janeiro de 1996** (in *CJ*, 1996, I, pág. 100, seg.) e de **27 de Março de 2007** (in *CJ*, 2007, I, pág. 96, seg., relativo a deliberação de “renovação de mandato” de gerente de sociedade por quotas: “Daí que a suspensão seja possível enquanto existirem efeitos danosos, ainda que os mesmos constituam um mero efeito mediato da deliberação”).

Tradicionalmente, a doutrina italiana opunha-se, *restritivamente*, à suspensão das deliberações de nomeação de administradores, por falta de sentido e possibilidade em suspender o que já estava executado com a respectiva “posse”: v., entre outros, RENZO PROVINCIALI, “Presupposti del procedimento di sospensione di delibere assembleari”, *Dir. fall.*, 1952, II, pág. 65 (“a suspensão é uma disposição negativa, de paralisia (...) não positiva, (...), enquanto operativa de efeitos imutáveis sobre a situação de facto já moldada, com o fim de constituir uma situação nova e diferente”, que, aplicada a essas deliberações e à “actividade ulterior” dos novos administradores nomeados, conduz ao inconveniente de a sociedade ficar sem conselho de administração: “nem o velho, porque [no caso do aresto comentado do Tribunal de Roma] destituído e substituído, e não ressuscitável (*surge Lazare, veni fora!*)”; “nem o novo, porque, ainda que nomeado e empossado, estaria, daí em diante, paralisado e inibido de exprimir qualquer actividade”); WALTER BIGIAMI, “Nuovi orizzonti in tema di sospensione di delibera assembleare e di sindacati azionari”, *Foro It.*, 1953, págs. 728-729. Mas uma tese mais liberal agregou mais consensos no fundamental da mais hodierna doutrina italiana (que sempre dedicou atenção ao tema, revigorada depois da revisão feita em 2003 do art. 2378 do *Codice Civile*, cujos §§ 3º e 4º conferem maior amplitude regulativa à suspensão das deliberações sociais), apostada em aceitar o princípio enunciado de as deliberações de nomeação dos administradores poderem ser suspensas, ainda que tecnicamente se avance que, enquanto deliberações de tipo “organizativo” (natureza e efeito apontada, por ex., por ALBERTO CANDIAN, *Nullità e annullabilità di delibere di assemblea di società per azioni*, 1942, pág. 175, na medida em que atribuem instrumentos juridicamente imprescindíveis, tanto pessoais como reais, ao desenvolvimento da vida e da actividade social, e, no grupo das deliberações de “actuação do contrato social”, PAOLO FERRO-LUZZI, *La conformità delle deliberazioni assembleari alla legge e all'atto costitutivo*, 1993, págs. 84-85), são imediatamente operativas (*self executing*) e não carecem de ulterior execução material por parte dos órgãos sociais (é dominante a tese “unilateral”, segundo a qual a deliberação de nomeação tem o valor de acto imediatamente constitutivo da relação de administração e da situação jurídica de administrador, através do qual se confere um poder administrativo e gestório e se produzem directamente efeitos no confronto com terceiros – entre outros, v. ADRIANO FIORENTINO, págs. 61-62, ANTONIO PAVONE LA ROSA, “La rinnovazione delle deliberazioni assembleari invalide”, *BBCT*, 1954, págs. 893-894 –, e a declaração de aceitação funciona como mera condição da eficácia da aquisição da qualidade de administrador: sobre o tema, com referências, cfr., tão-só para este efeito, CESARE SILVETTI/GINO CAVALLI, págs. 272-273): seja por *extensão da norma do (actual) § 3º do art. 2378* – *recte*, do conceito nela inscrito de execução – às deliberações privadas de execução em sentido estrito, conferindo à execução, em termos de assimilação substancial, o significado mais amplo de “eficácia”, e vendo a suspensão como meio de actuação sobre os “efeitos jurídicos” do acto impugnado – v., com cambiantes, CORRADO ZAGANELLI, págs. 363-369 [execução não é uma “fase estritamente realizadora de quanto deliberado pela vontade social” enquanto mera “executividade”; se a “vicissitude constitutiva” [*vicenda formativa*] da vontade social, uma vez integrada pela aceitação da nomeação pelos administradores, se pode considerar completa e perfeccionada, o certo é que a execução, enquanto “possibilidade de o acto ser executado”, se coloca, no amplo contexto da eficácia, como “um momento e uma característica parcial e

De modo que, no essencial, a actuação negocial-representativa levada a cabo enquanto membro do órgão de administrativo (no círculo de actos de *gestão da empresa social* que ela implica), como efeito *reflexo* solicitado pela deliberação em virtude da *mutação jurídica* em que se traduziu o efeito *directo* da deliberação de nomeação dos administradores (a constituição da relação administrativa no seio da sociedade), fica tolhida por estarmos no domínio da *eficácia jurídica* (executiva e, eventualmente, não executiva) da deliberação suspensa.<sup>1197</sup> Numa outra análise, o procedimento suspensivo, uma vez decretado, opera subsequentemente a *mutação da situação jurídica constituída pela deliberação electiva* (efeito constitutivo da providência cautelar).

Faça agora a síntese.

A providência cautelar de suspensão está vocacionada para paralisar temporariamente a eficácia da deliberação impugnada e pressupõe o perigo que, na

---

somente eventual”, que subsiste para além da tomada de posse dos administradores enquanto “actividade de actuação do objecto representado” na deliberação; v. ainda *infra*, n. 1206); FRANCESCO GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, volume III cit., pág. 220; RAFFAELE LERNER, *Società di capitali*, vol. 1, Artt. 2325-2379 ter, Commentario a cura di Giuseppe Niccolini/Alberto Stagno d’Alcontres, sub art. 2378, 2004, págs. 563-564, no sentido de abranger as deliberações que continuem “a manifestar uma «eficácia perdurante» para com a organização societária e os sócios”; ULISSE COREA, págs. 65 e ss: “a suspensão não se limita a incidir sobre efeitos materiais do acto impugnado, comportando a inidoneidade (obviamente transitória) de este último produzir os próprios efeitos jurídicos e a constituir o pressuposto de actos sucessivos”, de tal modo que é concebível a suspensão em relação às deliberações *self-executing*, como são as de nomeação ou destituição dos administradores, ou as que, ainda que executadas, sejam idóneas a produzir “efeitos continuados potenciamente lesivos” (a este propósito, o Autor recorre dogmaticamente aos princípios constitucionais da “tutela jurisdicional efectiva” e de “instrumentalidade máxima do processo em relação ao direito substancial”; sobre aquela primeira valoração, inerente à neutralização do prejuízo que, na mora do juízo de impugnação, a executividade da deliberação poderia causar ao autor, v. igualmente ANDREA PISANI MASSAMORMILE, “La sospensione della delibera di assemblea di s.p.a. ed il nuovo modello di procedimento cautelare”, *Riv. dir. comm.*, 1997, I, pág. 875) –, seja por *recurso à analogia com as deliberações susceptíveis de execução* – v. ALBERTO GOMMELLINI, págs. 958-960 e n. (52), que destaca ter a medida inibitória como objecto a eficácia do próprio acto da assembleia e a reforça com a necessidade de impedir que os terceiros, logo após a publicidade da decisão cautelar de suspensão, possam invocar em seu favor o princípio da tutela da “confiança não culposa” em que se inspira a disposição que disciplina a oponibilidade em face de terceiros das causas de invalidade das deliberações de nomeação dos administradores, ou seja, o último § do art. 2383 do CCIt.; GIUSEPPE ZANARONE, *L’invalidità delle deliberazioni assembleari* cit., pág. 410 (aparentemente opta por esta solução “se se verificam os elementos para o recurso à analogia”); ALESSANDRO ARRIGONI, págs. 157 e ss (também parece optar por esta solução em face da não sinonímia entre «execução», que contém um elemento de actuação sobre o plano prático, e «eficácia», relativa a uma mera capacidade ou atitude, não necessariamente operativa enquanto tal em concreto, ponderada com a *ratio* da providência cautelar, que responde à exigência de evitar que a “sentença de mérito”, se deferir a pretensão, venha a tornar-se inútil na prática se, no entretanto, todos os efeitos das deliberações se vierem a produzir).

<sup>1197</sup> V., em igual sentido, VASCO LOBO XAVIER, *O conteúdo da providência de suspensão...* cit., n. (49) – pág. 35, págs. 36-37. Para a mesma solução, ensaiando sem detalhe uma equiparação entre a suspensão do exercício do cargo social em virtude da suspensão cautelar e as “hipóteses concretas de *suspensão do cargo* [no CSC], designadamente, nos seus arts. 257-4 e 400”, v. PINTO FURTADO, *últ. ob. cit.*, pág. 781, assim como a pág. 775.

mora do juízo ordinário declarativo, possam intervir mutações irreversíveis do estado de facto e do estado de direito existente no momento da adopção da deliberação que venham a comprometer a “frutuosidade” da sentença declarativa. A suspensão cautelar regula provisória e interinamente a situação jurídica constituída pela deliberação <sup>1198</sup> – modificando-a para que a relação administrativa não produza efeitos, de modo a preservar-se a realidade sobre que incidiu a deliberação impugnada e, assim, assegurar que a sentença principal possa ser pronunciada *re adhuc integra* –, tendo em vista a manutenção *transitória* da (não) situação jurídica existente antes da deliberação – os sujeitos em causa não serem administradores da sociedade. Assim, *in globo*, estamos perante uma *modificação em duplo grau* da situação do sujeito administrador (não administrador → administrador de direito: *primeira* mutação jurídica; administrador de direito → administrador de direito suspenso na sua actuação=não administrador: *segunda* mutação jurídica), que o coloca *materialmente* no *status quo ante* à deliberação suspensa. Nestas condições, posso avançar que o art. 400º, n.º 2, 2.ª parte, encontra também aqui aplicação, ainda que apenas como norma *explicitadora* do conteúdo da suspensão do cargo, operada pela suspensão dos efeitos da deliberação que nomeara ou elegera os administradores.

Dir-se-ia, na sequência da linha geral anteriormente avançada, que os administradores suspensos pela providência cautelar – cujo alcance se prolonga desde a adopção da deliberação até ao termo da discussão do mérito da acção principal – deixam aqui de ser administradores de direito.

Será? Respondo: nem tanto.

A sentença que declara ou decreta a invalidade da deliberação de designação de administradores briga, não só com a aquisição da qualidade de administrador de direito, mas outrossim com a actividade dos administradores designados pela deliberação, se já verificada, por via da *insusceptibilidade de produção de efeitos da qualidade de administrador de direito* – ainda que possam vir a ser *preservados* esses efeitos, pelo menos em parte <sup>1199</sup>, enquanto comportamento de um administrador de

---

<sup>1198</sup> Quem etiquetava a suspensão de deliberações como medida “interina” e de “carácter provisório” era ANTONIO SCIALOJA, “Natura e disciplina del procedimento per la sospensione delle deliberazioni d’assemblea delle società per azioni”, *Foro It.*, 1932, I, págs. 818, 822.

<sup>1199</sup> De acordo com o previsto no art. 61º, n.º 2: «A declaração de nulidade ou anulação [de deliberação social] não prejudica os direitos adquiridos de boa-fé por terceiros, com fundamento em actos praticados em execução da deliberação; o conhecimento da nulidade ou da anulabilidade exclui a boa-fé».



facto <sup>1200</sup>. Ora, sendo dependência dessa acção, é esse o conteúdo, como vimos, da suspensão da deliberação – embora autónomo (a *res iudicanda* não incide sobre a validade e/ou a eficácia total da deliberação impugnada da assembleia e tem como pressupostos os dois elementos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora* <sup>1201</sup>), esse é um conteúdo actuado a título provisório e condicionado *a final* pela procedência dos efeitos retroactivos e restitutivos da acção principal <sup>1202</sup>. Porém, a deliberação suspensa e discutida em juízo mantém intacta a sua validade <sup>1203</sup> (e a sua eficácia *genética, relevante em termos societários* <sup>1204</sup>) mas é ineficaz (enquanto a *deliberação não deixa de ser declaração negocial*) por causas extrínsecas ou estranhas à sua estrutura <sup>1205</sup>; só a invalidação judicial (em particular) implicará a eliminação total dos seus efeitos do mundo jurídico (salvo as limitações postas à eficácia retroactiva e repristinatória da invalidação).

A mutação jurídica deliberativa é paralisada *na sua eficácia em razão da suspensão* mas não é eliminada imediatamente: isso cabe ao juízo definitivo a formular na acção principal <sup>1206</sup>. Pois se a deliberação suspensa é de considerar-se

---

<sup>1200</sup> V. *infra*, ponto 9.

<sup>1201</sup> Assim, em termos próximos, ALBERTO GOMMELLINI, págs. 941-942; acentuando a “autonomia funcional” da acção principal em relação à acção cautelar, ULISSE COREA, n. (135) – págs. 78-79. Exemplarmente sobre o ponto na jurisprudência nacional, ainda que sinteticamente, v. o Ac. do **STJ de 4 de Novembro de 2003** (in *www.dgsi.pt*, processo 04A1519, pág. 2/4).

<sup>1202</sup> Em sentido coincidente, v. VASCO LOBO XAVIER, “Suspensão de deliberações sociais ditas «já executadas»...”, *loc. cit.*, pág. 380.

<sup>1203</sup> Inequivocamente neste sentido, ULISSE COREA, pág. 86.

<sup>1204</sup> É neste contexto que a doutrina não desconsidera que, não obstante a ordem judicial de suspensão, se produzam “eventuais efeitos jurídicos imediatamente derivados do interior do ente societário pela adopção do acto” (ALBERTO GOMMELLINI, págs. 944-945). E, assim, podemos dizer que a aquisição da qualidade de administrador, enquanto posição ou situação jurídica subjectiva em face da sociedade, pode ser alvo de actos conservatórios de tal posição ou situação, exactamente como é estabelecido expressamente a favor de quem adquire um direito sob condição suspensiva (art. 274<sup>o</sup> do CCiv.). A título de exemplo: em face de uma ulterior nomeação de outro ou outros sujeitos como administradores (advirta-se: não de uma deliberação de renovação da nomeação do *mesmo* ou dos *mesmos administradores* nos termos do art. 62<sup>o</sup>), levada a cabo em vez da “substituição temporária” ex vi art. 393<sup>o</sup>, n.º 6, os administradores cuja designação foi suspensa cautelarmente devem poder recorrer a uma providência de suspensão (atendendo à legitimidade restrita determinada pelo art. 396<sup>o</sup>, n.º 1, do CPC: nominada, se forem sócios; inominada, se não forem sócios).

<sup>1205</sup> Trata-se de conceitos enraizados na definição da ineficácia “em sentido estrito” dos negócios jurídicos: v. KARL LARENZ/MANFRED WOLF, pág. 796, ANDREA TORRENTE/PIERO SCHLESINGER, *Manuale di diritto privato*, 2004, pág. 262, CARLOS MOTA PINTO, *Teoria geral... cit.*, pág. 615.

<sup>1206</sup> É CORRADO ZAGANELLI que destaca que, se a eficácia da deliberação é o poder de produzir um ou mais efeitos nos mais variados âmbitos das situações jurídicas, ela tem sempre um momento necessariamente sucessivo à perfeição da vontade que quis determinar aqueles efeitos, que perdura até aos “limites de imperatividade da deliberação” ou à “concretização dos efeitos pretendidos” ou a “uma declaração judicial de invalidade” (pág. 366). A paralisia que referi mora precisamente nesse momento posterior à aceitação.

*tamquam non esset*, a modificação obtida consiste em tornar *quiescentes* os efeitos jurídicos que a deliberação é apta a produzir <sup>1207</sup>: “não será já às pessoas designadas que cabe a representação da sociedade e o exercício da actividade administrativa, com os poderes e deveres correlativos, assim como a faculdade de eventualmente se valerem do processo de investidura em cargos sociais” <sup>1208-1209</sup>. São estes os efeitos que são afectados em nome da *adequação da situação real à nova situação jurídico-processual* – ou, nas palavras da doutrina, da “adequação do mundo do real à ordem jurídica”; são estes os efeitos exigidos directamente pela quiescência do acto deliberativo suspenso, na medida em que não há necessidade de antecipar totalmente a retroactividade e a repriminção da “realidade precedente à execução do acto”. <sup>1210</sup>

Por isso, o efeito jurídico-material da providência suspensiva *não extingue a situação jurídica constituída na órbita da relação administrador-sociedade* <sup>1211</sup>. O administrador não fica *sine titulo* depois de emitida a providência <sup>1212</sup>; mas a relação

---

<sup>1207</sup> Para assim iluminar dogmaticamente o *status* intermédio e transitório próprio dos efeitos jurídicos da deliberação objecto da intervenção judicial cautelar, v. VASCO LOBO XAVIER, *O conteúdo da providência de suspensão...* cit., págs. 53-54: “[d]ecretada a medida cautelar, os efeitos jurídicos da deliberação ficarão num estado de *quiescência*, até à sentença proferida na acção anulatória: esta sentença virá a operar ou a eliminação ou a *revivescência* de tais efeitos, consoante a acção for ou não julgada procedente”; lá fora: GUIDO FALZONE, págs. 31 e ss, desenvolvidamente a págs. 33-35: figura que se consubstancia na “inactividade do acto” determinada pela “superveniência de um evento externo que, não obstante ser o mesmo acto juridicamente existente, perfeito e plenamente eficaz, o priva do vigor actual e, comprimindo-o, reduz, ainda que só temporariamente, a sua produtividade material a mero estado potencial”; ALBERTO GOMMELLINI, pág. 944: “[a] situação jurídica que se vem a criar (...) é, portanto, (...) aquela da «ineficácia em sentido estrito» ou «quiescência» do negócio jurídico”; ULISSE COREA, págs. 86-87: “(...) efeito que (...) se produz não só no confronto com o sócio impugnante e com todos os sócios – em sintonia total com o que é previsto (...) para a acção de anulação – e ainda assim no confronto com terceiros, nos mesmos termos em que lhes é oponível a sentença de anulação”. Quanto a estes “sucessos acidentais” da relação jurídica, v. ORLANDO DE CARVALHO, *Teoria geral do direito civil* cit., págs. 158-159, e GIOVANNI GIACOBBE, “Reviviscenza e quiescenza”, *ED*, 1989, XL, págs. 189 e ss, em esp. 191 e 193.

<sup>1208</sup> V. arts. 1500º e 1501º do CPC.

<sup>1209</sup> VASCO LOBO XAVIER, *O conteúdo da providência de suspensão...* cit., pág. 63 (no que toca à representação indevida em processos judiciais em que a sociedades seja parte – cfr. art. 21º, n.º 1, do CP –, v. págs. 69-70). Em sentido coincidente, CORRADO ZAGANELLI, págs. 361 e 368, que destaca o facto de a providência que suspende a deliberação de nomeação dos administradores objectivamente *paralisar* os respectivos poderes-deveres, dado que a sua execução diz respeito à *actividade gestória* que tem início com a “posse” do órgão nomeado.

<sup>1210</sup> Reflectindo neste sentido a falta de necessidade e pertinência da “retroactividade da suspensão”, é útil a leitura das págs. 88 e ss de ULISSE COREA, em esp. a pág. 92 (a que me refiro no texto).

<sup>1211</sup> O que quer dizer que a suspensão cautelar não atinge uma parte do carácter *self-executing* da deliberação electiva, justamente aquela que é imediatamente constitutiva da situação jurídica de *administrador nomeado* (desde que completada pela aceitação do sujeito assim nomeado).

<sup>1212</sup> Uma interpretação contrária estaria forçosamente prejudicada pela circunstância inatacável de, não sendo a eleição a primeira da sociedade, a suspensão não poder fazer os anteriores administradores retomar funções: “[o] relevo é objectivamente exacto, sendo inequívoco que titular do poder-dever de administrar a sociedade não é mais o velho conselho, antecedente à deliberação de nomeação do novo”: CORRADO ZAGANELLI, pág. 361, na esteira de WALTER BIGIAMI, “Nuovi orizzonti...”, *loc. cit.*, págs. 729-730,

*titulada*, vista a transitória inidoneidade do acto suspenso para *ser activado*, fica impedida de produzir os seus efeitos ou, se já produzira alguns deles, eles deixam de estar activos *temporariamente* nas suas irradiações jurídicas (e/ou materiais). Logo, cai a legitimidade para o(s) administrador(es) fazer(em) valer o título <sup>1213</sup> e, no reverso da medalha, estão em condições de auto-ditarem uma atitude omissiva, sem qualquer consequência na conformidade com a «diligência de um gestor criterioso e ordenado» (art. 64<sup>o</sup>, n.º 1, al. a)) <sup>1214</sup>.

---

que sustentava a nomeação de novos administradores de acordo com o último § do art. 2386 do CCIt.; no mesmo sentido, ALESSANDRO ARRIGONI, págs. 164-165 – “(...) suspender a execução (...) não significa remover ou reintegrar, seja pela natureza da providência, que é só negativa e impeditiva, seja também porque não cabe ao órgão judicial a nomeação dos administradores da sociedade, mesmo que esta se concretize na reintegração dos administradores anteriores (...). (...) não pode, portanto, dar lugar a qualquer *prorogatio* dos órgãos de qualquer modo já cessantes antes da nova nomeação efectuada pela assembleia...”. Para esse efeito, sim, podemos afirmar que a deliberação de nomeação executou definitivamente a cessação de funções dos anteriores administradores e tornou insusceptível de suspensão cautelar tal repristinação dos cargos (na doutrina portuguesa, a este propósito, v. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito comercial*, Volume IV cit., pág. 439).

<sup>1213</sup> Recordo que a providência cautelar *neutraliza* uma situação jurídica anteriormente formada, “fazendo com que tal situação passe a considerar-se (provisoriamente, repetimos) como não verificada” – uma vez mais sirvo-me de VASCO LOBO XAVIER, *últ. ob. cit.*, págs. 72-73.

<sup>1214</sup> Tal não obsta a que tal omissão (justificada) decorresse já do dever de abstenção (não cumprimento) em face dessa deliberação (particularmente se é nula ou ineficaz em sentido estrito, mas também anulável, em particular nas hipóteses de serem fundadas as razões para crer na viabilidade da anulação e na existência de dano consistente em função desse cumprimento) – “[n]enhum motivo se concebe para que a lei quisesse que a garantia dos resultados práticos da acção anulatória dependesse exclusivamente do uso da providência em causa, dispensando os administradores de se conduzirem pelo modo adequado à consecução do mesmo objectivo. Se o legislador facultou aos sócios a providência de suspensão das deliberações sociais – escreve VASCO LOBO XAVIER, *Anulação de deliberações sociais...* cit., n. (110) – pág. 373 –, foi por que achou conveniente fornecer-lhes um meio *suplementar* de obterem aquela garantia, não a fiando apenas do cumprimento dos deveres de abstenção que, na emergência considerada (...), cabem aos administradores, aos olhos dos quais nem sempre se revelarão as probabilidades de anulação do acto ou os danos da respectiva execução, ou que podem pura e simplesmente deixar de cumprir tais deveres” (sublinhado do Autor). Sobre a matéria (e mesmo para as deliberações válidas e eficazes) e a sua relação com a responsabilidade dos administradores, e com diálogo com o art. 72<sup>o</sup>, actual n.º 5, v. VASCO LOBO XAVIER, *ibid.*, págs. 335 e ss, RICARDO COSTA, *A sociedade por quotas unipessoal...* cit., págs. 597 e ss, COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., págs. 57 e ss. No direito alemão, tendo como referência o n.º (4) do § 93 da AktGesetz [a 1.<sup>a</sup> frase respeita à *Ausschluß der Haftung* do *Vorstandmitglied* e reza que «a obrigação de indemnizar a sociedade não se verifica quando o comportamento assenta em deliberação legal da assembleia geral»], v., em síntese, WOLFGANG SCHILLING, *Aktiengesetz. Großkommentar*, von CARL HANZ BARZ [et alii], Erster Band, 2. Haldband §§ 76-147, 1973, sub § 93, págs. 736 e ss, *Anm.* 31 e ss, SYLVESTER WILHELMI, sub § 93, págs. 501 e ss, *Anm.* 22 e ss, HANS-JOACHIM MERTENS, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz* cit., sub § 93, págs. 320 e ss, *Rdn.* 110 e ss, GERD KRIEGER/VIOLE SAILER, “§ 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder”, in KARSTEN SCHMIDT/MARCUS LUTTER, *Aktiengesetz Kommentar*, I. Band, §§ 1-149, 2008, pág. 1073 e seg., *Rdn.* 48, ss, e, mais desenvolvidamente, KLAUS HOPT, *Großkommentar Aktiengesetz*, §§ 92-94 cit., sub § 93, págs. 164 e ss, *Rdn.* 306 e ss, em esp. *Rdn.* 316 e ss. Para a solução oposta, no direito espanhol, tendo em mira o n.º 4 do art. 133 da LSAE («Em nenhum caso a responsabilidade [do administrador para com a sociedade, os accionistas ou os credores sociais] será excluída com base na circunstância de o acto ou decisão lesivo ter sido adoptado, autorizado ou ratificado pela assembleia geral.»), ou seja, o actual art. 236, n.º 2, da LSCE, v.

Sem que o título administrativo, repare-se, passe a valer algo de substancial: assim seria se, por hipótese, se admitisse que o administrador teria a seu cargo um dever *administrativo* de *fiscalizar* a idoneidade da formulação elaborada pelo juiz, de modo a evitar que a sua inacção pudesse ser fonte de responsabilidade. A alternativa

---

JOSÉ LUIZ DÍAZ ECHEGARAY, *Deberes y responsabilidad...* cit., págs. 111 e ss, 274-276, FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores...* cit., págs. 308 e ss.

Em Itália, esse poder (ou poder-dever) de deixar incumpridas as deliberações inválidas e, ademais, impugná-las quando lesassem o património social (na articulação entre o art. 2377, § 2º, que atribui aos administradores a legitimidade para impugnar, e o art. 2392, § 2º, 2.ª parte, que os responsabiliza pela inacção em impedir actos prejudiciais ao património da sociedade) levava, segundo uma persistente corrente da doutrina, à suspensão *de facto* das deliberações (e à correspondente situação subjectiva passiva obrigatória para os administradores), que, sob pena de se activar a responsabilidade dos administradores perante a sociedade, os credores sociais e os sócios e outros terceiros por incumprimento desse poder-dever *complexo* e execução de tais deliberações, tornaria mesmo inútil e supérflua a intervenção da autoridade judiciária e, por isso, o requerimento de uma suspensão *ope iudicis*: directa ou implicitamente (em razão da relação descrita com o poder de impugnarem as deliberações inválidas e prejudiciais para o interesse social), v., sempre com referência a construções de suporte (mesmo anteriores ao *Codice Civile*, como as de Ascarelli, De Gregório, Frè, Candian, Vaselli, etc.), REMO FRANCESCHELLI, “Sospensione di delibere assembleari impugnate”, *Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja*, volume II, *Diritto commerciale e industriale*, 1953, págs. 409-410 – “Se estes [os administradores] podem não executar uma deliberação ilegítima, se estão convencidos da sua ilegitimidade num caso concreto (...), é claro que podem suspendê-la de facto sem necessidade da ordem ou autorização de quem quer que seja”; GUSTAVO MINERVINI, “Sulla legittimazione degli amministratori all’impugnativa delle deliberazioni assembleari di società per azioni”, *Riv. dir. comm.*, 1955, pág. 218, ID., *Gli amministratori...* cit., págs. 187-188; GIUSEPPE SCORZA, “Gli amministratori di società per azioni di fronte alle deliberative invalide dell’assemblea”, *Riv. Soc.*, 1967, págs. 512 e ss; VINCENZO ALLEGRI, *Contributo allo studio...* cit., págs. 218-219; VINCENZO CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell’impresa...* cit., págs. 200-201, 206 e ss (em esp. 207-208 e 212); GIUSEPPE ZANARONE, *L’invalidità delle deliberazioni assembleari* cit., págs. 323 e ss, em esp. 329, e 413-414; GIANCARLO FRÈ/GIUSEPPE SBISÀ, *sub arts. 2377-2379*, págs. 748-749; FRANCESCO GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, volume III cit., pág. 221. Parcialmente contra: GIORGIO OPPO, “Amministratori e sindaci di fronte alle deliberazioni assembleari invalide”, *Riv. dir. comm.*, 1957, págs. 233-235, 248-249 (o poder-dever de “evitar a operatividade da deliberação ilegítima” louvar-se-ia na distribuição de competências na organização interna das sociedades de capitais e no grau de diligência devida na esfera de competências do administrador, a quem incumbe ajuizar a validade da própria deliberação; só a suspensão judicial, útil para tutelar o interesse na legalidade da acção social, garante objectiva e definitivamente que a deliberação não será cumprida, prescindindo-se do comportamento dos administradores); totalmente contra: ALBERTO GOMMELLINI, págs. 967-968, essencialmente porque tal poder-dever de abstenção se funda nas normas que compõem o sistema de responsabilidade civil dos administradores e encontra nelas os seus “limites de operatividade”, acabando por reduzir-se a suspensão a meio de tutela dos mesmos interesses que são protegidos nessas normas, interesses esses que não coincidem com os que estão na base do controlo judiciário da validade das deliberações sociais e dos institutos nos quais ele se articula (suspensão cautelar, anulação, etc.). Na Alemanha, é antiga a doutrina que ergueu a afirmação da compatibilidade entre aquele dever de abstenção perante deliberações anuláveis e a faculdade de os sócios, uma vez preenchidos os requisitos legais, obterem medidas cautelares que impeçam a execução das deliberações: v. ALFRED HUECK, *Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen bei Aktiengesellschaften*, 1924, págs. 161-162, 183-184 (mas, realçava o pioneiro Autor, “[a] obtenção de uma tal providência cautelar não é inofensiva para o autor, uma vez que, quando mais tarde a impugnação se mostre sem fundamento, então ele deve ressarcir a sociedade pelos danos provenientes da incidência da providência cautelar sobre a execução [da deliberação]”); WALTER SCHMIDT, in MAX HACHENBURG, *Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, 2. Band (§§ 35-84), 1959, *sub § 45, Anm. 42*, pág. 136. No entanto, entre nós, perante deliberações anuláveis, RAÚL VENTURA/BRITO CORREIA, pág. 85, consideravam que “só depois de suspensa judicialmente essa execução, pode o administrador deixar de cumprir o dever”.

seria conformar-se com a ordem judicial ou não cumpri-la *desde que tal fosse necessário à exoneração da sua responsabilidade por danos*. Um interesse em evitar a responsabilidade seria configurável como um *posterius* e não como um *prius* da posição tomada pelo administrador em face da suspensão cautelar. Mas é nesta posição que se enquadra a *idoneidade da abstenção*: a suspensão cautelar impõe uma regra de conformação – a *norma agendi* do caso – que se assume como uma verdadeira “regra de conduta” em relação a eventos e comportamentos futuros <sup>1215</sup>; ainda que permaneça o título de administrador, não existe alternativa nem dilema fundados na convicção dos administradores sobre o mérito da decisão cautelar; não existe o risco de suportar as consequências de uma escolha errada quando a *regula iuris* é a inacção.

Pelo contrário, a haver actuação enquanto administrador no exercício das funções (durante e por causa da actividade inerente de gestão e representação), parece que – ainda que com cautela o digo – teremos a violação de um dever legal *específico do administrador de direito*, que ressalta da intimação que a providência contém e se deseja garantida pela responsabilidade penal decretada pelo art. 391º do CPC – «Incorre na pena do crime de desobediência qualificada *todo aquele que infrinja a providência cautelar decretada, sem prejuízo das medidas adequadas à sua execução coerciva.*» –, em conjugação com o tipo legal do art. 348º, n.ºs 1 e 2, do CP. A ser assim, teríamos um dever de acatar a suspensão de efeitos da eleição, decorrente dessas normas <sup>1216</sup>, e, conseqüentemente, respeitar a compressão da modificação jurídica

---

<sup>1215</sup> Neste sentido, com recurso a doutrina processualista e administrativa, v. ULISSE COREA, págs. 95-96.

<sup>1216</sup> Mesmo que não se veja a intimação cautelar, na sua natureza constitutiva originária, como uma “ordem” ou como uma “obrigação de não-execução” (assim, VASCO LOBO XAVIER, *O conteúdo da providência de suspensão...* cit., págs. 44-45, com diálogo pertinente com a doutrina rebatida), o certo é que, parece, o dever de os administradores conformarem a sua actuação com a suspensão da eficácia da deliberação (o que exige um comportamento tanto positivo como eventualmente omissivo, como clama VASCO LOBO XAVIER, *ibid.*, págs. 40-41), ainda que não resulte directamente da providência, radica inelutavelmente na constelação de consequências reservadas para o incumprimento da sentença cautelar. Neste sentido, é numa *segunda fase de irradiação* de efeitos materiais da providência que esse dever emergirá – enquanto fase de *consolidação executiva* da determinação judicial (e que demanda uma feição condenatória da própria providência, se colocada em crise).

A dúvida que paira no horizonte – e assim se perceberá a cautela que anunciei previamente – é saber se o administrador designado pela deliberação suspensa está abrangido pelo art. 391º do CPC. A incerteza levanta-se se pensarmos que o sujeito réu-requerido no procedimento cautelar é a sociedade e não a pessoa designada como administrador, sendo que a responsabilidade criminal da pessoa colectiva no âmbito deste ilícito é admitida pelo art. 11º, n.º 2, do CP (v., em esp. a al. *a*) do n.º 2, o n.º 4 e o n.º 6, que a exclui «quando o agente tiver actuado contra ordens ou instruções expressas de quem de direito»). Melhor

operada pelo “poder deliberativo” dos sócios <sup>1217</sup>. Repare-se: se assim aceitarmos, estaremos perante um dever legal específico que incidirá ainda sobre o administrador de direito, in casu *suspense em virtude da providência cautelar que incidiu sobre a sua designação*. Ou seja, ainda estamos somente perante *um administrador de direito que não cumpre a injunção cautelar – a de acatar sem outra alternativa a suspensão cautelar –, que é ainda da sua condição de administrador de direito*. E é nesta condição que os prejuízos decorrentes dessa actuação ilegítima serão ressarcidos nos termos dos arts. 72º a 79º <sup>1218</sup>.

Afora isso, *havendo actuação análoga à dos administradores cartulares*, podem os administradores de direito suspensos vir a ser qualificados como administradores de facto – mesmo que não se tenha por extinta, até definição da situação em juízo, a sua qualidade de administradores de direito. Ou seja, durante todo o tempo de acção desrespeitadora da *injunção judicial*, o incumprimento da suspensão da deliberação nomeadora de administrador de direito surge como *facto contributivo para a aquisição da qualidade* de administrador de facto. E outras responsabilidades

---

seria, *de lege ferenda*, que se esclarecesse quem é «todo aquele» (como enuncia a lei processual) que infringe a providência cautelar decretada.

Encontrando deveres legais específicos dos administradores em normas jurídico-penais (como, por ex., nas que prevêm e punem os crimes de furto, abuso de confiança e dano), v. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., pág. 13. Para uma argumentação em hemisfério problemático adjacente, prescrevendo que os administradores não estão vinculados à execução de deliberações dos sócios, ainda que válidas, quando isso os exponha a *sanções de responsabilidade penal* de que sejam destinatários, v. VASCO LOBO XAVIER, *Anulação de deliberações sociais...* cit., n. (101) – págs. 358 e 361, VINCENZO CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa...* cit., págs. 234 e ss.

<sup>1217</sup> Poder que se espraia, nesta circunstância, sobre esferas jurídicas diferentes das dos sócios deliberantes (sobre a deliberação dos sócios como exercício de um poder idóneo, sujeito à regra da maioria, a incidir sobre outras esferas jurídicas e, por isso, vinculado a um controlo judicial da sua adequação com a lei e os estatutos sociais, v. PAOLO FERRO-LUZZI, *La conformità...* cit., págs. 151 e ss, nomeadamente 153-155), o que permite ver esta providência cautelar sobre uma deliberação de “organização estrutural” da sociedade, enquanto autêntica prolepse desse controlo judicial e, assim, um primeiro e significativo teste à salubridade desse poder em relação à lei e aos estatutos, como instalada não só em nome (com certeza primordial) do sócio oponente *uti singulus* (ou de sócios minoritários) mas também a favor do interesse da sociedade (recorde-se: o sujeito processual passivo da acção) em limitar na medida do possível os efeitos prejudiciais (o «dano apreciável» constante da lei processual) que tal execução comporte e garantir estabilidade à vida social e à sua relação com terceiros (sobre o assunto, v. ALBERTO GOMMELLINI, págs. 947-949, GIUSEPPE ZANARONE, *L'invalidità delle deliberazioni assembleari* cit., págs. 411-412, ALESSANDRO ARRIGONI, págs. 161, ss).

<sup>1218</sup> No entanto, parece que esta responsabilidade só será efectivável se houver ganho de causa para o autor na acção principal, o que implicará, se for instaurada a pertinente acção indemnizatória, a facultade de ser ordenada pelo tribunal a suspensão da instância (v. arts. 276º, n.º 1, al. c), 279º, 284º, n.º 1, al. c), do CPC). A favor desta solução que “condiciona à superveniência da sentença de anulação a efectivação da responsabilidade dos administradores que, após a suspensão, actuem em conformidade com a deliberação suspensa”, em nome da “natureza de *instrumentalidade hipotética* que revestem as providências cautelares”, v. VASCO LOBO XAVIER, *O conteúdo da providência de suspensão...* cit., págs. 75-76.

poderão surgir agora – se se reunirem os restantes pressupostos – *referidas à nova qualidade de administradores de facto* <sup>1219</sup>, ainda que pela violação de outros deveres que oneram a tarefa administrativa. Ou seja, na formulação que vamos densificando, de deveres inerentes ao estatuto jurídico *uniforme de administrador, tanto de direito como de facto*. <sup>1220</sup>

Nestas circunstâncias há que acrescentar algo mais. A providência cautelar está submetida a ónus de registo e publicidade: arts. 9º, al. *h*), e 70º, n.º 1, al. *d*); e 14º, n.º 2, do CRCCom. Encarando os administradores suspensos por efeito da suspensão cautelar da deliberação electiva como *possíveis* administradores de facto, esta qualidade, para o domínio das *relações externas*, estou em crer que só deverá ser oponível em face de terceiros depois de publicada ou depois do registo, neste caso se se fizer prova de que os terceiros tinham conhecimento da decisão judicial de suspensão transitada em julgado (cfr. art. 168º, n.ºs 2 e 3) <sup>1221</sup>, <sup>1222</sup> De tais momentos

---

<sup>1219</sup> Se aqueles pressupostos não se reunirem, teremos sempre administrador de direito com designação suspensa.

<sup>1220</sup> Esse incumprimento consiste em comportamento(s) que infringe(m) a intimação (desde logo para um *non facere*) constante da providência cautelar ordenada (que será equiparável a uma sentença condenatória no que toca à sua *exequibilidade*: cfr. arts. 48º, n.º 1, e 46º, n.º 1, al. *a*) do CPC), que, para além da eventual responsabilidade civil do sujeito como administrador de direito suspenso e, eventualmente, como administrador de facto e da responsabilidade criminal (crime de desobediência qualificada: arts. 391º do CPC e 348º do CP), poderá levar à interposição de acção executiva para prestação de facto negativo (arts. 933º e 941º do CPC, em cujo n.º 1 se faz referência à «indemnização do exequente pelo prejuízo sofrido») e à fixação de sanção pecuniária compulsória (arts. 384º, n.º 2, do CPC, e 829º, n.º 1, do CCiv.; também o art. 941º, n.º 1, alude ao «pagamento da quantia devida» a esse título, «em que o devedor tenha sido já condenado ou cuja fixação o credor pretenda obter no processo executivo»). Neste sentido, v. LEBRE DE FREITAS/MONTALVÃO MACHADO/RUI PINTO, *sub art.* 391º, págs. 64-65, LOPES DO REGO, *Comentários ao Código do Processo Civil*, volume I, 2004, *sub art.* 391º, pág. 361 (“a eventual aplicação de sanções criminais em nada preclude a possibilidade de serem desencadeadas as medidas civis adequadas à realização coerciva da providência”), PAIS DO AMARAL, pág. 35, REMÉDIO MARQUES, págs. 109-110. Em sentido contrário, v. PINTO FURTADO, *Deliberações de sociedades comerciais* cit., págs. 797-798.

<sup>1221</sup> Mesmo que a suspensão venha a ser decretada na acção proposta, tal qualidade não se torna oponível a terceiros em momento posterior ao registo da *instauração* do procedimento cautelar de suspensão da deliberação social (ónus previsto no arts. 9º, al. *e*), do CRCCom.) e antes de registada e publicada a decisão respectiva. Em contrário, poderia dizer-se que assim se esvazia, neste particular, a disposição que prevê tal registo inicial e a correspondente tutela dos terceiros. Mas contra-argumente-se que o registo torna oponíveis pela sociedade a terceiros os «factos sujeitos a registo» (cfr. art. 14º, n.º 1, do CRCCom., e art. 168º, n.º 4). Então, aquilo que pode ser oposto a terceiros depois de registada a acção de suspensão da deliberação é somente a *propositura da acção*, com aquele objecto e pedido. De molde que o terceiro que, após o registo da propositura, se tiver relacionado com o administrador ou administradores eleitos não pode alegar que desconhecia que o procedimento cautelar tinha sido proposto. Mas só isso (e pode não ser pouco, nomeadamente numa eventual querela indemnizatória tendo por causa a actividade administrativa depois da citação ou notificação do procedimento cautelar).

<sup>1222</sup> Já agora, para esclarecimento da concomitância entre a suspensão da execução das deliberações sociais e os direitos adquiridos por terceiros (não sócios e não titulares dos órgãos sociais) que se relacionam negocialmente com a sociedade, v. VASCO LOBO XAVIER, *O conteúdo da providência de suspensão...* cit., págs. 67 e ss, TAVEIRA DA FONSECA, págs. 43-44, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Os*

publicitários, todavia, não se precisa para a invocação de tal eventual qualidade fáctica no domínio das *relações internas* (incluindo a representação perante os sócios e o relacionamento com os titulares de outros órgãos sociais do administrador cujo título se suspendeu judicialmente), já que, suspensa a deliberação, a nomeação do administrador de direito é sem mais ineficaz na órbita da *actividade de gestão social*, abrindo caminho a invocar a constituição de uma relação administrativa de facto <sup>1223</sup>.

### **8.5.2. Ainda mais em particular: a situação do administrador designado após a citação ou notificação do procedimento cautelar suspensivo**

Antes da decisão judicial relativa à suspensão cautelar da deliberação electiva, porém, ocorre uma variante que não devemos obtemperar (seja nas relações externas como nas relações internas): a actuação do administrador *ao serviço da sociedade*, antes da decisão e da respectiva publicidade e *depois* de citada (ou, eventualmente, notificada) a sociedade da instauração do procedimento cautelar, sofre uma *vicissitude* jurídica insusceptível de ser ignorada, decorrente dos arts. 234º, n.º 4, al. b), e 397º, n.º 3 – «A partir da citação, e enquanto não for julgado em 1.ª instância o pedido de suspensão, não é lícito à associação ou sociedade executar a deliberação impugnada.» –, do CPC<sup>1224-1225</sup>. Mesmo percebendo que a citação não pode antecipar a totalidade dos efeitos da providência cautelar <sup>1226</sup>, o certo é que a lei parece querer

---

*poderes de representação...* cit., págs. 169 e ss, ID., “O procedimento cautelar de suspensão...”, *loc. cit.*, págs. 1385 e ss, ID., “Suspensão de deliberações sociais...”, *loc. cit.*, págs. 370 e ss.

<sup>1223</sup> Assim se compreende que, se a acção de anulação vier a ser julgada procedente, a regulamentação provisória da acção cautelar é “consumida” pela “eficácia própria da sentença na acção principal”, que “elimina *ex tunc* os efeitos da deliberação” (nesta linha, VASCO LOBO XAVIER, *últ. ob. cit.*, pág. 71). Se a acção for de declaração de nulidade ou de ineficácia da deliberação, a procedência “confirma” a regulamentação provisória de impossibilidade de produção de efeitos.

<sup>1224</sup> Se o pedido de suspensão da deliberação social for instaurado como incidente na pendência da acção principal (art. 383º, n.º 1, do CPC), a citação é substituída por notificação, nos termos do art. 385º, n.º 2, desse CPC (em acréscimo, cfr. arts. 228º, n.ºs 1 e 2, do CPC).

<sup>1225</sup> A norma tem como antecedente as prescrições do *Código de Processo Comercial* relativas ao “processo especial” de “suspensão de deliberações sociaes” – art. 115º, § 4º, 1.ª parte, na versão do Decreto de 24 de Janeiro de 1895 e da Lei de 13 de Maio de 1896; art. 124º, § 4º, 1.ª parte, na versão do Decreto de 14 de Dezembro de 1905: «Desde a data da notificação [à direcção da sociedade] não poderá a direcção executar a deliberação recorrida, e contra a prova resultante do termo de protesto só poderá oferecer a certidão da respectiva acta» –, que foram recuperados pela reforma de 1961 do CPC, sendo então o n.º 4 do art. 397º.

<sup>1226</sup> Não parece correcto entender que a citação permite atribuir desde logo o efeito integral da providência requerida e que, após esse momento, não tenham qualquer eficácia jurídica os actos de execução da deliberação *sub judice* – uma espécie de “suspensão preventiva” ou “provisória”: não vejo que, na ausência de uma formulação legal que aponte inequivocamente para a antecipação de efeitos, o interesse do requerente seja tão forte para lhe atribuir valor predominante *pré-judicial* com a mera interposição da acção (e sem averiguação jurisdicional efectiva da procedência dos seus requisitos), ainda para mais quando



imputar-lhe uma *eficácia inibitória* no que toca à obrigatoriedade e licitude da actividade a desenvolver pela administração social em conformidade com as deliberações em causa <sup>1227</sup>. De maneira que essa inibição poderá fundamentar, desde logo nesse *tempo intermédio*, a responsabilidade dos administradores que executem o cargo (digamos assim) pelos prejuízos causados por uma actuação que, sendo ilícita e uma vez decidida a suspensão e deferida favoravelmente a pretensão movida na acção principal, os venha a originar <sup>1228</sup>. Por outras palavras: citada (ou notificada) a sociedade, a actividade administrativa *realizada por conta e em nome da sociedade* passa a ser ilícita, mas não passa, pela simples força da citação ou notificação, a ser

---

esse interesse pode não ser legítimo e incorrer num intuito manifestamente abusivo. Para essa corrente, mas com variações, v. EURICO LOPES-CARDOSO, *Código de Processo Civil anotado*, 1962, sub arts. 396º/397º, pág. 261; RAÚL VENTURA/BRITO CORREIA, págs. 85 e 86 – escrevem que o preceito “marca literalmente o termo *a quo* da suspensão”; BRITO CORREIA, *Direito comercial*, 3º volume, *Deliberações dos sócios* cit., pág. 364 – “é do próprio pedido de suspensão (e não da decisão do tribunal), uma vez dado a conhecer à sociedade, que decorre o impedimento (ainda que provisório) à execução da deliberação” –, que não deixa de advertir para o “sério risco para a sociedade, caso tal pedido seja feito abusivamente”; CARLOS OLAVO, pág. 30 (“Sendo ilícita a execução da deliberação, os actos em que se consubstancie são nulos.”) e n. (76); OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito comercial*, Volume IV cit., págs. 437-438 (exibindo uma conformação crítica em face da lei: “(...), por natureza, sem a possibilidade de se averiguar se o prejuízo derivado da suspensão é superior ao que se pode derivar da execução!”); PINTO FURTADO, *Deliberações de sociedades comerciais* cit., págs. 793 e ss (sem corroborar a afirmação de invalidade ou ineficácia do acto ilícito de cumprimento da deliberação pelos gerentes ou administradores, antes adoptando o “efeito de responsabilização civil” sobre os administradores que cumpram a deliberação no momento imediatamente a seguir à citação por preterição de um dever legal: em esp. v. págs. 795 e 798, nas quais, note-se, o Autor – que aí afirma ser “completamente inaceitável a afirmação de *invalidade* ou *ineficácia* do próprio *acto ilícito* de cumprimento da deliberação” pelos administradores – evolui de pensamento contrário exibido no seu anterior *Código Comercial Anotado*, volume II, *Das sociedades em especial*, tomo II, 1986, sub art. 186º, n. (1) – págs. 613-614 – “Execução *ilícita*, sem mais, duma *deliberação social*, é realidade que não pode deixar de parecer-nos equivalente, pois, a execução *inválida* e não simplesmente *irregular*”; itálico do Autor); LOPES DO REGO, sub art. 397º, pág. 366.

Nos tribunais, veja-se, em diferentes momentos, a concordância dos Acs. da **Relação de Évora**, de **19 de Janeiro de 1979** (in *CJ*, 1979, I, pág. 194, ss, no que toca às observações *obiter dicta* a págs. 201), da **Relação de Lisboa**, de **22 de Novembro de 1990** (in *CJ*, 1990, V, pág. 125, ss, com conclusão a págs. 127); da **Relação de Coimbra**, de **26 de Janeiro de 1993** (in *CJ*, 1993, I, pág. 26, ss, com um caso de eleição dos “corpos sociais” de uma cooperativa onde se nega a produção de efeitos da “tomada de posse” da *nova* direcção realizada em data subsequente à citação da acção cautelar e, portanto, se afirma depois a invalidade de representação dos seus membros, representação essa que se mantinha na *anterior* direcção); e do **STJ**, com data de **11 de Outubro de 1995** (in *CJ/STJ*, 1995, III, pág. 60, ss, com a indicação de outros arestos alinhados a págs. 63).

<sup>1227</sup> Esta realidade foi crismada por MENEZES CORDEIRO, *SA: assembleia geral...* cit., pág. 261, de “pré-suspensão *ex citatione*”.

<sup>1228</sup> Falando mesmo de uma “responsabilidade condicional” desde a citação a cargo do executor da decisão impugnada, em virtude da dependência da decisão de procedência do pedido cautelar, que, para esse efeito, opera retroactivamente, v. LEBRE DE FREITAS/MONTALVÃO MACHADO/RUI PINTO, sub art. 397º, pág. 96.

ineficaz, nem nula <sup>1229</sup>, nem anulável durante o período que se segue à citação da sociedade e que corre até ao julgamento em primeira instância <sup>1230-1231</sup>. A actuação dos administradores não é irregular (pelo menos, ainda não é) – logo, *a qualidade de administradores de direito não deixou de vigorar na sequência da mera propositura da acção; só depois de deferida a providência cautelar é que a qualidade de administradores de direito fica sem efeito prático (ainda que não se encontre extinta até pronúncia judicial no processo principal)*–, mas os administradores eleitos (e ainda *plenamente* de direito) sujeitam-se desde logo a responder *nessa qualidade* por uma conduta que a lei rotula de ilícita <sup>1232, 1233</sup>

---

<sup>1229</sup> Em sentido contrário, LOPES DO REGO, *sub art. 397º*, pág. 366 (“sendo obviamente imperativa a norma constante do n.º 3 do artigo 397º”, afigura-se ao Autor que “implicará nulidade a execução da deliberação dentro do período temporal fixado nesta disposição legal”).

<sup>1230</sup> Que deverá efectuar-se no prazo máximo de 2 anos (cfr. art. 382º, n.º 2, do CPC).

<sup>1231</sup> Por maioria de razão, o mesmo se passa para a actividade desenvolvida depois do registo da propositura do procedimento cautelar.

<sup>1232</sup> Para a colocação da consequência do desrespeito pelos efeitos da citação no domínio da responsabilidade civil dos administradores pela execução ou, mais amplamente, pela realização da actividade conforme com a deliberação, v., pioneiramente, VASCO LOBO XAVIER, *O conteúdo da providência de suspensão...* cit., págs. 59, 63 e n. (87ª), 84 e ss; depois, TAVEIRA DA FONSECA, págs. 33 e ss, em esp. 35-36 (com uma síntese feliz: “a citação torna apenas ilícita a sua execução: os efeitos produzem-se, os actos são válidos, mas os responsáveis pela execução são civilmente responsáveis pelos danos que a sua conduta causar à sociedade ao aos sócios”), 41-42; LEBRE DE FREITAS/MONTALVÃO MACHADO/RUI PINTO, *sub art. 397º*, pág. 96; ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “Suspensão de deliberações sociais...”, *loc. cit.*, págs. 367-368; RUI PINTO DUARTE, “A ilicitude da execução...”, *loc. cit.*, págs. 21 e ss (com a proposta *de iure* condendo de atribuir ao juiz “o poder-dever de, no despacho que ordena a citação, decretar (ou não, obviamente...) aquilo que hoje é efeito automático da citação”, designadamente “ordenar a suspensão intercalar de todos ou alguns dos actos de execução da deliberação impugnada”); MENEZES CORDEIRO, *SA: assembleia geral...* cit., pág. 262. Seguindo a doutrina de Vasco Lobo Xavier, v. o Ac. da **Relação do Porto, de 28 de Julho de 1983** (cit. a n. 1177, pág. 238: “(...) se a deliberação é ainda eficaz será, como tal, exequível, só que a sua execução não é lícita, sujeitando-se quem a executar à correspondente responsabilidade, dependente do que vier a decidir-se nas acções cautelares e anulatória”); v. ainda a declaração de voto de vencido de um dos conselheiros participantes no Ac. do **STJ de 11 de Outubro de 1995** (*loc. cit.* a n. 1226, pág. 63: “há uma simples ilicitude da execução da deliberação, com a consequente responsabilidade civil do executor, se vier a ser anulada a deliberação”).

<sup>1233</sup> Será assim, em princípio. Suponhamos, para contrariar, os casos de os administradores serem confrontados com a necessidade de intentar uma acção que vise impedir um gerente ou administrador de exercer actividade concorrente com a sociedade (v. arts. 254º, n.º 1, e 398º, n.º 1) ou de contestar uma acção judicial intentada por um sócio contra a sociedade (por ex., por não distribuição da parte entendida por devida do lucro de exercício distribuível, deliberada ou não: v. arts. 217º, n.ºs 1 e 2, 294º, n.ºs 1 e 2), cuja falta de reacção proactiva ou de contestação acarretaria o receio de ocorrer prejuízo para a sociedade (afirmativamente, para o caso da não distribuição dos lucros, sobre a responsabilidade da sociedade perante o sócio e, até, a responsabilidade dos administradores perante a sociedade, v. PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais* cit., págs. 334). Não excluo que, num momento em que ainda não houve ponderação judicial, não está colocada de parte a possibilidade de os administradores suspensos fazerem um juízo negativo sobre a viabilidade da providência (cfr. art. 387º, n.º 1, do CPC) e aferir a existência de prejuízos decorrentes da sua inacção (após a citação) que excedem os danos provocados pela execução da deliberação electiva (nos termos do art. 397º, n.º 2, do mesmo CPC, que, repare-se, não exige o excesso *considerável* previsto pelo art. 387º, n.º 2: assim, cfr. o art. 392º, n.º 1, do CPC e v. LEBRE DE FREITAS/MONTALVÃO MACHADO/RUI PINTO, *sub art. 397º*, pág. 95 – “basta que ele [o prejuízo provável

### 8.5.3. Súmula

Do exposto resulta que:

(i) o administrador é “de direito” depois de ser designado por deliberação social e ter aceite (expressa ou tacitamente) a nomeação;

(ii) uma vez citada (ou, eventualmente, notificada) a sociedade da propositura do procedimento cautelar, o administrador não deixa ainda de ser “de direito” até decisão daquele <sup>1234</sup>, embora esteja condicionado por uma actividade que *ex auctoritate legis* será ilícita;

---

da sociedade requerida] seja *superior* a este [o prejuízo provável do requerente] para que o juiz, consideradas as circunstâncias do caso, *possa recusar a providência*”, itálico dos comentadores) e, portanto, actuem como administradores (ainda) formais nesse período de tempo – outorgarão procuração ao advogado na qualidade *regular* de administradores representantes (v. arts. 252º, n.º 6, 391º, n.º 7). Cabe, portanto, aos administradores assumir ou não o *risco* de execução da deliberação que os designou de acordo com a avaliação que dele façam e conformarem-se ou não com o efeito da citação, risco esse que “variá, naturalmente, com a maior ou menor probabilidade de a deliberação ser afinal suspensa e anulada – e, portanto, pode até praticamente [esse risco] não existir” (VASCO LOBO XAVIER, *últ. ob. cit.*, pág. 90). Com fundamento no “dever funcional de executar” as deliberações dos sócios e com recurso a “um juízo de cuidada probabilidade”, será esta igualmente a posição de MENEZES CORDEIRO, *SA: assembleia geral... cit.*, pág. 262.

Para a avaliação do “justo equilíbrio de interesses” associados aos prejuízos dos contendores (“o que a providência pode causar e o que pode evitar”), mantém ainda hoje viva actualidade a doutrina de MANUEL DE ANDRADE e FERRER CORREIA, que mandavam atender “não só ao grau do prejuízo que um ou outro pode sofrer, mas ao volume dos próprios interesses em jogo, quer no ponto de vista da sua extensão, quer no do número dos respectivos titulares. E assim, será dada preferência ao interesse social sobre o individual, e ao interesse do maior número de sócios e de acções sobre o do menor número”: *Suspensão de deliberações sociais e direitos individuais dos accionistas (Jurisprudência crítica)*, 1948, pág. 61. Com interesse para este cenário, sobre a actuação(-obrigação de executar) dos administradores em face de deliberações anuláveis no binómio *verosimilhança/probabilidade da anulação e relevância do prejuízo decorrente da execução para a sociedade e para os sócios*, v., com grande desenvolvimento e alusões bibliográficas, VASCO LOBO XAVIER, *Anulação de deliberação social... cit.*, págs. 340 e ss (em esp. 365-366), 367 e ss, e, na sua linha, COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais cit.*, pág. 63 e suas notas; contra tal flexibilidade, RAÚL VENTURA/BRITO CORREIA, págs. 77 e ss, em esp. 85-86.

Contudo, já noutros casos nenhum juízo deste género assiste ao administrador. Veja-se a hipótese de, no âmbito das suas actuações, estar em cima da mesa a execução de uma deliberação de distribuição de bens sociais (lucros de exercício ou reservas) e tiver sido requerida a suspensão cautelar de deliberações de aprovação do balanço ou de distribuição de lucros de exercício ou de reservas: aqui há uma ilicitude decorrente da violação do dever de não efectuar aquela distribuição, insusceptível de ser justificada em face do art. 31º, n.º 4 (que constitui tal dever na esfera dos administradores «a partir da citação da sociedade para a acção de invalidade» de tais deliberações: crítico em relação a esta “exagerada proibição de distribuição de dividendos”, “tendo em atenção a morosidade do processo e sabendo-se que esta acção poderá ser intentada por qualquer accionista mal intencionado e porventura sem património penhorável” [v. o n.º 5 do mesmo art. 31º], v. ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, pág. 167), que consistentemente aparenta ser aplicável por *maioria de razão* à fase posterior à citação cautelar (o preceito começa por salvaguardar precisamente o «disposto no Código de Processo Civil sobre o procedimento cautelar de suspensão de deliberações sociais», numa referência que julgo ser inequivocamente feita ao art. 397º, n.º 3, do CPC). Sobre a excepção legal que o art. 31º, n.º 4, constitui ao dever administrativo-social de execução das deliberações dos sócios, v. COUTINHO DE ABREU, *ibid.*, págs. 62-63.

<sup>1234</sup> Em sentido concordante, ainda que para a destituição de gerente (então “exoneração”: cfr. art. 35º da LSQ), v. o Ac. do STJ, de 20 de Maio de 1977 (in *BMJ* n.º 269, 1977, pág. 206): “[s]e uma sociedade deliberou exonerar o seu gerente e este requereu a suspensão dessa deliberação como acto preparatório da

(iii) uma vez decidido a favor do requerente o procedimento cautelar <sup>1235</sup>, o administrador poderá tornar-se “de facto” se actuar administrativamente, sem que fique extinta a qualidade de administrador de direito até pronúncia final sobre a validade ou eficácia da deliberação suspensa na acção principal (o título de administrador conserva-se na sua eficácia *genética*);

(iv) uma vez *a final* decretada a invalidade ou ineficácia da deliberação de nomeação, o administrador de direito vê o seu título extinto, que deixa de ser uma qualidade conciliável com a de administrador de facto (se vier esta a ser atribuída, ou prolongada, a partir desse momento).

#### **8.5.4. A “substituição temporária” dos administradores suspensos**

As sociedades comerciais dispõem no seu interior de alguns recursos idóneos a garantir o funcionamento dos seus órgãos. O artigo 393<sup>o</sup> regula a *substituição dos administradores*. <sup>1236</sup> O respectivo n.º 6 impõe que «[s]ó haverá substituições temporárias no caso de *suspensão de administradores*», de acordo com os meios predispostos pelo n.º 3 do art. 393<sup>o</sup> <sup>1237</sup>. Os artigos 425<sup>o</sup>, n.º 4, e 437<sup>o</sup>, n.º 2, prosseguem o mesmo objectivo em situações de «impedimento temporário» na estrutura com conselho de administrativo executivo. <sup>1238</sup>

---

acção de anulação, o vínculo jurídico que unia o gerente e a sociedade mantém-se até ao julgamento definitivo do pedido de suspensão (ponto I do Sumário, sublinhado da minha autoria).

<sup>1235</sup> Mesmo que objecto de recurso tal decisão, o seu efeito devolutivo assegura a vigência da respectiva injunção durante o período de apreciação na instância superior (v. arts. 691<sup>o</sup>, n.º 2, al. *l*), e 692<sup>o</sup>, n.º 1, do CPC).

No entanto, alerte-se para que «o recorrente pode requerer, ao interpor o recurso, que a apelação tenha efeito suspensivo quando a execução da decisão lhe cause prejuízo considerável e se ofereça para prestar caução»: n.º 4 desse art. 692<sup>o</sup>. Note-se ainda que tem efeito suspensivo a apelação das decisões de indeferimento liminar ou rejeição da providência cautelar, nos termos do n.º 3, al. *d*), ainda do art. 692<sup>o</sup> do CPC; de todo o modo, nesta circunstância de a providência ter sido indeferida, mesmo que impugnada, deve entender-se que não mais impende sobre os administradores qualquer cuidado em relação à ilicitude do seu desempenho e a uma consequente responsabilização pela execução após a citação/notificação da providência: o art. 397<sup>o</sup>, n.º 3, enquanto norma *especial*, é peremptório quanto à caducidade desse efeito (repare-se na fórmula «enquanto não for julgado em 1.<sup>a</sup> instância o pedido de suspensão») logo que a requerida sociedade tenha obtido decisão favorável na 1.<sup>a</sup> instância (é este também o entendimento de LEBRE DE FREITAS/MONTALVÃO MACHADO/RUI PINTO, *sub art.* 397<sup>o</sup>, págs. 96-97).

<sup>1236</sup> Tal como art. 253<sup>o</sup> trata de expedientes de substituição (mas não todos) dos gerentes nas sociedades por quotas, seja para a “falta definitiva” ou “temporária” do gerente único ou de todos os gerentes (n.ºs 1 e 2) – v. *supra*, ponto 8.2. –, seja para a “falta definitiva” de gerente necessário (ainda que não nominalmente) para a vinculação da sociedade (n.ºs 3 e 4).

<sup>1237</sup> Sobre esta interpretação, que corrige a letra do preceito quando remete para o n.º 1 do art. 393<sup>o</sup>, v. *supra*, n. 823.

<sup>1238</sup> Para a “falta temporária” de todos os gerentes ou do gerente único das sociedades por quotas, v. a solução já conhecida e analisada do art. 253<sup>o</sup>, n.º 2.

O administrador substituto é administrador de direito, uma vez escolhido de acordo com forma prevista na lei – isto é, os critérios sucessivamente indicados pelo n.º 3 do art. 393º. Como vimos, quem pode estar a desempenhar funções de administração “de facto” será o administrador suspenso e essa qualidade pode *coexistir* com a presença dos administradores substitutos. Seja como for, a duração da administração substituta terminará no momento que corresponde ao termo ou à extinção da suspensão <sup>1239</sup>: seja o momento em que os administradores suspensos sejam reintegrados nas suas funções – por ex., porque as “condições de saúde» ou as «condições pessoais» deixaram de ser óbice ao exercício administrativo <sup>1240</sup> ou porque terminou o prazo de suspensão preventiva (não judicial) sem que fosse realizada a assembleia de discussão e deliberação sobre a sua destituição ou, tendo sido realizada antes de esgotado o prazo de suspensão, não foi deliberada tal destituição –, seja o momento em que os procedimentos que implicaram a suspensão acabem por resultar no afastamento do administrador do cargo – por ex., pela pronúncia judicial definitiva de invalidade ou ineficácia da nomeação ou de destituição do administrador. Porém, não creio que possa ser defendida, em princípio, a aplicação do instituto a todas as formas de suspensão *judicial*, o que afasta o princípio de uniformidade ditado para a restrição ao universo de poderes e deveres do administrador suspenso (art. 400º, n.º 2, 2.ª parte); logo, nem sempre poderá haver copresença de administradores substitutos e administradores suspensos.

---

<sup>1239</sup> Não se aplica o n.º 5 do artigo 393º, privativo das “substituições definitivas”, em que os substitutos exercem o cargo «até ao fim do período para o qual os administradores foram eleitos». Retirando tal consequência do facto de o n.º 6 não mandar aplicar esse n.º 5 (anterior n.º 3 na versão primitiva do artigo), v. RAÚL VENTURA, “Nota sobre a substituição...”, *loc. cit.*, pág. 167. Pode acontecer, contudo, que o período da “substituição temporária” ultrapasse o «período para o qual os administradores foram eleitos», em particular nas suspensões envolvidas em processos judiciais morosos (nestas circunstâncias poderemos estar perante um fundamento de extinção da instância por superveniente inutilidade da lide; mas nem sempre: por ex., torna-se necessário prosseguir a acção porque resultará da decisão judicial a aferição da alegada justa causa da destituição, nos termos dos arts. 257º, n.º 4, e 403º, n.º 3).

Por tudo, não vejo que a “substituição temporária”, como meio de *designação* dos administradores, não esteja sujeita a registo e publicação obrigatória, de acordo com o disposto nos já conhecidos arts. 3º, n.º 1, al. m), e 70º, n.º 1, al. a), do CRCom. Assim como, com base nos mesmos preceitos, a suspensão, seja qual for a sua fonte, enquanto cessação de funções “temporária” – pois também para esta vicissitude não se restringe a aplicação da norma à *definitividade* do evento –, deve ser facto submetido a registo e publicação (em particular para tutela dos interesses de terceiros: neste último sentido, v. ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Os poderes de representação... cit.*, n. (202) – pág. 115).

<sup>1240</sup> Referindo-se ao afastamento do administrador por incapacidade laboral ou doença como fonte de impedimento da continuação da função administrativa e superveniente possibilidade de exercício da administração, v. MARC DINKHOFF, pág. 16.

Assim, essa substituição temporária será adequada no caso das acções de destituição judicial e de suspensão cautelar da deliberação nomeadora, de modo que, no decurso da acção e, havendo prolongamento da falta até à decisão que conclua ou não pela destituição ou pela suspensão (e eventual invalidade ou inexistência da deliberação objecto da acção cautelar, a decretar na acção principal), a falta temporária seja remediada. Tem-se em vista o interesse da sociedade em superar as “condições de acefalia” em que a sociedade se encontra após a suspensão dos administradores (e os graves inconvenientes que daí provêm necessariamente) <sup>1241</sup> e a segurança dos terceiros que contratam com a sociedade.

Mas não assim, por regra, no caso de inquérito judicial. Aqui, uma leitura conjugada dos vários preceitos relevantes do art. 292º faz-nos inclinar para concluir que a faculdade de suspensão preventiva é derivada da nomeação de um administrador para «repor a legalidade» (al. c) do n.º 3), ou seja, para praticar os actos necessários para que a informação recusada (ou recebida mas «presumivelmente falsa, incompleta ou não elucidativa») aos sócios possa ser prestada <sup>1242</sup> (veja-se que a suspensão prevista no n.º 4 é alternativa à “proibição de interferência” dos administradores nas tarefas confiadas ao administrador judicialmente nomeado). Logo, a suspensão é um *meio julgado adequado* para o cabal exercício de uma tarefa *especificada* pelo juiz, de acordo com a lei, para a realização do direito dos sócios à informação (cujo desrespeito precipita a *ilegalidade* a ser reposta). Concretizando essa função de obtenção da informação, o administrador nomeado esgota a sua utilidade <sup>1243</sup> e o juiz, depois de garantida a satisfação dos

---

<sup>1241</sup> ALESSANDRO ARRIGONI, pág. 165.

<sup>1242</sup> Esta é a tarefa *necessária* do administrador nomeado pelo tribunal. As restantes tarefas do administrador arquitectadas pela lei são *eventuais*: «[p]ropor e seguir, em nome da sociedade, acções de responsabilidade, baseadas em factos apurados no processo» (al. a) do art. 292º, n.º 3; ou seja, factos relativos, pelo menos, a esse incumprimento do dever de informação aos sócios); «[a]sssegurar a gestão da sociedade, se, por causa de destituições fundadas na alínea a) do número anterior [cuja responsabilidade por actos praticados no exercício de cargos sociais tenha sido apurada], for caso disso» (al. b) do art. 292º, n.º 3).

<sup>1243</sup> Também com utilidade funcional circunscrita se apresenta um outro cenário de nomeação judicial de administrador, ainda no âmbito de um processo de inquérito judicial (o tal “especialíssimo” desenhado pelo art. 67º). Aqui, o encargo é de «elaborar o relatório de gestão, as contas do exercício e os demais documentos de prestação de contas previsto na lei e de os submeter ao órgão competente da sociedade» (n.º 2) e tais funções cessam, em princípio (v. o n.º 3 do art. 67º), com a aprovação das contas pelo órgão competente. No entanto, esta nomeação não implica que haja suspensão ou destituição dos restantes administradores (que só poderá seguir a regra da competência dos sócios e não está na esfera de poderes do tribunal) nem que sejam condicionados ou limitados os seus poderes gerais (concordante, JOÃO LABAREDA, “Notícia sobre os processos...”, *loc. cit.*, págs. 71-72, que, porém, não coloca de lado ambas as providências, enquanto medida cautelar ordenada no âmbito do art. 1481º e decisão favorável ao pedido de

sócios-autores no processo (ouvindo-os), deve fazer terminar a sua tarefa (v. o n.º 5, al. b))<sup>1244</sup>. E, concomitantemente, ordenar o *levantamento* da suspensão dos

destituição baseado no n.º 2 do art. 1482º, ambos do CPC); enquanto isso, a nomeação de administrador nos termos do art. 292º, n.º 1, al. b), pode, se acompanhada pela destituição de administradores, implicar, pelo menos, o alargamento de funções dirigido a «assegurar a gestão da sociedade, se (...) for caso disso» (art. 292º, n.º 3, al. b)).

<sup>1244</sup> No seu conjunto, o art. 292º não prima pela clareza e deve ser interpretado no quadro do incumprimento do dever de informação de que os sócios são credores. No entanto, a prestação da informação em falta pode vir a ser um pretexto para se demonstrar a necessidade de outras medidas e decisões que vão para além daquelas que seriam motivadas pela prestação da informação em falta, nomeadamente a destituição de administradores (já agora: esta mesma resolução, ainda que sem suspensão prévia, pode ser decretada judicialmente no âmbito de inquérito judicial por «abuso de informação: v. art. 449º, n.º 4) e a dissolução da sociedade. Por isso mesmo, não se concorda com a conjunção «ou» que a lei usa no art. 292º, n.º 1: aí deveria estar a copulativa «e», como vamos demonstrar.

Uma leitura internormativa (também com os arts. 1497º e ss do CPC) conduz-nos ao seguinte percurso seguido pelo juiz. Em primeiro lugar, depois de ponderados os fundamentos do pedido de inquérito judicial, os pontos de facto que, na perspectiva do requerente, «interesse averiguar» e as providências requeridas, e uma vez recebida (ou não) a resposta contestatória da sociedade e dos titulares dos órgãos da sociedade a quem sejam imputadas irregularidades no exercício das funções (*maxime*, os gerentes e os administradores), determina logo que a informação pretendida seja prestada e/ou ordena a realização do inquérito à sociedade (que seguirá os termos dos arts. 1480º, n.ºs 2 e 3, e 1481º do CPC, este referido à possibilidade de se estabelecerem medidas cautelares no decurso do inquérito). Concluído e notificado o relatório do perito-investigador nomeado (ou a decisão sobre a matéria de facto desse mesmo relatório), o juiz, numa segunda fase, e *depois de requeridas* (cfr. n.ºs 2 e 3 do art. 1482º do CPC), pode ordenar a destituição imediata dos administradores cujas irregularidades tenham sido apuradas (desde logo em matéria do incumprimento do dever de informação dos sócios) – para um outro caso de destituição de administrador em processo de inquérito judicial, mas por «abuso de informação» na sociedade anónima, v. o art. 450º, n.º 1, 2.ª parte, mesmo que, cotejadas as letras dessa norma e a do n.º 2 do art. 1482º do CPC, tal não seja requerido: parece ser esta a leitura de JOÃO LABAREDA, *últ. est. e loc. cit.*, pág. 70, “se for manifesta a violação” – e a nomeação de um administrador, bem como, se forem apurados factos que lhe dêem causa, nos termos da lei e do contrato, e tenha sido requerida, a dissolução da sociedade (seja, em primeira linha, baseada em causas *voluntárias* de dissolução – pois a lei refere-se ao *requerimento* de dissolução –, seja, se forem apuradas, com base em causas de dissolução *imediata* ou *automática*: neste sentido, RAÚL VENTURA, *Dissolução e liquidação de sociedades...* cit., *sub art.* 144º, pág. 201). [Depois da alteração feita pelo DL n.º 76-A/2006 dos arts. 142º, n.º 1, 143º e 144º, assim como a revogação do art. 1497º do CPC (pelo respectivo art. 61º, al. a)), e a substituição, em princípio, da dissolução judicial pela dissolução administrativa, regulada pelo art. 1º, n.º 3, e Anexo III do diploma reformador, seria de esperar que a faculdade de destituição oferecida ao juiz pela al. c) do art. 292º, n.º 1, fosse afastada. Mas não foi. Faculdade, aliás, que continua a ser possível de requerimento no n.º 3 do art. 1482º do CPC, em conjugação com a parte final da al. c) do art. 292º, n.º 2. Julgo que a *especialidade deste regime* e a falta de autonomização de qualquer causa adicional às previstas na lei para a dissolução – antes se remete para causa de dissolução «nos termos da lei ou do contrato» – não aconselham uma qualquer solução abrogatória deste regime. Além do mais, não se deixe de alertar para a remanescência de outras hipóteses de dissolução ajuizada e decretada por um tribunal; três exemplos: (i) efeito da sentença de insolvência (artigo 141º, n.º 1, e), CSC); (ii) poder do Ministério Público no regime das sociedades gestoras de participações sociais (artigos 13º, n.º 2, 3º, n.ºs 5 e 6, e 5º, n.º 1, al. c), do DL n.º 495/88, de 30 de Dezembro); (iii) decisão que não invalide em sede de recurso a deliberação de dissolução voluntária (art. 142º, n.º 4); (iv) decisão que revogue em sede de recurso a decisão em sede administrativa de “não dissolução” (artigo 12º do RJPADL). Já agora: a liquidação judicial de sociedades permanece aplicável de acordo com os pressupostos dos arts. 1122º e ss do CPC: em particular, o art. 1122º prevê tal “processo especial” na «dependência da acção de dissolução» (judicial, portanto) e o art. 1123º faculta a “prosseção judicial” da liquidação a requerimento da própria sociedade, qualquer sócio ou credor, o que permite ver esta forma judicial como um instrumento para, *maxime*, solucionar os litígios intra-societários que surjam na liquidação social ou comum (v. art. 146º, n.º 1, *in fine*: nesta linha, PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais* cit., pág. 948); por outro lado, a sociedade dissolvida por

administradores. Giza-se uma medida de rédea curta e de tempo reduzido, que não implicará a substituição temporária dos administradores suspensos.

Contudo, mesmo aqui, aceitar-se-á a mobilização do art. 393º, n.º 6, para a prática de actos que não possam esperar pelo levantamento da suspensão, isto é, actos urgentes e/ou que não podem ser praticados sem os representantes legais da sociedade e fora do esquema legal ou estatutário de vinculação social (se se exige, por ex., a intervenção de mais do que um só administrador e todos os outros foram destituídos ou, por qualquer outra razão, deixaram de ser administradores): isto é, actos cuja produção de efeitos claudicaria mesmo no domínio atribuído ao administrador nomeado judicialmente (que é um só, note-se) pela al. b) do art. 292º, n.º 3, para «assegurar a gestão da sociedade» em consequência das destituições (e, por maioria de razão, das suspensões). Nesta circunstância não é a causa da suspensão que leva à substituição – como na regra –, é o facto de a suspensão se verificar naquele momento que funda a substituição <sup>1245</sup>. <sup>1246</sup>

#### ***8.6. A extinção do título de administração por efeito da dissolução da sociedade e a não coincidência entre os anteriores administradores de direito da sociedade e os liquidatários da sociedade dissolvida***

A dissolução, seja de que modalidade for <sup>1247</sup>, opera a *modificação* da situação ou do estatuto da sociedade dotada de personalidade jurídica (ou, ainda, da relação

---

decretamento da sua insolvência submete-se à “administração e liquidação da massa insolvente”, previsto nos arts. 149º e ss do CIRE, no qual assume relevo autónomo a situação-processo de liquidação nos arts. 156º e ss desse mesmo CIRE.]

Se a nomeação do administrador for acompanhada da tarefa de «reposição da legalidade» – que só vemos como o suprimento da *ilicitude* mediante a realização do direito à infomação – e for alegado na petição que o incumprimento se deveu a comportamento de algum ou algum dos administradores que não foram de imediato destituídos, o juiz pode suspender o administrador ou administradores restantes ou, em alternativa, proibi-los de interferir nessa tarefa (ou das mencionadas nas als. a) e b) do art. 292º, n.º 3).

<sup>1245</sup> De tal maneira que estamos perante uma situação análoga à prevista no art. 253º, n.º 2, a de “falta temporária de todos os gerentes” com substituição por todos os sócios dos poderes de gerência em caso de «acto que não possa esperar pela cessação da falta»: v., com interesse para a interpretação avançada, RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas. Comentário...*, volume III cit., sub art. 253º, págs. 48-49.

<sup>1246</sup> Se a suspensão judicial termina com o respectivo levantamento por o juiz considerar «desnecessária a sua [do administrador nomeado judicialmente] continuação», já se houver suspensão acompanhada de destituição de outro ou outros administradores, ela termina quando forem eleitos os administradores (art. 292º, n.º 5, que, assim, exclui a possibilidade de aplicação dos mecanismos de substituição das als. a), b) e c) do art. 393º, n.º 3).

<sup>1247</sup> V. RICARDO COSTA, “Art. 141º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord.: J. M. Coutinho de Abreu, Volume II (Artigos 85.º a 174.º), 2011, págs. 567 e ss.



jurídica constituída pelo acto constituinte da sociedade <sup>1248</sup>) <sup>1249</sup>. Não é ainda o acto responsável pela extinção dessa personalidade <sup>1250</sup>, mas sim a *primeira fase ou momento do acto (ou processo) complexo destinado à extinção da sociedade comercial personificada(-registada)* <sup>1251</sup> e à respectiva *cessação do conjunto de direitos e deveres imputáveis à esfera jurídica do ente societário*. <sup>1252</sup> “Como modificação, a dissolução é um efeito e não um facto jurídico”, pois, essencialmente, “é um efeito jurídico de certos factos”<sup>1253</sup> (as *causas* de dissolução).

A dissolução constitui, assim, um pressuposto para a extinção da sociedade e a *primeira fase do processo* que conduz a essa extinção. O seu efeito *central* é, em regra, a entrada imediata da sociedade na *segunda fase desse acto complexo*: a liquidação

---

<sup>1248</sup> A dissolução incide sobre a entidade ou estrutura societária e não sobre o contrato ou acto que a criou: v., por ex., PINTO MONTEIRO, “Negócio jurídico e contrato de sociedade comercial”, *RLJ* n.º 3941, 2006, pág. 102 (fundando na distinção entre *acto* constitutivo e a *entidade* criada, com “uma vida própria” e a reclamar “uma tutela adequada” dos interesses de terceiros, credores e clientes, a existência do regime próprio da dissolução e a invalidade de regras importantes do regime civilístico geral da cessação do contrato, como a da resolução por incumprimento ou por alteração das circunstâncias ou a da livre denúncia do contrato quando ele seja celebrado por tempo indeterminado); CASSIANO SANTOS, “Dissolução e liquidação administrativa de sociedades”, *loc. cit.*, págs. 141-142; PAULA COSTA E SILVA/RUI PINTO, “DLA (Dissolução e liquidação administrativas) – Regime jurídico dos procedimentos administrativos de dissolução e de liquidação de entidades comerciais”, *Código das Sociedades Comerciais anotado e regime jurídico dos procedimentos administrativos de dissolução e de liquidação de entidades comerciais (DLA)*, coord.: António Menezes Cordeiro, 2011, *sub art.* 4.º, pág. 1395, anot. 3. Enquanto tal, como NOGUEIRA SERENS, “A dissolução (imediata) de sociedade anónima por deliberação dos sócios – Breve reflexão sobre alguns aspectos do respectivo regime”, *DSR*, 2011, vol. 5, págs. 39-40, bem sublinha para a dissolução deliberada pelos sócios, corresponde à “liberdade de desinvestimento” (enquanto dimensão da liberdade de iniciativa económica) *nessa entidade*.

<sup>1249</sup> V. RAÚL VENTURA, *Dissolução e liquidação de sociedades...* *cit.*, págs. 16, 17, ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, pág. 887, e, aparentemente, JOANA PEREIRA DIAS, *Código das Sociedades Comerciais anotado...*, *sub art.* 141.º, pág. 525, anot. 8. CASSIANO DOS SANTOS, “Dissolução e liquidação administrativa de sociedades”, *loc. cit.*, pág. 142, diz-nos que a dissolução “só se consuma plenamente com o termo do processo de liquidação”.

<sup>1250</sup> Contra, pois a dissolução será o verdadeiro facto jurídico extintivo, eventualmente sujeito à condição suspensiva da liquidação (que, a existir, tem função meramente instrumental a esse efeito), v. PAULA COSTA E SILVA/RUI PINTO, *sub art.* 4.º, pág. 1395, anot. 3. Antes, ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Sobre a dissolução...* *cit.*, págs. 9, 10, 14 e ss, em esp. 20-21, considerava-a também um “facto extintivo de execução continuada”, pois não produz a extinção da personalidade jurídica societária pós-dissolutiva, que apresenta como efeito principal a redução da capacidade jurídica da sociedade ao “objectivo da liquidação e partilha do património social”; neste exacto trilho andou PINTO FURTADO, *Curso de direito das sociedades* *cit.*, págs. 567-568. Ainda PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais* *cit.*, pág. 939 e n. (1292), se refere à dissolução como um facto extintivo, ainda que não equivalha à extinção da sociedade. Não esqueçamos, porém, que a sociedade dissolvida e em liquidação, ainda pessoa jurídica, poderá terminar a liquidação sem que a sociedade se extingua e “regressar à actividade” (nos termos do art. 161.º).

<sup>1251</sup> Acentuando entre nós a configuração de um “processo” de extinção, v. NOGUEIRA SERENS, *Notas sobre a sociedade anónima* *cit.*, págs. 127, 129, PAULO OLAVO CUNHA, *últ. ob. cit.*, pág. 937.

<sup>1252</sup> “Assim, a relação jurídica criada pelo contrato de sociedade pode e deve ser encaminhada para uma extinção gradual, em vez de ser sujeita a um termo brusco. As legislações modernas realizam geralmente este objectivo pela concatenação da *dissolução* e da *liquidação* da sociedade”: RAÚL VENTURA, *Dissolução e liquidação de sociedades...* *cit.*, pág. 12.

<sup>1253</sup> RAÚL VENTURA, *últ. ob. cit.*, pág. 16.

(arts. 146º e ss do CSC, 15º e ss do RJPADL), tal como expressamente previsto no n.º 1 do art. 146º<sup>1254</sup>. É esta segunda fase que proporciona a satisfação dos direitos dos credores sociais, o apuramento do património líquido da sociedade e a partilha pelos sócios do activo(-saldo) disponível. Mas outros efeitos *reflexos* podem ainda ser referidos à dissolução enquanto tal. Entre eles, o aditamento de uma menção distintiva na firma (art. 146º, n.º 3) – “sociedade em liquidação” ou “em liquidação” – e, como regra, a paralisação da actividade objecto da sociedade (quando não cessa, a sua continuidade deve ser preparatória ou auxiliar da cessação inerente aos objectivos da liquidação: cfr. art. 152º, n.os 2, al. a), 3, als. a) e d)).

A sociedade dissolvida mantém a personalidade jurídica até ao registo do encerramento da liquidação (art. 160º, n.º 2) e a sua estrutura funcional e organizatória, e, em princípio, aplica-se-lhe o regime da sociedade não dissolvida (art. 146º, n.º 2)<sup>1255</sup>: v., em esp., para o sócio ou colectividade dos sócios, os arts. 146º, n.os

---

<sup>1254</sup> Em regra, disse, pois nem sempre se configura *na íntegra* a fase de liquidação para obter a extinção da sociedade (para além da liquidação, ainda que existente, *simplificada* ou *abreviada* prevista no art. 147º). De facto, nas hipóteses de “cisão-dissolução” (arts. 118º, 1, b), 126º, 127º), “cisão-fusão” (art. 118º, 1, c)) e “transformação-dissolução” (art. 130º, 3 e 5), as sociedades extinguem-se pelo acto a que a lei também chamou dissolução. Em nenhum destes casos se segue a liquidação (e, em particular, a partilha do património remanescente da sociedade) à aludida dissolução; antes se verifica a sucessão automática de outras sociedades na totalidade ou em partes do património das sociedades cindidas ou transformadas. Veja-se, por ex., para a “cisão-dissolução”, a aplicação do art. 112º, a) (por remissão do art. 120º), que implica a extinção das sociedades e a transmissão de direitos e obrigações para a nova sociedade. V. RAÚL VENTURA, *últ. ob. cit.*, págs. 17-18, RICARDO COSTA, “Art. 141º”, *loc. cit.*, pág. 566.

De igual modo não existe liquidação da sociedade dissolvida quando se instaure o “procedimento especial de extinção imediata” de sociedades (arts. 27º e ss do RJPADL): um dos pressupostos da chamada “dissolução e liquidação na hora” (PAULO OLAVO E CUNHA, *últ. ob. cit.*, p. 866) é, a par de uma deliberação unânime de todos os sócios, a declaração dos sócios acerca da “não existência de activo ou passivo a liquidar” (als. a) e b) do art. 27º, 1). Nesta “extinção imediata” ou *sumária* prevista no RJPADL, ainda que a lei se refira a um procedimento de “dissolução e liquidação” (art. 27º, n.º 1), a uma decisão de “encerramento da liquidação” (art. 29º, n.º 1) e a um registo simultâneo da dissolução e do “encerramento da liquidação” (art. 29º, n.º 2), para todos os efeitos não há neste procedimento sumário qualquer acto ou operação jurídicos próprios de liquidação da sociedade dissolvida; em rigor, foi tão-só a deliberação social de dissolução que motivou a extinção da sociedade, coincidente com aquele registo.

Em ambas as circunstâncias, estamos perante formas de dissolução *imprópria*, admitida pela lei na 1.ª parte do art. 146º, 1: “Salvo quando a lei disponha de *forma diversa*, a sociedade dissolvida entra imediatamente em liquidação...” – isto é, uma dissolução sem efeito modificativo mas com efeito extintivo, sem liquidação ulterior (RICARDO COSTA, *ibid.*, pág. 566).

Dessas formas destrinçam-se as hipóteses em que, havendo liquidação, pode não ser possível o início da liquidação: é o caso da falta de organização e aprovação dos documentos de prestação de contas (art. 149º, n.º 1) ou da falta de nomeação, se necessária, dos liquidatários, tal como indicados, como sintomas de um “período transitório” durante o qual a sociedade dissolvida ainda não se encontra em liquidação, por NOGUEIRA SERENS, “A dissolução (imediata) de sociedade anónima...”, *loc. cit.*, págs. 43-44.

<sup>1255</sup> Logo, uma personalidade jurídica prioritariamente funcionalizada à extinção da pessoa jurídica (PAULA COSTA E SILVA/RUI PINTO, *sub art. 4º*, pág. 1395, anot. 3) e, por isso, traduzida numa “mudança de fim” da sociedade, a saber, a extinção das relações jurídicas sociais e a “monetarização” do património social (neste sentido, NOGUEIRA SERENS, *últ. est. e loc. cits.*, págs. 45 e ss).

4 e 5, 148º, n.º1, 149º, n.º1, 150º, n.º2, 151º, n.ºs1, 2, 6, 7 e 9, 152º, n.º2, 155º, n.º2, 156º, n.º1, 157º, n.º4, 159º, n.º1, 161º; para o órgão de fiscalização, os arts. 151º, n.ºs 3 e 4, e 155º, n.º2. <sup>1256</sup> O que a dissolução não faz é, portanto, extinguir a sociedade, como relação e como pessoa colectiva; outros factos jurídicos devem produzir-se para que se verifique essa extinção: os factos (e operações) correspondentes à fase da liquidação.

Não obstante, há uma diferença organizatória de vulto: a “substituição” do órgão de administração pelo órgão de liquidação, tal como prevêm os arts. 151º, n.º 1, e 152º, n.º 1. Tal resulta – ou implica, se assim quisermos – de um outro efeito reflexo da dissolução da sociedade: a *extinção por força da lei* do título constitutivo da relação de administração ou gerência da sociedade (art. 151º, n.º 1, 2.ª parte). <sup>1257</sup> Isto não significa que os ex-administradores e gerentes não venham a ser providos no cargo de liquidatários da sociedade dissolvida; ao invés, a continuidade de ofício (*Amtskontinuität*) é a regra supletiva – são “liquidatários naturais” (*geborene Liquidatoren*), sem necessidade de qualquer pedido de nomeação à assembleia geral nem qualquer declaração dos sócios <sup>1258</sup>, *a não ser que essa regra seja afastada por cláusula estatutária ou deliberação dos sócios* (1.ª parte do art. 151º, n.º1) <sup>1259</sup>.

Assim, uma vez dissolvida a sociedade, teremos *quatro cenários* possíveis:

– ou são os ex-administradores de direito que compõem o órgão de liquidação (art. 151º, n.º 1, 2.ª parte) – regra *supletiva*;

– ou são outros que são nomeados liquidatários em deliberação tomada por ocasião da própria deliberação dissolutiva (arts. 141º, n.º 1. al. b), 142º, n.º 3 (e 1)) ou certificativa da dissolução imediata ou automática (art. 141º, n.º 2), mesmo que não haja cláusula estatutária a ressaltar a norma supletiva;

---

<sup>1256</sup> Com mais desenvolvimentos, RAÚL VENTURA, *Dissolução e liquidação de sociedades...* cit., sub art. 151º, págs. 296-297, 298.

<sup>1257</sup> Aparentemente no mesmo sentido, RAÚL VENTURA, *últ. ob. cit.*, sub art. 151º, págs. 297-298, 306, JOANA PEREIRA DIAS, *Código das Sociedades Comerciais anotado...* cit., sub art. 151º, pág. 550, anot. 3.

<sup>1258</sup> “(...) o sistema de continuidade de *peçoas* recomenda-se por dois motivos: o conhecimento que os administradores ou gerentes já têm da sociedade que administraram; a possibilidade de imediato começo das tarefas de liquidação” (RAÚL VENTURA, *últ. ob e loc. cits.*, págs. 305-306).

<sup>1259</sup> É a solução importada, nomeadamente, do direito alemão, ou seja, do § 66 (1) da GmbHG (v. THOMAS RAISER/RÜDIGER VEIL, pág. 620, KARSTEN SCHMIDT, “§ 66. Liquidatoren”, *Scholz Kommentar zum GmbH-Gesetz mit Anhang Konzernrecht*, II. Band, §§ 35-52, 2007, págs. 4279 e ss, em esp. *Rdn.* 4-5, 7-8, ULRICH HAAS, “Fünfer Abschnitt. Auflösung und Nichtigkeit der Gesellschaft”, in ADOLF BAUMBACH/ALFRED HUECK, *GmbH-Gesetz: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, 2010, sub § 66, págs. 1733-1734, *Rdn.* 12-14) e do § 265 (1) e (2) da AktGesetz (v. KARL RIESENHUBER, “§ 265 Abwickler”, in KARSTEN SCHMIDT/MARCUS LUTTER, *Aktiengesetz Kommentar*, II. Band, §§ 150-410, 2008, *Rdn.* 2 e ss, págs. 2518-2519, UWE HÜFFER, sub § 265, pág. 1413, *Rdn.* 3-5).

– ou são outros que assumem desde logo a posição de liquidatários por terem sido nomeados no pacto social aquando da dissolução da sociedade (por ex., um sócio não administrador, o director-geral, o advogado da sociedade)<sup>1260</sup>;

– ou são outros que serão nomeados liquidatários posteriormente, em virtude de cláusula estatutária tão-só contrária à coincidência entre administradores de direito e liquidatários da sociedade dissolvida, que solicita a nomeação de liquidatários (nos termos do art. 151º, n.os 2, 2.ª parte, e 4)<sup>1261</sup>.

Nos três primeiros cenários, não há hiato temporal (ou hiato relevante, pelo menos) entre *o termo do órgão de administração* e *o início do órgão de liquidação* – é ou são as mesmas pessoas que assumem a condição de liquidatários, ainda que esta seja uma posição nova e se traduza em funções diferentes (primeiro cenário), ou é ou são pessoas novas que foram nomeadas como liquidatários em momento *imediatamente* subsequente (logo, contemporânea) à deliberação dissolutiva ou já se encontravam designadas estatutariamente para serem liquidatários uma vez dissolvida a sociedade (segundo e terceiro cenários).

No quarto cenário, há que nomear liquidatários, o que só acontecerá em momento posterior ao início da liquidação subsequente ao momento da dissolução. Durante este período, *e enquanto não houver a nomeação de liquidatário(s)*, o CSC prevê, para o fim de obviar a uma indesejável descontinuidade nos poderes de gestão e de representação da sociedade, que os ex-administradores de direito assumam as funções de administração – em rigor, que continuem temporariamente a gerir e a representar a sociedade.

A primeira dessas previsões é o art. 145º, n.º 2, 1.ª parte: «Nos casos a que se refere o número anterior [dissolução deliberada pelos sócios], *a administração da sociedade* ou os liquidatários devem requerer a inscrição da dissolução da sociedade no serviço de registo competente...».

O registo da dissolução é obrigatório, nos termos do art. 15º, n.º 1, do CRCom., quando este remete para o art. 3º, n.os 1, al. *r*), e 2, al. *g*), do mesmo CRCom. Deve ser requerido no prazo de dois meses (art. 15º, n.º 2), sob pena de responsabilidade contra-ordenacional da sociedade, prevista no art. 17º, n.os 1 e 2, sempre do CRCom. Por isso, atendendo globalmente a esses normativos, não seria necessário o art. 145º,

---

<sup>1260</sup> A favor, RAÚL VENTURA, *últ. ob. e loc. cits.*, págs. 310-311.

<sup>1261</sup> V. RAÚL VENTURA, *últ. ob. e loc. cits.*, pág. 306.

n.º 2, para especificar que os administradores e gerentes teriam a obrigação, enquanto representantes orgânico-legais das sociedades, de pedir o registo da dissolução (art. 29º, n.º 1, CRCom. <sup>1262</sup>) – estaríamos perante uma refracção do *dever legal específico* dos administradores e gerentes no confronto de todos os *factos sujeitos a registo obrigatório*. Além do mais, a legitimidade para pedir o registo não claudicaria se não existisse o art. 145º, n.º 2: enquanto representantes da sociedade, sempre seriam os “interessados” mais óbvios (art. 28º, n.º 1, CRCom.) e colocar-se-iam, ademais, sob o abrigo literal do já visto art. 29º, n.º 1, do CRCom. Porém – e este é o ponto –, *a dissolução, no momento do seu efeito constitutivo, faz extinguir a condição de administradores* – surge em consequência o novo órgão de liquidação – e esse dever deixaria de existir na esfera dos (anteriores) administradores de direito da sociedade dissolvida.

A expressa menção a esse dever pelo art. 145º, n.º 2, tem justamente como hipótese – e compreensão da estatuição normativa – a *inexistência de coincidência entre os administradores de direito e os liquidatários* <sup>1263</sup>. No seu âmbito, confere sem margem para dúvidas o poder-dever de registo da dissolução aos administradores cessantes – o que espelha a necessidade de os ex-administradores *continuarem funcionalmente vinculados à sociedade dissolvida*.

Além disso, a concatenação do CSC com o CRCom. permite-nos gizar a vigência desse dever durante o período de dois meses posteriores à dissolução e à sua continuidade como administradores, em razão do prazo do respectivo cumprimento: art. 15º, n.º 2, CRCom. Além do mais, se a nomeação do(s) liquidatário(s) for feita durante esse prazo, ainda haverá coexistência nesse prazo dos ex-administradores de direito e do(s) liquidatário(s) – razão pela qual, a meu ver, a norma permite que o dever seja cumprido em alternativa por ambos os sujeitos.

Por seu lado, o art. 149º reza assim: «1. Antes de ser iniciada a liquidação devem ser organizados e aprovados, nos termos desta lei, os documentos de prestação de contas da sociedade, reportados à data da dissolução. / 2. A administração deve dar cumprimento ao disposto no número anterior dentro dos 60

---

<sup>1262</sup> «Para pedir os actos de registo respeitantes a (...) pessoas colectivas sujeitas a registo têm legitimidade os (...) seus representantes e todas as demais pessoas que neles tenham interesse».

<sup>1263</sup> RAÚL VENTURA, *Dissolução e liquidação...* cit., sub art. 149º, pág. 285, sub art. 151º, pág. 298, RICARDO COSTA, “Art. 145º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord.: J. M. Coutinho de Abreu, Volume II (Artigos 85.º a 174.º), 2011, pág. 615.

dias seguintes à dissolução da sociedade; caso o não faça, esse dever cabe aos liquidatários.»

Em causa está aqui (também) o dever legal específico de os administradores e gerentes elaborarem e submeterem à apreciação dos sócios o relatório de gestão, as contas do exercício e demais documentos de prestação de contas <sup>1264</sup> (arts. 65º, n.º 1 (e ss), 263º, 451º-455º) <sup>1265</sup>. A norma abrangerá duas hipóteses essenciais: (i) a dissolução opera durante o período – três ou cinco meses – de apresentação e apreciação dos documentos de “demonstrações financeiras” (art. 65º, n.º 5); (ii) a dissolução opera para lá desse período <sup>1266</sup>. Na primeira hipótese, a apresentação das contas obedece ainda ao regime geral da apresentação, controlo e aprovação dos documentos de “demonstrações financeiras”, relativo ao exercício anual anterior, acrescido da informação contabilística e financeira pertencente ao tempo que medeia entre o início do novo exercício anual e o momento da dissolução (“contas” finais); na segunda hipótese, havendo já aprovação das “contas” do exercício anual anterior, devem ser elaborados os documentos finais de “prestação de contas” da sociedade<sup>1267</sup>, isto é, como diz a lei, «reportados à data da dissolução».

Uma vez caducado por força da lei o “cargo” de administrador de direito, tal dever transpõe-se automaticamente para a esfera jurídica dos liquidatários, nos termos gerais do art. 152º, n.º 1 – se os liquidatários coincidirem com os ex-administradores. No entanto, o art. 149º, 2, atribui esse dever *para além da extinção do título de administrador*, o que só se compreende no pressuposto de não haver a referida coincidência entre os administradores de direito e os liquidatários e a sociedade esperar pela nomeação de liquidatário(s). Ou seja, a mesma hipótese (quarto cenário) pressuposta pelo art. 145º, n.º 2.

---

<sup>1264</sup> As chamadas “demonstrações financeiras”: v., desenvolvidamente, ANA MARIA RODRIGUES/RUI PEREIRA DIAS, “Comentário geral aos arts. 65º a 70º-A”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord.: J. M. Coutinho de Abreu, Volume I (Artigos 1º a 84º), 2010, págs. 761-762, 766 e ss, em esp. 771 e ss (informações a prestar em cada um dos documentos do “conjunto completo” das demonstrações obrigatórias)

<sup>1265</sup> Acrescido do (sub)dever de apresentação prévia desses documentos ao órgão de fiscalização: v. os arts. 451º-452º e 263º, n.º 6 (sociedades anónimas e por quotas).

<sup>1266</sup> Também pode acontecer que opere para lá desse período e não tenha havido apresentação e/ou apreciação das “contas” no período previsto na lei.

<sup>1267</sup> Neste sentido, RAÚL VENTURA, *Dissolução e liquidação...* cit., sub art. 149º, págs. 284 e 287, falava do “balanço de exercício final” e do “balanço final do último exercício encurtado”, em contraposição ao “balanço ou inventário de abertura da liquidação”.

Agora é a própria norma que predispõe o prazo máximo de vigência desse dever – 60 dias <sup>1268</sup>. Mas também aqui o art. 149º, n.º 2, prevê, em alternativa, o cumprimento do dever pelo(s) liquidatário(s), se a respectiva nomeação se efectivar durante esse prazo. E, portanto, mais uma vez, *em concurso* com os anteriores administradores da sociedade dissolvida.

Pois bem.

Em face da caducidade extintiva do título, o que os arts. 145º, n.º 2, e 149º, n.º 2, fazem é *reconhecer os ex-administradores de direito como administradores de facto da sociedade*; que, reconhecidos *ope legis*, gerem e representam a sociedade depois de dissolvida a sociedade, *atentos os interesses envolvidos nesses dois normativos*. No primeiro caso, obter um rápido esclarecimento e publicitação da dissolução da sociedade, sem demoras, dando-se conhecimento da finalização do primeira fase do processo que vai conduzir, em princípio, à sua extinção como pessoa jurídica; é uma inscrição que interessa a terceiros, mas também à sociedade enquanto tal, aos seus sócios e aos credores <sup>1269</sup>. No segundo caso, trata-se de promover o início atempado e célere das operações de liquidação a cargo do liquidatário, que têm no relato financeiro terminal da sociedade uma condição objectiva da sua tramitação <sup>1270</sup>. A actuação dos ex-administradores *funcionalmente vinculada à sociedade dissolvida* é, pois, admitida expressamente pela lei em nome de interesses *materialmente significativos* – numa pronúncia legal análoga à expressamente prevista pela prorrogação admitida pelo art. 391º, n.º 4, para a caducidade temporal do título de administrador na sociedade anónima. <sup>1271</sup>

---

<sup>1268</sup> Neste prazo não se incluem os restantes actos dos outros órgãos, seja o controlo do órgão de fiscalização, seja a convocação da assembleia (quando não compita à administração), seja a discussão e a apreciação pelos sócios; deve referir-se à elaboração e submissão dos documentos de relato financeiro e convocação da assembleia para os tipos sociais em que os gerentes têm esta competência. V. RAÚL VENTURA, *últ. ob. cit., sub art. 149º*, pág. 285.

<sup>1269</sup> O que permite compreender o facto de a lei atribuir igual legitimidade a qualquer sócio (ainda que com a atribuição de um *direito*) de requerer a inscrição registal da dissolução (art. 149º, n.º 2, 2ª parte), salvaguardando uma eventual negligência ou resistência dos ex-administradores de direito ou dos (entretanto nomeados) liquidatários (RAÚL VENTURA, *últ. ob. cit.*, págs. 206-207, JOANA PEREIRA DIAS, *Código das Sociedades Comerciais anotado... cit., sub art. 145º*, pág. 541, anot. 12).

<sup>1270</sup> Também é esta a *ratio* do dever implicitamente regulado no art. 149º, n.º 3: entrega aos liquidatários de «todos os livros, documentos e haveres da sociedade». Parece que é razoável advogar que esta entrega deverá ser feita no mesmo prazo de 60 dias seguintes à dissolução da sociedade, até para determinarmos o momento a partir do qual é indiscutível o recurso ao processo de “investidura em cargos sociais” (arts. 1500º-1501º do CPC *ex vi* n.º 3 do art. 149º).

<sup>1271</sup> Servem aqui em grande medida os argumentos então expendidos para a existência de uma situação de administração de facto: v. *supra*, ponto 8.1.1. Já o sustentei antes: RICARDO COSTA, “Art. 145º”, *loc. cit.*, págs. 614-615 e n. (15).

Falta saber *até quando* podemos ver aqui mais um evento de administração de facto *reconhecida por lei*.

A doutrina de referência, na interpretação do art. 149º, n.º 2, sustentava que, se a nomeação do(s) liquidatário(s) ocorresse antes do esgotamento desses 60 dias, os administradores e gerentes terminavam as suas funções no dia em que cumprissem o dever do art. 149º, n.ºs 1 e 2, ou, se não o cumprissem, ao fim desses 60 dias; se essa designação ocorresse depois, as funções dos gerentes e administradores não terminavam antes da nomeação do primeiro liquidatário (ainda que não respeitando o prazo de cumprimento do dever) <sup>1272</sup>. É uma leitura razoável, que se adequa aos deveres indicados em ambos os arts. 145º, n.º 2, e 149º, n.º 2 (que comungam o mesmo prazo), e se ajusta à eventual coexistência dos (agora) administradores de facto e dos liquidatários durante esse prazo de dois meses <sup>1273</sup> – pois a produção de efeitos da nomeação dos liquidatários pode ainda ocorrer em lapso temporal em que esteja legitimada pela lei a actuação dos administradores de facto (por ex., por ainda estarem a tempo de entregar os documentos contabilísticos ou de requerer o registo da dissolução).

Por maioria de razão, o exercício de funções enquanto administrador de facto reconhecido legalmente deverá prolongar-se *até à nomeação dos liquidatários (e aceitação* <sup>1274</sup>), mesmo que posterior ao esgotamento desses dois meses, pois não é crível que o legislador tivesse aventado esse reconhecimento *temporalmente circunscrito* da prorrogação de funções e com isso acabasse por permitir a ausência de qualquer órgão administrativo-representativo (o vazio, portanto); ademais, até essa última oportunidade ainda podem os ex-administradores de direito, como *únicos* gestores e representantes da sociedade, realizar tais deveres, ainda que sob a cominação de responsabilidade civil e contra-ordenacional (pelo menos da sociedade<sup>1275</sup>). Estaremos em linha, além do mais, com a interpretação *global* de todos os cenários do perímetro do art. 151º, n.º 1: a aquisição da qualidade de

---

<sup>1272</sup> RAÚL VENTURA, *últ. ob. cit., sub art. 151º*, págs. 298-299.

<sup>1273</sup> RAÚL VENTURA, *últ. ob. e loc. cits.*, pág. 299.

<sup>1274</sup> Mesmo no caso da designação automática em razão da aplicação do art. 151º, n.º 1, 2ª parte: neste sentido, RAÚL VENTURA, *últ. ob. e loc. cits.*, pág. 310. Se assim não se entender, sempre será de admitir que possam renunciar à função de liquidatário, “evitando a permanência *forçada* em funções que não desejam” (JOANA PEREIRA DIAS, *Código das Sociedades Comerciais anotado... cit., sub art. 151º*, pág. 550, anot. 3, dando seguimento à doutrina de Ventura).

<sup>1275</sup> Não obstante as limitações do direito sancionatório no que toca à proibição da analogia, não será de aplicar aos administradores e gerentes relapsos o art. 528º, n.º 1?



liquidatário pelos anteriores administradores de direito ou por novos sujeitos, seja por força da dissolução e início da fase de liquidação e início *ad continuum* dos poderes e actos de liquidação, seja por força de nomeação deliberativa contemporânea da dissolução ou por força de cláusula estatutária *ad hominem*, determina automaticamente a *cessação do cargo dos administradores de direito*<sup>1276</sup> e a assunção pelos liquidatários (ainda que sejam os anteriores administradores, mas sem essa condição) das funções a que se referem os arts. 151º, n.º 6, 151º, n.ºs 1 e 2, 154º, 155º, 157º, 159º, 162º, n.º 1, 163º, n.ºs 2, 4 e 5, 164º, n.ºs 1 e 2; a aquisição da qualidade de liquidatário em momento posterior à data da dissolução por sujeitos diferentes dos anteriores administradores de direito determina a *cessação de funções dos ex-administradores de direito enquanto administradores de facto reconhecidos ex vi legis*, a não ser que essa nomeação tenha sido anterior ao esgotamento do prazo de dois meses previsto e os referidos administradores facto tenham levado a cabo os actos que realizam os três deveres constantes dos arts. 145º e 149º – terminam aqui – ou não os tenham realizado na íntegra – terminam ao fim dos dois meses apontados pela lei.

Durante esse período intermédio da administração de facto, os ex-administradores de direito não devem praticar *actos próprios e típicos da liquidação da sociedade* (direccionados à realização do activo, ao pagamento do passivo e à distribuição do activo-saldo disponível), que estão reservados aos liquidatários a nomear (ou, entretanto, nomeados durante aquele período de dois meses)<sup>1277</sup>.<sup>1278</sup> Saindo da *especificidade* do cumprimento dos deveres previstos nos arts. 145º e 149º, os administradores de facto não devem obnubilar que continuam a gerir a sociedade – a lei não o impede – e que, nesse âmbito, o dever geral de cuidado lhes exige que

---

<sup>1276</sup> Lá fora, mais ou menos claros neste sentido, v. GUSTAVO MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., págs. 74 (o início do procedimento de liquidação constitui o *dies ad quem* para a sociedade dispor de um “contrato de administração”), 465 (esse início coloca-se como causa de extinção da relação de administração); GIOVANNI CASELLI, *Vicende...* cit., pág. 95; FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores...* cit., pág. 124; LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Derecho de sociedades*, volumen I cit., pág. 706; KARSTEN SCHMIDT, “§ 66. Liquidatoren”, *loc. cit.*, pág. 4279, *Rdn.* 5 (assumindo a indigitação automática dos administradores como liquidatários *por força da lei*, sem necessidade de qualquer outro acto ou pronúncia no caso do funcionamento do princípio supletivo da “continuidade”).

<sup>1277</sup> RAÚL VENTURA, *últ. ob. cit.*, sub art. 151º, pág. 304.

<sup>1278</sup> Se estivermos em face de alguns dos actos e operações elencados nos arts. 153º e ss, ainda que em co-autoria com os liquidatários formais, esses administradores de facto – reconhecidos pela lei – assumem cumulativamente, em razão da assunção dos poderes de liquidação da sociedade dissolvida, a qualidade de *liquidatários de facto* e a consequente aplicação do regime jurídico aplicável aos liquidatários. Esta será uma situação-limite, pois o caso mais vulgar poderá ser o ingresso, nessa categoria, de sujeitos que nunca assumiram a função gestória, como um sócio ou um credor forte da sociedade. V. *infra*, n. 1287.

não ponham em causa as tarefas e operações da liquidação futura e realizem tudo o que seja propedeuticamente conveniente para a obtenção e êxito do escopo liquidatário – por outras palavras, cuidar da sociedade que entregarão ao(s) liquidatário(s), sem expor o património social a riscos novos e substanciais; actuar no quadro legal da posição dos liquidatários, funcionalizada à eliminação das estruturas sociais e das relações jurídicas pendentes e, uma vez desligada da criação de valor a distribuir pelos sócios (finalidade da administração de direito durante a vida da sociedade), à definição das relações com terceiros. Em sentido negativo, não devem interromper a actividade económico-produtiva se essa interrupção se traduzir numa debilitação da capacidade patrimonial da sociedade para cumprir as obrigações e as vinculações assumidas nessas relações com terceiros.<sup>1279</sup> Podemos dizer, com efeito, que estes são verdadeiramente *traços identificadores da administração de facto da sociedade dissolvida e em liquidação*.

Têm a seu cargo, por isso, uma administração *restringida* à prática de *actos revestidos de urgência e direccionados à conservação da integridade e/ou frutificação do património da sociedade*.<sup>1280</sup> Nesta circunstância, abraça-se, por um lado, a *continuidade da actividade (empresarial, sobretudo) da sociedade*, tendo em vista que essa exploração pode vir a ser autorizada pelos sócios aos liquidatários (art. 152º, n.º 2, al. a))<sup>1281</sup>, ou até já esteja autorizada pelo contrato de sociedade (por ex., na própria cláusula que designava os liquidatários)<sup>1282-1283</sup> ou pela deliberação de nomeação dos liquidatários coincidente com a dissolução ou por deliberação

---

<sup>1279</sup> Para algumas destas ideias, v. por todos KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht* cit., págs. 931-932, 1200 e ss.

<sup>1280</sup> Particularmente significativo a este propósito é o art. 2486, 1º §, do CCit. (introduzido pela *Reforma do CCit. de 2003*), que estatui que os administradores conservam o «poder de gerir a sociedade», até ao registo da nomeação dos liquidatários, mas somente com a finalidade de «conservação da integridade e do valor do património social». V. GASTONE COTTINO, *Diritto societario* cit., págs. 536-537, FRANCESCO GALGANO, *Diritto Commerciale. 2. Le società*, 2009, págs. 434 e ss, e, com mais explanação, GIUSEPPE NICCOLINI, *Società di capitali*, vol. 3 cit., *sub art.* 2484, págs. 1709 e ss, ID., *Società di capitali*, vol. 3, *Artt.* 2449-2510, *Commentario a cura di Giuseppe Niccolini/Alberto Stagno d'Alcontres*, 2004, *sub art.* 2486, págs. 1734 e ss.

<sup>1281</sup> É a posição de RAÚL VENTURA, *últ. ob. e loc. cit.*, págs. 302-303; v. ainda, *sub art.* 152º, págs. 336 e ss.

<sup>1282</sup> Contudo, a questão pode nem sequer colocar-se em concreto, sempre que a causa de dissolução impeça por natureza a continuação da actividade (cfr., por ex., os arts. 141º, n.º 1, als. c) e d), 142º, n.º 1, als. b), c) e d), 143º, n.º 1, als. b) e c), do CSC, e arts. 4º, n.º 1, als. b), c) e d), e 5º, als. b) e c), do RJPADL).

<sup>1283</sup> Em sentido concordante, RAÚL VENTURA, *últ. ob. cit.*, *sub art.* 151º, pág. 302, *sub art.* 152º, pág. 335.

autónoma posterior <sup>1284</sup>. Por outro lado, não pode deixar de fazer parte do conjunto de actos que entram na competência dos administradores de facto admitidos após a dissolução a *ultimacão e conclusão de negócios pendentes*, a *cobrança de créditos vencidos* e o *pagamento das dívidas vencidas* da sociedade (relacionados com os arts. 153º e 154º): ainda que correspondam a obrigações dos liquidatários, previstas no art. 152º, n.º 2, als. a), b) e c), não devem ser considerados actos de liquidação para o efeito de determinação dos poderes de administração e representação desses administradores de facto *ope legis* <sup>1285</sup>.

Depois de terminado o período de administração de facto reconhecida, se o ex-administrador de direito, a seguir reconhecido como administrador de facto (e, eventualmente, liquidatário de facto), realizar actos típicos de administração *à margem das tarefas da liquidação* – desde logo, pelo *status* liquidatário da sociedade e da proibição de novas operações contrárias ao escopo da liquidação e fora do âmbito do art. 152º, n.ºs 2 e 3, actos ilícitos e motivadores de responsabilidade <sup>1286</sup> –, poderá ainda ser *qualificado* como administrador de facto *extra legem*; em alternativa (ou cumulativamente), se realiza actos relativos à liquidação da sociedade, pode ser entendido como *liquidatário de facto* (e responsabilizado enquanto tal) <sup>1287</sup>.

---

<sup>1284</sup> V. também RAÚL VENTURA, *últ. ob. cit.*, sub art. 151º, págs. 302 e 303. Nada obsta, como refere o Autor, que os sócios deliberem a cessação de actividade (“desnecessária para os liquidatários, pois só mediante autorização expressa podem continuar a actividade”) antes de os liquidatários serem nomeados.

<sup>1285</sup> Em parte, RAÚL VENUTRA, *últ. ob. cit.*, sub art. 151º, págs. 303-304.

<sup>1286</sup> V. NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., págs. 178, 270 e ss (a dissecar um preceito entretanto retirado do CCl., que proibia que os administradores empreendessem novas operações sociais depois de verificado um facto dissolutivo da sociedade – era o art. 2449).

<sup>1287</sup> É uma figura admitida em outros ordenamentos, estando equiparada ao administrador de facto e ao liquidatário de direito: a) na Suíça, o art. 754 (1) do *Código das Obrigações* prevê a responsabilidade perante a sociedade, accionistas e credores sociais de «todas as pessoas que se ocupam... da liquidação» (*alle mit [...] der Liquidation befassten Personen*) – mas, aparentemente contrário à aplicação da teoria do “órgão de facto” na fase de liquidação, v. PIERRE-OLIVIER GEHRIGER, pág. 76; b) em França, o art. L. 626-1, 1º (em conjugação com o art. L. 626-2), do CCFr. (na sequência do anterior art. 196, n.º 2, da *Loi n.º 85-98*, de 25 de Janeiro de 1985) sujeita às incriminações de *banqueroute* e outros ilícitos cometidos (ou averiguados) no âmbito do processo de *redressement et liquidation judiciaires*, em igual patamar dos administradores de facto, «todas as pessoas que, directamente ou indirectamente, de direito *ou de facto*, ... *liquidaram* uma pessoa colectiva de direito privado que realize uma actividade económica» – v. LAURENT LEVENEUR, págs. 94-95; c) em Espanha, para o efeito de declaração da insolvência de uma pessoa colectiva como culposa, o art. 164, n.º 1, da LConcE atribui a causação ou agravação do estado de insolvência à conduta dos «seus administradores ou liquidatários, de direito ou de facto» – v.; d) na Alemanha, para a sua equiparação como autor dos ilícitos criminais societários, v. GÜNTER KOHLMANN, pág. 725, *Rdn.* 21; e) em Itália, a jurisprudência, em acções de responsabilidade, tem acolhido uma noção de liquidatário que não se restringe a uma qualificação formal, e que atinge também os administradores de direito que, antes da instauração da liquidação subsequente à dissolução e à designação dos liquidatários, realizem efectivamente e por antecipação actividades próprias e típicas da liquidação – v. NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., págs. 178-179, **Tribunale de Milano**, decisões de **28 de Março de 1983** (in *Fall.*, 1983, pág. 1148, ss) –

## 9. Administrador com designação inválida

É comum analisar-se ainda sob o prisma da administração de facto a *conduta* de todos aqueles que são designados por um acto expresso que, no entanto, evidencia vícios mais ou menos graves na fase genética desse procedimento e/ou no seu conteúdo, especialmente quando vêm a ser reconhecidos ou declarados supervenientemente <sup>1288</sup>. Todos estes casos têm em comum que é certa a *vontade* em

---

ainda que aqui, num caso de insolvência, o sócio maioritário (e porventura materialmente único) foi qualificado como administrador de facto, uma vez que a ingerência na gestão da sociedade vinha desde a constituição da sociedade e prolongou-se para o momento da liquidação, durante o qual se verificou a violação dos deveres legais impostos ao liquidatário em título – e **21 de Novembro de 1988** (in *Giur. It.*, 1990, I, Sez. II, p. 38, ss) – o accionista minoritário foi responsabilizado como “mandante do ilícito” praticado pelo liquidatário; noutro sentido, ANNA LISA MACCARI, pág. 218, refere os administradores que, depois de nomeados os liquidatários, realizam actos destinados à liquidação do património social, transformando-se em liquidatários “de facto”.

<sup>1288</sup> Uma verificação nitidamente vista na doutrina alemã, onde, no âmbito das hipóteses de administração de facto, se opera uma diferenciação clara entre esta hipótese – por vezes considerada pelos Autores como a única que permite teorizar o “órgão de facto” e aplicar directamente as normas societárias dos administradores (como as de responsabilidade ou as de convocar as assembleias de sócios ou elaborar os documentos contabilísticos) – e a daquele que *sem qualquer acto formal de nomeação como administrador* assume as competências administrativas: entre outros, WOLFGANG SCHILLING, *Aktiengesetz. Großkommentar* cit., sub § 93, pág. 724, *Anm.* 4; NORBERT REICH, págs. 1664 (o Autor alemão fala de um “processo análogo a uma nomeação”), 1664-1666 (para além do administrador nomeado incorrectamente, só se aceita um outro grupo de casos, justamente o de membro não nomeado, geralmente o sócio único ou o sócio maioritário, em “co-gestão” com o administrador de direito *Strohmann*, que segue as instruções e as directivas por mor da influência do *Hintermann*); GEORG JARZEMBOWSKI, *Fehlerhafte Organakte nach deutschem und amerikanischem Aktienrecht unter besonderer Berücksichtigung des Instituts des de facto officer*, 1982, págs. 102-103; URSULA STEIN, “Die Normadressaten...”, *loc. cit.*, págs. 212-213; ABBO JUNKER, pág. 340; HANS-JOACHIM MERTENS, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz* cit., sub § 93, pág. 290, *Rdn.* 11-12, *ID.*, “Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung”, *loc. cit.*, sub § 43, pág. 253, *Rdn.* 7; GÜNTHER ROTH, págs. 423-424; PETER ULMER, “Fünfer Abschnitt. Auflösung und Nichtigkeit der Gesellschaft”, in MAX HACHENBURG, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) – Großkommentar*, Dritter Band, §§ 53-85; Register, 1997, sub § 64, pág. 420, *Rdn.* 11; GÜNTER KOHLMANN, págs. 724-725, *Rdn.* 20; ROBERT WEIMAR, “Grundprobleme und offene Fragen... (I)”, *loc. cit.*, pág. 476; KLAUS HOPT, *Großkommentar Aktiengesetz*, §§ 92-94 cit., sub § 93, pág. 71, *Rdn.* 34, págs. 73-74, *Rdn.* 45; MARC DINKHOFF, págs. 19-20, 183 (estamos aqui perante “um «simples» administrador de facto”); HOLGER FLEISCHER, “Zur aktienrechtliche Verantwortlichkeit...”, *loc. cit.*, págs. 517-518; MARKUS GEIßLER, págs. 1106, 1107-1108; HANS-CRISTOPH VOIGT, págs. 198-199. Ao invés, propugnando que o órgão nomeado ilegalmente (*fehlerhaft bestellte Organ*) não é “órgão” ou “administrador de facto” (categoria à parte para quem não está munido de designação), v. KARSTEN SCHMIDT, “Die Strafbarkeit ‘faktischer Geschäftsführer’...”, *loc. cit.*, págs. 423, 424 (pois só o deverá ser quem exerce funções como administrador sem ser nomeado como tal) – mas em “Anhang § 64...”, *loc. cit.*, pág. 4214, *Rdn.* 22, já se coloca tal hipótese como um dos dois *Fallgruppen* de administrador de facto, ainda que um grupo de casos raros e sem colocar problemas; cfr. também *Gesellschaftsrecht* cit., pág. 419, com referência ao *Nichtorgan*; FRIEDERICH KÜBLER/HEINZ-DIETER ASSMANN, pág. 211; WOLFGANG ZÖLLNER/ULRICH NOACK, “Abschnitt Drei. Vertretung und Geschäftsführung”, *loc. cit.*, sub § 35, pág. 647, *Rdn.* 8-9, sub § 43, pág. 879, *Rdn.* 2-3; ULRICH HAAS/HILDEGARD ZIEMONS, pág. 487, *Rdn.* 24-25.

Porém, ainda hoje se mantém como mais apurada a construção da *fehlerhafte Organstellung* a cargo de URSULA STEIN, *Das faktische Organ* cit., *passim*, em particular as págs. 94-95, 97 e ss, 115, 119-120, 126, uma vez que essa seria a circunstância essencial para vislumbrarmos uma figura jurídica (e independente:

*eigenständiges Rechtsinstitut*) determinada (ou melhor, delimitada ou reduzida) como “membro de órgão de facto”, reivindicada pela função de estabelecer ou, mais rigorosamente, fixar a actividade do órgão afectado (*Organersetzung*) – mesmo que a capacidade do órgão não esteja totalmente prejudicada – e, desejavelmente, destinada a uma equiparação de regime com o administrador de direito.

De outra banda, residualmente, outros (mais longínquos) imputam a condição de administrador de facto também para a circunstância de o contrato que liga o administrador nomeado à sociedade (*Anstellungsvertrag*) ser viciado – topei HANS GERLACH, “Die Anstellung eines Vorstandsmitgliedes einer Aktiengesellschaft ohne Beschluß des Aufsichtsrates und deren Folgen”, *AG*, 1965, pág. 257, e WOLFGANG HEFERMEHL, *sub* § 84, pág. 182, *Rdn.* 135. Contra, tendo em conta que não é esse contrato que se adequa à designação de alguém como administrador (um acto dele separável juridicamente e com destinos diferentes) e ser só idóneo para disciplinar as “relações obrigacionais” entre administrador e sociedade, v. MARC DINKHOFF, pág. 21; em sentido aparentemente favorável, WOLFGANG ZÖLLNER/ULRICH NOACK, “Abschnitt Drei. Vertretung und Geschäftsführung”, *loc. cit.*, *sub* § 35, págs. 647-648, *Rdn.* 9.

Para este último ponto, convém recordar a tradicional dicotomia do ordenamento alemão para fundar a relação de administração, com tradução no § 84 da *AktGesetz* (e extrapolação mais discutida para a *GmbH*), entre o “acto de nomeação” societário-corporativo (*Organisationsakt* ou *Organbestellungsakt*, como *körperschaftlicher Rechtsakt*) e unilateral – *Bestellung* –, em concurso com a aceitação (*Annahme*), e o “contrato de emprego” ou “de serviço” bilateral – o aludido *Anstellungsvertrag*; com remuneração, *Dienstvertrag* (prestação de serviço, de acordo com a regulação do HGB) – para as relações obrigacionais de exercício não subordinado entre a sociedade e o administrador nomeado: sobre esta distinção e seus problemas de coordenação, v. WOLFGANG HEFERMEHL, *sub* § 84, págs. 133-134, *Rdn.* 6, 142 e ss, *Rdn.* 34 e ss, HANS-JOACHIM MERTENS, “Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung”, *loc. cit.*, *sub* § 35, págs. 18-19, *Rdn.* 41, ID., *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz cit.*, *sub* § 84, págs. 142 e ss, *Rdn.* 3 e ss, 151 e ss, *Rdn.* 33 e ss, KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht cit.* págs. 416 e ss, UWE HÜFFER, *sub* § 84, págs. 426, *Rdn.* 4, 429, *Rdn.* 11, THOMAS RAISER/RUDIGER VEIL, págs. 495, 505 e ss, DETLEF KLEINDIEK, “Erster Abschnitt. Errichtung der Gesellschaft. § 6. Geschäftsführer”, *loc. cit.*, págs. 247-248, *Rdn.* 1-2, 263-262, *Rdn.* 42-43. Para uma visão contratualista da relação de administração, conferindo ao *Anstellungsvertrag* uma função de especificação suplementar (nomeadamente a remuneração) e integração das condições de exercício da função na cooperação com o ente social, com a conseqüente crítica ao “dogma da separação” (*Trennungsdogma*) entre a posição de membro do órgão e a relação de emprego, v. THEODOR BAUMS, *Der Geschäftsleitungsvertrag. Begründung, Inhalt und Beendigung der Rechtsstellung der Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer in den Kapitalgesellschaften und Genossenschaften*, 1987, *passim*, em esp. págs. 33 e ss, 54 e ss, 345 e ss.

Entre nós, a concepção *dualista* alemã teve impacto na doutrina portuguesa: FERRER CORREIA, *Lições de direito comercial*, vol. II *cit.*, págs. 330-331, para quem a relação de administração assenta num “negócio jurídico unilateral, traduzido no acto de nomeação do administrador – acto de onde procedem os poderes de gestão e representação da sociedade, o direito de agir como seu órgão” – e, por outro lado, num “contrato (de emprego) celebrado entre o administrador e a corporação, contrato de *direito comum*, que é fonte da obrigação do primeiro de gerir e da obrigação da segunda de o remunerar”; VAZ SERRA, “Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de Junho de 1978 – Anotação”, *RLJ* n.º 3637, 1979-1980, pág. 58, que distingue entre a “nomeação ou eleição do gerente (a qual significa a concessão da posição de gerente para efeitos externos)” e o “contrato de prestação de serviço” concluído entre a sociedade e os seus gerentes e que “regula a situação na relação interna”; ANTÓNIO CAEIRO, “Assembleia totalitária ou universal. Direito do administrador a uma percentagem dos lucros. Indemnização do administrador destituído sem justa causa – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14 de Outubro de 1982”, *Temas de direito das sociedades*, 1984, pág. 483; ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, págs. 271-272, que distingue entre a “instalação do órgão administrativo e a relação de serviço entre o administrador e a sociedade” e entende que “a aquisição da qualidade de administrador, de portador de organicidade[,] é efeito da designação e da respectiva aceitação, enquanto o contrato de emprego ou o contrato de administração gera a relação de serviço”; ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Os poderes de representação...* *cit.*, pág. 59, ID., “Artigo 191º”, *loc. cit.*, pág. 129 (“A comunicação da designação ao designado contém, pelo menos tacitamente, uma proposta contratual, que o designado aceita ou não. (...) Tal contrato será um contrato de emprego de direito comum, enquanto modalidade do contrato de prestação de serviços, a que não repugna chamar contrato de administração”); aparentemente, também JÚLIO GOMES, *Direito do trabalho*, volume I, *Relações individuais de trabalho*, 2007, pág. 164, parece, depois de recusar a aceitação como condição de eficácia do acto de nomeação, mais favorável à construção alemã, quando reconhece ao administrador o “estatuto de parte num contrato de

designar uma determinada pessoa para membro do órgão e uma *confiança por quem designa em que o acto produzirá os seus efeitos* <sup>1289</sup>; mas o acto apresenta vícios ou falhas que não proporcionaram uma nomeação válida e regular (e, por não produzir os efeitos a que tendia, eficaz <sup>1290</sup>). Em particular, está aqui em causa a invalidação (judicial ou orgânica) de deliberações dos sócios, do conselho de administração (comum ou executivo), do conselho fiscal, da comissão de auditoria ou do conselho geral e de supervisão, assim como de cláusulas estatutárias de nomeação. Cabe agora averiguar do tino deste enquadramento, não sem antes empreender algumas distinções pertinentes.

Com esta situação não se confundem os administradores de direito nomeados para exercerem funções numa sociedade cujo acto constituinte (registado ou não registado) veio a ser declarado nulo (ou anulado), nos termos dos arts. 41º a 43º. Na verdade, a declaração de nulidade (ou a anulação) do acto constituinte não determina a invalidade *da sociedade*, pois, antes e mesmo depois da decisão, a sociedade (como o próprio acto gerador) continua a produzir os seus efeitos (internos e externos), ou os

---

emprego". Na jurisprudência, esta teoria foi abraçada *ex professo* pelo Ac. da **Relação do Porto de 9 de Março de 1989** (in *CJ*, 1989, II, pág. 201, s.). Crítico quanto a esse impacto, v. COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II cit., pág. 583: "Não parece, todavia, que a perfeição da relação administrativa exija, além do acto de designação, um contrato; fundada no acto de designação, a relação ganha conteúdo suficiente na lei, no estatuto social e em deliberações".

As duas relações jurídicas pontualizadas pela construção alemã também parece que começam a ganhar adeptos em Itália, tradicionalmente dividida entre contratualistas e unilateralistas. Surpreendi CARLO ANGELICI, "Società per azioni e in accomandita per azioni", *loc. cit.*, pág. 1101, e, mais desenvolvidamente, PAOLO SPADA, "Preposizione e assunzione dell'amministratore di società per azioni", *La remunerazione degli amministratori nelle società di capitali*, a cura di Carlo Amatucci, 2010, págs. 59-60, que distingue entre *Bestellung – preposizione* ("nomeação do titular (ou contitular) de um officio, ou seja, de uma unidade organizativa": "relação de officio") e *Anstellung – assunzione* ("o acto e a relação em função dos quais é devido o serviço dos titulares (ou contitulares) do officio": "relação de serviço"). Por sua vez, em Espanha, OLIVARES JAMES, págs. 285 e ss, e ANTONIO PERDICES HUETOS, pág. 282, assumem uma (diferente) posição dualista na relação do administrador com a sociedade: a "relação de serviço", de onde resultam direitos e obrigações recíprocos, e a "relação orgânica", de onde surgem competências, faculdades e poderes.

<sup>1289</sup> URSULA STEIN, *últ. ob. cit.*, págs. 115-116.

<sup>1290</sup> Bem entendido, adopto para este efeito as categorias de nulidade e de anulabilidade (provenientes da falta ou irregularidade de qualquer dos elementos internos, essenciais ou formativos de um negócio, contemporâneas da sua formação) como formas de ineficácia *em sentido amplo*: MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica*, vol. II cit., pág. 411, RUI DE ALARCÃO, *A confirmação dos negócios anuláveis*, vol. I, 1971, págs. 40-41, 45-46, 83-84, CARLOS MOTA PINTO, *Teoria geral...* cit., pág. 615, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil. Teoria geral*, vol. II cit., pág. 309; na doutrina societária, v., entre outros, SALINAS MONTEIRO, pág. 212, PINTO FURTADO, *Deliberações de sociedades comerciais* cit., págs. 48-483, PEDRO MAIA, "Deliberações dos sócios", *Estudos de direito das sociedades*, coord.: J. M. Coutinho de Abreu, 2010, págs. 275-276.

No direito estrangeiro, destaco por todos a menção de FRANCESCO GALGANO, *Diritto commerciale. 2. Le società* cit., pág. 332, aos administradores "irregularmente nomeados" como aqueles que são nomeados com deliberação inválida.

efeitos indispensáveis – desde logo os de natureza *orgânica* –, associados a uma sociedade em liquidação – assim determinam os arts. 52º (com as excepções dos seus n.os 3 e 5) e 165º. Por isso dizemos que as denominadas causas de invalidade previstas, em particular no art. 42,º são, singularmente, verdadeiras causas de liquidação da sociedade, em vez de serem invalidades propriamente ditas, no seu sentido juscivilístico comum, e os efeitos da invalidade do acto constituinte são verdadeiros efeitos da entrada de sociedade em liquidação judicialmente decretada<sup>1291</sup>. Logo, o problema levantado na Alemanha para a responsabilidade dos administradores (como fácticos) numa “sociedade nula” (*nichtige Gesellschaft*) é inexistente ou, apenas, “um problema fictício” causado pela imprudência do legislador em ter recorrido indevidamente à nulidade <sup>1292</sup>, já que, em particular, não se coloca dificuldade em chamar directamente as normas sobre a responsabilidade dos membros do órgão de administração a administradores sem vícios na nomeação <sup>1293</sup>.

Para este lote de vícios também não ingressa a falta de inscrição no registo comercial (e publicidade) do título gerador da relação de administração, de tal modo que se fundasse nessa omissão a fonte do exercício fáctico de funções gestórias <sup>1294</sup>. Essa inscrição registal tem um *efeito declarativo* e não constitutivo, pelo que ela não se substitui nem supre o acto complexo de designação e aceitação dessa designação pelo administrador ou gerente – *recte*, a sua falta –, embora onere os interessados com a sua demanda para que a designação aceite espolete todos os seus efeitos, nomeadamente em face de terceiros. Logo, a não-inscrição não tem qualquer consequência para a posição de titular de membro do órgão: a constituição da relação

---

<sup>1291</sup> V. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito comercial*, volume IV cit., págs. 229 e ss, ainda que referindo-se à invalidade como “causa de dissolução”; COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, volume II cit., págs. 153 e ss, com as referências legais necessárias; RICARDO COSTA, *A sociedade por quotas unipessoal...* cit., n. (482) – pág. 438, ID., “Art. 141º”, *loc. cit.*, págs. 566-567; ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito das sociedades...* cit., págs. 212-213; CAROLINA CUNHA, “Art. 52º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord.: J. M. Coutinho de Abreu, Volume I (Artigos 1.º a 84.º), 2010, págs. 632-633; diferentemente, para a designação de uma “sociedade irregular”, MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, I volume cit., págs. 510 e ss, em esp. 513.

<sup>1292</sup> KARSTEN SCHMIDT, “Die Strafbarkeit ‘faktischer Geschäftsführer’...”, *loc. cit.*, pág. 422.

<sup>1293</sup> Assim, NORBERT REICH, pág. 1663, e MARC DINKHOFF, pág. 20. Em Espanha, no seio da doutrina criminal, v. PERCY GARCÍA CAVERO, págs. 115-116.

<sup>1294</sup> Para essa clarificação, v., por ex., ALESSANDRO NIGRO, “Sull’azione di responsabilità...”, *loc. cit.*, pág. 859, OLIVARES JAMES, págs. 296, 300-301, 322, ALESSANDRO BORGIOIOLI, “Amministratori di fatto e direttori generali”, *loc. cit.*, págs. 595, 596, 597, LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, “El régimen de responsabilidad...”, *loc. cit.*, pág. 46, ID. “La responsabilidad concursal...”, *loc. cit.*, págs. 702, 708, e, na doutrina penal, LUIGI CONTI, “I soggetti”, págs. 232-233 (que lhe chama administrador de facto “impróprio”, uma vez que há nomeação proveniente do órgão que tem competência para a atribuir; antes, o Autor recusara a qualificação: “Esercizio di fatto...”, *loc. cit.*, pág. 49), ALESSANDRO TRAVERSI, pág. 163.

administração é independente do facto registal, assim como a submissão ao catálogo normativo e ao estatuto de administrador. O que então se gera é a medida-regra de imputação à sociedade dos actos praticados pelos administradores de direito nas relações exógenas – «Os factos sujeitos a registo e publicação obrigatória nos termos do n.º 2 do artigo 70º só produzem efeitos contra terceiros depois da data da publicação» (art. 14º, n.º 2, CRCCom.) –, ficando *intacta* a aquisição formal da posição de administrador de direito; por isso, mesmo assim, os terceiros podem prevalecer-se de uma designação não registada e não publicada (e sucessiva actuação do administrador) nos termos do art. 168º, n.º 1, pois o registo não é constitutivo e, assim sendo, não faria sentido que a sociedade pudesse invocar essa falta para se eximir à actuação dos seus administradores nas relações externas <sup>1295</sup>. Em consequência, não é administrador de facto aquele que, sendo validamente designado, não viu a sua designação inscrita no registo e objecto de publicação (arts. 3º, n.º 1, al. *m*), 15º, n.º 1, 70º, n.º 1, al. *a*), CRCCom.). <sup>1296</sup>

Nem, por fim, se inclui nessa nomeação *irregular* a possibilidade de um administrador que viu cessado (ou suspenso) o efeito do seu título e continuar a exercer as suas funções, sem que essa cessação, definitiva ou temporária, seja levada a registo (e publicação), acompanhada ou não pela inscrição do novo ou novos administradores. O administrador, pelo simples facto de a realidade registal não acompanhar a realidade extra-registal (ou *real*), não continua nomeado, mesmo que irregularmente – portanto, o registo não dispõe de efeito *sanante* <sup>1297</sup>. O que acontece é que, agora sim, se *converte* (nos casos reconhecidos na lei, como na hipótese de prolongamento do exercício administrativo depois de esgotado o prazo de duração do

---

<sup>1295</sup> Para se compreender este resultado, v. ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “Artigo 168º”, *loc. cit.*, págs. 712-713, 714, SOFIA HENRIQUES, *Código das Sociedades Comerciais anotado e regime jurídico dos procedimentos administrativos de dissolução e de liquidação de entidades comerciais (DLA)*, coord.: António Menezes Cordeiro, 2011, *sub art.* 168º, págs. 569-570, anots. 26-27.

<sup>1296</sup> Nestes sentidos, entre outros, v. NORBERT REICH, pág. 1663, LUIGI CONTI, “Esercizio di fatto...”, *loc. cit.*, págs. 48-49, PIERRE-OLIVIER GEHRIGER, pág. 17, GIOVANNI LO CASCIO, pág. 197, HANS-JOACHIM MERTENS, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz* cit., *sub §* 93, pág. 290, *Rdn.* 9, ALEXANDER VOGEL, pág. 268, NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., págs. 168-169, 193, MANUEL MARÍA SÁNCHEZ ALVAREZ, “Responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, pág. 328, FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, n. (98) – pág. 163, KLAUS HOPT, *Großkommentar Aktiengesetz, §§ 92-94* cit., *sub §* 93, pág. 71, *Rdn.* 43, JOSÉ LUIZ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., págs. 125-126, MARC DINKHOFF, págs 19, 20, 123-124, NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., págs. 82-83.

<sup>1297</sup> NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., págs. 84-85.

Sobre a “publicidade sanante” como efeito do registo, v. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Publicidade e teoria dos registos*, 1966, págs. 335-336.



cargo) ou *poderá converter* (nos restantes casos de *legitimação funcional*) em administrador de facto – e assim será de imediato no plano das relações *internas* (sociedade e sócios). O também certo é que, em homenagem à protecção da confiança na aparência derivada do princípio da presunção da verdade registal (*scilicet*, art. 11º CRCCom.: «O registo por transcrição definitivo constitui presunção de que existe a situação jurídica, nos precisos termos em que é definida»<sup>1298</sup>) e à eficácia *positiva* e *negativa* da publicidade registal em relação a terceiros (respectivamente, “eficácia do que foi publicitado” e “eficácia limitada ou nula dos factos sujeitos a registo mas que não foram inscritos”: art. 14º do CRCCom.<sup>1299</sup>), continua o sujeito, em razão da aparência “legal” fornecida pela publicidade das funções de administrador, a vincular *externamente* a sociedade nos negócios celebrados com quem acredita estar a sociedade devidamente representada de acordo com a realidade do registo. *Id est*, os terceiros de boa fé (em particular, os que não têm conhecimento pessoal do desfasamento) têm todo o direito de prosseguir considerando-o administrador formal, *independentemente de ser visto como administrador de facto ope legis ou mesmo que não reúna as condições para ser administrador de facto relevante para o direito societário*, atendendo a que a inexistência da condição de administrador de direito é *inoponível a terceiros*<sup>1300</sup>.<sup>1301</sup> Em consequência, nem a sociedade nem o próprio administrador actuante podem iludir as obrigações dos contratos celebrados alegando perante terceiros de boa fé a condição fáctica (e uma eventual falta de

---

<sup>1298</sup> Sobre esse princípio e seu “efeito presuntivo”, v. COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. I cit., pág. 196, MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, I vol. cit., pág. 533, SEABRA LOPES, págs. 181-182, 201 e ss.

<sup>1299</sup> ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “Artigo 168º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord.: J. M. Coutinho de Abreu, Volume II (Artigos 85º a 174º), 2011, pág. 714. Ou, na terminologia de MENEZES CORDEIRO, *últ. ob. e loc. cits.*, para as proposições do apelidado “efeito indutor de eficácia” do registo, a “publicidade positiva” (“o acto indevida ou incorrectamente registado pode produzir efeitos, tal como emerge da aparência registal”) e a “publicidade negativa” (“o acto sujeito a registo e não registado não produz os seus efeitos ou todos os seus efeitos”). Claro está que aqui joga papel essencial o efeito *negativo* da publicidade registal, que, nas palavras de Soveral Martins, “impede que a sociedade oponha a terceiros um acto cuja publicação seja obrigatória sem que esta tenha sido efectuada, a não ser que prove que o acto está registado e que o terceiro tem conhecimento dele” (pág. 716).

<sup>1300</sup> Ou seja, o acto não inscrito não tem valor porque se presume desconhecido pelo terceiro – v. CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Publicidade e teoria...* cit., págs. 252-253, 254, 260, MENEZES CORDEIRO, *últ. ob. cit.*, pág. 537, MOUTEIRA GUERREIRO, “Publicidade e princípios do registo”, *Temas de registos e de notariado*, 2010, págs. 24 (e n. (19)), 34.

<sup>1301</sup> Ao mesmo resultado se chega quando o administrador que continua inscrito como tal no registo não é a mesma pessoa que se qualifique como administrador de facto: por um lado, temos aquele que ainda vincula a sociedade com os terceiros contratantes, ainda que não seja já administrador de direito; por outro, temos o administrador de facto, que, se o for em termos de relevância jurídica societária, poderá também vincular a sociedade (cfr. *infra*, Parte III, ponto 14.1.).

poderes representativos), tendo em conta o estatuído pelo art. 168º, n.ºs 1 e 2, mesmo que já não se disponha da condição presumida no registo e se seja verdadeiramente administrador de facto na relação com a sociedade, com os seus sócios e restantes órgãos<sup>1302</sup>.<sup>1303</sup>

O que, em coerência, também permite significar que a presunção de validade consubstanciada pelo art. 11º do CRCom. não permite que se considere o administrador designado invalidamente como administrador de direito da sociedade<sup>1304</sup>– também aqui o registo não é apto a *sanar* ou a *convalidar* esses vícios para o fim de garantir a qualidade de administrador de direito.<sup>1305</sup>

Regressemos, pois, ao início<sup>1306</sup>.

Uma designação inválida para administrador de uma sociedade comercial não deveria acarretar nem direitos nem deveres para o nomeado; a inactividade, portanto, de um sujeito designado e convicto da existência de vícios conducentes à nulidade da sua designação ou da forte probabilidade de a sua nomeação ser anulada

---

<sup>1302</sup> Nesta hipótese, está encontrada igualmente uma possível aplicação do art. 169º, n.º 1 (“responsabilidade por discordâncias de publicidade”). Por todos, v. ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “Artigo 169º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord.: J. M. Coutinho de Abreu, volume II (Artigos 85º a 174º), 2011, págs. 726-727.

<sup>1303</sup> Lá fora, nestes sentidos, consulte-se mais desenvolvidamente FRANCO BONELLI, “Responsabilità dell’amministratore...”, *loc. cit.*, pág. 915; LAURENT LEVENEUR, págs. 86-87 (sublinhando a força de os terceiros serem legitimamente induzidos em erro pela aparência de administrador de direito com que o seu interlocutor se apresentou); MANUEL MARÍA SÁNCHEZ ALVAREZ, “Responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, págs. 328, 331 (chama-lhe “admsitrador aparente”); NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., pág. 177; NURIA LATORE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., págs. 83-84; MARC DINKHOFF, págs. 173-174. Entre nós, COUTINHO DE ABREU/ELISABETE RAMOS, n. (69) – pág. 42, COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., pág. 102.

<sup>1304</sup> Sobre o ponto encontrei divergência na doutrina espanhola: favoráveis, OLIVARES JAMES, pág. 300 (“o administrador validamente designado e não inscrito é tão administrador «de iure» como o inscrito e com estatuto análogo”); FRANCISCO VICENT CHULIÁ, *Introducción al derecho mercantil* cit., pág. 415; NURIA LATORRE CHINER, *últ. ob. cit.*, pág. 84 (o contrário seria incorrer no erro de confundir dois planos distintos; “por um lado, o da vinculação da sociedade perante os terceiros contratantes e, por outro, o da exigência de responsabilidade a quem (...) deveria continuar a considerar-se «administrador de facto»”); contra, MANUEL MARÍA SÁNCHEZ ALVAREZ, “Responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, pág. 328, no sentido de serem ainda administradores de direito “para todos os efeitos” em nome da presunção de validade atribuída pela aparência registal; ELENA PÉREZ CARRILLO, n. (85) – pág. 50, integra-os no tipo de “administração de facto por motivos formais”.

<sup>1305</sup> Assim, chega agora o momento de esclarecer em definitivo que a generalizada menção de uma designação ou título irregular ao longo do texto (como tantas vezes se encontra nos textos estrangeiros) se cingia aos vícios tradutores de nulidades ou anulabilidades (e, eventualmente, inexistência) da designação e não à inobservância de outras formalidades ou encargos (como os publicitários) relativos à constituição e extinção da relação administrativa.

<sup>1306</sup> Sem negligenciar algo do que avancei a propósito da suspensão judicial cautelar das deliberações de nomeação dos administradores (*infra*, ponto 8.5.1.).

não deve ser censurada <sup>1307</sup>: em esp., os administradores têm o dever de não cumprir e não dar execução a deliberação nula <sup>1308</sup> – sendo competentes para promover, mediata e imediatamente, a declaração de nulidade <sup>1309</sup> – e, actuando com a «diligência de um gestor criterioso e ordenado», não executar a deliberação anulável enquanto puder ser anulada, se for provável e verosímil a sua anulação e houver um risco considerável de dano para a sociedade <sup>1310</sup>. Ou seja, em particular, o controlo substancial sobre a validade das deliberações dos sócios, inerente à competência de *dar execução* a essas deliberações, começa por ser um controlo relativo à própria deliberação de nomeação ou eleição enquanto administrador. E implicam em consequência a adopção dos remédios (individuais e corporativos) necessários a sustar os efeitos prejudiciais da invalidade.

Logo, se aquelas circunstâncias denunciam a falta de confiança na justificação da regularidade da sua posição <sup>1311</sup>, deverá *essa* invalidade ser acompanhada por uma *recusa de aceitação* <sup>1312</sup>, que terá a virtude de obstar à conclusão do procedimento de designação como administrador de direito, ou, se o caminho da invalidação não for o adoptado (até, repito, promovido pelo administrador afectado), pela *superação da causa de invalidade* através da actuação superveniente dos próprios sujeitos e/ou órgãos nomeadores (cfr., em esp., os arts. 56º, n.º 3, 62º, n.os 1 e 2, 412º, n.os 1 e 2, 433º, n.º 1, 445º, n.º 2 e sua al. c), e, se for escolha, ainda o art. 85º para a alteração da cláusula de nomeação). Ou ainda, se nada disso for feito, e havendo acordo entre a sociedade (em rigor, o órgão competente para a designação e o administrador) sobre a invalidade, proceder-se à *revogação* da relação de administração aceite

---

<sup>1307</sup> V. MARC DINKHOFF, pág. 111, DETLEF KLEINDIEK, “Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung. Vor § 35. Geschäftsführerbestellung nach Eintragung der GmbH”, in MARCUS LUTTER/PETER HOMMELHOFF, *GmbH-Gesetz Kommentar*, 2009, pág. 768, Rdn. 7 e ss.

<sup>1308</sup> Como expressão deste princípio geral de actuação dos administradores e gerentes, cfr. arts. 412º, n.º 4, e 24º, n.º 3 (este do CVM); doutrinalmente, v. *supra*, n. 1190.

<sup>1309</sup> Nos termos dos arts. 57º, n.º 4, 412º, n.º 1, 433º, n.º 1, al. b), e 445º, n.º 2, al. c).

Na doutrina, v. por todos RAÚL VENTURA, “Reuniões e deliberações...”, *loc. cit.*, págs. 562-563, COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., págs. 60, 142.

<sup>1310</sup> Para este último critério, v. VASCO LOBO XAVIER, *Anulação de deliberação social...* cit., págs. 336 e ss, COUTINHO DE ABREU, *últ. ob. cit.*, pág. 63.

<sup>1311</sup> Neste sentido, URSULA STEIN, *Das faktische Organ* cit., pág. 138.

<sup>1312</sup> E, para isso, advogo que a ponderação desses deveres de cumprimento ou de execução no que toca à respectiva deliberação de nomeação ou eleição deve ser *antecipada* para o momento anterior à aceitação, ou seja, antes de perfeccionada a sua designação.

Ademais, se o administrador promover a declaração de nulidade ou a anulação da deliberação nomeadora, esse(s) acto(s) deve(m) ser considerado(s) como declaração tácita de rejeição da designação.

(acompanhada, eventualmente, por uma *designação sem vícios ou uma nova designação*) ou, individualmente, à *renúncia* do cargo também aceite <sup>1313</sup>.

No entanto, se o nomeado em operação viciada, de acordo com os seus juízos *diligentes*, não estiver convicto ou conhecedor da idoneidade de um eventual vício – e correspondente declaração judicial ou orgânica – para desafiar a validade de designação e/ou admitir que os danos provenientes da omissão possam ser superiores aos (porventura inexistentes) danos da assunção do cargo e, em consequência, vier a revelar a aceitação, *sem que a sociedade adopte avaliação distinta da regularidade da designação* (não esteja ciente da invalidade ou não a invoque, portanto) <sup>1314</sup>, e, depois, ocorra uma subsequente *actividade de administração* – mesmo enquanto corre (e até ao esclarecimento final de) uma eventual acção <sup>1315</sup> ou for requerida a sua declaração pelos sócios ou pelo órgão competente, aos quais não se prevê sucesso nem particular dano –, a sua posição (e estatuto) como administrador tem inevitavelmente que ser considerada.

Se esse *defectus* acarretar a nulidade <sup>1316</sup> (ou até inexistência) da deliberação electiva, esta não produz quaisquer efeitos *ab initio* por força da lei; logo, independentemente do decretamento dessa invalidade através de acção judicial que venha a “*apreciar*” essa nulidade (impugnável a todo o tempo e por um lote alargado

---

<sup>1313</sup> A propósito da revogação da nomeação e da renúncia para extinguir a posição viciada do administrador designado, tendo em conta a avaliação jurídica da eficácia da designação feita e o reconhecimento (unilateral ou bilateral) da ligação defeituosa à sociedade, v. URSULA STEIN, *Das faktische Organ* cit., págs. 127-128, 138-139.

<sup>1314</sup> Sobre o relevo positivo, em especial pelo lado do órgão competente para a designação, da falta de consciência e/ou de conhecimento (ignorância ou não detecção, nomeadamente) do defeito para a equiparação jurídica do administrador de facto com designação inválida, que aparentemente aparece como resultado aceite no direito alemão se e enquanto não for o defeito conhecido e/ou invocado (um verdadeiro pressuposto, portanto), v. URSULA STEIN, *últ. ob. cit., passim*, em esp. págs. 115-117, 136 e ss, 199; HANS-JOACHIM MERTENS, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz* cit., sub § 93, págs. 291-292, Rdn. 14-15 (que reconhece a mais elevada problematização quando o conhecimento de cada um dos administradores é visto como conhecimento da sociedade); KLAUS HOPT, *Großkommentar Aktiengesetz*, §§ 92-94 cit., sub § 93, pág. 73, Rdn. 44; MARKUS GEISLER, pág. 1110; MARC DINKHOFF, págs. 91, 103; THOMAS RAISER/RÜDIGER VEIL, pág. 506. No direito italiano, GIOVANNI LO CASCIO, pág. 196, fazia depender a imputação dos actos praticados pelo administrador com designação nula ou anulável se a sociedade não tomasse a iniciativa para a impugnação do vício.

<sup>1315</sup> Neste sentido, MARKUS GEISLER, pág. 1110, sublinha que o administrador com nomeação viciada parte do princípio que a actividade executada reflecte uma posição tomada legalmente e realizará as suas tarefas de acordo com o “modelo legal” de administrador ou co-administrador (*in Akkordanz steht zu dem gesetzlichen Leitbild eines Geschäftsführers oder Mitgeschäftsführers*) até que se chegue à elucidação sobre a existência do vício.

<sup>1316</sup> Suponha-se que os sócios escolheram uma pessoa inelegível por falta de capacidade de exercício ou ferida por alguma das incompatibilidades para assumir, em geral ou em especial, o cargo de administrador, ou que o fizeram em assembleia não convocada ou deficientemente convocada (nos termos do art. 56º, n.º 2).

de interessados <sup>1317</sup>) ou de declaração orgânico-social <sup>1318</sup>, teremos somente um possível *administrador de facto*. Se houver decisão judicial com autoridade de caso julgado (insusceptível de recurso ordinário ou de reclamação, nos termos do art. 677º do CPC) a reconhecer que os efeitos da deliberação nunca se deveriam ter produzido, a pronúncia judicial tem apenas a consequência – para o que nos interessa – de *reiterar a eventual condição fáctica do administrador*, condição esta que, por natureza, se imputa como insanável. Assim, se o sujeito *nada fez*, então teremos pura e simplesmente um “não administrador”, uma vez que, para ser administrador de facto, *sempre será necessário um comportamento activo de gestão* <sup>1319</sup>, e, por outro lado, nem sequer poderemos vê-lo como um omissivo administrador de direito – que nunca foi, confirmada que foi ou não a ineficácia (*lato sensu*) do título que fundou a sua investidura. <sup>1320</sup>

Se o vício consistir na anulabilidade, não será exactamente assim. O título administrativo produz os seus efeitos precariamente até que surja uma declaração

---

<sup>1317</sup> Através de uma «acção de simples apreciação»: art. 4º, n.º 2, al. a), CPC.

<sup>1318</sup> Para além do tribunal, a nulidade ou a anulação da deliberação *do órgão de administração* pode ser declarada pelo próprio órgão ou pelos sócios (art. 412º, n.º 1: para a aplicação analógica à gerência colegial da sociedade por quotas: em geral, RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas. Comentário...*, volume III cit., *sub art.* 261º, pág. 199, e, em particular, COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., págs. 144-145), ou ainda pelo conselho geral e de supervisão se a deliberação for do conselho de administração executivo (art. 433º, n.º 1, al. a)); se a deliberação pertencer ao *conselho geral e de supervisão*, aplica-se o art. 412º, n.º 1, *ex art.* 445º, n.º 2, isto é, compete ao órgão deliberante ou aos sócios esse poder declarativo. Parece defensável que esta regra se aplique analogicamente às deliberações do conselho fiscal e da comissão de auditoria.

<sup>1319</sup> Isto é, se o título é estéril na produção de efeitos, só a actividade do sujeito pode ser fonte de relações merecedoras de tutela: assim, VINCENZO FRANCESCHELLI, *I rapporti di fatto...* cit., págs. 193 e ss.

Na Alemanha, NORBERT REICH, págs. 664, 665, e URSULA STEIN, *Das faktische Organ* cit., págs. 123-124 (mais nitidamente para esta Autora), não entendiam necessário o pressuposto da execução da relação para o qual o administrador fora nomeado, pois bastava um efectivo acto de nomeação do órgão competente para o administrador de facto com designação viciada. Mas, para além desse requisito, a doutrina claramente dominante exige ainda o exercício real das funções orgânicas: entre outros, GEORG JARZEMBOWSKI, pág. 104, THEODOR BAUMS, pág. 175, HANS-JOACHIM MERTENS, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz* cit., *sub §* 93, pág. 290, *Rdn.* 11, ROBERT WEIMAR, “Grundprobleme und offene Fragen... (I)”, *loc. cit.*, pág. 476, KLAUS HOPT, *Großkommentar Aktiengesetz*, §§ 92-94 cit., *sub §* 93, pág. 71, *Rdn.* 34, 36, pág. 73, *Rdn.* 44, MARC DINKHOFF, págs. 19-20, 183, MARKUS GEISLER, pág. 1110, FRIEDERICH KÜBLER/HEINZ-DIETER ASSMANN, pág. 211, KARSTEN SCHMIDT/CRISTOPH SEIBT, “§ 49. Einberufung der Versammlung”, *Scholz Kommentar zum GmbH-Gesetz mit Anhang Konzernrecht*, II. Band, §§ 35-52, 2007, pág. 2864, *Rdn.* 5, UWE H. SCHNEIDER, “Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung”, *loc. cit.*, *sub §* 43, pág. 2228, *Rdn.* 22, UWE HÜFFER, *sub §* 93, pág. 500, *Rdn.* 12, WOLFGANG ZÖLLNER/ULRICH NOACK, “Abschnitt Drei. Vertretung und Geschäftsführung”, *loc. cit.*, *sub §* 43, pág. 879, *Rdn.* 2; na jurisprudência, v., exemplificativamente, na instância **OLG** de **München**, as decisões de **3 de Março de 1993** (in *AG*, 1993, pág. 285 e ss, a págs. 286) e de **16 de Julho de 1997** (in *AG*, 1997, pág. 575, ss, a págs. 576).

<sup>1320</sup> Sublinhando que a nomeação nula oferece um “simples elemento presuntivo que deverá ser corroborado pela comprovação do exercício concreto pelo mesmo [sujeito] dos poderes de gestão”, sem a qual nem sequer se poderá considerar administrador de facto, v. JOSÉ LUIZ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., pág. 120.

orgânico-social ou judicial a “constituir” a anulação da deliberação electiva (sujeita a prazo judicial de impugnação e a restrição na legitimidade processual activa) <sup>1321</sup>. Se nenhuma declaração de anulação se produzir (em tempo e por quem de direito), o vício sana-se e a precariedade da administração de direito *estabiliza-se – considera-se que é e sempre foi administrador de direito*. <sup>1322</sup> Ao invés, particularmente se há decisão judicial com autoridade de caso julgado que anula a deliberação <sup>1323</sup>, os efeitos retroactivos da sentença implicam a destruição dos efeitos que se hajam produzido por efeito da deliberação (arts. 289º, n.º 1, CCiv.; 61º, n.º 1) e não pode colocar-se de lado (a não ser que a lei o excepcione, como faz no art. 61º, n.º 2) esta operatividade da sentença anulatória <sup>1324</sup>, que mais não faz do que equiparar a deliberação anulável à deliberação nula *quanto à privação da sua eficácia* <sup>1325</sup>. *In casu*, para o efeito típico ou imediato da deliberação (como, recorde-se, o chamei em lugar oportuno), tudo se passa como se a designação (e a aceitação como seu acto reflexo) do administrador nunca tivessem ocorrido; a *situação jurídica constituída na órbita da relação administrador-sociedade* extingue-se retroactivamente; o administrador fica sem relação *titulada* para fundamentar a sua conduta na produção de acção colectiva ou societária. Nestas circunstâncias, *se o administrador designado viciadamente por deliberação anulada (e comprovadamente em tribunal ou na própria sociedade) actuou através do exercício das funções correspondentes às do administrador de direito*, estaremos então perante *um administrador de facto desde a aceitação do acto de designação*. <sup>1326</sup>

---

<sup>1321</sup> Através de uma «acção constitutiva», destinada a «autorizar uma mudança na ordem jurídica existente: art. 4º, n.º 2, al. c), CPC.

<sup>1322</sup> Contra, ALESSANDRO BORGIOLO, “Amministratori di fatto e direttori generali”, loc. cit., pág. 597, Autor que parece conferir a qualidade de administrador de facto a quem foi nomeado por deliberação anulável e, ainda assim, se consolidou no cargo por não ter sido proposta acção anulatória (não distinguindo do administrador de facto por nulidade inicial da nomeação).

<sup>1323</sup> O regime de declaração judicial da nulidade e anulação das deliberações dos sócios e do órgão de administração está previsto, respectivamente, nos arts. 57º, 59º, 60º, e no art. 412º; para os órgãos de fiscalização, v. os arts. 433º, n.º 1, e 445º, n.º 2 e al. c).

<sup>1324</sup> Neste sentido, v. VASCO LOBO XAVIER, *Anulação de deliberação social...* cit., n. (76) – pág. 426.

<sup>1325</sup> RUI DE ALARCÃO, *A confirmação...*, vol. I cit., págs. 74-75.

<sup>1326</sup> NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...*, págs. 164-165, ss (em esp. a n. (222)), e 193-194, só entendia haver administradores de facto na presença de deliberações nulas (ou inexistentes) de nomeação – porque inidóneas a produzir efeitos jurídicos; enquanto isso, se a deliberação fosse anulável, como o acto de nomeação era plenamente eficaz (até que sobreviesse a sentença anulatória), o sujeito que assumisse o cargo gestório não podia deixar de ser considerado como administrador de direito para todos os efeitos; e distancia-se da minha posição: no que respeita à “actividade realizada antes da sentença constitutiva não parece, pelo contrário, poder-se fundadamente suportar que a anulação, operando *ex tunc* (...), transforme retroactivamente o administrador de direito em administrador de facto; assim, uma relação

Assim se percebe que os administradores com título inválido e/ou invalidado que deram *execução* à relação administrativa se encontrem também na fenomenologia (e na tipologia) da restante administração de facto (sem título ou com título extinto ou suspenso) <sup>1327</sup>. Todos comungam de um mesmo *traço unitário* – a *execução* de actos típicos e próprios de administração, que cria situações e relações merecedoras de consideração jurídica. <sup>1328</sup>

administrativa de facto seria unicamente configurável se houvesse continuação do desenvolvimento das funções gestórias depois da pronúncia judicial de anulação (equivalente, portanto, a uma qualquer outra causa de caducidade do título). Em seu favor, o Autor italiano indica a sentença do **Tribunale de Udine de 26 de Março de 1982** (in *Giur. It.*, 1982, I, Sez.II, pág. 662, ss, em esp. pág. 668), que não considerou como administradores de facto aqueles nomeados por deliberação anulável e, por isso, determinou a validade de deliberações tomadas em assembleia geral convocada por esses administradores.

Aparentemente neste sentido restritivo de administrador de facto *em sentido próprio* (por falta de produção de efeitos nas deliberações nulas), v., na doutrina penal, CESARE PEDRAZZI, págs. 274 e ss, LUIGI CONTI, “Esercizio di fatto...”, *loc. cit.*, págs. 49, 50, 51, ID., “I soggetti”, *loc. cit.*, págs. 237-238, e, na doutrina comercial, CESARE SILVETTI/GINO CAVALLI, pág. 273, DOMENICO MALTESE, “Imprese collegate e amministratori di fatto”, *Fall.*, 1996, pág. 1073, GIOVANNI VALCAVI, “Sulle responsabilità degli amministratori di fatto verso la società e i soci”, *Dir. fall.*, 2001, I, págs. 876-877.

Seguidor em Espanha desta teoria, JOSÉ LUIZ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho... cit.*, págs. 118-119, 182, ID., *Deberes y responsabilidad... cit.*, pág. 251, Autor que conclui que para o administrador de facto designado por deliberação nula ou inexistente se poderá levar só a cabo uma extensão da disciplina do administrador de direito, enquanto a deliberação anulável (e enquanto não se produza a anulação) dá origem à aplicação integral das normas que regulam os poderes e deveres dos administradores uma vez que o sujeito em questão deve ser considerado administrador de direito; também ALONSO UREBA/JUANA PULGAR ESQUERRA, pág. 28.

Não fazendo a distinção para a qualificação do administrador de facto entre deliberações nulas e anuláveis, cfr. VINCENZO FRANCESCHELLI, “Richiami in tema di invalidità...”, *loc. cit.*, pág. 665, GIOVANNI LO CASCIO, págs. 195-196, 197, ANDREA PERRONE, n. (12) – pág. 1402, FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, págs. 140-141.

Por sua vez, na Suíça, PIERRE-OLIVIER GEHRIGER, págs. 18-19, recusa a qualidade de administrador de facto para todo aquele que sofre com os vícios declarados do *Bestellungsakt*.

Numa posição intermédia (e comum para as deliberações nulas e anuláveis), NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho... cit.*, págs. 104 e ss, nem vê aqui um administrador de direito – enquanto “sujeito designado em conformidade com as disposições legais e estatutárias que regulam a nomeação dos administradores” – nem sequer um administrador de facto; antes um “administrador com nomeação irregular, defeituosa ou claudicante”, que dispõe de uma série de competências vedadas ao administrador de facto.

<sup>1327</sup> Na doutrina portuguesa, COUTINHO DE ABREU/ELISABETE RAMOS, págs. 40-41, COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores... cit.*, págs. 99, 100, concordam que assim é, ainda que só se refiram à situação em que a “designação(-título) da pessoa como administrador é nula (v. g., “por ser nula a deliberação que a elegeu”). Também MENEZES CORDEIRO, “Capítulo VII – Responsabilidade civil pela constituição...”, *loc. cit.*, pág. 276, anots. 39-40, escolhe como uma das situações de administrador de facto o administrador que se encontra em funções por via de um acto nulo ou anulado – chama-lhe “administrador ilegítimo”; ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, pág. 279, refere apenas a existência de um “título inválido” como uma das hipóteses para configurar a abrangência de administradores de facto. Por seu turno, JOSÉ ALVES MOREIRA, págs. 53-54, 77, 85, considerou que no caso de deliberação nula se poderá falar *ab initio* de administrador de facto, na perspectiva de o acto de designação produzir efeitos até à declaração de nulidade e haver exercício real das funções típicas de gestão, enquanto que nos casos de deliberação anulável a administração de facto só se descobre com a declaração judicial de anulação e continuidade no exercício de funções para pessoa designada.

<sup>1328</sup> VINCENZO FRANCESCHELLI, *I rapporti di fatto... cit.*, págs. 194-195.





## **PARTE III**

---

### **OS PERFIS DO ADMINISTRADOR DE FACTO**



## **Capítulo 1.º**

### **O perfil conceptual e dogmático**

**SUMÁRIO:** 10. Espécies de administrador de facto. 10.1. O administrador de facto com reconhecimento legal. 10.2. O administrador de facto directo ou na primeira pessoa: manifesto e dissimulado. 10.3. O administrador de facto indirecto ou por interposta pessoa: oculto e ostensivo. — 11. Pressupostos de legitimação e aquisição da qualidade juridicamente relevante de administrador de facto. 11.1. Actuação típica e positiva de administração. 11.1.1. Requisito funcional e qualitativo de base. 11.1.2. Necessidade de um “acto de formalização” do administrador de facto? 11.1.3. Os testes da jurisprudência inglesa - “*holding out test*” e “*equal footing test*” - e a averiguação superadora dos “factos relevantes” (o “método indiciário”). 11.1.4. Uma superação na procura das funções administrativas exercidas pelo sujeito; o método dos “factores elegíveis”: intensidade, perímetro e hierarquia. 11.1.4.1. Factores primários. 11.1.4.2. Factores secundários. 11.1.4.3. Factores acessórios ou complementares. 11.1.5. A ponderação dos actos de representação externa. 11.1.6. A particularidade do administrador de facto indirecto: a intensidade finalística. 11.2. Actuação exercida com autonomia. 11.2.1. Tarefas de índole administrativa a cargo de sujeitos com “qualidade de relação” com a sociedade e administração de facto. 11.2.2. Em especial: o “director geral” e o “procurador geral”. 11.3. Actuação sistemática e continuada - requisito quantitativo - e o papel da vontade. 11.4. Aceitação do comportamento pela sociedade. 11.5. A especialidade do administrador de facto com designação invalidada. — 12. A redefinição extensiva do conceito de administrador e a aplicação do regime societário. 12.1. A conjugação de um instituto jurídico e de um problema de “aplicação de normas”. 12.2. A reconstrução do conceito de administrador como resposta às alternativas não societárias de configuração do administrador de facto. 12.3. A composição de um órgão “material” ou “de facto”.

## 10. Espécies de administrador de facto

### 10.1. O administrador de facto com reconhecimento legal

O elenco e a descrição dos principais fenómenos societários onde se encontra a possibilidade de ocorrência de administração de facto permitiu-nos decifrar *atribuições legais de poderes de administração social a quem não usufrui de um título de administrador de direito*. Com efeito, ao longo da análise fenomenológica anteriormente feita, compreendemos que *a actuação como administrador de facto* é, em algumas circunstâncias, o reflexo de uma *credencial normativa*. É claro que também se apreende que o legislador não pensara em tal categoria quando desenhou essas soluções e estatuições, ou, se pensou ainda que embrionariamente nela, apenas o fez para salvaguardar temporariamente uma conduta de teor administrativo em hipóteses de *insuficiência ou crise* dos mecanismos societários *normais, tempestivos ou regulares*. Assim parece ser, com efeito. E sempre poderíamos ainda ver nessas situações e hipóteses algo de análogo à administração de direito ou, até mesmo, de administração de direito *conferida a título excepcional e fora da tramitação seguida em princípio e por regra*. Porém, os juízos que então ponderei podem – e devem, a meu ver – fundar-se numa interpretação *objectivo-actualista* dessas normas do CSC, que, atendendo à sua teleologia e âmbito de aplicação e às realidades *extra-institucionais* que hoje se surpreendem no exercício da função administrativa no âmbito das sociedades <sup>1329</sup>, aconselham a sobreposição do elemento *fáctico* na posição desses sujeitos. <sup>1330</sup>

Ora, na lição hermenêutica de CASTANHEIRA NEVES, “quando a realização do direito possa operar pela mediação de uma norma – i. é, quando uma norma jurídica positiva possa ser utilizada como imediato critério normativo, e isto pressupor ainda resolvido um outro problema metodológico, o problema da «norma aplicável»–, essa norma será apenas o eixo de um processo metodológico complexo em que, por um

---

<sup>1329</sup> Cfr. art. 9º, n.º 1, do CCiv.: «A interpretação não deve cingir-se à letra da lei, mas reconstituir a partir dos textos o pensamento legislativo, tendo sobretudo em conta (...) as *condições específicas do tempo em que é aplicada*».

<sup>1330</sup> Sobre a conjugação da interpretação actualista com o método objectivista e histórico-evolutivo e a teleologia da norma, v. ANTUNES VARELA, *Noções fundamentais de direito civil*, volume 1º, segundo as lições do Prof. Doutor Fernando Pires de Lima ao 1º ano da Faculdade de Direito, 1954, págs. 137-138 – “Consequentemente, a lei torna-se apenas uma «moldura», um «recipiente», dentro dos quais o intérprete tem a possibilidade de encaixar a disciplina que *a sua razão lhe ditar como mais consentânea com as ideias e as necessidades da época*.” (destaquei) –, CASTANHEIRA NEVES, “Interpretação jurídica”, *loc. cit.*, págs. 364-365, OLIVEIRA ASCENSÃO, *O Direito...* cit., págs. 399 e ss, 402 e ss.

lado, ela se vê amplamente transcendida (transcendida a sua positiva normatividade abstracta) já pela intenção normativo-jurídica fundamentante manifestada pelo sistema, já pelo *concretum* decidendo (...). O que quer dizer que a norma, se é convocada a orientar a realização concreta como seu critério, é simultaneamente determinada e reconstituída por e nessa realização”<sup>1331</sup>. Isto é, não se pode deixar de “ajustar o significado da norma à evolução entretanto sofrida (pela introdução de novas normas ou decisões valorativas) pelo ordenamento jurídico em cuja vida ela se integra”<sup>1332</sup>.

Assim sendo, a actuação desses sujeitos, ainda que não deixando de ser *fáctica* porque não formal-regular e legitimada por um dos modos de designação da relação administrativa, surge enquadrada pelas normas que, uma vez reconstituídas no seu domínio em face de uma interpretação *ajustada ao tempo actual e também adequada ao seu fundamento*<sup>1333</sup>, reconhecem essa actuação ainda como actuação *orgânica, a título próprio, sem irregularidade* (ou, pelo menos, *irregularidade radical*) conotada enquanto tal pela lei.

Começemos por rever as situações – e posições – já assumidas de administradores de facto ou administração de facto *por força da lei* (pela ordem com que surgiram no texto):

- a) os administradores das sociedades directores e dominantes em relação de grupo por contrato de subordinação ou domínio total – art. 504º, n.ºs 1 e 2;
- b) os administradores e gerentes que, depois de ocorrido «o termo do prazo por que foram eleitos» (sociedades anónimas) ou o termo de duração previsto aquando da sua designação (sociedades por quotas), se mantêm em funções até nova designação (deles ou de outro administrador ou gerente) – arts. 391º, n.º 4, 1.ª parte, e 426º, n.º 3, 1.ª parte (aplicação directa ou analógica)<sup>1334</sup>;

---

<sup>1331</sup> “Interpretação jurídica”, *loc. cit.*, pág. 373.

<sup>1332</sup> Nas palavras de BAPTISTA MACHADO, *Introdução ao direito...* cit., pág. 191.

<sup>1333</sup> KARL LARENZ, *Metodologia da ciência do direito*, 1989 (trad. portuguesa), págs. 421-422.

<sup>1334</sup> Excepto se, por causa de caducidade temporal sincrónica, se aplicar o art. 253º, n.º 1 (“falta definitiva” do gerente ou de todos os gerentes).

- c) os administradores que, afectados por incapacidade ou incompatibilidade supervenientes, exercem o cargo até à declaração de «termo das funções» do órgão de fiscalização – art. 401<sup>o</sup> 1335;
- d) os sócios que gerem temporariamente a sociedade por quotas e a sociedade em comandita podem ser administradores de facto, desde que exerçam funções de administração ou pratiquem actos até à designação de novos gerentes ou administradores, por força do estatuído nos arts. 253<sup>o</sup>, n.ºs 1 e 2, e 470<sup>o</sup>, n.º 4;
- e) os ex-administradores de direito das sociedades dissolvidas e em liquidação, no arco dos deveres (e respectivas funções de gestão e representação) atribuídos pelos arts. 145<sup>o</sup>, n.º 2, e 149<sup>o</sup>, n.º 2.

Nestas várias circunstâncias, não se pode dizer que haja irregularidade – as normas legais servem para reconhecer *direito de cidadania* à administração de facto<sup>1336</sup>. O que significa que estamos habilitados a qualificar organicamente a actuação do administrador de facto. Com um poderoso efeito: *esta administração de facto, a existir, não necessita de preencher os requisitos constitutivos que a qualificam e legitimam jussocietariamente como tal* – a começar pela exigência de adoptar ou intervir na adopção das decisões estratégicas de “alta direcção”<sup>1337</sup>. Porém, julgo que deve reclamar-se para *este administrador de facto* o *prius* de tudo o resto: *o desempenho efectivo das funções e poderes que caracterizam o estatuto de administrador social*. Se nada fizer, não é administrador de direito mas também não é administrador de facto *ope legis*. Se o pode ser, o administrador de facto reconhecido na lei basta-se com a simples prática de actos de administração, mesmo que esses actos não sejam aqueles que servirão para qualificar o administrador de facto sem reconhecimento na lei, ou seja, todos os outros fenómenos de administração de facto

---

<sup>1335</sup> Recordo que esse exercício é conjugado com o prazo legal de 30 dias para remover a incompatibilidade superveniente.

<sup>1336</sup> MARINA SPIOTTA, “Fallimento, amministratore di fatto...”, *loc. cit.*, pág. 980.

<sup>1337</sup> Tanto mais que essa condição atribuída por lei pode mesmo aconselhar à tomada apenas de decisões e operações da chamada “gestão corrente” ou “ordinária” (ou, numa outra versão, mais civilista, digamos, de actos ou negócios de mera administração ou “administração ordinária”) – vimos ser este o caso da administração diminuída pela incapacidade ou incompatibilidade supervenientes.

A beneficiar deste princípio, em nome ainda da legitimação *orgânica*, estarão igualmente as situações de prorrogação de funções dos administradores renunciantes, nomeadamente quando há acordo da sociedade para efeito (*v. supra*, 8.3.).

*irregular* e, em princípio, *inorgânica*, relativamente aos quais se terá que averiguar da subsistência de pressupostos exigentes e adicionais.

### **10.2. O administrador de facto directo ou na primeira pessoa: manifesto e dissimulado**

Este é aquele que exerce directamente os poderes que competem aos administradores regularmente nomeados, sem para tal se servir de qualquer actuação mediata sobre o ou os administradores de direito ou/e outros administradores de facto <sup>1338</sup>. Nesta espécie de administradores de facto, realço a emergência de uma *tipologia binária* <sup>1339</sup>.

O primeiro tipo é, em primeira linha, o dos agentes que intervêm manifestamente na administração da sociedade sem exibirem para isso qualquer vínculo ou laço jurídico que lhes permita exercer tarefas administrativas, mas também o daqueles cujo título atributivo da condição de administrador está viciado (nomeadamente o que se funda em deliberação electiva) ou, sendo originariamente válido, se encontra extinto ou suspenso – administrador *manifesto* (mesmo que em alguns desses casos não se apresente *notoriamente* como administrador aos terceiros com que a sociedade se relaciona). <sup>1340</sup>

O segundo tipo – e mais comum na prática e na casuística jurisprudencial – reside nas pessoas que detêm, em razão de uma relação ou função com a sociedade (a que já chamei uma “qualidade de relação” <sup>1341</sup>), 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 (sócio, director-geral com amplas atribuições, “gerente de comércio” de um ou vários estabelecimentos, trabalhador com funções de direcção, credor forte, mandatário ou procurador para a celebração

---

<sup>1338</sup> Tal como já dei conta em RICARDO COSTA, “Responsabilidade civil societária...”, *loc. cit.*, pág. 30, adopta-se a nomenclatura desta espécie crismada pela doutrina espanhola: NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., págs. 72-73, 75, 129, 151, e “El concepto de administrador de hecho...”, *loc. cit.*, pág. 871; JOSÉ EMBID IRUJO, “La responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, págs. 2399, 2401; FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, “Ámbito subjetivo de la responsabilidad”, *loc. cit.*, pág. 61.

<sup>1339</sup> Neste sentido e com aquela terminologia, v., para o direito francês, CLAUDE CHAMPAUD/DIDIER DANET, “Sociétés et autres groupements. Dirigeant de fait – Com. 5 nov. 1991”, *Rev. trim. dr. comm.*, 1992, págs. 818-819.

<sup>1340</sup> V., como ilustrações sobre esta categoria, PETER FORSTMOSER, *Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit...* cit., pág. 212, OLIVER DRENNAN, pág. 176, ANTONIO PERDICES HUETOS, pág. 280, JUSTINO DUQUE DOMÍNGUEZ, “El tráfico de acciones...”, *loc. cit.*, pág. 62.

<sup>1341</sup> RICARDO COSTA, “Responsabilidade civil societária...”, *loc. cit.*, pág. 30.



de negócios em nome da sociedade, agente comercial, consultor-prestador de serviços, concedente ou franquizador, etc.) – administrador *dissimulado* (pois não se apresenta, nomeadamente perante terceiros, como administrador da sociedade mas como detentor ou portador de um outro título com que se relacionam com a sociedade) <sup>1342</sup>. <sup>1343</sup>

Em ambos os casos, ainda assim, esta espécie de administrador de facto dispõe de uma *transcendência pública* <sup>1344</sup>, na exacta medida em que *gere a sociedade por ele próprio e não utiliza ou manipula o ou os administradores de direito para actuarem por ele*.

### **10.3. O administrador de facto indirecto ou por interposta pessoa: oculto e ostensivo**

Merecem ainda autonomização aqueles que actuam *indirectamente* sobre a administração (em princípio, a formalmente instituída) através do exercício de um *condicionamento* ou *influência determinante* – as modalidades de influência *em sentido amplo* – *da gestão* e, em regra, *vinculante* nas decisões e actuações tomadas pelo administrador de direito (enquanto *remetente da influência*), de tal forma que as funções e competências do órgão são como que desempenhadas por essa pessoa. Isto significa que em nenhum momento a pessoa que influencia adopta decisões próprias da gestão nem actua no tráfico jurídico como se fosse administrador, mesmo que sob a veste de uma outra situação ou qualidade jurídica – está no acto e no tempo *antes desses momentos decisório e/ou executivo do ou dos administradores*. É o *shadow director* dos anglo-saxónicos <sup>1345</sup>, o *administrateur de fait occulte* ou, mais

---

<sup>1342</sup> V., ainda como exemplos, PETER FORSTMOSER, *últ. ob. e loc. cits.*; ANTONIO PERDICES HUETOS, págs. 281, 284-285 (para quem esta é uma forma de administrador de facto oculto, pois o sujeito intervém nos assuntos sociais “debaixo da pele de cordeiro” de alguma dessas condições), 287 (esquemáticamente); NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., pág. 151.

<sup>1343</sup> Esta classificação aproxima-se da doutrina nacional que enquadra estas duas subespécies na (1) actuação notória como se fosse administrador de direito mas sem título bastante – “*administrador de facto aparente*” – e (2) actuação de uma pessoa que ostenta um estatuto diverso do de administrador mas desempenha funções de gestão com a autonomia própria dos administradores de direito – “*administrador de facto oculto sob outro título*” (na sequência da classificação de Perdices Huetos): COUTINHO DE ABREU/ELISABETE RAMOS, págs. 40-41, COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., págs. 99-100.

<sup>1344</sup> JOSÉ EMBID IRUJO, “La responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, págs. 2399-2400; também ANTONIO PERDICES HUETOS, pág. 281.

<sup>1345</sup> Na doutrina da Inglaterra (acomodada à actual sec. 251 do CAct 2006), v., entre tantos outros, ROBERT PENNINGTON, *Director's personal liability* cit., págs. 28-29, ID., *Company law* cit., págs. 646 e ss, CHRISTOPHER L. RYAN, pág. 112, PHILIP COOK, pág. 132, OLIVER DRENNAN, pág. 176, JOHN DONALDSON

recentemente consolidado, *par personne interposée* dos franceses <sup>1346</sup> ou o *verdeckte* (ou *stille*) *Verwaltungsrat* dos suíços <sup>1347</sup>, que, em regra, procura eximir-se à transcendência pública do poder e da força que tem para dirigir e orientar (influenciar, portanto) a gestão da sociedade. <sup>1348</sup>

---

[*et all.*], *Shadow directors*, Financial Law Panel, London, 1994, págs. 6-7, GEOFFREY WALTERS, págs. 19-20/22; JAMES O'DONOVAN, *Lender liability* cit., pág. 492, JANET DINE, *Company law*, 2005, pág. 155 (“*the real ‘power behind the throne’ but... not officially a director*”), STEPHEN GRIFFIN, *Company law* cit., pág. 290 e ss.

No encaixe, v., para o direito e jurisprudência da Austrália e da Nova Zelândia (e sua sec. 126 do *Companies Act* de 1993), ROBYN CARROL, “Third party liability for corporate activity: recent developments”; *UWA Law Review*, 1996, págs. 348 e ss, ROBERT BAXT, “Liability of shadow directors for insolvent trading – australian authorities start to bite”, *Co. secur. law journal*, 1996, págs. 121 e ss, H. A. J. FORD/R. P. AUSTIN, págs. 306 e ss, ROSS GRANTHAM/CHARLES RICKETT, *Company and Securities Law. Commentary and Materials*, 2002, págs. 352 e ss, em esp. 355 e ss. Para a adaptação dos ensinamentos ingleses e australianos aos instrumentos legais de Hong Kong e Singapura, v. GEORGE FORRAI/FREDERICK HORSEY/DIANA PURDY-TSANG, “Hong Kong shadow directors: patchwork provisions or blanket protection?”, *JBL*, 1999, págs. 84 e ss, em esp. 95-97 (sublinhando as sociedades dominadas por “famílias patriarcais” que nomeiam membros da família como administradores que instruem); ANDREW HICKS, “Taking part in management – The disqualified director’s dilemma”, *MLJ*, 1987, págs. LXXV e ss, em esp. LXXVI-LXXVII (para os consultores da gestão) e LXXVIII-LXXIX (para os sócios majoritários que “puxam as cordas” na sombra); PEARLIE KOCH, págs. 342 e ss.

<sup>1346</sup> Pioneiros: JEAN STOUFFLET, “Cour d’Appel de Paris, 6 janvier 1977 – *Observations*”, *loc. cit.*, pág. 18689/5 (gestão de facto por intermédio de administradores de direito que manipula), ID., “Cour d’Appel de Nancy, 15 décembre 1977 – *Observations*”, *loc. cit.*, pág. 18912/6; MICHEL VASSEUR, “Note Cour d’Appel de Paris, 6 janvier 1977”, *loc. cit.*, pág. 149; GÉRARD NOTTÉ, *Les dirigeants de fait... cit.*, págs. 158 e ss – em contraposição ao *dirigeant apparent* –, em esp. 162-163, 166 (confortando-se nos fenómenos da simulação e da fraude através de uma “interposição de pessoas”, e descrição jurisprudencial a págs. 168 e ss), e 172 (“toda a pessoa que, tendo os administradores de direito ou eventualmente os administradores de facto sob sua dependência, dita ou orienta as decisões tomadas em nome da pessoa colectiva”), ID., “La notion de dirigeant de fait...”, *loc. cit.*, pág. 77; ADRIENNE HONORAT, “Note Cour de Cassation (Ch. Com.), 24 avril 1981”, *Rev. Soc.*, 1981, Jurisprudence, pág. 639; JEAN-MARIE MACQUERON, pág. 184. Mais próximos, mas nem sempre coincidentes, v. ALEXIS CONSTANTIN/YVES LÉVY, pág. 1214, FRANÇOIS-XAVIER LUCAS, “Responsabilité bancaire...”, *loc. cit.*, pág. 272, ALAIN LIENHARD, “Une banque peut être administrateur de fait...”, *loc. cit.*, pág. 1892, MARIE-JEANNE CAMPANA, pág. 41 (mas *dirigeant occulte* não é *dirigeant apparent*), DIDIER PORACCHIA, págs. 405, 407, GEORGES RIPERT/RENÉ ROBLOT cit. 2009, pág. 557 (é também aquele que manipula os órgãos legalmente investidos), ANDRÉ JACQUEMONT, pág. 596 (com reservas), ALAIN LIENHARD, *Procédures collectives* cit., págs. 471 (“aquele que se dissimula atrás de homens-de-palha ou de *prête-noms*”), 472, e, na jurisprudência, essencial é o caso do “*banco Worms*” sentenciado pela **Cour d’Appel de Versailles**, em decisão de **29 de Abril de 2004** (*JCP* cit. a n. 677, págs. 35-36), e pela **Cour de Cassation** de **27 de Junho de 2006** (*JCP* cit. a n. 677). Crítico acerca do conceito, pois carecido de rigor e motivação, PHILIPPE DELEBECQUE, pág. 222.

<sup>1347</sup> Para estes últimos, v. PIERRE-OLIVIER GEHRIGER, págs. 14, 80-81, PETER FORSTMOSER, “Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht”, *loc. cit.*, pág. 134, 142 e ss, ID., *Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit... cit.*, pág. 211; ALEXANDER VOGEL, pág. 311.

<sup>1348</sup> Para a aceitação desta categoria no conceito de administrador de facto (mesmo que implicitamente nos termos em que se diferenciam as situações de administração de facto e/ou se referem à “instigação” ou “influência” da ou sobre a gestão) e, em geral, adoptando esses dois requisitos de raiz anglo-americana, v. MAX ALBERS-SCHÖNBERG, págs. 39-40; JEAN-MARIE MACQUERON, pág. 173; JESUS QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil... cit.*, págs. 351-352, 355-356; ULRICH EHRICKE, “Zur Begründbarkeit der Durchgriffshaftung...”, *loc. cit.*, págs. 296-297; GIUSEPPE SBISÀ, “Patti parasociali...”, *loc. cit.*, págs. 460 e ss; ALEXANDER VOGEL, págs. 302, 304 (no que se refere à modalidade de órgão de facto por força da influência sobre a formação da vontade interna da sociedade), 306, 311; NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto... cit.*, págs. 21-22, 235 e ss; JOSÉ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, “La responsabilidad de

Estes são os administradores de facto que, *na sombra* e servindo-se da *interposta pessoa* do administrador de direito (e/ou até do administrador de facto

los administradores...”, *loc. cit.*, pág. 82; JAVIER JUSTE MENCÍA, “En torno a la aplicación...”, *loc. cit.*, pág. 452; GIUSEPPE GUIZZI, “Problemi in tema di gestione delle società di capitali: quale responsabilità per gli amministratori di fatto?”, *Dir. giur.*, 2001, pág. 30; JOSÉ LUIS DIÁZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., págs. 46 e ss, 138-139, 184-185; ANTONIO PERDICES HUETOS, págs. 280, 281 (enquanto que os notórios são administradores de facto, os administradores ocultos são, *de facto*, os administradores), 284, 286; MASSIMO FRANZONI, *Gli amministratori e i sindaci* cit., págs. 18, 19; JUSTINO DUQUE DOMÍNGUEZ, “El tráfico de acciones...”, *loc. cit.*, pág. 62; CÁNDIDO PAZ-ARES, “La responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, pág. 77 (“aquelas pessoas sob cujas instruções estão acostumados a actuar os administradores da sociedade”), n. 30 – págs. 77-78, 102; FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, “Ámbito subjetivo de la responsabilidad”, *loc. cit.*, pág. 61; LUIS FÉRNANDEZ DE LA GÁNDARA, “La responsabilidad concursal...”, *loc. cit.*, pág. 708; HOLGER FLEISCHER, “Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit...”, *loc. cit.*, pág. 525; ELENA PÉREZ CARRILLO, n. (85) – pág. 50 (“administração materialmente de facto”); FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores...* cit., págs. 337-338; MIRIAM LOZANO SAIGÍ, págs. 1061-1062, 1066-1067; HANS CRISTOPH GRIGOLEIT, págs. 117; HANS-CRISTOPH VOIGT, págs. 199-200, 201; UWE H. SCHNEIDER, “Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung”, *loc. cit.*, sub § 43, pág. 2228, *Rdn.* 22; FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, “Ámbito subjetivo de la responsabilidad”, *loc. cit.*, pág. 61; MÓNICA FUENTES NAHARRO, págs. 267 e ss, em esp. 270; ALONSO UREBA/JUANA PULGAR EZQUERRA, pág. 28 (aparentemente); ÁNGEL GARCÍA VIDAL, págs. 145 e ss; GEORGES RIPERT/RENÉ ROBLOT cit. 2009, pág. 543; MANUEL DÍAZ MARTÍNEZ, pág. 1017; DETLEF KLEINDOECK, “Haftung der Geschäftsführer. § 43”, *loc. cit.*, pág. 1001, *Rdn.* 2 (o “mentor” que puxa os cordelinhos e detém efectivamente o poder sobre as funções típicas do órgão); KARSTEN SCHMIDT, “Anhang § 64...”, *loc. cit.*, pág. 4214, *Rdn.* 22. Antes de todos eles, na Alemanha, NORBERT REICH, pág. 1665, construía a posição de órgão de facto a quem exercia “influência determinante” sobre os negócios da sociedade, através da identificação de uma “relação especial de fidelidade” (*besonderes Treueverhältnis*) com o administrador “testa-de-ferro”, e OLIVARES JAMES, págs. 274-275, distinguia as “situações *de facto* em matéria de administração de sociedades” em sentido amplo entre os que “*de facto* controlam ou governam” a sociedade, mesmo não estando a integrar o órgão encarregado da administração – “*gobierno o control de hecho*” – e “as anomalias administrativas derivadas do exercício de funções gestórias por pessoas que *de iure* não ostentam” o cargo.

Entre nós, COUTINHO DE ABREU/ELISABETE RAMOS, págs. 40, 42; RICARDO COSTA, “Responsabilidade civil societária...”, *loc. cit.*, pág. 30; COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., pág. 100, 101; ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *A responsabilidade civil dos administradores...* cit., n. (85) – pág. 47; ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, pág. 279; JOÃO SANTOS CABRAL, págs. 283-284; MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores...* cit., págs. 465-467; MENEZES CORDEIRO, “Capítulo VII – Responsabilidade civil pela constituição...”, *loc. cit.*, pág. 276, anots. 39, 42 (é, para o Autor, o administrador de facto *stricto sensu*: “a pessoa que, por razões objectivas e/ou subjectivas, exerça o poder na sociedade, dando ordens aos administradores de direito...”: destaquei); ELISABETE RAMOS, *O seguro de responsabilidade civil...* cit., pág. 153; RUI ESTRELA DE OLIVEIRA, pág. 966; FERREIRA GOMES, pág. 154; ANA PERESTRELO OLIVEIRA, *Grupos de sociedades e deveres de lealdade...* cit., págs. 560-561.

Contra o reconhecimento da figura do *shadow director* através da modalidade de administração de facto indirecta (nomeadamente para efeitos de responsabilidade societária), v. VINCENZO FERRO, “La responsabilidad degli amministratori”, *Le società di capitali*, 1999, págs. 588-589, JUSTE MENCÍA, “En torno a la aplicación...”, *loc. cit.*, págs. 453-454 (ainda que superficialmente); NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., págs. 72 e ss, em esp. 75, 151-152, e “El concepto de administrador de hecho...”, *loc. cit.*, págs. 871-872, 888 – alegando para o seu conceito *restrito* de administrador de facto (aquele que exerce *de forma directa* a actividade de gestão idêntica ou equivalente à do administrador formalmente instituído) a prevalência de “razões de segurança jurídica”, susceptíveis de excluir a influência desempenhada por terceiros/intermediários sobre a gestão (céptica, nesta linha, se encontra MARÍA JOSÉ VERDÚ CAÑETE, págs. 133-134, mas admite a figura se se verificarem os requisitos de qualificação do administrador de facto directo); JOSÉ EMBID IRUJO, “La responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, pág. 2399 e ss, em esp. 2401-2402 (que prefere a via do ataque aos administradores indirectos mais frequentes, isto é, os sócios dominantes ou controladores, através do mecanismo excepcional da desconsideração da personalidade jurídica); ELISA LUCAS MARTÍN, pág. 263; LUTZ KROHN, pág. 594;

directo <sup>1349</sup>, *ope legis* ou, em alternativa, qualificado <sup>1350</sup>) <sup>1351</sup>, impõem as suas instruções e directivas (mesmo que sob uma forma institucional ou orgânica e, portanto, não oculta), de tal modo que as escolhas estratégicas e operativas dos administradores de direito (ou dos administradores de facto directos) são por ele determinadas ou induzidas – *primeiro requisito* – e habitualmente acatadas pelos administradores de direito (sem qualquer auto-determinação ou com uma auto-determinação reduzida ou parcial) – *segundo requisito* <sup>1352</sup>. <sup>1353</sup>

---

<sup>1349</sup> Neste sentido, STEPHEN GRIFFIN, *Company law* cit., pág. 291. Aparentemente contra, pois só admite a actuação influenciada dos “administradores legalmente” ou “regularmente designados”, JOSÉ LUIS DIÁZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., págs. 47, 138.

<sup>1350</sup> Argumento favorável é a inclusão dos administradores de facto directos como sujeitos passivos da influência sancionada no art. 83º, n.º 4 – favorável RUI PEREIRA DIAS, *Responsabilidade por exercício de influência...* cit., págs. 93-94 (e também págs. 74-75, para o exercício de «influência dominante» no art. 486º).

<sup>1351</sup> Ou, na doutrina de KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht* cit., pág. 419, um “não-órgão” a exercer influência como um órgão da sociedade.

<sup>1352</sup> Já realçando essa actuação do administrador influenciado como pressuposto da identificação do administrador de facto indirecto, entre nós, v. COUTINHO DE ABREU/ELISABETE RAMOS, págs. 41, 42, RICARDO COSTA, “Responsabilidade civil societária...”, *loc. cit.*, pág. 30, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores...* cit., n. (152) – pág. 466.

<sup>1353</sup> Percebe-se que estes são os requisitos tradicionalmente pressupostos na legislação inglesa – presentes actualmente na sec. 251, § (1), do CAct 2006 – e seguidos pela doutrina: só para amostra, ROBERT PENNINGTON, *últ. ob. cit.*, pág. 28, ID., págs. 646-647, JOHN DONALDSON [*et all.*], págs. 7 e ss, GEOFFREY WALTERS, págs. 19, 20, JOHN H. FARRAR/BRENDA HANNIGAN, *Farrar’s Company Law*, pág. 337, EILÍS FERRAN, págs. 155, 483, JOHN LOWRY/ALAN DIGNAM, pág. 263, FIONA TOLMIE, pág. 35.029, RICHARD SMERDON [*et all.*], pág. 198, JAMES O’DONOVAN, *Lender liability* cit., págs. 491 e ss (segmentando ainda entre a emissão de orientações e instruções e o respectivo endereço aos administradores da sociedade), STEPHEN GRIFFIN, *Company law* cit., págs. 290-291.

O célebre caso *Re Hydrodam (Corby) Ltd*, de **17 de Dezembro de 1993**, julgado pela **Chancery Division** (in *BCLC* cit. a n. 596, em esp. pág. 183), foi o primeiro a fazer uma sistematização detalhada destes requisitos, dando conta da necessidade de alegar e provar: (i) quem são os administradores da sociedade, tanto de facto como *de jure*; (ii) que o “acusado” orientou os administradores na forma de agir em relação à sociedade ou que foi uma das pessoas que o fez; (iii) que os administradores actuaram de acordo com essas orientações; (iv) que assim faziam habitualmente (como “*pattern of behaviour*”).

Antes, contribuíram para esses detalhes *Re a Company (No. 005009 of 1987)*, *ex parte Copp and another* (**Chancery Division**, de **28 de Abril de 1988**, *BCLC* cit. a n. 676, em esp. págs. 15, 21); *Kuwait Asia Bank EC v National Mutual Life Nominees Ltd* (**Privy Council**, de **21 de Maio de 1990**: *BCLC* cit. a n. 676, pág. 893); *Re Unisoft Group Ltd (No. 2)* (**Chancery Division**, de **8 de Junho de 1993**: in *BCC*, 1994, pág. 766, ss, em esp. 774-775, aparentemente para o representante de uma sociedade-sócio). Depois, v. *Re PFTZM Ltd (in liquidation) Jourdain & Others v Paul* (**Chancery Division**, de **18 de Novembro de 1994**: *BCC* cit. a n. 676, em esp. págs. 291-292); *Re Simmons Box (Diamonds) Ltd* (**Chancery Division**, de **19 de Janeiro de 1999**: *BCC*, 2000, pág. 275, ss, em esp. pontos 1 a 3 do Sumário, e págs. 284-285 – obediência do administrador de direito-filho ao pai, anterior “*de jure director of the company*” (mas também *de facto director*); *Secretary of State for Trade and Industry v Becker and another*, da **Chancery Division** de **18 de Outubro de 2002** (in *BCLC*, 2003, 1, págs. 555 e ss, em esp. 572-573, para a relação sócio único-pai e administrador único-filho); *Lord v Sinai Securities Ltd and others*, da **Chancery Division** de **21 de Julho de 2004** (in *BCLC*, 2005, 1, pág. 295, ss, em esp. 303-304 – um credor da sociedade que nomeara um dos membros do *board* mas não o controlara).

Essas instruções e directivas não se bastam com a mera expressão de conselhos, sugestões, desejos ou intenções<sup>1354</sup> – implicam um *factor impositivo*<sup>1355</sup> ou *vinculante*<sup>1356</sup> e implicitamente transportam uma *expectativa de obediência*<sup>1357</sup>, ainda que parcial.

Essas instruções e directivas tanto se podem dirigir a actos positivos como à prática de omissões ou desistências de específicos actos projectados por parte dos administradores condicionados ou influenciados.

Essas instruções e directivas não têm que ser sempre e invariavelmente seguidas, podendo haver eventos ocasionais de manifestação de liberdade total de julgamento por parte dos administradores e/ou recusa de acatamento; antes temos que identificar nesse acatamento um *padrão de comportamento habitual*.<sup>1358</sup>

Essas instruções e directivas serão quase sempre emitidas secreta e confidencialmente, tendo em conta que a intenção do sujeito influenciador é, geralmente, a de fazer passar despercebida a sua influência sobre a administração oficial – será *oculto* este administrador de facto<sup>1359</sup>. Porém, um outro cenário se terá que abrir, uma vez que também podem (ainda que residualmente) essas instruções e directivas precipitar-se em actos materiais ou declarações negociais (como

---

<sup>1354</sup> Concordante: JOÃO SANTOS CABRAL, pág. 284: “não bastará (...) uma actividade puramente consultiva, de acessoria – ainda que o seu conselho seja acolhido pelo administrador de direito”.

<sup>1355</sup> Particularmente elucidativos: JOHN DONALDSON [et all.], pág. 7 – “*mandatory character*”; PEARLIE KOCH, págs. 348, 351 (“*degree of compulsion*”, “*degree of customary compliance*”); JAMES O’DONOVAN, *últ. ob. cit.*, pág. 493 – “*mandatory element*”. Menos assertivos na prova da *compulsion*: JOHN DONALDSON [et all.], pág. 8. Mais incisivo no direito australiano para a falta de autonomia no processo de tomada de decisão, JOHN H. FARRAR, *Corporate governance...* cit., pág. 97. Igualmente comprovativo da aspiração a cumprimento da instrução emitida, v., na Suíça, ALEXANDER VOGEL, pág. 312.

<sup>1356</sup> NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., pág. 236.

<sup>1357</sup> PHILIP COOK, pág. 132, STEPHEN GRIFFIN, “*Problems in the identification...*”, *loc. cit.*, pág. 53.

<sup>1358</sup> Na doutrina e jurisprudência inglesas, há divisão entre entender que o acatamento deve ser exigido para a totalidade dos membros do conselho plural ou para a maioria deles (mas não para um só ou para uma minoria que não tenha a capacidade de “levar” o conselho com eles): PETER FIDLER, pág. 98, JOHN DONALDSON [et all.], pág. 7, GEOFFREY WALTERS, págs. 19-20, EILÍS FERRAN, págs. 155-156, 483, STEPHEN GRIFFIN, *últ. est. e loc. cits.*, pág. 52, JAMES O’DONOVAN, *Lender liability* cit., pág. 495, JANET DINE, *Company law* cit., pág. 156, MARTHA BRUCE, *Rights and duties of directors*, pág. 16; *Re Unisoft Group Ltd (No. 2)* (BCC cit., pág. 775, optando-se pelo “*whole of the board*” em vez de “*a governing majority of it*”); *Lord v Sinai Securities Ltd and others* (BCLC cit., pág. 303: “pelo menos, uma maioria consistente dos administradores”). O mesmo panorama se reproduz na doutrina australiana: ROBYN CARROL, págs. 356-357, JOHN H. FARRAR, *últ. ob. e loc. cits.* Favorável: NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., pág. 237 e n. (138) – no caso da minoria, a influência indevida interessará sob o perfil de “*indução ao incumprimento*” dos deveres administrativos.

<sup>1359</sup> Aquele que o juiz Millet caracterizou no célebre caso *Re Hydrodam (Corby) Ltd*, de **17 de Dezembro de 1993**, julgado pela **Chancery Division** (in BCLC cit. a n. 596, pág. 183): “Um *shadow director* não invoca nem se propõe a agir como administrador. (...) Ele esconde-se nas sombras [*He lurks in the shadows*], abrigando-se atrás de outros que, alega, são os únicos administradores da sociedade com excepção dele próprio”.

deliberações dos sócios com ordens para a tomada de decisões sobre a gestão empresarial ou documentos entre sujeitos externos e a administração da sociedade) dirigidos aos administradores de direito – neste caso será *ostensivo* (mesmo que só nas relações societárias internas ou nas relações negociais entre o terceiro e a sociedade) <sup>1360</sup>.

Aqui inclino-me a considerar duas subespécies de acordo com a *modalidade de “influência bastante”* ou *“suficiente”* <sup>1361</sup> do administrador de facto e a *actuação derivada* do administrador de direito:

- se é administrador de direito *subordinado* (ou *fiduciário* <sup>1362</sup>), isto é, um mero executor acrítico e mecânico das instruções e directivas (verdadeiramente, *ordens* do administrador de facto subordinante para um “testa-de-ferro” ou “homem de confiança”, verdadeiro “joguete” (*cat’s-paw*) nas mãos do *puppet master* <sup>1363</sup>: *ordem* do administrador de facto para decidir e/ou executar X; o administrador de direito decide e/ou executa Y) – aqui é *condicionado* <sup>1364</sup>;

---

<sup>1360</sup> Em sentido próximo, JAMES O'DONOVAN, *Lender liability* cit., n. (52) – pág. 492, quando entende que há *shadow director* mesmo que a pessoa não faça esforço para esconder a influência que exerce sobre os administradores. O Autor ainda prevê que as instruções possam ser formais ou informais – no mesmo sentido para a Austrália, JOHN H. FARRAR, *Corporate governance...* cit., pág. 97 –, sendo as primeiras de prova mais fácil (pág. 493) – concordante, ainda para o direito australiano, ROBYN CARROL, pág. 356. Antes, mais claros, RICHARD SMERDON, *Palmer's Company Law Manual*, pág. 199, e FIONA TOLMIE, pág. 35.030, advogaram inequivocamente que o carácter oculto não era “pré-requisito” essencial do *shadow director*, que o poderia ser mesmo que não tentasse esconder o seu envolvimento na gestão da sociedade.

<sup>1361</sup> É a feliz designação pertencente a PIERRE-OLIVIER GEHRIGER, pág. 51: “*genügend Einfluss*”.

Na Alemanha, é generalizada a noção de “influência dominante” (*beherrschend Einfluss*) – por ex., MARK DINKHOFF, págs. 13, 18, 35-36) – ou de “influência intensiva” (*intensiv Einfluss*) – por ex., DETLEF KLEINDIEK, “Haftung der Geschäftsführer. § 43”, in MARCUS LUTTER/PETER HOMMELHOFF, *GmbH-Gesetz Kommentar*, 2009, pág. 1001, Rdn. 2; assim também na Suíça: PETER FORSTMOSER, “Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht”, *loc. cit.*, pág. 144. Em França, DOMINIQUE RANDOUX, pág. 296, chamou-lhe “*influence prépondérante*”. Para a Espanha, JESUS QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil...* cit., pág. 351, e JOSÉ LUIS DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., págs. 47, 138, denominam-na “influência decisiva”.

<sup>1362</sup> Assim, igualmente, PIERRE-OLIVIER GEHRIGER, págs. 77, 78 e ss: “*der abhängige oder fiduziarische Verwaltungsrat*”.

<sup>1363</sup> Assim mesmo se referiu o juiz Herman na decisão inglesa *Re Unisoft Group Ltd (No. 2) (Chancery Division, de 8 de Junho de 1993*: BCC cit., pág. 775).

<sup>1364</sup> Neste contexto, a nossa doutrina já se referiu a um fenómeno de “subordinação real”: ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, pág. 292, que, significativamente, acrescentava que se trata de uma “*situação de facto*, que não emerge de um título pré-organizado pelo direito” (destaquei).

Aparentemente esta é a única forma de administração de facto indirecta consignada na percepção restritiva de ANA PERESTRELO OLIVEIRA, *Grupos de sociedades e deveres de lealdade...* cit., pág. 560: “sempre que os administradores de direito conservem a sua margem de liberdade de gestão, não obstante a obediência a determinadas directrizes ou políticas gerais definidas por terceiro e a instruções ocasionais, não deve convocar-se a figura do administrador de facto”; requer-se “uma efectiva e intensa compressão da esfera de livre decisão dos administradores de direito”.

- administrador de direito *reactivo*, que actua com manutenção da sua vontade própria mas sendo esta significativamente reduzida ou precipitada numa percentagem minoritária em face da influência determinante do administrador de facto: *influência* do administrador de facto para decidir e/ou executar X; o administrador de direito pondera decidir e/ou executar Y mas decide e/ou executa Z, em que X é parte mais significativa ou maioritária – aqui o administrador de direito é, em sentido estrito, *influenciado*.

Fora deste quadro está a influência *simples*, em que os conselhos, recomendações, sugestões e pareceres dados aos administradores de direito (mesmo através de deliberações de sócios, documentos formais subscritos por credores, relatórios de colaboradores e trabalhadores internos ou consultores externos, etc.) não abalam nem interferem na sua liberdade de decidir e actuar – que é plena <sup>1365</sup>.<sup>1366</sup>

---

<sup>1365</sup> Ou seja, nas palavras de JOHN DONALDSON [*et all.*], págs. 7-8, o destinatário tem escolha. Mas, deve reconhecer-se, como nesse documento se faz, que nem sempre é fácil vislumbrar a distinção no caso em concreto.

No mesmo sentido de refutação de uma “*bloÙe Einflussnahme*” para o direito alemão, v. KARSTEN SCHMIDT, “Anhang § 64...”, *loc. cit.*, pág. 4215, *Rdn.* 22; ou, para o direito italiano, da insuficiência do “*esercizio di un pur incisivo controllo sull’amministrazione della società*”, NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* *cit.*, pág. 236; ou, no direito suíço, de uma influência que não seja “tipicamente orgânica” e própria do órgão em sentido formal: PETER FORSTMOSER, “Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht”, *loc. cit.*, págs. 146-147, 150; ou, por fim, no direito espanhol, um “qualquer tipo de influência” assente, por ex., em conselhos: JOSÉ LUIS DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* *cit.*, pág. 47.

<sup>1366</sup> A diferente compreensão chegou o **Court of Appeal** inglês no famigerado caso *Secretary of State for Trade and Industry v Deverell and another* de **21 de Dezembro de 1999** (in *BCLC*, 2000, 2, pág. 133, ss) – visto como um possível ponto de viragem na doutrina do *shadow director*. Na verdade, discutindo-se *disqualification proceedings* (cfr. sec. 22, § (5), do *Company Directors Disqualification Act*) contra dois sujeitos não administradores de uma sociedade dedicada ao agenciamento de viagens – Mr. Deverell, consultor (e inicialmente subscritor da conta bancária) envolvido nas decisões de gestão financeira e principal negociador na representao da sociedade (até ao ponto de garantir pessoalmente empréstimo  sociedade), e Mr. Hopkins, consultor relacionado com as decisões de diversificao da actividade (com remunerao superior  dos *directors*) e controlador de sociedades que se tornaram sócias –, o tribunal entendeu que, fora de um campo estritamente profissional, o “conselho” seria suficiente para qualificar um administrador na sombra: para além da “*instruction*” e da “*direction*”, o “*non-professional advice*” e a “*suggestion*” estariam includidos na categoria geral de “*guidance*” (orientao, portanto) – cfr. págs. 145, 153. Porém, já antes alguma doutrina tinha ido pelo mesmo caminho: “mesmo que as instrues tomem a forma de conselho ou sugestões que são habitualmente seguidos” (ROBERT PENNINGTON, *Director’s personal liability* *cit.*, pág. 28). Críticos da suavizao do nível e grau de envolvimento do administrador na sombra, que, “*post Deverell*”, objectivamente aumenta a “*pool of persons*” abrangidas: STEPHEN GRIFFIN, “Problems in the identification...”, *loc. cit.*, págs. 50 e ss, em esp. 52-53, JAMES O’DONOVAN, *Lender liability* *cit.*, págs. 498-499 (“conselho” e directivas ou ‘instrues’ devem ser vistos reciprocamente como conceitos exclusivos no esquema de definio legal de *director*). Acrticos: BRENDA HANNIGAN, págs. 141-142, GEOFFREY MORSE/STEPHEN GIRVIN, *Charlesworth company law*, pág. 270, MARTHA BRUCE, pág. 16. Favoráveis: RICHARD SMERDON [*et all.*], *Palmer’s Company Law Manual*, págs. 198-199, ROBERT PENNINGTON, *Company law* *cit.*, pág. 647. Não parece ser essa ampliao aceite na doutrina australiana: G. SYROTA, pág. 334, Autor que reconhece, porém, a dificuldade em, muitas vezes, traçar a fronteira.

Para esta conclusão não interessa que esses comportamentos opinativos e consultivos sejam impulsionados por vontade do administrador formal.<sup>1367</sup>

A diferença está, portanto, no papel da vontade do administrador de direito *em face do comportamento influenciador do administrador de facto*: ou nenhuma (é condicionado) ou diminuída (e é influenciado em sentido estrito, porque ainda significativamente)<sup>1368</sup>.<sup>1369</sup> O denominador comum está na *habitualidade* com que a actuação do administrador de direito e/ou de facto *interposto* segue a ordenação – enquanto condicionamento ou influência (ainda qualificada) do administrador de facto indirecto –, mesmo que o administrador de direito influenciado retenha alguma autonomia para si próprio no momento da decisão ou, noutras oportunidades (não sistemáticas), mantenha ocasionalmente a independência de julgamento<sup>1370</sup>.

---

No caso *Deverell* é igualmente aceite que (i) a *shadow directorship* não existe só quando os administradores se reduzem a um papel simplesmente subserviente e totalmente abdicativo da sua capacidade de decisão; as tradicionais expressões “cat’s-paw”, “puppet” ou “dancer” do *shadow director* implicam um nível de controlo que vai para além do que é requerido pela prescrição legal, que não impede a qualificação se o conselho tem a capacidade de exercer julgamento mais ou menos independente – cfr. págs. 145-146; (ii) a *shadow directorship* não implica que o sujeito *lurk in the shadows* e tome medidas para que a sua participação nos negócios sociais não seja conhecida (para além da esfera da administração), pois esse, ainda que frequentemente aconteça, não é um “ingrediente essencial” para o reconhecimento do *shadow director* – cfr. pág. 146.

<sup>1367</sup> Factualidade esta que, tratando-se de sócio o sujeito “influenciador”, cabe no âmbito de aplicação do art. 83º, n.º 4 (v. *supra*, Parte II, 7.2.).

<sup>1368</sup> Mas o grau desta pré-determinação da vontade do administrador de direito é porventura a mais problemática das dificuldades probatórias que, por natureza, caracterizam a administração de facto indirecta, nomeadamente a oculta – neste sentido, JOSÉ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, “De la calificación del concurso”, *loc. cit.*, sub art. 172, págs. 2583-2584.

<sup>1369</sup> Uma outra divisão pode ser feita, na linha de ALEXANDER VOGEL, págs. 304-305: tendo em conta a posição ou relação do administrador de facto em face da sociedade, teremos influência “interna” (como, exemplifico, a de um sócio) ou influência “externa” (como, exemplifica o Autor, a de um banco credor).

<sup>1370</sup> Isto é, a administração de facto indirecta não é incompatível com a autonomia, ainda que em menor grau, da administração influenciada e não requer sempre uma obediência total nem é incompatível com eventos de independência da administração influenciada: FIONA TOLMIE, pág. 35.030; N. R. CAMPBELL, pág. 613; STEPHEN GRIFFIN, “Problems in the identification...”, *loc. cit.*, pág. 53; JAMES O’DONOVAN, *Lender liability* cit., pág. 498, contrariando o juízo de Millet no caso *Hydrodam*, em que o padrão de comportamento dos administradores influenciados pelo *shadow director* teria que ser caracterizado pela ausência total de liberdade de decisão (*BCLC* cit., pág. 183: “the board did not exercise any discretion or judgment of its own”). À mesma conclusão se chegou no direito australiano: ROBYN CARROL, OKpág. 358, PEARLIE KOCH, págs. 343-344, 345, seguindo-se os ditames do caso *Australian Securities Commission v As Nominees Ltd* (Federal Court de 1995, em que se analisou a influência do sócio fundador, Mr. Windsor, de uma sociedade e duas *trustee companies* (em que era “manager”) sobre os administradores de várias sociedades agrupadas através de “interlocking shareholdings” e controladas estrategicamente por Mr. Windsor (em esp. aquelas duas): págs. 342-343, 350-351).

Contra: no direito francês, pois só a perda total de autonomia configura a administração de facto, JEAN STOUFFLET, “Cour d’Appel de Nancy, 15 décembre 1997 – *Observations*”, *loc. cit.*, pág. 18912/6; no espanhol, JOSÉ LUIS DIÁZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., pág. 138, pois só subsiste se os administradores influenciados actuam de maneira sistemática seguindo as instruções do *extraneus*, “sem adoptar decisões próprias”.



## 11. Pressupostos de legitimação e aquisição da qualidade juridicamente relevante de administrador de facto

Como tradicionalmente se enfatiza, a noção de administrador de facto tende a ser mais compreensiva e mais vaga que a de administrador de direito, uma vez que, surpreendida a figura numa multiplicidade de situações substancialmente desprovidas de ligação uniforme entre si, não pode ser reconduzida a uma fórmula completa e inelástica<sup>1371</sup>. Historicamente, por isso, desenhou-se alguma inconsistência na determinação das circunstâncias apropriadas que justificassem a identificação de uma pessoa como administrador de facto<sup>1372</sup>. Seja como for, a investigação das “manifestações sintomáticas” (*manifestazioni sintomatiche*) de administração de facto<sup>1373</sup> fez-nos reter que, no confronto entre as hipóteses de invalidade originária, de ineficácia ou extinção superveniente do título e de falta radical de investidura – a tríade essencial da fenomenologia da administração de facto –, a actividade desenvolvida pelo sujeito *não legitimado organicamente* tem valência *societária* (mesmo que, em concreto, marginal) e é susceptível de integrar uma *espécie “actuante”* que é *autonomamente relevante*<sup>1374</sup>. Mesmo que falte juridicamente ou não seja mais eficaz a vontade social de atribuir ao agente aquela determinada posição orgânica, o certo é que é a vertente *funcional* do sujeito (*rectius*, da sua acção efectiva) que o integra na *órbita da administração* e o aproxima – e tem a idoneidade potencial de o igualar – ao administrador de direito. É aqui que se sublinha a *proximidade* entre administrador de direito e administrador de facto, uma vez que *é na função* que se vê o administrador de facto a gerir a sociedade *como se fosse, ou continuasse a ser, administrador de direito*, sendo a realização dessa actividade o parâmetro para considerar que a situação de facto apresenta uma inegável similitude com a figura *típica* de tonalidade formal e regular<sup>1375</sup>. E, se quisermos, com o suíço JEAN NICOLAS DRUEY, esse enquadramento numa função acaba por outorgar um aspecto *formal* ao administrador *material*, ainda que essa

---

<sup>1371</sup> NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., pág. 223, JOSÉ LUIZ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., pág. 35.

<sup>1372</sup> STEPHEN GRIFFIN, “Problems in the identification...”, *loc. cit.*, pág. 46.

<sup>1373</sup> NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., pág. 183.

<sup>1374</sup> FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, pág. 154.

<sup>1375</sup> Ainda FABRIZIO GUERRERA, *últ. est. e loc. cits.*, pág. 155, e, para a Espanha, JOSÉ LUIZ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., pág. 133, ID., *Deberes y responsabilidad...* cit., págs. 253-254, LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, “La responsabilidad concursal...”, *loc. cit.*, pág. 710.

função não esteja directamente institucionalizada na lei ou nos estatutos <sup>1376</sup>, que lhe dá *uma posição e um estatuto similar ao administrador de direito*. Essa similitude exponencia-se na sua dimensão *factual*, em relação à *dinâmica da acção colectiva reportada à sociedade*, em virtude da sua *inerência à gestão da empresa social*. É, assim, nessa coordenação objectiva da conduta do sujeito ilegítimo com os actos dos órgãos sociais – mediante a qual se regista o *contributo real* para resultados práticos da actividade social – que se alicerça a equipolência com o administrador de direito.<sup>1377</sup>

Para esta figura tudo é mais simples: a pessoa investida regularmente para exercer as funções de administração adquire a condição de administrador desde o momento da aceitação (expressa ou tácita) da nomeação. De todo o modo, a lei não fornece um conceito ou conjunto de notas caracterizadoras desse administrador de direito – quando muito podemos ver nos arts. 192º, 1, 252º, 1, e 405º um contributo para esses desideratos. O que a lei nos oferece com exactidão é, com variantes em função dos tipos sociais, o *iter* completo da sua trajectória, desde a sua nomeação ou eleição até à caducidade do título. Ou seja, estabelece a *vida jurídica* do administrador ou gerente de uma sociedade comercial mediante determinados elementos de segurança, que permitem a sua identificação e a sua adequada conceptualização em face de uma investidura formal e condição de um exercício *legítimo*. <sup>1378</sup> A partir daqui, pouco importa – neste detalhe *constitutivo* – o que o administrador formal faz ou deixa de fazer, qual o seu papel no seio da sociedade (ou na ou nas empresas exploradas pela sociedade), se exerce ou não as suas funções de maneira efectiva <sup>1379</sup>, ou seja, se é administrador de direito activo ou passivo, comissivo ou omissivo.

Para o administrador de facto, a operação análoga é mais exigente: mais do que encontrarmos uma *definição tipológica* – e mesmo que a lei a fornecesse –, temos

---

<sup>1376</sup> JEAN NICOLAS DRUEY, “Organ und Organisation. Zur Verantwortlichkeit aus aktienrechtlicher Organshaft”, *SchwAkt*, 1981, págs. 78-79.

<sup>1377</sup> Esta parcela corresponde à dogmática crítica de FABRIZIO GUERRERA, *últ. est. e loc. cits.*, pág. 163, a que voltarei.

<sup>1378</sup> NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., pág. 215, JOSÉ EMBID IRUJO, “La responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, pág. 2396.

<sup>1379</sup> JEAN-PIERRE SORTAIS, “Note Cour d’Appel de Paris (3ºCh., sect. A), 20 février 1978”, *loc. cit.*, pág. 128, ADRIENNE HONORAT, “Note Cour de Cassation (Ch. Com.), 24 avril 1981”, *loc. cit.*, pág. 639, JEAN-MARIE MACQUERON, pág. 7, URSULA STEIN, *Das faktische Organ* cit., pág. 124; PETER FORSTMOSER, “Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht”, *loc. cit.*, págs. 129, 132, LAURENT LEVENEUR, pág. 54, NATHALIE DEDESSUS-LE-MOUSTIER, pág. 510, JOSÉ LUIZ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., pág. 39, MARC DINKHOFF, pág. 116.

que “recorrer a outros momentos, actos ou circunstâncias, a partir dos quais se possa determinar o seu ‘nascimento’”<sup>1380</sup>. A administração de facto, portanto, não pode ser vista somente como um simples “duplicado de uma situação jurídica”<sup>1381</sup>. Ainda e sempre, porém, colhendo as vicissitudes que marcam a aludida vida jurídica do administrador de direito, pois, se este *morre* ou *não chega a viver*, é em “contraposição” à trajectória legal (e às suas condições ou requisitos) da posição tradicional da administração de direito que encontraremos a administração de facto – enquanto é o administrador de facto uma “contrafigura”<sup>1382</sup> ou “situação reflexa”<sup>1383</sup> do administrador de direito.

Por isso, não basta surpreender uma administração de facto *sob o ponto de vista funcional* – ainda que só se pode avançar uma vez perfilado o sujeito pela sua integração plena (e *de facto*, pois) na gestão da sociedade. A directa e incondicionada aplicação ao gestor não legitimado do integral regime da administração – com óbvio destaque para a responsabilidade *ex arts. 72º-79º* – por efeito da prática de actos da órbita da administração da sociedade significaria anuir com a completa obliteração do momento genético da relação – e a potencial subversão de princípios inderrogáveis do ordenamento jussocietário –, sem que, em contrapartida, se pedisse uma definição conveniente da *relevância jussocietária* da “posição” ou “situação de facto”. O que, naturalmente, se traduziria num factor de significativa incerteza *subjectiva* no que toca aos pressupostos e aos limites de aplicação das normas que regulam a administração da sociedade, enquanto preceitos que delineiam incumbências, garantias e sanções. Certo que o risco de uma equivalência indiscriminada entre a administração de facto e a administração de direito – por outras palavras, o “risco que uma excessiva contaminação materialística alardeada numa deriva substancialista indevida”, que transforme todo aquele que realize actos de gestão em administrador e, como tal, sobrecarregado com os deveres e a responsabilidade que a lei lhe impõe<sup>1384</sup> – é esconjurado, em princípio, na exacta medida em que ao administrador de facto se poderá aplicar somente uma *porção*

---

<sup>1380</sup> NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit. págs. 65-66, seguida por JOSÉ EMBID IRUJO, “La responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, pág. 2396. No mesmo sentido, para a Suíça, PETER FORSTMOSER, *últ. est. e loc. cits.*, pág. 134.

<sup>1381</sup> NATHALIE DEDESSUS-LE-MOUSTIER, pág. 510.

<sup>1382</sup> JOSÉ EMBID IRUJO, *últ. est. e loc. cits.*

<sup>1383</sup> NURIA LATORRE CHINER, *últ. ob. cit.*, pág. 55.

<sup>1384</sup> NICCOLÒ ABRIANI/PAOLO MONTALENTI, pág. 590.

(mesmo que significativa) do estatuto do administrador de direito <sup>1385</sup>. De todo o modo, este *temperamento* denuncia a reivindicação de um “ponto de justo equilíbrio” <sup>1386</sup>, que opere *restritivamente* uma dissecação sobre o modo de a conduta do sujeito se reportar à parcela da actividade social relevante para a sua qualificação.

Com efeito, é necessário sujeitar essa conduta ao *crivo* da concorrência de um elenco de “idóneos parâmetros selectivos” <sup>1387</sup> observados na actuação do sujeito candidato a essa qualidade de administrador de facto. Mas o desafio é delicado e impõe uma outra frente de reequilíbrio. Em grande parte das sociedades – nomeadamente as de maior porte – assistimos a um número considerável de pessoas a participarem, em maior ou menor medida, na gestão comercial, financeira e laboral, com mais ou menos independência, com mais ou menos autoridade, com mais ou menos nível de importância dos actos praticados. O caminho que temos seguido pretende, entre tudo o mais que já se assinalou, que toda essa panóplia de trabalhadores, colaboradores, auxiliares e agentes envolvidos e comprometidos na organização e exploração da empresa social não possa, *se saltar para ou se apropriar dos segmentos distintivos da função gestória* (e iguale ou afaste o exercício do respectivo poder directivo), excepção com uma qualificação (e uma posição em concreto ocupada) inconciliável por natureza com as tarefas realizadas ou invocar o alheamento formal ao ofício administrativo formal <sup>1388</sup>. Mas sem que se caia na tentação de pensar que toda a participação e/ou ingerência na gestão da sociedade se possa traduzir na *atribuição automática* da condição jurídica de administração de facto, como expediente automático para rodear esses sujeitos – como outros, a começar pelos sócios – de um estatuto correspondente ao comportamento adoptado.

Estamos perante um subtil jogo de interesses e de equilíbrios, mobilizados entre valores de extensão e de restrição (ou até banimento) no que toca ao diâmetro operativo de regimes jurídicos e ao círculo de sujeitos abrangidos. São tangentes de grande sensibilidade, que não pode senão arredar critérios vagos e insuficientes <sup>1389</sup>, optar pela *densidade e consistência* na elevação do sujeito a *instituição jurídica* e, na

---

<sup>1385</sup> ALESSANDRO BORGIOLO, “L’amministratore «di fatto» non fallisce”, *loc. cit.*, pág. 600, FRANCO BONELLI, “La responsabilità dell’amministratore di fatto”, *loc. cit.*, n. (13) – pág. 112, FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, pág. 168.

<sup>1386</sup> Ainda NICCOLÒ ABRIANI/PAOLO MONTALENTI, pág. 590.

<sup>1387</sup> NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., pág. 222.

<sup>1388</sup> FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, págs. 168-169 e n. (116).

<sup>1389</sup> LUIGI SALVATO, pág. 813.

falta de uma previsão legal expressa, submeter a administração de facto – ainda que eventualmente sem uma submissão integral – ao regime jurídico próprio (mas não só deveres e eventuais responsabilidades) da administração de direito. Serão esses *pressupostos ou critérios que, uma vez reunidos, legitimam a constituição da relação de administração de facto* <sup>1390</sup>. Isto é, a constituição da posição *juridicamente relevante* de administrador de facto – e a sua elevação a *Rechtsfigur* <sup>1391</sup> –, de modo a sujeitá-lo a essa disciplina própria da administração das sociedades comerciais – e a evitar uma *comunicação incontrolada* dessa disciplina ao administrador de facto <sup>1392</sup>. <sup>1393</sup> Sem a sua sindicância e registo da sua cumulação em concreto – numa operação interpretativa e aplicativa que, de modo similar, é exigida para a qualificação das pessoas singulares como comerciantes à luz do art. 13º, 1º, do CCom., e subsequente convocação do regime e estatuto próprio do comerciante <sup>1394-1395</sup> –, não é de julgar que a mera actuação como administrador desprovido de uma nomeação regular e formalmente legítima tenha consequências e mobilize o regime que é próprio da relação administrativa; estaremos então perante um terceiro, mero *extraneus* em relação à sociedade e à sua estrutura organizatória e funcional, cujo comportamento

---

<sup>1390</sup> Sobre esta necessidade ou inevitabilidade, v. JEAN-LOUIS RIVES-LANGE, pág. 42, PETER FORSTMOSER, “Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht”, *loc. cit.*, págs. 134 (“circunstâncias reais”); JOSÉ EMBID IRUJO, *últ. est. e loc. cits.* – chamando-lhe “circunstâncias de facto” que são os “elementos caracterizadores da figura” –, LAURENT LEVENEUR, pág. 55 (focado no pressuposto da “actividade positiva de gestão”), NICCOLÒ ABRIANI/PAOLO MONTALENTI, pág. 587.

<sup>1391</sup> A tal elevação de que duvidava URSULA STEIN, *Das faktische Organ* cit., pág. 30, tendo em conta a falta de contornos seguros nos requisitos (ou limitações) da “posição” ou de “membro de órgão de facto” (*faktische Organstellung*) e nas contradições exibidas quanto às suas consequências jurídicas; confirma a rejeição em “Die Normadressaten...”, *loc. cit.*, pág. 216, uma vez que não haveria consenso sobre as exigências de actuação externa nem sobre o círculo de pessoas abrangidas, que permitisse uma “base fiável” para aplicação geral das normas ao administrador de facto.

<sup>1392</sup> Já o sublinhei em “Responsabilidade civil societária dos administradores de facto”, n. (4) – pág. 29. Fui seguido por RUI PEREIRA DIAS, *Responsabilidade por exercício de influência...* cit., pág. 131 – “verificação das notas definidoras da qualidade de *administrador de facto*” – e ELISABETE RAMOS, *O seguro de responsabilidade civil...* cit., pág. 152 – “contornos/limites do próprio conceito”.

<sup>1393</sup> Para um crítico do desenvolvimento da *Rechtsfigur* do administrador de facto no direito alemão, como é MARC DINKHOFF – refiro-me ao expandido fundamentalmente a pág. 108 –, é neste horizonte de qualificação que se encontra um dos seus principais deméritos, ou seja, a exigência de pressupostos “elevados” e a impossibilidade de incluir pessoas que executam tarefas de direcção (por ex., ainda que esporadicamente ou sem influência decisiva ou permanente sobre os administradores de direito).

<sup>1394</sup> A propósito deste estatuto, v. COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, volume I cit., págs. 95-96 e, desenvolvidamente, 154 e ss.

<sup>1395</sup> Neste sentido, para o direito espanhol (art. 1, 1º, CComEsp.), NURIA LATORRE CHINER, *últ. ob. cit.*, págs. 66-67 (com ênfase no pressuposto da “profissionalidade” ou “habitualidade”), JOSÉ EMBID IRUJO, *últ. est. e loc. cits.*; para o direito francês, DANIEL TRICOT, pág. 27.

Sobre os requisitos (explícitos e implícitos) do art. 13º, 1º, do CCom., v. uma vez mais COUTINHO DE ABREU, *últ. ob. cit.*, págs. 97 e ss, em esp. (para aquele requisito) pág. 102.

não observou, para além da inexistência de título, os requisitos necessários para a génese da *situação fáctica juridicamente relevante* <sup>1396</sup>.

A observância desses requisitos tem, portanto, um alcance fundamental. O administrador de facto começa por ser tão-só (e intrinsecamente) administrador *irregular e ilegítimo sob o ponto de vista formal* <sup>1397</sup> – de certo modo, o administrador de facto nasce como um conceito *caótico e desordenado* <sup>1398</sup>. Porém, ao actuar sob o ponto de vista *material* no *hemisfério da administração*, a sua acção merecerá a atenção *jurídica* das disciplinas legais que contendam com essa conduta. Todavia, em síntese, só a cumulação desses requisitos – enunciados em nome de variáveis como a *qualidade* e a *quantidade* da gestão – *origina*, perante o reconhecimento da posição *societária* do sujeito no âmbito da gestão social <sup>1399</sup>, a *condição jurídica de administrador e o reconhecimento da valência societária da actividade que realize*.

Logo, concludo que são esses requisitos os responsáveis pela *legitimação* em face do direito do sujeito ferido de *ilegitimidade originária ou superveniente*, que proporcionam a *inclusão do sujeito na categoria de administrador e a recepção (mesmo que parcial) da sua actividade na esfera da sociedade* sem o recurso a uma exegese incerta ou inseguramente diversificada <sup>1400</sup>;

são esses requisitos que permitem superar o administrador de facto como mera “contra-figura” do administrador de direito e consolidar a sua equiparação *tendencial* a esse mesmo administrador de direito <sup>1401</sup>, que se estabilize em sentido contrário à alegação da figura como fruto de meros automatismos aplicativos de fórmulas mais ou menos estereotipadas e desprovidas de exame crítico;

---

<sup>1396</sup>Não é assim, porém, para os administradores de facto que são *interiorizados ou admitidos na lei* – aqui dispensa-se esse exercício prévio de identificação do administrador de facto juridicamente relevante aquando da convocação da disciplina jurídica aplicável ao caso concreto.

<sup>1397</sup> V. *supra*, Parte I, ponto 2.

<sup>1398</sup> E, portanto, de certo modo inverosímil na sociedade anónima de grandes dimensões, nomeadamente se cotada em “bolsa”: para o direito suíço, PIERRE-OLIVIER GEHRIGER, págs. 49 e ss.

<sup>1399</sup> JOSÉ EMBID IRUJO, “La responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, pág. 2400.

<sup>1400</sup> A este propósito, v. FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, págs. 141-142, JOSÉ EMBID IRUJO, “La responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, pág. 2402: “[...] as notas caracterizadoras [os requisitos anunciados] (...) visam aproximar o administrador de facto das linhas mestras do regime geral dos administradores [...]”.

<sup>1401</sup> JOSÉ EMBID IRUJO, *últ. est. e loc. cits.* Adversos à equivalência entre as duas espécies de administrador por força da verificação dos critérios de identificação do administrador de facto, pois valorizam a valência instrumental-aplicativa em detrimento do seu relevo “ontológico”, v. NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., págs. 210-211, 266, PAOLO MONTALENTI/NICCOLÒ ABRIANI, pág. 591.

é a verificação cumulativa de todos esses requisitos que cumpre *o mesmo papel* de uma designação válida e eficaz para o administrador de direito e ao do conseqüente título e posição orgânica para administrar a sociedade <sup>1402</sup>;

é esse percurso(-processo) de requisitos que permite desenhar uma espécie de “*método tipológico*” de qualificação, revelado pela sindicacão dos elementos *essencialmente caracterizadores* do “*tipo real normativo*” de administrador<sup>1403</sup>– de tal modo que se enquadrará ou não a relação estabelecida pelo *potencial administrador de facto* na *relacão predisposta tipicamente pela lei* – e assistido pela identificacão de *factores susceptíveis de revelar aquela posicão ou estado de administracão de facto* (falaremos aqui de um “*método indiciário*” na busca de uma actividade típica e positiva de gestão, enquanto requisito primeiro da subsistência do administrador de facto) <sup>1404</sup>;

---

<sup>1402</sup> Numa perspectiva aparentemente análoga, JOSÉ LUIZ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., págs. 37, para quem a observância dos requisitos positivos de administracão de facto produz a “coincidência” com as funções atribuídas ao administrador de direito (e 135, onde afirma que a relacão jurídica entre administrador e sociedade pode surgir *de facto* sem que o impeça a ausência do acto de designacão), e MIRIAM LOZANO SAIGÍ, pág. 1060, Autora que entende que os “requisitos materiais” necessários para que um sujeito seja considerado administrador de facto logram que o administrador de direito e o de facto sejam “figuras coincidentes”, que se diferenciam pela falta de um título formal para o efeito no caso do administrador de facto (e, em conseqüência, a falta de publicidade registal de tal designacão).

Contra este “esforço duvidoso de uma substituição das características jurídicas do acto de nomeacão” previsto na lei – inerente à *fuga* para a construçã de um “instituto jurídico”, ROBERT WEIMAR, “Grundprobleme und offene Fragen... (I)”, *loc. cit.*, pág. 477.

<sup>1403</sup> Designacão de KARL LARENZ, *Metodologia da ciência do direito* cit., págs. 260 e ss, 566-567, para o “tipo de totalidade ou de configuracão” (de que a lei se serve para “a caracterizacão de um grupo de pessoas, atendendo a um papel social que se subtrai a uma fixacão conceptual”), acrescido de um “tipo empírico” obtido a partir da experiênci, que se delimita, no entanto, pelo “escopo da norma e pelas ideias jurídicas que estã por detrás da regulacão” e se coordena em concreto pela junçã de “elementos empíricos” e “normativos”.

<sup>1404</sup> Na Alemanha, HOLGER FLEISCHER, “Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit...”, *loc. cit.*, pág. 525, parece ir buscar inspiracão às “características singulares” do *Typusbegriff* para ensaiar a qualificacão do administrador de facto (no caso, o que actuasse ocultamente). É nesta vereda que se colocou igualmente MARKUS GEISLER, pág. 1110, quando enaltece a identificacão da índole e envergadura das funções correspondentes ao “modelo” ou “tipo legal” (*gesetzlich Vorbild*) de administrador. Em Itália, ALESSANDRA ROSSI VANNINI, “Una svolta...”, *loc. cit.*, pág. 211, nota que a adopçã da figura subjectiva do administrador de facto não deve preocupar desde que se construa enquanto “entidade” através do “mesmo procedimento interpretativo que consente, para além da singela formalizacão da nomeacão, enuclear o *tipo-administrador*”.

Sobre o “método tipológico” ou “processo tipológico” aplicado aos contratos, v. ORLANDO DE CARVALHO, *Critério e estrutura...* cit., n. (355) – págs. 658-659; OLIVEIRA ASCENSÃO, *A tipicidade dos direitos reais* cit., págs. 33 e ss (“Temos desde logo aquele mínimo que caracteriza o tipo em todas as suas manifestacões. A norma não se contentou com previsões ou determinacões gerais (...). Foi mais longe, modelou tipos: e os tipos determinam-se por referênci a um conceito que concretizam”); PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos atípicos*, 1995, *passim*, em esp. págs. 85 e ss; RUI PINTO DUARTE, *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, 2000, págs. 30 e ss, 79 e ss. Sobre a sua aplicacão ao contrato de trabalho em particular, nomeadamente para a articulacão com os “indícios” de subordinaçã jurídica (ainda que seja

serão esses requisitos que habilitam partir para a ponderação de um conceito *unitário e abrangente* de administrador de facto – e *transversal* aos vários sectores do ordenamento jurídico (direito da insolvência, penal, tributário, comercial, societário, administrativo, etc.) –, uma vez que, optando-se ou não por essa *reductio ad unum* em função de se responder positivamente ou não à satisfação do *núcleo de interesses tutelados por cada um desses sectores de positividade normativa*, a maior ou menor unidade será decorrente do *preenchimento de todos ou só alguns desses requisitos (logo, impossibilidade de unidade)* em cada um desses sectores (que podem inclusivamente demandar entre si outros e diferentes requisitos e erigir um conceito *sectorial e próprio* de administrador de facto, indiferente à qualificação *societária*<sup>1405</sup>).

---

diferenciado do “método indiciário”), v. PEDRO ROMANO MARTINEZ, “Trabalho subordinado e autónomo”, *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, volume I, 2001, págs. 287 e ss, SOUSA RIBEIRO, “As fronteiras juslaborais e a (falsa) presunção de laboralidade do art. 12º do Código do Trabalho”, *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais – Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, volume II, *Vária*, 2007, pág. 946, ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do trabalho*, Parte II cit., págs. 40-41, LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito do trabalho*, 2010, pág. 139. Na Alemanha, as investigações juslaborais não escamoteiam que o recurso ao método tipológico é uma manifestação conhecida por todo o direito civil, especialmente no que se refere ao campo da determinação das fronteiras entre os tipos contratuais: v. ALFRED SÖLLNER, “From status to contract’ Wandlungen in der Sinndeutung des Arbeitsrechts”, *Festschrift für Wolfgang Zöllner zum 70. Geburtstag*, Band II, 1998, págs. 957-958.

<sup>1405</sup> Um conceito, portanto, que em cada um desses sectores normativos fosse exigir mais ou menos ou diferente ao administrador de facto do que se exige ao administrador de facto jussocietariamente relevante para ser destinatário dos seus regimes – ou seja, um conceito que acabasse, por essa via, por restringir ou estender o âmbito subjectivo de aplicação das suas normas em relação ao conceito admitido no direito societário. Esta é claramente uma *questão em aberto* – excepção feita à manifesta comunicação entre o regime *societário* e o regime *insolvencial* aplicado às sociedades comerciais (v. *supra*, Parte I, 3.4.).

Na Alemanha, a doutrina apresenta muitas dúvidas ou rejeita mesmo um entendimento único de administrador de facto quando estejamos a definir o destinatário da norma penal tendo em conta os contributos do direito societário, em especial se tivermos que transportar as situações de actuação fáctica ao lado dos administradores de direito (ou condicionando os “testas-de-ferro”) ou (entre os requisitos da administração de facto) discutir a tolerância do órgão responsável pela nomeação como substitutiva da nomeação regular e o volume de tarefas empreendidas para adquirir a qualidade: URSULA STEIN, *Das faktische Organ* cit., págs. 131 e ss, ROBERT WEIMAR, “Grundprobleme und offene Fragen... (I)”, *loc. cit.*, pág. 476, ID., “Grundprobleme und offene Fragen um dem faktischen GmbH-Geschäftsführer (II)”, *GmbHR*, 1997, págs. 542-543 (que alega a heterogeneidade das áreas jurídicas abrangidas e dos seus interesses para uma modelação institucional ou dogmática rígida de administrador de facto); MARKUS GEIßLER, pág. 1109 (que realça os diferentes escopos do direito civil – equilibrar os direitos subjectivos privados – e do direito penal – a reivindicação estadual de uma pena em nome da prevenção geral e da defesa do ordenamento jurídico), mas sem deixar de sustentar (a págs. 1114) uma “definição conceitual” válida para o direito privado.

Em Itália, para a responsabilidade criminal societária dos administradores de facto (*ex art. 2639 do CCIt.*: cfr. *supra*, Parte I, ponto 3.3.), alguma doutrina (refiro-me a ANNA LISA MACCARRIA, pág. 221) dispensa o requisito da *autonomia decisória* (que será mais à frente exigido: ponto 11.2.), uma vez que, segundo essa concepção, essa opção limitaria a possibilidade de estender a responsabilidade somente aos casos em que o sujeito “de facto” se substituísse integralmente ao sujeito *pleno iure*, estranho à actividade concretamente realizada (mas não é necessariamente assim...). Porém, no confronto dessa responsabilidade com a responsabilidade civil societária e falencial, NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., págs. 250 e ss, patrocinou uma solução “coerente e homogénea” para o problema da responsabilidade pelo exercício de *poder ilegítimo*, assente num processo de “osmose e recíproca integração” dos âmbitos dos diferentes



Ainda mais.

A *natureza* e a *fisionomia* do exercício das funções e atribuições que se realizam pelo sujeito *oficiosamente* administrador é também o instrumento para chegarmos a uma condição jurídica adicional e distintiva *sempre que o sujeito apresente uma outra condição, qualificação ou denominação jurídica* (por ex., sócio, administrador de direito de outra sociedade, director geral, credor, procurador, consultor, trabalhador assalariado/subordinado, etc.). O traço da fronteira entre essas condições e o conceito de administrador social é muito delicado, pois a função administrativa é ambivalente e a prática dos negócios e da actividade e dimensão das sociedades descobrem uma consabida heterogeneidade – ou versatilidade – de

---

ordenamentos através da identidade dos critérios de identificação *funcional* da categoria dos administradores de facto e da tendencial simetria do esquema estrutural de imputação de responsabilidades.

Em Espanha, a construção geral de um conceito de administrador de facto esbarraria também nos diferentes âmbitos, princípios e interesses de cada uma das sedes normativas de localização – JAVIER JUSTE MENCÍA, “En torno a la aplicación...”, *loc. cit.*, págs. 453-454, e ALONSO UREBA, “La responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, págs. 284-285, exemplificam com a responsabilidade “administrativa” prevista no art. 95 da LVME, em que os interesses públicos sancionatórios e toda uma série de garantias específicas conferem um quadro diferente; JOSÉ EMBID IRUJO, “La responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, pág. 2395, assinala, entre o ramo civil e o ramo penal, a inevitabilidade de se chegar a conceitos distintos em função do sector do ordenamento jurídico que se considere, com as consequências lógicas de “heterogeneidade e confusão” de uma mesma figura. Mas começa a ver-se a maioria dos Autores a colocarem-se a favor da unidade da figura (nomeadamente nos domínios da responsabilidade civil e penal) e da respectiva condição, atentos os valores da segurança jurídica e a incomodidade de distorções produzidas na unidade do ordenamento: JOSÉ LUIS DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* *cit.*, págs. 141-142, NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* *cit.*, págs. 146 e ss, ID., “El concepto de administrador de hecho...”, *loc. cit.*, pág. 876 – aqui referindo a *vis atractiva* do conceito mercantil-societário de administrador de facto sobre os outros ramos do direito que regulam a responsabilidade dos administradores –, MARÍA JOSÉ VERDÚ CAÑETE, págs. 126-127, MANUEL DÍAZ MARTÍNEZ, pág. 1016, ESTEBAN ASTARLOA, “Por fin un concepto unívoco de «administrador de hecho» en derecho penal y derecho societario?”, *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, Homenaje ao profesor D. Juan Luis Iglesias Prada, 2011, pág. 63 e ss, em esp. 67 (considerando as pronúncias judiciais dos últimos anos).

Esta foi uma matéria salientemente erguida no direito francês: a noção de administrador de facto apresentaria um *carácter preciso e unitário* (no direito comercial, no direito penal e no direito fiscal) – sob pena de contradições de julgados – e, ainda mais pormenorizadamente, uma *noção geral* do direito da responsabilidade: GÉRARD NOTTÉ, *Les dirigeants de fait...* *cit.*, págs. 43 e ss, em esp. 45-46 (pois também o mesmo não se tolera para os administradores de direito), ID., “La notion de dirigeant de fait...”, *loc. cit.*, pág. 77; YVES REINHARD/E. JOLY-SIBUET, pág. 90; CLAUDE CHAMPAUD/DIDIER DANET, “Dirigeant de fait. Définition”, *loc. cit.*, pág. 818, LAURENT LEVENEUR, págs. 49 e ss, em esp. 52. Mas não há consenso: desfavoráveis à existência de critérios idênticos nos diferentes ramos do direito, v. JEAN-LOUIS RIVES-LANGE, pág. 41, JEAN-PIERRE SORTAIS, “Note Cour d’Appel de Paris (3<sup>e</sup>Ch., sect. A), 20 février 1978”, *loc. cit.*, págs. 130-131, JACQUES DUPICHOT, pág. 159.

Entre nós, JOÃO SANTOS CABRAL, págs. 285 e ss, 290-291, patrocina a aplicação ao direito fiscal do conceito de administrador de facto recortado no direito comercial-societário (págs. 275 e ss), tendo por base o art. 11<sup>o</sup>, n.º 2, da LGT, a não ser no que respeita à necessidade do exercício de uma “actividade” recorrente e est de administração (e à irrelevância de actos isolados, ponderáveis no direito societário) induzida pela formulação do art. 24<sup>o</sup> da mesma LGT.

situações <sup>1406</sup>. De todo o modo, como frisa a doutrina francesa, não basta essa outra condição – e as suas circunstâncias ou outras *circunstâncias e situações que favorecem a administração de facto* <sup>1407</sup>–, mesmo que vista como *situação fenomenológica potencialmente típica de administração de facto*, para qualificar *por si só* o respectivo titular como administrador de facto <sup>1408</sup>. Por outras palavras, arriscaríamos a introdução do conceito de administrador de 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*) <sup>1409</sup>. Ou, sob um outro prisma, alcançaríamos a

---

<sup>1406</sup> CLAUDE CHAMPAUD/DIDIER DANET, “Sociétés et autres groupements. Dirigeant de fait – Versailles, 8 févr. 1994 (15<sup>e</sup> ch.)”, *loc. cit.*, pág. 280, ALFRED DIERLAMM, pág. 154.

<sup>1407</sup> DANIEL TRICOT, pág. 28, que as exemplifica com as ligações familiares com um administrador de direito, a identidade da sede social com o domicílio do administrador de facto (no mesmo sentido: JEAN-JACQUES DAIGRE, “Faillite personnelle d’un dirigeant de fait”, *JCP*, Éd. Générale, 1998, pág. 763) ou a pertença a um grupo de sociedades.

<sup>1408</sup> Isto é, ver em algumas dessas outras condições uma espécie de presunção de administração de facto – *rectius*, a presunção de ingerência na administração. V. DOMINIQUE RANDOUX, “Note Cour de Cassation (Ch. com.), 25 octobre 1977”, *Rev. Soc.*, 1978, Jurisprudence, pág. 296, JEAN-PIERRE SORTAIS, “Note Cour d’Appel de Paris (3<sup>e</sup>Ch., sect. A), 20 février 1978”, *loc. cit.*, pág. 131, PAUL LE CANNU, “Note – Associé gérant de fait. Contrat de travail. AGS. Subordination”, *Rev. Soc.*, 1981, pág. 768, CLAUDE CHAMPAUD/DIDIER DANET, “Sociétés et autres groupements. Dirigeant social. Notion, Dirigeant de fait, Portage du contrôle de la société, Circonstance insuffisante – Versailles 20 juin 1991”, *Rev. trim. dr. comm.*, 1992, págs. 817-818, ID., “Sociétés et autres groupements. Sociétés en général. Dirigeants sociaux. Éviction judiciaire nécessitée par la survie de l’entreprise sociétaire, article 621-59 du code de commerce (art. 29, L. du 29 janv. 1985). Application à un groupe d’actionnaires majoritaires non dirigeants de droit ou de fait. Fondement de l’extension. Droit économique. Justice expertale”, *Rev. trim. dr. comm.*, 2004, pág. 95, YVES GUYON, “Sommaires de Jurisprudence. SARL. Associé. Dirigeant de fait (non)”, *loc. cit.*, pág. 596, DANIEL TRICOT, pág. 28 (incluindo a qualidade de sócio no conjunto de *situações que favorecem uma administração de facto*, ainda que não a demonstrem: cfr. *supra*, n. 1407), MAURICE COZIAN/ALAIN VIANDIER/FLORENCE DEBOISSY, pág. 131 (igualmente para o sócio com posição maioritária). De todo o modo – e este é o ponto –, a existência em concreto de uma situação pertencente a essas constelações típicas deve servir como sinal de alerta e implicará uma exigência acrescida de averiguação da prática de actos de gestão: neste sentido, em censura à pronúncia da **Cour de Cassation de 24 de Abril de 1981** (*Delmotte ès-qual. c. Fonterne et autres*, in *Rev. Soc.*, 1981, Jurisprudence, págs. 637-638), ADRIENNE HONORAT, “Note Cour de Cassation (Ch. Com.), 24 avril 1981”, *loc. cit.*, pág. 639.

<sup>1409</sup> Assim, GÉRARD NOTTÉ, *Les dirigeants de fait...* cit., pág. 115 (no seguimento da compreensão de uma situação de facto “latente”, que é avançada a pág. 2); NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., pág. 78; JOSÉ LUIS DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., pág. 79; JOSÉ EMBID IRUJO, “El buen gobierno corporativo...”, *loc. cit.*, págs. 975-976 (que apela à “realidade das coisas” e a um apuramento “caso a caso”, sem consubstanciar, na hipótese das sociedades dominantes e dos seus administradores, uma “responsabilidade automática”); ALONSO UREBA/JUANA PULGAR EZQUERRA, pág. 29 (igualmente para a refutação de uma condição directa e automática de administração de facto em face da simples existência de um grupo de sociedades); MARINA SPIOTTA, “Fallimento, amministratore di fatto...” *loc. cit.*, pág. 982.

No mesmo sentido de impedir que pessoas possam ser vistas como “órgão” pela simples circunstância de exercerem uma influência significativa sobre os negócios da sociedade (como um “*Prokurist*” – cfr. §§ 48 e ss do HGB – ou um sócio maioritário), v., para a Alemanha, NORBERT REICH, pág. 1663; no mesmo sentido, PETER FORSTMOSER, “Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht”, *loc. cit.*, págs. 142 – considera insuficiente a posição de órgão material (*per se*)

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 <sup>1410</sup>. 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 –, em particular através do exercício de uma “actividade empresarial” no seio da sociedade<sup>1411</sup>. O mesmo, aliás, se deve realçar, em tese, para todas as restantes hipóteses *sociologicamente* ou *juridicamente típicas* de administração de facto, que, por si só, não consentem que se postule uma sujeição automática do agente extra-organico ao elenco de direitos e obrigações legais que atingem os titulares do órgão institucional de gestão <sup>1412</sup>. Ora serão 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.

E, *last but not least*, é essa sua nova *qualidade* que nos proporciona a exegese a jusante: a de *verificar os direitos e as obrigações que se chamam à sua esfera*, uma vez *adquirida a condição de administrador*.

Posto isto, requisito prodrómico dos restantes é, como já vimos, que não se muna o sujeito de um título administrativo em vigor e gerado por uma nomeação válida e eficaz – pressuposto *negativo* <sup>1413</sup>. Os demais requisitos (que de imediato

---

para quem evidencia a simples possibilidade de exercício de influência (*Möglichkeit der Einflussnahme*), mesmo que legalmente fundada, ou quem pede informações sobre a vida da sociedade –, 144.

<sup>1410</sup> Esta mesma conclusão infere-se da noção de administrador de facto avançada por COUTINHO DE ABREU/ELISABETE RAMOS, pág. 43 (= COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., pág. 101), no segmento em que se precisa o exercício de funções próprias de administrador de direito “sem título bastante” (v. ainda, respectivamente, as págs. 40-41 e 99-100, para o “administrador de facto oculto sob outro título”).

<sup>1411</sup> NATHALIE DEDESSUS-LE-MOUSTIER, pág. 507.

<sup>1412</sup> Neste sentido, em Itália, NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., págs. 74-75.

<sup>1413</sup> Neste sentido, LAURENT LEVENEUR, pág. 52, NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., pág. 224, ANTONIO PERDICES HUETOS, pág. 281.

A doutrina sustenta até que a *ausência de nomeação válida e conservadora de efeitos* constitui o elemento determinante da qualificação de administrador de facto, pois é aqui que ele se distancia na origem do administrador de direito (NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., págs. 81-82, 150, ID., “El concepto de administrador de hecho...”, *loc. cit.*, págs. 865, 873) – a falta de “cobertura formal” que a nomeação proporciona (por falta dos requisitos legais ou estatutários estabelecidos para a designação, pela cessação da vigência da nomeação, por inexistência da designação) remete, no seu conjunto de hipóteses, para as “causas formais” que outorgam ao gestor a sua condição de facto. Também é neste ponto que surge o pretexto para clarificar que a condição de administrador de direito e de administrador de facto de uma

desenvolverei) são pressupostos intrinsecamente *positivos* – não se prestam a uma dissecação unívoca, mas assentam, de acordo com os melhores ensinamentos doutrinários e a casuística estrangeiros, na *positividade*, na *tipicidade*, na *ausência de subordinação*, na *sistematicidade* (em regra) e na *aceitação* da actividade gestória.<sup>1414</sup>

### **11.1. Actuação típica e positiva de administração**

#### **11.1.1. Requisito funcional e qualitativo de base**

Para que os sujeitos, caracterizados pela falta, pela irregularidade ou pela cessação de efeitos da investidura formal como titular do órgão de administração e representação, se possam candidatar ao estatuto de administradores de facto, é imprescindível que a sua acção se acomode à *prática de actos próprios e típicos do desempenho das funções específicas de administração* – neste sentido, como salientaram PAUL DAVIES e HOLGER FLEISCHER, o primeiro dos passos é verdadeiramente um teste ou balizamento *funcional*<sup>1415</sup>. Logo, como assumimos em vários dos casos fenomenológicos de possível administração de facto, o critério de base que auxilia positivamente à qualificação de um administrador tem uma valência *qualitativa*, na identificação dos poderes e dos actos em concretos assumidos e realizados pelo sujeito<sup>1416</sup> – mais do que perceber *o que o sujeito possa fazer*, trata-se de apreender *o que o sujeito realmente fez*<sup>1417</sup>; trata-se de captar *o facto substancial*

---

sociedade pode dar-se sucessivamente num mesmo sujeito, mas não simultaneamente, uma vez que são incompatíveis entre si: DANIEL TRICOT, pág. 24, e JAKUES MESTRE/DOMINIQUE VELARDOCCHIO, pág. 268 (em apoio da decisão do **Tribunal de Paris de 10 de Março de 1992**: in *JCP*, Éd. Générale, 1992, IV – Tableaux de Jurisprudence, pág. 2003), JOSÉ LUIZ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., pág. 37 (daí os textos legais se referirem a tais condições de forma *disjuntiva*: a este propósito, em crítica à formulação *conjuntiva* do art. 82º, n.º 2, al. a), do CIRE, v. entre nós COUTINHO DE ABREU/ELISABETE RAMOS, n. (77) – pág. 45).

Sobre as particularidades da actuação do administrador nomeado por deliberação inválida, v. *supra*, ponto 9.

<sup>1414</sup> NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., pág. 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 actuação 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” (cfr. n. anterior), desde logo porque “as irregularidades na designação carecerão de relevância se não se acompanham pela gestão efectiva da sociedade”.

<sup>1415</sup> PAUL DAVIES, *Gower and Davies’ principles...* cit., pág. 379; HOLGER FLEISCHER, “Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit...”, pág. 524 (*funktionelle Abgrenzung*).

<sup>1416</sup> NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., págs. 226-227.

<sup>1417</sup> É uma fórmula difundida no direito espanhol: NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., pág. 64, JOSÉ EMBID IRUJO, “La responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, págs. 2397, 2403 (a abordagem mais conveniente sob o ponto de vista da hermenêutica legal), MÓNICA FUENTES

da *gestão*, enquanto condição suficiente, mas necessária, para integrar o administrador de facto no quadro normativo do administrador <sup>1418</sup>; trata-se, como critério *central* de demarcação (*zentrale Abgrenzungskriterium*), de saber se o sujeito “age como ou na qualidade de um administrador” <sup>1419</sup>; cura-se de apreender se a pessoa se assumiu como o titular dessa função (*Funktionsträger* <sup>1420</sup>) e se inseriu como executor de funções típicas numa certa “estrutura organizatória” (*organisatorisches Gefüge*) <sup>1421</sup>.

A geração da relação administrativa de facto *juridicamente relevante* não é impedida pela falta de competência para a realização desses actos. O administrador de facto surge naturalmente no domínio da ilegitimidade e da irregularidade, da violação da regra e do postulado legais – equivale a uma situação, por natureza, irregular <sup>1422</sup>. Ainda que essa falta – ou impossibilidade de princípio – para realizar determinadas funções (legais e/ou estatutárias) subsista, a *realização efectiva* de algumas delas é, ainda que em contrariedade à regra e ao postulado, o pressuposto *de base* para o estatuto e a disciplina do administrador de facto, independentemente, repito, de ter ou não ter competência para as realizar. <sup>1423</sup> Para este efeito, é

---

NAHARRO, pág. 269 (“o administrador fáctico responde não tanto pelo que é formalmente, mas pelo efectivamente fez”: a *ratio legis* subjacente ao “instituto”).

<sup>1418</sup> MICHELLE MOZARELLI, pág. 572.

<sup>1419</sup> Nas palavras sumarentas de GÜNTER ROTH, pág. 425: “... *als* oder *wie* ein Geschäftsführer agiert”. Outras bem expressivas são de PETER FORSTOMOSER, “Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht”, *loc. cit.*, pág. 148: “... *so tun, wie wenn er Organ wäre*”.

<sup>1420</sup> Na denominação de PETER FORSTOMOSER, “Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht”, *loc. cit.*, pág. 126, para o seu primeiro significado de “órgão” da sociedade.

<sup>1421</sup> HOLGER FLEISCHER, *últ. est. e loc. cits.*

<sup>1422</sup> GEORGES VIRASSAMY, pág. 310 (“A ingerência aparece assim como a violação de uma obrigação de abstenção ou de respeito pela independência necessária de outrem ou como a inobservância de uma repartição legal ou contratual de poderes”); YVES REINHARD/ISABELLE BON-GARCIN, pág. 54; NATHALIE DEDESSUS-LE-MOUSTIER, pág. 501; CLAUDE CHAMPAUD/DIDIER DANET, “Sociétés et autres groupements. Dirigeant de fait – CA Versailles, 15<sup>e</sup> ch. soc., 16 oct. 1997; Com. 14 oct. 1997”, *Rev. trim. dr. comm.*, 1998, pág. 164, ID., “Sociétés et autres groupements. Dirigeant de fait. Définition – CA Versailles, 13<sup>e</sup> ch., 6 avr. 1998”, *loc. cit.*, pág. 861 – que se referem aos “defraudadores” [*tricheurs*] que exercem a administração de forma indevida ou oculta, “sem assumir ao mesmo tempo o risco económico que é a necessária contrapartida do poder empresarial” (antes, dos mesmos Autores, “Sociétés et autres groupements. Gérant de SARL. Article 52 de la loi du 24 juillet 1966. Gérant de fait...”, *loc. cit.*, pág. 396); NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., pág. 222, 275 (o Autor fala mesmo de uma “«constitucional» ilegitimidade da sua posição”).

<sup>1423</sup> Ponto deveras sublinhado, sentenciosamente, por NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., págs. 64-65 – “a doutrina do administrador de facto e a determinação de quando nos encontramos perante um sujeito de tal condição tem de situar-se num momento final, *a posteriori*, uma vez concluído o aspecto funcional”.

irrelevante essa ilegitimidade e a causa dessa ilegitimidade; o que importa é que se *actue sem essa legitimidade* <sup>1424</sup>.

Ao invés do administrador de direito, a falta de uma designação e da aceitação típicas faz com que a qualificação do administrador de facto necessite de uma participação efectiva e verdadeira na administração: para o que interessa, uma *actividade positiva e real* de gestão, como foi apontado por JEAN-LOUIS RIVES-LANGE. No caso de inactividade, silêncio ou abstenção, a omissão de manifestações externas de gestão (ainda que com relevo meramente interno, não representativo) interdita a administração fáctica relevante <sup>1425</sup>, <sup>1426</sup>

<sup>1424</sup> ANTONIO PERDICES HUETOS, pág. 281.

<sup>1425</sup> Já a omissão pode ser relevante *depois de qualificado o sujeito como administrador de facto*: v. g., para determinar uma responsabilidade por comportamento omissivo (neste sentido, para o direito helvético: PETER FORSTMOSER, “Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht”, *loc. cit.*, pág. 137) ou para decidir a aplicação de um dever do catálogo administrativo que, em princípio, não seria exigível ao administrador de facto legitimado.

<sup>1426</sup> Este é o núcleo do edifício dogmático e jurisprudencial francês da “administração de facto”, enquanto buscou, as mais das vezes, o “véritable maître de l’entreprise” ou “maître de l’affaire” responsável pela “insuficiência do activo” social no âmbito dos processos falenciais de “recuperação ou liquidação judiciais” de empresas/sociedades (isto é, no seio da designada *action en comblement du passif social*: actual art. L. 624-3 do CComFr; v. *supra*, n. 222).

V., pioneiramente e *caput scholae*, JEAN-LOUIS RIVES-LANGE, pág. 42, e, depois (mesmo que sob a fórmula de “ingerência nas funções” administrativas), FERNAND DERRIDA, “Jurisprudence en matière de faillites – Colmar, 1<sup>re</sup> ch., 13 janvier 1976”, *Rec. Dalloz*, 1977, Informations Rapides, pág. 54, ADRIENNE HONORAT, “Note Cour de Cassation (Ch. Com.), 2 mai 1977”, *Rev. Soc.*, 1977, Jurisprudence, pág. 738, GÉRARD NOTTÉ, *Les dirigeants de fait...* cit., págs. 107 e ss (com jurisprudência), ID., “La notion de dirigeant de fait...”, *loc. cit.*, pág. 77, JEAN-PIERRE SORTAIS, “Note Cour d’Appel de Paris (3<sup>e</sup>Ch., sect. A), 20 février 1978”, *loc. cit.*, págs. 128, 132, JEAN STOUFFLET, “Cour d’Appel de Nancy, 15 décembre 1977 – Observations”, *loc. cit.*, pág. 18912/6-7, BERNARD BOULOC, “Note Cour de Cassation (Ch. crim.), 6 octobre 1980 et 8 décembre 1980”, *Rev. Soc.*, 1981, pág. 356, JEAN MARIE MACQUERON, págs. 163-164, 168-169, PHILIPPE MERLE, “Règlement judiciaire, liquidation des biens, faillite personnelle...”, *loc. cit.*, pág. 466, LAURENT LEVENEUR, págs. 53-54, JACQUES DUPICHOT, pág. 157, JEAN-JACQUES DAIGRE, “Note Cass. com., 6 octobre 1992...”, *loc. cit.*, pág. 1289, GEORGES VIRASSAMY, pág. 310, CLAUDE CHAMPAUD/DIDIER DANET, “Sociétés et autres groupements. Dirigeant de fait. Contrat de travail...”, *loc. cit.*, pág. 281, DANIEL TRICOT, págs. 24, 27 (a “actividade positiva” como um dos critérios *necessários* para adquirir a qualidade de administrador de facto), YVES GUYON, “Sommaires de Jurisprudence. Sociétés en général. Dirigeant. Dirigeant de fait. Notion”, *Rev. Soc.*, 1995, pág. 772, ID., “Sommaires de Jurisprudence. Sociétés en général. Dirigeant. Dirigeant de fait. Notion. Délégation de signature”, *Rev. Soc.*, 1997, pág. 392, ID., *Droit des affaires*, Tome 2, *Entreprises en difficultés. Redressement judiciaire – Faillite*, 1999, PHILIPPE PÉTEL, *Procédures collectives*, 1996, pág. 206, CORINNE SAINT-ALARY-HOUIN, pág. 639, YVES CHAPUT, “Société en difficulté...”, *loc. cit.*, pág. 9, ID., “Notion de dirigeant de fait – Note Cour d’Appel Aix-en Provence, ch. 8, 23 nov. 1995; Cass. Com., 8 oct. 1996”, *Dr. Sociétés*, 1996, pág. 15, CLAUDE CHAMPAUD/DIDIER DANET, “Sociétés et autres groupements. Dirigeant de fait – CA Versailles, 15<sup>e</sup> ch. soc., 16 oct. 1997; Com. 14 oct. 1997”, *loc. cit.*, pág. 164, ID., “Sociétés et autres groupements. Dirigeants sociaux – Com. 20 janv. 1998”, *loc. cit.*, pág. 358, ID., “Sociétés et autres groupements. Dirigeant de fait. Définition – CA Versailles, 13<sup>e</sup> ch., 6 avr. 1998”, *loc. cit.*, pág. 861, YVES REINHARD/ISABELLE BON-GARCIN, pág. 54, NATHALIE DEDESSUS-LE-MOUSTIER, págs. 501-502, 504-506, MICHEL JEANTIN/PAUL LE CANNU, pág. 568, JEAN-PIERRE RÉMERY, pág. 945, JACQUES MESTRE/DOMINIQUE VELARDOCCIO, pág. 266, MARIE-JEANNE CAMPANA, págs. 39, 41, HARITINI MATSOPOULOU, pág. 199, DIDIER PORACCHIA, págs. 406-407, ALAIN LIENHARD, “Une banque peut être administrateur de fait...”, *loc. cit.*, pág. 1892, FRANÇOIS-XAVIER LUCAS, “La neutralisation des dirigeants

Frise-se que isso não representa a inaptidão de ao administrador de facto ser imputada uma omissão indevida no cumprimento de um dever que lhe seja exigível,

d'une société soumise à une procédure collective ne peut viser des membres du conseil de surveillance d'une société anonyme que s'ils se sont comportés comme des dirigeants de fait – Note sous Cour de cassation (com.) 12 juillet 2005”, *Rev. Soc.*, 2006, págs. 171-172; DOMINIQUE VIDAL, págs. 208, 209; MAURICE COZIAN/ALAIN VIANDIER/FLORENCE DEBOISSY, pág. 131; ALAIN LIENHARD, *Procédures collectives* cit., pág. 472. Para amostra tão-só de alguns arestos significativos e comumente aludidos no que toca ao *standard* jurisprudencial (para além de uma panóplia de outros mencionados pelos Autores), **Cour d’Appel de Paris de 8 de Julho de 1975** (in *Rev. Soc.*, 1976, Jurisprudence, pág. 114, ss), **Tribunal de Colmar, 16 de Janeiro de 1976** (in *Rec. Dalloz*, 1976, Informations Rapides, pág. 54), **Cour de Cassation de 2 Maio de 1977** (in *Rev. Soc.*, 1977, Jurisprudence, pág. 736 e s.), **Cour d’Appel de Nancy de 15 de Dezembro de 1977** (in *JCP*, 1978, Jurisprudence, pág. 18912/1 e ss), **Cour d’Appel de Paris de 17 de Março de 1978** (in *Rec. Dalloz*, 1978, Informations Rapides, pág. 420), **Cour d’Appel de Paris de 3 de Junho de 1981**, **Cour d’Appel de Paris de 11 de Junho de 1987** (in *Bull. Joly*, 1987, pág. 719), **Cour de Cassation de 9 de Novembro de 1993** (in *Rev. Soc.*, 1994, Jurisprudence Commentée, pág. 321, ss), **Cour de Cassation de 6 de Janeiro de 1998** (in *JCP*, Éd. Générale, 1998, 18, pág. 762), **Cour de Cassation de 12 de Julho de 2005** (in *Rec. Dalloz*, Cahier Droit des Affaires, 2005, 30, pág. 2071), **Cour de Cassation de 2 de Novembro de 2005** (cit. a n. 596), **Cour de Cassation de 27 de Junho de 2006** (cit. a n. 677).

Alguma doutrina francesa não deixa de notar uma ou outra flutuação neste critério de qualificação (actividade positiva de administração); seria o caso da decisão da **Cour de Cassation de 26 de Junho de 2001** – *Roman c/Chavanne de Dalmassy ès qualités* –, que fez uso da demonstração (menos exigente) de uma actividade “de administração geral de uma pessoa colectiva”: v. FRANÇOIS-XAVIER LUCAS, “Responsabilité bancaire...”, *loc. cit.*, pág. 272 e n. 9. E, mais recentemente, para normativos que aspiram à “neutralização” dos administradores de facto (em vez da aplicação de uma sanção) – como o art. L 621-59 do CComFr, que, em nome da “sobrevivência” da empresa (social), permite a subordinação do “plano de recuperação judicial” à inalienabilidade de participações sociais com direito de voto detidos por administradores de direito ou de facto, à retirada desse direito de voto em favor de um mandatário judicial *ad hoc* ou à cessão forçada de tais participações –, sugere-se que a noção de tais administradores se aprecie pelo prisma do exercício de um “poder capitalístico” em detrimento do prisma “clássico” do acto positivo de direcção: ALAIN LIENHARD, “Observations – Cour de Cassation, com. 12 juill. 2005”, *Rec. Dalloz*, Cahier Droit des Affaires, 2005, pág. 2071.

A doutrina espanhola enfatiza o requisito trabalhado pelos franceses e a improcedência de um comportamento omissivo: ANTONIO PERDICES HUETOS, pág. 280, JOSÉ LUIZ DÍAZ ECHEGARAY, págs. 38, 39-40 (trata-se de um “criterio de equivalência da função”), 188, NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., pág. 66, ID., “El concepto...”, *loc. cit.*, págs. 868-869, JOSÉ EMBID IRUJO, “La responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, pág. 2398, FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, “Ámbito subjectivo de la responsabilidad”, *loc. cit.*, pág. 62, MIRIAM LOZANO SAIGÍ, pág. 1060, MÓNICA FUENTES NAHARRO, págs. 270 e ss, MANUEL DÍAZ MARTÍNEZ, pág. 1021. Em Itália, a mais clara que encontrei (no meio de referências implícitas dos Autores) é MARINA SPIOTTA, “Fallimento, amministratore di fatto...”, *loc. cit.*, pág. 980; mas também, no domínio criminal, ALBERTO CRESPI, págs. 609-610. Assim também na Bélgica, para a determinação do âmbito subjectivo dos arts. 265, 1.<sup>a</sup> frase, e 530, 1.<sup>a</sup> frase, do CSBelg.: J.-L. GASPARD/ANNE DE SMETH, “La notion de gérant de fait”, *Journ. Tribunaux*, 1984, pág. 645.

Na Alemanha, o trabalho de dogmatização da figura do administrador ou “órgão de facto” assenta indubitavelmente, em parte, na “actividade” (*sich betätigen*), que, entre outros, surge no tratamento de JOACHIM MEYER-LANDRUT, *Aktiengesetz. Großkommentar* cit., sub § 84, pág. 648, Anm. 18, WOLFGANG SCHILLING, *Aktiengesetz. Großkommentar* cit., sub § 93, pág. 724, Anm. 4, WOLFGANG HEFERMEHL, sub § 93, pág. 273, Rdn. 8, URSULA STEIN, *Das faktische Organ* cit., págs. 33-34, ID., “Die Normadressaten...”, *loc. cit.*, págs. 215-216; ABBO JUNKER, págs. 342-343, KLAUS HOPT, *Großkommentar Aktiengesetz, §§ 92-94* cit., sub § 93, pág. 71, Rdn. 35-36, MARC DINKHOFF, págs. 20, 21, MARKUS GEIßLER, pág. 1108, HANS CRISTOPH GRIGOLEIT, pág. 118, UWE W. SCHNEIDER, “Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung”, *loc. cit.*, sub § 43, pág. 2228, Rdn. 22, DETLEF KLEINDIEK, “Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung. Vor § 35...”, *loc. cit.*, pág. 769, Rdn. 11, WOLFGANG ZÖLLNER/ULRICH NOACK, “Abschnitt Drei. Vertretung und Geschäftsführung”, *loc. cit.*, sub § 43, pág. 880, Rdn. 3.

Por cá, RICARDO COSTA, “Responsabilidade civil societária...”, *loc. cit.*, n. (4) – pág. 29; favorável, RUI PEREIRA DIAS, *Responsabilidade por exercício de influência...* cit., pág. 131.

Porém, essa omissão só é ponderada depois de adquirida a *qualificação como administrador de facto e a respectiva equiparação ao administrador* – e essa acreditação como administrador de facto só se produz *com a realização de uma actividade positiva*, prévia a qualquer omissão *relevante no âmbito do estatuto da administração de facto*.<sup>1427</sup>

Sublinha-se que esse exercício pode coincidir com os momentos de configuração dos administradores de facto *potenciais*, como os que surgem com a caducidade do título de administração; mas essa (quase) sincronia temporal só se realizará se o sujeito realizar no imediato funções de administração; é justamente o desempenho de tais funções que o destrinçará de um sujeito ex-administrador de direito com o título caducado e marcará o “nascimento” da figura<sup>1428</sup> – ou, *rectius*, o “proto-nascimento” da figura, pois a constituição definitiva em termos de *relevo jurídico* dar-se-á com a verificação dos restantes pressupostos de constituição da administração de facto (e, portanto, de *esgotamento* do método tipológico de qualificação).

Este critério funcional não restringe nem limita a determinados sujeitos a possibilidade de serem considerados administradores de facto. Implica uma categoria *aberta* onde a integração está dependente da conduta observada na prática – ainda que contrária ao “dever-ser” jurídico – e não do cumprimento de algumas exigências para a realização dessas funções. Assim, estender-se-á a qualificação – e o regime jurídico aplicável à administração fáctica relevante – a todas as pessoas que cumpram esse requisito funcional básico.<sup>1429</sup>

É ainda mister sublinhar que esta actividade positiva de gestão não é exclusiva do administrador de facto *directo*. Um sujeito adquire a qualidade de administrador de facto mesmo quando não realiza ele mesmo os actos de gestão; ou seja, quando dita ou influencia os titulares do órgão de administração sobre as decisões a tomar, assegurando por essa via *indirecta ou mediata a direcção administrativa* da sociedade por *interposta pessoa*<sup>1430</sup>.

---

<sup>1427</sup> Sensivelmente com esta precisão, v. GÉRARD NOTTÉ, *Les dirigeants de fait...* cit., pág. 108, DANIEL TRICOT, pág. 27, JOSÉ LUIZ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., pág. 39.

<sup>1428</sup> V. NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., pág. 66 e n. (130), ID., “El concepto de administrador de hecho...”, *loc. cit.*, págs. 868-869, MÓNICA FUENTES NAHARRO, pág. 271.

<sup>1429</sup> JOSÉ EMBID IRUJO, “La responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, pág. 2403.

<sup>1430</sup> Tal como identificado *supra*, ponto 10.3.



### 11.1.2. Necessidade de um “acto de formalização” do administrador de facto?

Mesmo que haja uma actuação positiva e concreta de funções e tarefas gestórias, é curial perguntar se a incorporação jurídica da figura do administrador de facto (directo, acima de tudo) só se deveria admitir se se encontrasse uma qualquer forma de investidura numa manifestação de vontade por parte do competente órgão da sociedade (assembleia de sócios e o próprio conselho de administração – neste caso se houver substituição cooptativa –, nomeadamente). Isto é, saber se se deve conferir o valor de pressuposto basilar da administração de facto relevante à *inserção do agente na organização social*, fundada ainda num *título legitimador do exercício das funções de administração* <sup>1431</sup>.

Durante largo período foi esta a posição dominante em Itália, no que toca à perspectiva de responsabilidade gestória (prevista na lei para o administrador de direito) do sujeito que administra sem título. A assimilação entre a situação de facto e a situação de direito acarretou a busca de uma *gênese formal* da relação administrativa fáctica. O concreto exercício da função administrativa, fonte dos danos a ressarcir, não se poderia cindir de uma investidura orgânica, ainda que irregular (no sentido mais restrito: sem publicação) ou inválida – não ajustável, portanto, aos pressupostos estabelecidos pela lei – ou (na hipótese de não haver sequer título) de uma designação tácita ou implícita dos administradores “supostamente” de facto, em face do comportamento por *factos concludentes* dos sócios ou de tal nomeação tácita ser o antecedente logicamente pressuposto de outras específicas manifestações de vontade dos órgãos sociais (nomeadamente uma deliberação da assembleia com outro conteúdo) <sup>1432</sup>. Assim se constituiria, ainda, um vínculo *orgânico* entre o agente

---

<sup>1431</sup> FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, pág. 155.

<sup>1432</sup> Numa primeira (e longa) fase, veja-se, entre as mais significativas (e percebendo-se a evolução), as decisões de **Corte di Cassazione de 31 de Janeiro de 1923** (in *Riv. Soc.*, 1923, II, pág. 277, ss), de **8 de Abril de 1936** (in *Giur. It.*, 1936, I, Sez. I, pág. 534, s.), de **14 de Fevereiro de 1938** (in *Riv. dir. comm.*, 1938, II, pág. 295, ss), de **23 de Abril de 1940** (in *Giur. It.*, 1940, I, Sez. I, pág. 659, s.), de **31 de Julho de 1945** (in *Dir. fall.*, 1946, II, pág. 274, ss), **Corte d’Appello de Roma de 15 de Fevereiro de 1954** (in *Foro It.*, 1955, I, pág. 1322, ss) – exigindo para o “mandato tácito” o concurso de um análogo comportamento do representante legal da sociedade –, **Corte di Cassazione de 22 de Fevereiro de 1955** (in *Dir. Fall.*, 1955, II, pág. 275, ss), **Corte d’Appello de Firenze de 26 de Novembro de 1955** (in *Giur. Tosc.*, 1956, pág. 33, ss), **Corte di Cassazione de 28 de Outubro de 1961** (in *Giust. civ.*, 1961, pág. 1107), **Tribunale de Firenze de 13 Novembro de 1965** (in *Dir. Fall.*, 1966, II, pág. pág. 898, ss), **Tribunale de Milano de 19 de Janeiro de 1967** (in *Foro It.*, 1967, I, pág. 858, ss) – uma decisão rígida no absolutizar da fractura entre função e título e na procura de um facto substitutivo da vontade nomeadora em falta: não reconhece como verdadeiro administrador de facto quem, tendo acordado com a sociedade o desconto de letras de câmbio, afasta da gestão o administrador de direito e o procurador da sociedade, instrumentalizando a sociedade para os seus próprios fins; logo, não o insere na gestão da sociedade e na susceptibilidade de violação dos deveres

e a sociedade. De tal sorte que, na ausência do título e dos poderes de gestão correlativos, não seriam configuráveis, desde logo, os deveres típicos do administrador, cuja violação está na base da obrigação de indemnizar o prejuízo por *mala gestio*, nem a referência ao ente societário dos actos realizados pelo pretendo responsável. Em suma, tudo se fazia depender de um acto de “*preposizione institoria*”<sup>1433</sup> ou de mandato – pelo menos implícitos ou tácitos– conferidos pelo órgão social competente da sociedade, que se pudesse equiparar a uma deliberação regular de nomeação: esse era o acto que se assumia como uma forma de *conciliação* do comportamento com a *relevância da estrutura societária*.<sup>1434</sup>

Este trilha interpretativo foi recolhido pela doutrina-farol comercialista, que, dando conta da tradicional (e quase acrítica) equivalência entre administrador de direito e administrador de facto para efeitos de responsabilidade penal (nomeadamente, para os denominados crimes de *bancarotta*) no foro da doutrina e

---

específicos do cargo –, **Corte di Cassazione de 5 de Janeiro de 1972** (in *Giust. civ.*, 1972, I, pág. 246, ss) – que encontra na outorga de uma “procuração geral” (ratificada pela assembleia) a um terceiro, que auxilia financeiramente a sociedade por troca da gestão efectiva da actividade social, o “instrumento jurídico” que o investiu no cargo (e, ainda que anulável, o vício se sanara por falta de impugnação): criticamente, FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, n. (76) – pág. 156, e, em sentido adverso à consideração de uma tal procuração como “acto de proposição implícita”, o acórdão da **Corte di Cassazione de 3 de Julho de 1998** (*loc. cit.* a n. 343, pág. 3123) –, **Corte d’Appello de Milano de 28 de Março de 1980** (in *Giur. It.*, 1982, I, Sez. II, pág. 219, ss), **Corte d’Appello de Milano de 27 de Abril de 1982** (in *Società*, 1983, pág. 27, ss), **Tribunale de Milano de 28 de Março de 1983** (in *Fall. cit.* a n. 1287; com referência à violação dos deveres legais impostos ao liquidatário).

Minoritária foi a corrente que afirmara a existência da figura (e a responsabilidade) do administrador de facto em hipóteses em que se não se vislumbrava qualquer nomeação, mesmo que implícita, uma vez realçado como decisivo o desempenho de funções que a lei reserva para os administradores de direito: **Tribunale de Firenze de 11 de Novembro de 1952** (in *Dir. Fall.*, 1953, II, pág. 752, ss) – declara a responsabilidade de um sujeito que, antes de ser administrador nomeado, sempre interviera na administração da sociedade, com “consenso de todos os sócios” –, **Tribunale de Roma de 13 de Julho de 1957** (in *Dir. fall.*, 1958, II, pág. 817), **Tribunale de Milano de 20 de Julho de 1959** (in *Dir. fall.*, 1960, II, pág. 186, ss) – ainda que condicionando a figura à “convivência” dos administradores de direito –, **Corte d’Appello de Firenze de 26 de Março de 1968** (in *Foro Pad.*, 1969, I, pág. 355, ss), e **Corte d’Appello de Bologna de 26 de Março de 1977** (in *Giur. comm.*, 1978, II, pág. 595 e ss) – afastando-se da concepção tradicional para qualificar como administrador de facto aquele que, munido de procuração geral conferida pelo administrador de direito único (que abandonara a sociedade), “assumiu sozinho a gestão económico-patrimonial da sociedade no aspecto directivo e representativo, tratando com os fornecedores, os clientes e os subordinados sempre em nome da sociedade”, agindo sempre como um verdadeiro e próprio administradore da sociedade e sempre em nome da sociedade; porém, encarando o seu tratamento jurídico, em face da gestão “total e persistente” por causa da impossibilidade objectiva de o administrador legítimo para a providenciar, por intermédio da “*negotiurum gestio* representativa”, ratificada por força da aprovação dos “balanços” apresentados em assembleia.

<sup>1433</sup> Regulada no art. 2203 do CCit. como instrumento de nomeação do “*institore*”, o equivalente ao nosso “gerente de comércio” (arts. 248º e ss do CCom.).

<sup>1434</sup> FABRIZIO GUERRERA, *últ. est. e loc. cits.*, pág. 158.

da jurisprudência criminal <sup>1435-1436</sup>, admitiu a relação administrativa de facto se se estivesse em presença de um “mandato tácito de administração”, fosse ele visto numa “nomeação para administrador não publicada de acordo com a lei” ou fosse ele encontrado, pelo menos, numa “nomeação ‘tácita’, no sentido de ‘implícita’”, que constituiria “o pressuposto implícito mas indefectível de uma deliberação expressa”<sup>1437</sup>. Neste sentido, poderia entender-se que fosse tácita a nomeação dos

---

<sup>1435</sup> Cfr. *supra*, Parte I, ponto 3.3.

<sup>1436</sup> Essa “secular” aplicação do instituto do administrador de facto segundo directrizes orientadas para exaltar os traços substanciais relativos ao exercício do poder de decisão sobre a gestão do património social chegou invariável até hoje (v. *supra*, Parte I, ponto 3.3., onde se dá conta da posição doutrinária minoritária), mas não foi unânime a sua importação para a o seio da responsabilidade civil societária: em sentido contrário a essa equiparação, v. GUIDO RAFFAELLI, “Non figurabilità di amministratore di fatto nella società per azioni”, *Foro Pad.*, 1967, I, págs. 744-745 – “Estender para além das pessoas indicadas pela lei como possível responsáveis penalmente de um ilícito social quer dizer interpretar extensivamente normas penais (...) e (...) considerar não taxativa, mas simplesmente exemplificativa, a enumeração daqueles que possam ser sujeitos activos de ilícitos sociais...” (o que não era o caso dos administradores de facto, seja no CCI, seja na lei da falência); GIOVANNI LO CASCIO, pág. 192-193, que recusa uma transferência automática para o campo civilístico das asserções e interesses sancionatórios da administração de facto no campo penal, desde logo em matérias em que a “qualificação formal dos administradores” tem um certo peso e não pode ser ignorada (a começar pela natureza jurídica da responsabilidade...); era esta também a posição reservada de ALESSANDRO BORGIOIOLI, “Amministratori di fatto e direttori generali”, *loc. cit.*, págs. 600-601, que, no seu esforço “árduo” de “revisão parcial” do conceito civilístico de administrador de facto em termos funcionais e não “estritamente orgânicos”, excluía da sanção privada o exercício de poderes para os quais só está legitimado quem é formalmente investido no cargo de administrador.

Tal não significaria, porém, que um administrador de facto condenado penalmente pela comissão de crimes próprios dos administradores fosse isento de qualquer responsabilidade em sede civilística (assim raciocinava FRANCO BONELLI, “La prima sentenza...”, *loc. cit.*, págs. 187-188, ID., “La responsabilità dell’amministratore di fatto”, *loc. cit.*, pág. 112, ID., *Gli amministratori...* cit. 1985, pág. 260, ID., *La responsabilità...* cit., págs. 126-127; apoiado, entre outros, por ROLANDINO GUIDOTTI, “Amministratore di fatto e *negotiorum gestio*”, *Giur. It.*, 2000, pág. 771, e LUIGI SALVATO, pág. 812). Porém, não será verosímil que tal aconteça, uma vez que, plausivelmente, a conduta será susceptível de ser enquadrada no âmbito de tutela da responsabilidade civil extra-contratual por factos ilícitos, eventualmente em concurso com a responsabilidade do administrador de direito (assim: GIOVANNI LO CASCIO, pág. 193). A precisão deve ser outra: a diversidade de critérios utilizados teria como potencial corolário a exoneração não de *qualquer* responsabilidade civil, mas antes da *responsabilidade civil própria dos administradores* por incumprimento dos deveres legais e estatutários que os oneram, quando, ao invés, o juiz penal os considera titulares de tais deveres nos crimes próprios dos membros do órgão de gestão (neste sentido, NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., n. (140) – págs. 238 e ss, ID., “Dalle nebbie della finzione...”, *loc. cit.*, n. (28) – pág. 183: uma consequência menos grave do que a avistada por Bonelli, mas ainda assim desconcertante para Abriani, tendo em conta a “maior selectividade da sanção penal em relação à civil e aos vínculos de carácter constitucional (primeiro que todos, o cânone da taxatividade) a que a primeira está sujeito”; este Autor chama ainda a atenção para a possibilidade inversa de o administrador de direito ausente da gestão da sociedade ser condenado civilmente e absolvido penalmente).

<sup>1437</sup> Refiro-me a GUSTAVO MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., págs. 109 e ss.

Muito antes, distinguindo entre “mandato expresso” e “mandato institutório tácito”, CESARE VIVANTE, “La rappresentanza delle società per azioni”, *Riv. dir. comm.*, 1923, II, págs. 282-283, admitia na segunda figura a administração-representação de facto. Na perspectiva de substituição dos administradores de direito por consenso implícito destes, contra a qualificação como “mandatário tácito” de um director geral que contratara com terceiro numa situação de urgência em face da ausência do administrador, a propósito da decisão da **Corte di Cassazione de 12 de Março de 1964**, se manifestou ALESSANDRO NIGRO, “Il mandato tacito degli amministratori di società per azioni”, *Foro It.*, 1965, I, págs. 2135 e ss, em esp. 2139

administradores se se visse, em determinadas circunstâncias *qualificadas*, um comportamento positivo dos sócios *fora da assembleia*, que fizesse, no plano do direito probatório, presumir que anteriormente fora adoptada uma deliberação de designação pelos sócios (*praesumptio hominis*<sup>1438</sup>)<sup>1439</sup>, ainda que não publicitada –

---

(nomeadamente por dilatação dos limites consentidos pela equidade à actuação dos princípios da “aparência do direito” e da “confiança do terceiro”).

Depois, coincidentes com a linha de Minervini, GIOVANNI LO CASCIO, págs. 195-196 (que assim via uma “espécie de imputação da actividade desfraldada pelo administrador de facto ao ente, em relação ao qual o acto ou os actos levados a cabo se demonstram realizados *de jure*”) e 197 (tornando possível essa investidura, ainda que inválida, tácita ou implícita, empreender o fundamento da acção contratual exercida contra o órgão administrativo); FRANCESCO GALGANO/ANGELO BONSIGNORI, *Fallimento delle società e procedimento sommario. Art. 146-159*, Commentario Scialoja-Branca – Legge fallimentare, a cura di Francesco Galgano, 1997, sub art. 146, pág. 119; GIAN FRANCO CAMPOBASSO, *Diritto commerciale 2. Diritto delle società* cit., pág. 405.

Mais radicais foram ainda aqueles que, divergentemente, não deixaram de solicitar uma deliberação *regular* de nomeação do administrador (ou título proveniente do acto constitutivo) e a conservação do “ofício” de administrador, eliminando (ou eliminando em grande parte) a aplicação da disciplina do administrador ao administrador de facto: em esp., v. ALESSANDRO NIGRO, “Sull’azione di responsabilità...”, *loc. cit.*, págs. 858-859, ID., “Le società per azioni nelle procedure concorsuali”, *loc. cit.*, pág. 372 (locais onde alarga a possibilidade de administração de facto, vista pela restante doutrina, também às hipóteses de haver deliberação nomeadora nula ou anulável); GIUSEPPE RAGUSA MAGGIORE, “L’azione di responsabilità contro gli amministratori di società nel fallimento”, *Dir. fall.*, 1965, I, pág. 178, ID., *La responsabilità individuale...* cit., págs. 156 e ss – este último Autor com base na incindibilidade entre o *exercício da função* e a *investidura do título* de administrador, bem como, prefigurando-se em alternativas, na imprestabilidade do recurso à figura do “mandato de facto” e à construção do “órgão de facto”, nomeadamente para afastar a administração de facto quando os que actuam se declaram como administradores sem qualquer deliberação social de nomeação e quando actuam em razão da nomeação feita por parte, ainda que da maioria, dos sócios através de um acordo parassocial; estas eram hipóteses de inexistência de deliberação ou de expressão da vontade social; esta doutrina foi seguida pelo **Tribunale de Milano**, em **19 de Janeiro de 1967** (*loc. cit.* a n. 1432, pág. 862); GUIDO RAFFAELLI, pág. 745. A este propósito, acrescente-se que GIUSEPPE RAGUSA MAGGIORE, *últ. ob. cit.*, págs. 158-159, refutara a aquisição da qualidade de administrador de facto a quem fosse nomeado pelos sócios (ainda que a maioria) através de acordo parassocial, mesmo na “circunstância em que o acordo parassocial se transforme em deliberação regular”, já que, ainda assim, não se poderia advogar que a actividade do gestor – ainda que assumida *ex post* pela sociedade – fosse imputável à sociedade como actuação de um órgão. No mesmo horizonte de “negação” da figura e da responsabilidade civil societária por “equiparação de deveres”, v. GASTONE COTTINO, *Diritto societario...* cit., págs. 389-390, VINCENZO FERRO, “Responsabilità dell’amministratore di fatto”, *loc. cit.*, pág. 910.

Neste último enquadramento, entre nós, o Ac. da **Relação de Coimbra de 15 de Janeiro de 1965** (in *JR*, 1965, pág. 140, s.) exigiu que a qualidade de gerente de um sócio de uma sociedade por quotas se adquirisse por força de uma deliberação dos sócios, não servindo para esse efeito a intervenção do sujeito em negócios em nome da sociedade, atribuindo-se a si próprio tal qualidade, ainda que sem qualquer oposição dos outros sócios (e igualmente gerentes).

<sup>1438</sup> V. a presunção judicial prevista no art. 2729, § 1º, do CCIt. («As presunções não estabelecidas pela lei são deixadas à prudência do juiz, que não deve admitir presunções que não sejam graves, precisas e concordantes»), que encontra equivalente na estatuída pelo nosso art. 351º do CCiv.

<sup>1439</sup> Ou seja, fundar-se a existência de um acto tácito de nomeação na circunstância de os sócios (ainda que também administradores de direito) ou, ademais, tão-só os administradores de direito (os “órgãos sociais dotados de representatividade legal”) terem aceite tacitamente os resultados da actividade de gestão desempenhada pelo administrador de facto e tal fizesse presumir essa anterior deliberação nomeadora. Cfr., nesses sentidos, **Corte d’Appello de Milano**, de **28 de Março de 1980** (*loc. cit.* a n. 1432, em esp. págs. 231-232) e de **27 de Abril de 1982** (*loc. cit.* a n. 1432, em esp. pág. 28), **Tribunale de Milano** de **28 de Março de 1983** (também no *loc. cit.* a n. 1432, em esp. pág. 1151). Criticamente, uma vez que, se a nomeação compete, em regra, à assembleia, o consenso tácito dos administradores de direito não poderia

ou, com outros signos, fizesse emergir um qualquer facto substitutivo da vontade da assembleia que se encontrava em falta <sup>1440</sup>. De tal modo que, em resumo, não se qualificaria administrador alguém que exercesse actividade de administração sem a *pertinência* a uma deliberação da assembleia ou do conselho de administração. <sup>1441</sup> O que consolidaria como inidónea a gerar uma posição funcional do “gestor” na sociedade a concessão de um qualquer mandato “extra-institucional” <sup>1442</sup>, fosse ele reconduzível a uma iniciativa arbitrária dos administradores de direito, fosse ele fundado numa decisão (ainda que unânime) dos sócios <sup>1443</sup>.

O *leading case* pertenceu mais tarde à **Corte di Cassazione de 12 de Janeiro de 1984** <sup>1444</sup>, que hipostasiou a pesquisa de uma *gênese formal* da relação administrativa de facto. Discutiui-se a responsabilidade de um sócio quotista, que se substituíra à administradora de direito única (e também sócia) da sociedade, tanto nas relações internas como nas relações externas da sociedade (tratando em nome da sociedade com clientes, fornecedores e dependentes). Esta assunção de poderes foi

---

fazer presumir qualquer nomeação, v. FRANCO BONELLI, *Gli amministratori...* cit. 1985, n. (213) – pág. 258, ID., *La responsabilità...* cit., pág. 128 e n. (44) – págs. 128-129, NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori...* cit., pág. 199, ELISABETTA VALERIO, n. (12) – pág. 1050. De todo o modo, já FRANCESCO FERRARA Jr./FRANCESCO CORSI, *Gli imprenditori...* cit. 1999, n. (5) – pág. 585, tinham sublinhado que a tendência de abdicação do “formalismo” na administração de facto começara com o reconhecimento da suficiência de um um consenso por parte dos sócios, bastando para isso os respectivos “comportamentos omissivos”. Mais claro – e certo – tinha sido GIANNI MIGNONE, “Nota a Trib. Torino, 5 luglio 1988”, *Giur. It.*, 1988, I, Sez. II, pág. 718, quando reparou que o critério jurisprudencial da “nomeação implícita” encontrava a sua razão de ser na exigência de verificar, por qualquer modo, a *aquiescência* da sociedade perante um sujeito que actua como seu administrador, excluindo a figura do *falsus procurator*; isto é, uma aquiescência prestada pela assembleia a uma situação de facto equivale a aceitar como administradores os *sujeitos que exercem funções concretas de administração*. Ademais, Giannone esclarece que a “lesão” do dogma voluntarístico é bem menos atingida com a simples aquiescência do competente órgão social se se adoptar que o momento da designação dos administradores é um “acto executivo do contrato social”, que surge em obséquio à norma de ordem pública que impõe que as sociedades de capitais sejam geridas por determinados sujeitos.

<sup>1440</sup> Assim a decisão do **Tribunale de Milano de 19 de Janeiro de 1967** (*loc. cit.* a n. 1432, pág. 862).

<sup>1441</sup> GUSTAVO MINERVINI, *últ. ob. cit.*, págs. 110-111. O Autor concluía que “o contrato de administração sempre exige para a perfeição do consenso[,] uma deliberação de nomeação expressa, mesmo que não publicada, ou uma deliberação de nomeação implícita (tácita em sentido próprio)” – o que se enquadrava na nossa já conhecida construção minerviana *contratualista* de vínculo dos administradores à sociedade através de um “contrato de proposição” para a administração, tendo por objecto uma prestação de trabalho compreendida em sentido amplo, com “conteúdo de actividade prevalentemente jurídica e numa posição que em alguns aspectos é de autonomia e noutros é de subordinação” (págs. 56 e ss, em esp. 58-59, 61 e ss, em esp. 70-71).

<sup>1442</sup> Ou “parainstitucional”: VINCENZO FERRO, “Responsabilità dell’amministratore di fatto”, *loc. cit.*, pág. 911.

<sup>1443</sup> Na primeira hipótese, teríamos, por ex., uma delegação ilegítima das atribuições próprias dos administradores; na segunda hipótese, teríamos uma investidura radicalmente disforme em relação ao modelo legal e, portanto, ineficaz no modelo organizativo pressuposto. Cfr., nestes sentidos, FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, págs. 158-159 e n. (85).

<sup>1444</sup> In *Foro. It.*, 1984, I, pág. 1619, ss.

conseguida com a vontade unânime de todos os restantes três sócios, tendo para o efeito sido estipulado um acordo parassocial em que se “delegava” nesse sócio, indistintamente, todos os poderes inerentes à gestão da sociedade e da empresa social (“dar, no interesse da sociedade, todas as directivas, gerais e particulares, sem qualquer exclusão ou excepção, (...) tanto no campo técnico como organizativo, administrativo, financeiro, etc.”), vinculando-se os signatários a respeitar, “para todos os efeitos”, as suas determinações. A sua actuação era conhecida e o desempenho (exclusivo) das funções de administração por ele desempenhadas foram sempre aceites pelos restantes sócios. A instância começou por afirmar que a indissociabilidade entre o título de investidura e o concreto exercício de funções é pressuposto do ilícito: sem esse título não há relação orgânica de administração, não há legitimação da posição de administrador em sentido técnico, não há os poderes e deveres que se referem a essa posição. Para haver responsabilidade deve existir uma relação específica com a sociedade, por força da qual aquele que actua como administrador é inserido na organização social: esta inserção na efectividade das funções de gestor só se faz mediante acto explícito ou implícito de proposição de órgão social que faça a vez da deliberação formal de nomeação do administrador; só assim “não surgem problemas de imputação ao ente da actividade do administrador, que é sempre desenvolvida *de iure* pela sociedade”.<sup>1445</sup> Ora, concluiu-se, o acordo parassocial pelo qual se conferira uma espécie de mandato geral para administrador não podia ser visto como uma proposição imputável à sociedade. Não obstante, como a alternativa à coligação entre função exercida e título para que surjam as obrigações e as responsabilidades previstas pela lei para os administradores era a nomeação implícita numa deliberação dos sócios que tivesse como pressuposto no seu conteúdo a designação dos administradores, verificou-se que a assembleia dos sócios sempre tinha aprovado os “balanços” da sociedade, respeitantes à actividade gestória do sócio não administrador e por este apresentados e adoptados em conformidade com a vontade expressa dos sócios – por esta via (e só esta) ele pôde ser visto como administrador de facto e responsabilizado<sup>1446, 1447</sup>

---

<sup>1445</sup> O aresto distingue-se por não reconhecer o administrador de facto seja quando se intromete na gestão sem o consenso dos órgãos sociais, *usurpando as funções* de administrador, seja quando a gestão é assumida com o consenso ou “sob mandato” dos sócios, ou até do próprio administrador legalmente nomeado: em ambas as situações faltaria o “acto de proposição” dos órgãos habilitados.

<sup>1446</sup> Adversamente a esta retórica no que toca à deliberação tácita, FRANCO BONELLI, *La responsabilità...* cit., pág. 129: “(...) é irrazoável julgar que o cumprimento de uma obrigação – submissão dos

Como se vê, este seria um caminho potencialmente restritivo, enraizado na descoberta de um nexos formal de pertinência à sociedade <sup>1448</sup>. Mas que conduziu quase invariavelmente à condenação dos apelidados administradores de facto. Assim foi porque, como assinalou FRANCO BONELLI, a jurisprudência acabou por arquitectar uma *presunção da existência de um acto tácito de nomeação em todos os*

---

balanços à assembleia – exponha o administrador de facto a responsabilidade pela gestão anterior que de outro modo não teria (com a absurda consequência que só a existência de uma ilegitimidade ulterior – não submissão dos balanços à assembleia – eximiria de responsabilidade o administrador de facto!). Em escrito anterior, o Autor já enfatizava essa incongruência: “La prima sentenza...”, *loc. cit.*, págs. 185-186.

Num anterior aresto, a **Corte d’Appello de Bologna**, em **26 de Março de 1977** (cit. a n. 1432) já se tinha pronunciado pelo valor da aprovação sucessiva de “balanços” apresentados pelo sujeito que geria de facto a sociedade: reconhecimento de que a sua actividade era efectuada em nome e por conta da sociedade, sendo o administrador, mesmo que sem investidura por parte da assembleia.

<sup>1447</sup> Entre os arestos posteriores que confirmaram a orientação maioritária, destaquem-se **Corte di Cassazione de 19 de Dezembro de 1985** (in *Società*, 1986, pág. 505, seg.) – ainda que sem a devida aplicação da corrente jurisprudencial no caso, pois tinha havido antes uma deliberação regular de nomeação, sem a ulterior aceitação do administrador designado, e o tribunal considerou que a conduta gestória deveria configurar-se como comportamento concludente para o efeito de constituição da relação administrativa do presidente do órgão (aceitação *per facta concludentia*): v. FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, n. (76) – págs. 155-156 –, **Tribunale de Roma de 5 de Dezembro de 1986** (in *Fall.*, 1987, pág. 854, ss), **Tribunale de Roma de 10 de Fevereiro de 1987** (in *Dir. Fall.*, 1988, II, pág. 338, ss), **Corte d’Appello de Roma de 21 de Maio de 1991** (in *Giust. Civ.*, 1991, I, pág. 1805, ss: com crítica, sobre a aplicação em sede de gestão fáctica indirecta em controlo intersocietário, de NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., págs. 111 e ss), **Tribunale de Milano de 18 de Outubro de 1993** (in *Arch. civ.*, 1994, pág. 799, ss), **Corte di Cassazione de 22 de Outubro de 1996** (in *Giur. comm.*, 1997, II, pág. 37, ss), **Tribunale de Milano de 11 de Dezembro de 1997** (in *Società*, 1998, pág. 802, ss) e **Corte di Cassazione de 3 de Julho de 1998** (in *Foro It.*, 1998, I, pág. 3209) – recuperando, estas últimas duas, o “consenso de todos os sócios” como acto tácito de reconhecimento da investitura.

Mas as resistências à requisição de uma deliberação, pelo menos implícita, de proposição por parte da assembleia continuaram em outros arestos: **Tribunale de Torino de 5 de Julho de 1988** (in *Giur. It.*, 1988, I, Sez. II, pág. 716, ss: exercício em concreto de funções administrativas para o efeito de vincular a sociedade pelas obrigações assumidas por conta dela pelos administradores de facto, tendo em conta a necessidade de tutelar a confiança dos terceiros), **Tribunale de Milano de 22 de Setembro de 1994** (cfr. NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori...* cit., págs. 201 e ss: “o exercício de uma actividade administrativa” é condição *suficiente* e *necessária* para a aplicação das normas em sede de responsabilidade dos administradores, sendo irrelevantes “pressupostos de ordem formal” (mais ou menos explícitos) em que a actividade se coloca em prática), **Corte d’Appello de Milano de 9 de Dezembro de 1994** (*Società* cit. a n. 624: ocorrência de uma ingerência que se manifeste através do “reiterado cumprimento de *actos típicos* do administrador”, com itálico da minha responsabilidade), **Tribunale de Torino de 8 de Novembro de 1996** (cfr. NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori...* cit., pág. 204: administrador de facto é o sócio “controlador” que, longe de desempenhar tarefas de simples director técnico, exerceu com autonomia “múltiplas e vitais funções decisórias” e transformou-se no “verdadeiro «dominus» da sociedade, em cujo vértice tinha ficticiamente colocado, como administradora única, a filha”). E a mesma concepção substancialista precipitou-se na responsabilidade do órgão fiscalizador de uma sociedade anónima: **Tribunale de Genova de 19 de Julho de 1993** (in *Giur. It.*, I, Sez. II; pág. 327, ss).

<sup>1448</sup> De acordo com FRANCESCO GALGANO, “Civile e penale nella produzione di giustizia”, *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, págs. 60-61, o diferente tratamento da responsabilidade do administrador de facto no ordenamento penal e civil era mais um dos reflexos do contraste entre a “filosofia do rigor professada pelo juiz penal” e “a filosofia da tolerância praticada pelo juiz civil”, ou, por outras palavras, entre a sensibilidade da justiça penal perante o “dado substancial subjacente às categorias formais” – e finaliza: “Há uma cultura da tolerância, que une o legislador e o juiz civis; e há uma cultura da intransigência que une o legislador e o juiz penais”.

casos em que um sujeito tivesse gerido de facto a sociedade, resultante ainda do tradicional obséquio ao dogma da vontade <sup>1449</sup>. Ou seja, os tribunais retiravam a presença da “proposição gestória” de uma série de *circunstâncias protagonizadas pelo sujeito na realização das tarefas de administração*. O que quer dizer que o acoplamento formal ao acto de “proposição” era um passo elaborado *ex post*, depois de se demonstrar e formar a convicção sobre a prática *substancial* de actos de administração <sup>1450</sup>. NICCOLÒ ABRIANI, numa síntese elucidativa, assinalou que “[o] processo decisório seguido pelos nossos tribunais parece efectivamente fundar-se sobre uma «pré-avaliação» da *facti species* concreta, operada em relação às circunstâncias de facto, e só depois motivada, *lege artis*, mediante o critério formal da «deliberação implícita»” <sup>1451</sup>. De tal forma que, segundo o mesmo Autor, o enunciado critério formalístico resumia-se a um “mero expediente argumentativo”: “a procura de um acto de nomeação representava com efeito uma passagem justificativa elaborada pelos juízes *a posteriori*, depois de terem já formado a própria convicção sobre o elemento, verdadeiramente substancial, das efectivas modalidades de realização das funções administrativas” <sup>1452</sup>. Em suma, um mero “artifício farisaico”<sup>1453</sup>.

Esta leitura desvela a *ficção (complexa ou dupla) de designação* em que a definição formal do administrador de facto se acabou por desacreditar. Num primeiro passo, encontram-se, numa operação inicial, factos derivados das concretas modalidades de realização das funções gestórias e, numa segunda operação, transformam-se esses factos no acontecimento fictício que é a proposição social para a tarefa de administração <sup>1454</sup>. *A esta ficção sucedia uma outra* <sup>1455</sup>, que conduzia à *completa* equiparação dos administradores irregular, inválida ou implicitamente nomeados aos administradores de direito, tendo por base, em última instância, o

---

<sup>1449</sup> “La responsabilità dell’amministratore di fatto”, *Giur. comm.*, 1984, pág. 110, “La prima sentenza...”, *loc. cit.*, pág. 185, *Gli amministratori...* cit. 1985, pág. 258 e n. (213), *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, 1992, pág. 128.

<sup>1450</sup> FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, pág. 160.

<sup>1451</sup> *Gli amministratori di fatto...* cit., pág. 191.

<sup>1452</sup> “Dalle nebbie della finzione...”, *loc. cit.*, pág. 183 (cfr. também *Gli amministratori di fatto...* cit., pág. 37). Favoráveis: LUIGI SALVATO, pág. 813, ELISABETTA VALERIO, págs. 1050-1051.

<sup>1453</sup> Corrosivo: PAOLO MONTALENTI, “La traslazione dei poteri di gestione...”, *loc. cit.*, pág. 466.

<sup>1454</sup> Esta seria a primeira ficção da operação hermenêutica dos tribunais, que permaneceria “quase sempre oculta”: NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., pág. 192, ID., “Dalle nebbie della finzione...”, *loc. cit.*, pág. 185.

<sup>1455</sup> Ao invés, esta segunda ficção já era “manifesta”: NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., pág. 192, ID., “Dalle nebbie della finzione...”, *loc. cit.*, pág. 185.



*medium* lógico-jurídico que se domiciliava no acto de nomeação tácita.<sup>1456-1457</sup> Ora, essa equiparação – assente num igualar entre as duas figuras, já que se procurava para a administração de facto um *sucedâneo* do título constitutivo da relação administrativa formal – era, além do mais, “artificial” e “desviante”<sup>1458</sup>, uma vez que não poderia impor que os administradores de facto tivessem a totalidade dos “poderes” dos administradores de direito<sup>1459</sup>, nem poderia evitar que algumas “obrigações” só incidissem sobre os administradores de direito<sup>1460, 1461</sup>

---

<sup>1456</sup> V. FRANCO BONELLI, “La responsabilità dell’amministratore di fatto”, *loc. cit.*, pág. 111, *Gli amministratori...* cit. 1985, pág. 259, NICCOLÒ ABRIANI, *últ. ob. e est. cits.*

<sup>1457</sup> Mas também se desacreditou na tese da configuração de um hipotético “mandato tácito”. De acordo com os críticos, nesse não caberia a falta de publicidade da designação do administrador – “uma simples irregularidade formal, remediável e sanável com efeito *ex tunc*” – nem a nomeação implícita, pois aqui “a nomeação resulta como premissa de uma deliberação que verdadeiramente se suporta naquela nomeação”: “aqui o mandato tácito não cria nenhum administrador de facto, uma vez que a nomeação teve lugar regularmente”: GIUSEPPE RAGUSA MAGGIORE, *La responsabilità individuale...* cit., pág. 158.

Esta é a doutrina, exacerbadamente formalista (não há lugar sequer para a nomeação tácita), que concebe o administrador de facto apenas, em regra, se ainda houver uma deliberação a fundamentar a actuação do sujeito: a) o administrador legítimo que substitui os outros por si próprio; b) o administrador que recebe uma investidura irregular, subsistindo todavia uma deliberação formal – ainda que inválida – de nomeação. A única brecha é aberta para reconhecer como tal o sócio detentor do “pacote accionista” de maioria que coloca como seus fiduciários os administradores de direito e que intervém nas reuniões do conselho e distribui as disposições e directivas a esses mesmos administradores (“testas-de-ferro”). Ou seja, o administrador indirecto consagrado pelos estudos de Ascarelli. E fora destas hipóteses estaria sempre o “usurpador”, a quem não se reconhece a qualidade de gerente, ainda que de facto, dos negócios do ente. Cfr. “L’azione di responsabilità...”, *loc. cit.*, pág. 177, *La responsabilità individuale...* cit., págs. 153-154, ss.

<sup>1458</sup> Assim, FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, pág. 160.

<sup>1459</sup> Como a participação em actos notariais ou outros actos formais que exigissem a comprovação escrita do poder de representação: FRANCO BONELLI, “La responsabilità dell’amministratore di fatto dell’amministratore di fatto”, *loc. cit.*, ns. (12) e (13) – págs. 111-112, ID., “La prima sentenza...”, *loc. cit.*, pág. 185, ID., *Gli amministratori...* cit. 1985, n. (215) – pág. 259, ID., *La responsabilità...* cit., n. (46) – pág. 129.

<sup>1460</sup> Como as providências de carácter publicitário ou o depósito de caução: FRANCO BONELLI, *últ. obs. e ests. cits.*

<sup>1461</sup> Esta mesma *restrição formalista* da administração de facto (com a *Bestellungsfiktion* que lhe está associada) caracterizou uma primeira fase de consideração jurisprudencial (civil-societária) da figura na Alemanha. A primeira decisão do **Reichsgericht** viu a luz do dia em **1909** e assinalou a responsabilidade por gestão negligente daquele que sem nomeação válida (*ohne in rechtswirksamer Weise bestellt zu sein*) realizou efectivamente as funções de administrador numa *GmbH* (cfr., por ex., URSULA STEIN, *Das faktische Organ* cit., págs. 8-9). Sentenças posteriores ancoraram a administração de facto na existência de um acto formal de nomeação, inválido ou tacitamente declarado, pelo menos com referência ao conhecimento e aquiescência dos sócios ou do *Aufsichtsrat*: **Reichsgericht** de **5 de Janeiro de 1934**; **BGH** de **20 de Janeiro de 1955** (in *GmbHR*, 1955, pág. 61: “quem dirige efectivamente a sociedade com o conhecimento do sócio”), de **10 de Junho de 1958** (in *NJW*, 1958, pág. 179), e de **6 de Abril de 1964** (in *NJW*, 1964, pág. 1367, ss). Na doutrina, esta compreensão perpassa nas precursoras págs. 211-212 de ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER. Mesmo recentemente ainda se reflecte esse legado inicial para que se possa convocar, em regra, o regime da administração (nomeadamente a responsabilidade) – por ex., entre outros que divulgarei a seu tempo, HANS-JOACHIM MERTENS, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz* cit., sub § 93, págs. 290-291, *Rdn.* 11-12; UWE HÜFFER, sub § 93, pág. 500, *Rdn.* 12.

A viragem para o relevo do exercício efectivo da actividade (sem curar da existência de um acto de nomeação) veio a ser adoptado ou indicado por arestos ulteriores – sempre do **BGH**: o mais importante é de **28 de Junho de 1966** (in *NJW*, 1966, pág. 2225, ss: um “*Strohmannfall*” em que o accionista único

Seja como for, a primeira das ficções retirava ao *elemento substancial* (ou *funcional*) uma real *capacidade selectiva* da figura do administrador de facto, reduzindo-se a uma “superestrutura” ou “complicação inútil” que nada acrescenta ao dado fenomenológico do exercício de facto das funções – ou a um mero “*alibi formalístico*” que ilude o verdadeiro problema <sup>1462</sup> –, quando a ele – *desempenho material de funções* – se reconduz a subsistência de qualquer exercício de qualificação de um sujeito como administrador de facto e de aplicação do regime jurídico do administrador de direito <sup>1463</sup>. O que acabou, contraditoriamente, por transparecer em

---

condenado, “abusando do poder económico e da faculdade de determinação jurídica”, era o verdadeiro gestor da empresa, seja no interior da sua organização, seja nas relações externas, actuando, nas palavras dos juízes, como “*oberster Chef*” ou “*Generalbewollmächtigter*”); v. depois os contributos das decisões de **17 de Abril de 1967** (in *NJW*, pág. 1711, ss); **18 de Outubro de 1976** (in *NJW*, 1977, pág. 199, s.); **9 de Julho de 1979** (in *NJW*, 1979, pág. 1823, ss: *caso Herstatt*) –, com abono dos mais relevantes Autores: v. g., ADOLF BAUMBACH/ALFRED HUECK/GÖTZ HUECK, *sub* § 93, pág. 289, *Rdn.* 2; JOACHIM MEYER-LANDRUT, *Aktiengesetz. Großkommentar cit.*, *sub* § 84, pág. 648, *Anm.* 18; WOLFGANG HEFERMEHL, *sub* § 93, pág. 273, *Rdn.* 8; WOLFGANG SCHILLING, “Grundlagen eines GmbH-Konzernrechts”, *Strukturen und Entwicklungen im Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht: Festschrift für Wolfgang Hefermehl zum 70. Geburtstag am 18. September 1976*, 1976, págs. 385-386; ECKARD REHBINDER, “Gesellschaftsrechtliche Probleme mehrstufiger Unternehmensverbindungen”, in *ZGR*, 1977, págs. 640-641, HANS-JOACHIM MERTENS, “Die Geschäftsführungshaftung in der GmbH und das ITT-Urteil”, *Festschrift für Robert Fischer*, 1979, págs. 464, 465-466: os três últimos Autores focando o sócio que influencia de facto e/ou se substitui ao administrador de direito no exercício de funções e assim se submete à responsabilidade do § 43 da GmbHG, a propósito do caso *ITT* do **BGH** de **5 de Junho de 1975** [responsabilidade de sócio maioritário de sociedade por quotas por *Treuepflichtverletzung*, por necessidade de atender aos interesses dos outros sócios (in *AG*, 1976, pág. 16, ss; entre nós, v. MENEZES CORDEIRO, *O levantamento...* cit., págs. 132-133, RICARDO COSTA, *A sociedade por quotas unipessoal...* cit., págs. 542-543, COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II cit., n. (253) – pág. 316]), mas em que o tribunal se pronunciou favoravelmente, também, à responsabilidade do sócio por prejudicial “influência decisiva” (*maßgebliche Beeinflussung*) sobre os negócios sociais e imposição da sua vontade, fácil e informalmente, junto da gerência (sobre essa *manifestação* do dever de lealdade dos sócios, especialmente os “dominantes”, v. KLAUS-PETER MARTENS, “Die GmbH und der Minderheitsschutz”, *GmbHR*, 1984, págs. 267-268, KARSTEN SCHMIDT, “Konkursverschleppungshaftung und Konkursverursachungshaftung...”, *loc. cit.*, pág. 1506, THOMAS RAISER/RÜDIGER VEIL, pág. 444).

Com base nessa pronúncia e reflexões teóricas a que deu azo, a doutrina alemã mais atenta à administração de facto desenhou essa mesma contrariedade ao “dever de lealdade” para com a sociedade – e consequente obrigação indemnizatória pelos danos causados – sempre que haja uma influência ou uma imposição dos sócios no sentido de os administradores de direito adoptarem decisões contra o interesse da sociedade, assim como uma actuação que os impeça de actuar ou que os conduza a actuar negligentemente ou desrespeitar os seus deveres – neste sentido, MARC DINKHOFF, págs. 67-68 (com outras referências), exemplificando com o atraso no requerimento de insolvência ou ordenar a celebração de um negócio desvantajoso. Antes, para a responsabilidade do “sócio dominante” por se ocupar directamente de tarefas de gestão ou influenciar indirectamente a administração, em desrespeito da lealdade exigida (e dos “limites materiais” do poder da maioria), URSULA STEIN, *Das faktische Organ* cit., págs. 179 e ss, em esp. 181, 182.

<sup>1462</sup> NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., pág. 238.

<sup>1463</sup> FRANCO BONELLI, “La prima sentenza...”, *loc. cit.*, pág. 185, ID., *Gli amministratori...* cit. 1985, n. (213) – pág. 258, ID., *La responsabilità...* cit., pág. 128, NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., pág. 238 (que acentuava serem os “critérios de identificação do administrador de facto que, ainda que sofrendo de insuprimíveis margens de discricionariedade, poderiam superar o ambíguo critério do “acto deliberativo implícito”), ID., “Dalle nebbie della finzione...”, *loc. cit.*, pág. 185, FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, pág. 160 (com um risco adicional: o de essa “superestrutura conceptual” se poder intrrometer no apuramento do concurso do sujeito não legitimado para a causação do dano e, dessa

algumas das mais emblemáticas pronúncias judicativas da tese formalística da “proposição irregular”<sup>1464</sup>, que demandavam o cumprimento em concreto de actos de gestão “próprios” do administrador e de “relevo primário para a actividade social”, para já não falar no comprovar de uma posição de verdadeiro “realizador” (*regista*) da condução da sociedade por parte do agente e de uma efectiva sobreposição do seu relacionamento com os administradores de direito. Isto é, valorizando contraditoriamente as “circunstâncias de facto da gestão”<sup>1465</sup>. Assumiu-se, em suma, uma delicada contradição argumentativa, bem vistas as coisas, que fazia com que não se figurasse uma investidura sempre que não se registasse uma *material* relação administrativa e, portanto e em rigor – ou seja, independentemente de haver ou ser construído um acto de nomeação –, se apurasse o “carácter circunscrito e esporádico dos actos gestórios colocados em prática” pelo sujeito<sup>1466</sup>.

Tornava-se, além do mais, inapropriada a demanda de uma “proposição irregular”. A irregularidade referia-se, no seu sentido mais restritivo, à não inscrição publicitária da nomeação; essa inobservância não preclui a eficácia da constituição da relação de administração – nesse caso, o sujeito designado deve ser considerado como *um administrador de direito e não de facto*. E conclusão análoga se deve tirar para os vícios intrínsecos da deliberação que comportem a simples anulabilidade: também nesta hipótese, a existência da deliberação basta para que produza efeitos, a não ser que se decrete judicialmente a anulação; o que exclui reconduzir a actuação do administrador a uma situação de facto.<sup>1467</sup> Assim, a única hipótese susceptível de configurar uma relação administrativa de facto seria aquela em que o exercício de funções gestórias fosse precedido por uma investidura baseada numa deliberação nula ou inexistente, o que seria uma hipótese “meramente escolástica”; e, mais a mais, não distinguia o “grau” de invalidade que afectava a deliberação, fazendo uma

---

forma, ser fonte de uma discricionariedade judicial substancialmente incontrolável na configuração dos pressupostos da responsabilidade), MASSIMILIANO SILVETTI, pág. 2302.

<sup>1464</sup> Refiro-me, nomeadamente, à **Corte di Cassazione – 19 de Dezembro de 1985 e 3 de Julho de 1998 –**, **Corte d’Appello de Milano – 28 de Março de 1980 e 27 de Abril de 1982 –**, **Tribunale de Milano de 11 de Dezembro de 1997** (cits. a ns. 1432 e 1447) e **Tribunale de Genova de 21 de Dezembro de 1993** (cfr. NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori...* cit., págs. 190 e ss).

<sup>1465</sup> FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, pág. 159.

<sup>1466</sup> NICCOLÒ ABRIANI, “Dalle nebbie della finzione...”, *loc. cit.*, pág. 185 e n. (32) – págs. 185-186.

<sup>1467</sup> GIUSEPPE RAGUSA MAGGIORE, *La responsabilità individuale...* cit., pág. 158, NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., págs. 164-165, 193-194, ID., “Dalle nebbie della finzione...”, *loc. cit.*, pág. 193, FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, n. (41) – pág. 144, pág. 163 e n. (98), LUIGI SALVATO, pág. 813, ELISABETTA VALERIO, pág. 1051.

equiparação indevida entre deliberações nulas e deliberações anuláveis quanto à natureza da retroactividade nas relações que se prolongam no tempo <sup>1468</sup>.

A construção doutrinal e jurisprudencial decaiu igualmente nas suas virtudes por mor do recurso à discutida categoria das deliberações sociais “implícitas” ou “tácitas” – isto é, as deliberações cujo objecto/pronúncia (positiva ou excludente) se abarque ou se suponha, como efeito necessário (através de um *nexo positivo de continência* ou de um *nexo negativo de incompatibilidade* <sup>1469</sup>), no conteúdo de uma deliberação expressa (sendo esta referente a assunto indicado na “ordem do dia”). Em Itália – simplificadamente –, vemos dois cenários. Ou essa categoria é radicalmente afastada, em nome das exigências informativas sobre os assuntos a tratar pelos sócios e das regras procedimentais que formatam a expressão da vontade dos sócios em assembleia – e, por conseguinte, asseguram o reconhecimento jurídico das deliberações que, por respeitarem a disciplina legal, se vêm como declarações imputáveis ao ente sociale à sua esfera organizativa <sup>1470</sup>. ou, ainda que estreitamente, é aceite como um *problema interpretativo* num plano de *coordenação entre elas*, se a deliberação a deduzir não revestir um objecto com autonomia e distinção em relação ao objecto da deliberação explícita e, em relação a esta, se constituir como um efeito (lógico e/ou jurídico) necessário e coessencial, isto é, representando *em termos concludentes* a deliberação implícita um pressuposto da finalidade a que aspira a deliberação expressa <sup>1471</sup>. Neste plano, não seria de aceitar que a nomeação de

---

<sup>1468</sup> ELISABETTA VALERIO, pág. 1051.

<sup>1469</sup> V. PAULO MOTA PINTO, *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, 1995, págs. 760 e ss.

<sup>1470</sup> ANTONIO SERRA, *L'assemblea: procedimento*, Trattato delle società per azioni, diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, volume 3, \* (1), *Assemblea*, 1994, págs. 110 e ss: quando muito, em caso de conexão e dependência entre a deliberação efectivamente tomada e aquela que dela se deduz, haverá uma deliberação única, com vários efeitos jurídicos.

<sup>1471</sup> E, além do mais, respeitando a deliberação expressa todos os requisitos necessários para a validade, formal e substancial, da deliberação implícita.

V., entre os mais significativos, GIUSEPPE ROMANO-PAVONI, pág. 76, LINA GRISENTI, “Note sull’art. 2377, ultimo comma, c. c. e sulle «deliberazioni implicite» nelle società de capitali”, *Riv. soc.*, 1968, págs. 606 e ss, em esp. 608-609 (requer-se ainda, para além da concludência, que o significado implicitamente retirado por “ilação lógica” seja objecto de uma volição precisa por parte da sociedade no decurso do “procedimento levado a cabo na assembleia”, de acordo com a consideração dos assuntos objecto de debate e os conhecimentos submetidos ao exame dos sócios nessa mesma assembleia), PAOLO FERRO-LUZZI, “In tema di deliberazione assembleare implicita”, *Riv. dir. comm.*, 1969, II, págs. 181 e ss, ALESSANDRO BORGIOI, “L’amministratore «di fatto» non fallisce”, *loc. cit.*, pág. 605, PAOLO REVIGLIONO, *La «sostituzione» delle deliberazioni invalide dell’assemblea di società per azioni*, 1995, págs. 107 e ss (com um critério *objectivo* de apreensão do conteúdo da vontade implícita como parte integrante do “valor” e função que a deliberação expressa é idónea a exprimir), GIACOMO BEL, “Sulle delibere implicite, con particolare riferimento al compenso degli amministratori. Il commento”, *Società*, 2009, págs. 36 e ss.

administrador pudesse constituir o “pressuposto indefectível” de uma outra deliberação social sempre que não surgisse como *conditio sine qua non* dos efeitos da deliberação explícita. O exemplo crítico era o da deliberação de aprovação das “contas do exercício” da sociedade, utilizado pela decisão de **12 de Janeiro de 1984 da Corte di Cassazione**, que não apresentaria uma conexão imediata e evidente com a suposta nomeação do administrador, afogando-se tal recurso na fragilidade e no artifício de um procedimento lógico que aspirava a retroagir indefinidamente tal deliberação expressa durante todo o período de exercício da actividade do administrador informal.<sup>1472</sup> Mas ainda mais. A importação da categoria das deliberações tácitas

---

Entre nós, VASCO LOBO XAVIER, *Anulação de deliberação social...* cit., págs. 465 e ss, ainda que, melhor, se devessem considerar os *votos* tácitos (as verdadeiras declarações de vontade), que indirecta ou obliquamente manifestam um certo conteúdo de vontade por parte dos sócios que os emitiram, deu respaldo a esta admissibilidade limitada pela conexão (*ligação íntima*) entre a deliberação explícita e a deliberação implícita – “quando assim tiver de concluir um «médio participante no tráfico» que tenha conhecimento do teor daquela primeira e das demais circunstâncias do processo deliberativo documentadas na acta e no aviso convocatório” –, desde que se observem, no processo de formação da deliberação expressa, as prescrições legais ou estatutárias cuja aplicação seja reclamada pelo conteúdo particular da deliberação tácita. No mesmo sentido, RAÚL VENTURA, *Dissolução e liquidação...* cit., sub art. 141º, pág. 62 (quanto à deliberação tácita de dissolução), PINTO FURTADO, *Deliberações dos sócios...* cit., págs. 160 e ss, ID., *Deliberações de sociedades comerciais* cit., págs. 389 e ss, em esp. págs. 395-396 (“aquela que, não tendo sido formalmente emitida, se restrinja ao mero conteúdo que se deduz do constante de uma deliberação formalmente adoptada, que com toda a probabilidade o revele”), EDUARDO LUCAS COELHO, *A formação das deliberações sociais. Assembleia geral das sociedades anónimas*, 1994, n. (128) – pág. 99 (“pode acontecer que determinada solução resulte, na verdade, inequívoca e concludente, do desenvolvimento de uma discussão no seio dos membros do órgão”), RICARDO COSTA, “Art. 15º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord.: J. M. Coutinho de Abreu, Volume I (Artigos 1.º a 84.º), 2010, págs. 279-280 (para a “prorrogação” tácita da sociedade dissolvida depois do decurso do prazo estatutário de duração, nos termos do art. 15º, n.º 2, 2.ª parte).

Todavia – realçou o Professor coimbrão a págs. 470-472, o que tem interesse para a reflexão sobre a evolução italiana –, só deliberações expressas são susceptíveis de constituir *facta concludentia* em que assente uma deliberação tácita ou implícita. “Não pode assumir este significado a conduta dos sócios fora da assembleia geral ou (...) não traduzida numa deliberação escrita...”. E exemplificava com toda a acuidade para o nosso estudo: “... se um sócio de uma sociedade por quotas se atribui a qualidade de gerente e como tal procede [nota: *percepção por Vasco Lobo Xavier da plausibilidade de um gerente de facto*], com a *aquiescência dos seus consócios*, esta última atitude, quando não se revele por uma qualquer deliberação social, é inidónea para poder falar-se numa designação tácita” (destaquei) – ou seja, uma posição contrária à tese de Minervini; e, já agora, consentânea com a pouca divulgada corrente de FRANCESCO GALGANO, *Il contratto di società. Le società di persone*, 1973, págs. 100 e ss, mas também de GIUSEPPE ROMANO-PAVONI, pág. 75 (distinguindo entre deliberações “tácitas”, inadmissíveis por serem deduzidas fora de deliberações expressas, e deliberações “implícitas”), e LINA GRISENTI, pág. 606.

<sup>1472</sup> Assim, cfr. NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., págs. 197-198, FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, pág. 162.

Porém, uma vez concluída *interpretativamente* essa conexão (de acordo com o padrão geral da “impressão do destinatário”: art. 236º, n.º 1, CCiv.) em termos de isolar por via indirecta ou oblíqua, *em face dos elementos e circunstâncias concretos*, e de acordo com *um elevado grau de probabilidade*, a vontade de encarregar alguém da função administrativa, creio que não estaria fora de ponderação lançar mão de uma deliberação tácita de designação dos administradores, de acordo com o comando do art. 217º, n.º 1, 2.ª parte, do CCiv. (porventura conjugada com a aceitação do administrador vista no início das decisões e actos de gestão adoptados) – sobre a interpretação (*normativa e exterior*) do “comportamento concludente” como

tinha levado a uma petição de princípio e a uma manifesta entorse conceitual, a partir do momento em que a ela se associavam actos concludentes do órgão de administração, bem como dos sócios, mas fora do procedimento da assembleia e da tomada de deliberações <sup>1473</sup> – o que acabou por fazer malograr o intento selectivo que, pelo menos na origem, inspirava a *reductio* do conceito de administrador de facto ao cenário patente num acto de nomeação irregular ou implícito <sup>1474</sup>.

Num outro campo, convém acrescentar que a restrição derivada da linha formalística – não tão ampla como se prefiguraria, como acabámos de ver – prejudica radicalmente a abrangência da tipologia de condutas, influências ou co-determinações *externas* que exorbitem do plano de construção do modelo de uma “proposição” ou “mandato” institutório – em geral referindo-se a sujeitos que,

---

elemento objectivo da declaração tácita, v., desenvolvidamente, PAULO MOTA PINTO, *Declaração tácita...* cit., págs. 746 e ss, e, mais especificamente sobre a conexão entre os factos concludentes e a declaração tácita, através das categorias do “enunciado pressuposto” e do “enunciado implícito”, CARLOS FERREIRA DE ALMEIDA, *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, vol. II, 1992, págs. 721 e ss. Mesmo na hipótese da deliberação que aprova o relatório de gestão e os “documentos contabilístico-financeiros” (deliberação essa que, de acordo com o reconhecimento expresso do art. 74º, n.º 3, pode fundamentar deliberações tácitas de renúncia aos direitos de indemnização da sociedade contra os administradores), nomeadamente se a administração estivesse a cargo em exclusivo ao gestor officioso e não houvesse administradores de direito ou estes fossem completamente abstencionistas ou meros “testas-de-ferro” subordinados aos ditames do administrador de facto, haveria que considerar essa atribuição tácita da condição de administrador, por ela estar *pressuposta* na deliberação expressa (assim, ALESSANDRO BORGIOLO, “L’amministratore «di fatto» non fallisce”, *loc. cit.*, págs. 606 e ss: “vontade implícita de considerá-lo como apresentado [o documento] por quem fosse para isso legitimado”; ademais, na perspectiva do Autor, desde o momento da aprovação do “balanço” que se transformaria o sujeito em administrador de direito, “enquanto investido (ainda que implicitamente) nas suas funções por vontade da assembleia”). Outras hipóteses credíveis seriam a deliberação que decide a acção de responsabilidade proposta contra sujeito que administrara a sociedade sem ser administrador formal ou aqueloutra que vende um estabelecimento em assembleia, sob proposta do sócio que gere de facto (v. RICARDO COSTA, “Responsabilidade civil societária...”, *loc. cit.*, pág. 38).

Essa deliberação expressa serve de *instrumento de comprovação da vontade indirecta de reconhecimento* da actuação do administrador de facto. Nesse momento, podemos entender que a averiguação de um efectivo conhecimento e/ou consentimento dos sócios é feita *positivamente* no que toca a esse pressuposto-efeito *reflexo* ou *indirecto* da deliberação explícita (aparentemente neste sentido, v. FABRIZIO GUERRERA, *ibid.*, págs. 162-163; contra, pois não admite imaginável uma deliberação que pressuponha necessariamente a condição de administrador de um sujeito, v. JOSÉ LUIZ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., págs. 124-125, Autor que apenas reconhece a utilidade da categoria das deliberações implícitas para uma concepção formalista de administrador, falecendo quando se opta por uma concepção substancial). Em rigor, por isso, julgo que, mais do que e para além de pugnar por uma deliberação tácita de nomeação do administrador (com efeitos também *ex tunc*), deveremos entender que dessas deliberações resulta *um efeito jurídico não expresso e diverso em relação ao seu conteúdo*, por haver entre a deliberação e esse efeito uma *concatenação lógica*. Esse efeito é esse conhecimento e/ou consentimento, que, como veremos, é pressuposto da *relevância jurídica* da ingerência e/ou influência do administrador de facto (v. *infra*, ponto 11.4. e n. 1846).

<sup>1473</sup> NICCOLÒ ABRIANI, *últ. ob. cit.*, págs. 198-199. No mesmo sentido, mas vendo então a consequência abonatória de desencorajar os “estratagemas” excogitados para gerir sem responsabilidade, VINCENZO ALLEGRI, “Gli amministratori”, *loc. cit.* 1993, pág. 299.

<sup>1474</sup> NICCOLÒ ABRIANI, *últ. ob. cit.*, págs. 199-200.

independentemente de qualquer investidura-título, se ingerem na administração e avocam os poderes que respeitam ao administradores regularmente designados –, como são notoriamente as circunstâncias do exercício do poder de controlo do sócio maioritário <sup>1475</sup> ou da “direcção unitária” nas sociedades em relação de domínio. E ainda a de todos aqueles terceiros que tenham uma relação jurídica (*maxime*, contratual ou laboral) com a sociedade e que possam, legitimamente, invocar o seu *alheamento formal para com a organização societária*. <sup>1476</sup> De tal modo que, insatisfatoriamente, o exercício ilegítimo dos poderes administrativos *sem ligação com uma investidura formal* constituiria causa de isenção da responsabilidade civil própria dos actos de gestão social <sup>1477</sup>.

Por fim, mesmo que o exercício das funções gestórias encontrasse um *princípio de legitimação* numa deliberação inválida e ineficaz do órgão competente, a integração do agente na organização da sociedade, mesmo assim, estaria subtraído a um valor *jurídico-formal*. Na verdade, como se viu, o *relevo societário* da actividade do administrador funda-se sobre pressupostos estritamente *normativos* – reconduzidos às *várias formas de designação dos administradores* –, que, afectados, ferem a legitimidade do comportamento do administrador e não podem ser supridos por uma vontade de proposição a um cargo <sup>1478</sup> – ou por um radicalismo no entendimento da relação administrativa como relação de *mandato* com a sociedade <sup>1479</sup>.

---

<sup>1475</sup> Pioneiro foi GIUSEPPE RAGUSA MAGGIORE, “Note *Bundesgerichtshof*, 28 giugno 1966”, *Dir. Fall.*, 1967, II, pág. 237, *La responsabilità individuale...* cit., pág. 154, que realçou desde logo como possíveis administradores de facto os sócios maioritários que proferem as disposições e as directivas a realizar pelos administradores e intervêm nas reuniões do conselho. Mais tarde, v. FRANCESCO FERRARA Jr./FRANCESCO CORSI, *Gli imprenditori...* cit. 1999, págs. 584-585 e n. (2), incluindo o sócio *sovrano* (que torna meros fiduciários os administradores nomeados: cfr. n. (1) – pág. 392) e o sócio *tiranno* (que trata directamente dos negócios sociais).

<sup>1476</sup> São observações fundamentais encontradas na dogmática crítica de ANDREA FATTORI, “Amministrazione di fatto e azione...”, *loc. cit.*, pág. 255, ID., “Attribuzione della qualifica di amministratore...”, *loc. cit.*, pág. 932, ID., “Amministratore di fatto di società di capitali: natura e responsabilità. Il commento”, *Società*, 1998, pág. 805, FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, págs. 160 e ss, ORESTE CIPOLLA, pág. 256, MASSIMILIANO SILVETTI, pág. 2302.

<sup>1477</sup> FRANCO BONELLI, “La responsabilità dell’amministratore di fatto”, *loc. cit.*, pág. 112, ID., *La responsabilità...* cit., págs. 126-127, ANDREA FATTORI, “Amministrazione di fatto e azione...”, *loc. cit.*, pág. 255, “Attribuzione della qualifica...”, *loc. cit.*, pág. 932, PAOLA BALZARINI, “I nuovi orientamenti della Corte di Cassazione in tema di responsabilità degli amministratori”, *Resp. civ. prev.*, 1999, pág. 1335, PAOLA FERRARI BRAVO, pág. 466, ROLANDINO GUIDOTTI, pág. 771.

<sup>1478</sup> Ainda FABRIZIO GUERRERA, *últ. est. e loc. cits.*, pág. 163.

<sup>1479</sup> Que, especialmente para a jurisprudência maioritária “pré-1999”, permitiria conjugar a natureza *contratual* da responsabilidade (*maxime*, em face da sociedade: v. o nosso art. 72º) com a acção social contra quem não dispunha de um vínculo respeitador da lei (cfr., por ex., CARLO GIANNATTASIO, págs. 248-249, GIOVANNI LO CASCIO, pág. 197, GIANNI MIGNONE, “Nota a Trib. Torino, 5 luglio 1988”, *loc. cit.*, pág. 717) por força, ainda, da inobservância de uma obrigação *ex contractu*. Criticamente, dando conta

Ao invés, essa vontade nada acrescenta ao tipo de actividade concretamente exercida – o aludido *exercício de facto das funções* –, que deve ser o requisito chamado para inserir o agente na organização do “grupo” (=entidade societária). Interessa afastar índices formais de importância discutível, que suportem uma figura “ficticiamente institucional”<sup>1480</sup> e a “ossifiquem” sem curar da sua delimitação substancial<sup>1481</sup>, e denotar essa inserção na sua *dimensão factual*, em articulado com a *dinâmica da acção colectiva* da sociedade. A conduta do sujeito é apreendida na sua coordenação com os actos próprios dos órgãos sociais, de forma a surpreender o *contributo real dessa conduta para os resultados práticos da actividade social*.<sup>1482</sup>

Atentos os defeitos, a **Corte di Cassazione** superou *ex professo* a concepção formalística com o *revirement* das decisões de **6 de Março**<sup>1483</sup> e de **14 de Setembro de 1999**<sup>1484</sup>. A primeira consagra algumas máximas: a) as normas que disciplinam a responsabilidade dos administradores de uma sociedade de capitais são aplicáveis também àqueles que, de facto, se intrometem na gestão da sociedade na ausência de uma qualquer investidura, ainda que seja irregular ou implícita, da assembleia; b) os responsáveis pelas violações das normas em sede de responsabilidade dos administradores devem ser individualizados *não com base na sua qualificação formal*, mas com relação às *funções concretamente exercidas*; c) em presença de *determinadas condições*, as relações sociais-administrativas de natureza obrigacional estabelecem-

---

da revisão doutrinal da clássica “teoria do mandato” como explicação da situação jurídica dos administradores, revisão que se suportou na duplicidade (*legal e convencional*) das fontes das obrigações dos administradores (v. ARIBERTO MIGNOLI/RAFFAELE NOBILI, “Amministratori (di società)”, *ED*, 1958, II, pág.131, VINCENZO ALLEGRI, *Contributo allo studio...* cit., págs. 53 e ss, em esp. 61-62, 140 e ss – responsabilidade *obrigacional* em vez de responsabilidade contratual –, CARLO ANGELICI, “Società per azioni e in accomandita per azioni”, *ED*, 1990, pág. 1007, FRANCESCO GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. III cit., págs. 256 e ss; FRANCESCO FERRARA Jr./FRANCESCO CORSI, *Gli imprenditori...* cit. 1999, págs. 557 e ss; ALESSANDRO BAUDINO, “Le linee guida della riforma; poteri, doveri e responsabilità degli organi amministrativi e di controllo nel nuovo sistema del diritto societario”, *Il nuovo diritto penale delle società. Le previsioni sanzionatorie fra vecchia e nuova disciplina delle società di capitali e delle cooperative*, Autore: Ciro Santoriello, 2003, pág. 404, GAETANO PRESTI/MATTEO RESCIGNO, pág. 155), v. NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori...* cit., págs. 205 e ss.

<sup>1480</sup> VINCENZO FERRO, “Responsabilità dell’amministratore di fatto”, *loc. cit.*, pág. 911.

<sup>1481</sup> NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., pág. 37, MASSIMILIANO SILVETTI, pág. 2301.

<sup>1482</sup> Em termos próximos, FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, pág. 163. Também ANDREA PERRONE, pág. 1402: a consideração do conteúdo das funções concretamente exercidas permite “determinar a repetição de um contacto social idóneo a fundar um vínculo obrigacional e consequentemente uma eventual responsabilidade contratual perante a sociedade”.

<sup>1483</sup> In *Giur. It.*, 2000, pág. 771, ss (processo n.º 1925), em esp. 1325-1326. Em concreto, um terceiro tinha assumido a gestão depois da fuga para o estrangeiro do administrador de direito único.

<sup>1484</sup> In *Giust. civ.*, 2000, pág. 79, ss (processo n.º 9795). Estava em causa um sócio que se apresentava como “director geral” e que “assinava pela sociedade”.



se mesmo que não se realize ou não seja perfeitamente cumprido o “modelo legal típico”<sup>1485</sup>. A segunda decisão confirma que os responsáveis pela violação das normas colocadas em protecção da gestão correcta da sociedade por acções não são determinados tendo por base a sua qualificação formal mas sim pelo *conteúdo das funções por eles concretamente exercidos, mesmo na falta de uma investidura por parte da sociedade*.<sup>1486</sup>

Colocando de lado a prescrição de um acto formal, recupera-se toda a importância do requisito *substancial*, isto é, a gestão da empresa social por parte do sujeito ilegítimo. Faz-se o trânsito do *âmbito conceitual* do sujeito (e da sua qualificação *formal* na etapa da sua designação) para o *âmbito objectivo e funcional do exercício efectivo dos poderes* de administração. Ou, se quisermos, para o âmbito da *fase executiva* da relação administrativa, já que a administração *extra-institucional*, enquanto relação ou situação de facto, nasce por si só e por definição na *execução* de uma situação próxima da relação formal – ou formalizada –, assente na prática de, *prima facie*, uma série de actos de administração).<sup>1487</sup>

---

<sup>1485</sup> E concluiu-se: “a diferenciação entre responsabilidade contratual e responsabilidade extra-contratual é indagada (não já na fonte, mas) na natureza da situação jurídica violada”.

<sup>1486</sup> De então para cá, a jurisprudência estabilizou nesta concepção: **Corte di Cassazione de 27 de Fevereiro de 2002** (in *Giur. It.*, 2002, pág. 1424, ss), **15 de Fevereiro de 2005** (loc. cit. a n. 877), **12 de Março de 2008** (in *Società*, 2008, pág. 1226, s.) e de **21 de Maio de 2008** (in *Giur. It.*, 2008, pág. 2740, ss), **Corte d’Appello de Milano de 26 de Setembro de 2000** (in *Giur. comm.*, 2001, II, pág. 562, ss) e de **4 de Maio de 2001** (in *Giur. It.*, 2001, pág. 1229, ss), **Tribunale de Coneo de 18 de Dezembro de 2001** (in *Giur. It.*, 2002, pág. 317, ss), **Tribunale de Torino de 14 de Fevereiro de 2002** (in *Giur. It.*, 2002, pág. 1012, ss) e de **6 de Maio de 2005** (in *Giur. It.*, 2005, pág. 1858, ss), **Tribunale de Milano de 13 de Janeiro de 2006** (in *Giur. It.*, 2006, pág. 977, s.) e de **18 de Outubro de 2007** (in *Società*, 2008, pág. 1521, ss), **Tribunale de Roma de 27 de Janeiro de 2006** (in *Dir. Fall.*, 2007, II, pág. 466, ss).

Porém, refira-se que nem todos viram com bons olhos a “rectificação” jurisprudencial, pois o delineamento tradicional com referência à existência ou não de investidura formal – que já levava ao limite a extensão do administrador de facto e se viciara pela pretensa equivalência entre administradores de direito e de facto – deveria ser abandonado por impróprio, a fim de a responsabilização do *extraneus* se ancorar somente e em definitivo na referência ao exercício dos *poderes típicos* do administrador: v. MICHELLE MOZARELLI, pág. 575. Assim se compreende a observação dogmática de que essa “rectificação” não pode levar à *equiparação superficial* entre as duas posições – a de administrador de direito e a de administrador de facto –, sob pena de se iludir a competência da assembleia em sede de nomeação dos administradores e não se providenciar a distinção entre os sujeitos actuantes: GASTONE COTTINO, *Diritto societario* cit., págs. 389-390, MARINA SPIOTTA, “Note Tribunale Milano, 21 maggio 2008”, *loc. cit.*, pág. 2742. Salvaguardando a equiparação no facto de a responsabilidade dos administradores de facto ainda ser referida à “violação de deveres resultantes do acto constitutivo”, v. MASSIMO FRANZONI, *Gli amministratori e i sindaci* cit., págs. 346-347.

<sup>1487</sup> Cfr. NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., págs. 212, 216, “Dalle nebbie della finzione...”, *loc. cit.*, pág. 188, PAOLO CECCHI, págs. 694, 695, ELISABETTA VALERIO, pág. 1052, JOSÉ LUIZ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., pág. 133; já o sublinhei em “Responsabilidade civil societária...”, *loc. cit.*, pág. 39.

Em conclusão: *respondo com um não* à pergunta enunciada *ab initio*. “O vocábulo ‘administrador’ está ligado à raiz verbal ‘administrar’, que coloca o acento no exercício de uma actividade definida e se reconduz ao dinamismo da função, mais do que à fonte da legitimação”<sup>1488</sup>. Se o administrador *informal* constitui o *reflexo imperfeito* do administrador formal ou de direito – deste afastando-se em razão da ausência de uma nomeação regular, válida e eficaz –, a posição jurídica de administrador de facto remete para *um verdadeiro administrador que administra* a partir de um *nexo de funcionalidade*, em detrimento de um *nexo de organicidade pura* que, por definição, essa mesma posição não pode apresentar na falta de designação (ou designação regular). É o desempenho das funções típicas e próprias de administração que vinculará o sujeito fáctico com o *programa societário* e que justificará a sua condição jurídica no momento da *execução* da função administrativa<sup>1489</sup>. E que, mais que tudo, uniformiza as diferentes hipóteses de administrador de facto – com título viciado e ineficaz supervenientemente, sem título e com título caducado<sup>1490</sup>. Deste modo, é essa actuação funcional que espoleta uma *aparência de posição orgânica merecedora de enquadramento e de tutela* (resultante de uma designação, ainda que viciada originariamente ou extinta supervenientemente nos seus efeitos, ou de uma actuação sem designação)<sup>1491</sup> – ou, direi, um verdadeiro nexo de *organicidade impura* –, que torna indiferente que essa conduta se legitime formalmente numa qualquer nomeação ou na construção fictícia de uma nomeação.

A tal conclusão conforta ainda a superação de uma visão *contratualista* da génese da relação administrativa (muito ligada ao abandono do contrato de mandato – e dos administradores como mandatários dos sócios ou da assembleia geral – como “francesismo” inapto para explicar as relações entre a sociedade e os seus administradores e a posição destes em relação à sociedade como organização

---

<sup>1488</sup> MARINA SPIOTTA, *últ. est. e loc. cits.*, n. (5) – pág. 2742.

<sup>1489</sup> Neste sentido, para o direito alemão, HOLGER FLEISCHER, “Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit...”, *loc. cit.*, pág. 524. Também exalçando como critério reitor a assunção de uma posição típica como órgão de administração, v., na Suíça, a doutrina de PETER FORSTMOSER, “Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht”, *loc. cit.*, págs. 146-147, 147-148. No direito espanhol, JOSÉ LUIZ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., pág. 185, NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., págs. 92-93.

<sup>1490</sup> FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, pág. 141.

<sup>1491</sup> Assim, no direito espanhol, JESÚS QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil...* cit., pág. 353 (em parte), e NURIA LATORRE CHINER, *últ. ob. cit.*, págs. 91-92, 182-183.

corporativa <sup>1492</sup>), tendo em conta que a *contratualidade* (e um esquema de proposta-aceitação) se entrincheira muito *residualmente* no conjunto *amplo* de *modos de designação* dos administradores (manifestamente existirá na nomeação por intermédio do contrato de sociedade, se o administrador nomeado é sócio) e é alheia à restante pluralidade desses mesmos modos (nomeadamente na deliberação por órgão social) <sup>1493</sup>, conjunto esse que se submete à relação orgânica que permite gerar<sup>1494, 1495</sup>

---

<sup>1492</sup> Superação essa deveras examinada pelos nossos melhores Autores, durante a vigência do CCom. (em que os arts. 172º, 173º e 192º se referiam ao «mandato»: para uma exposição da doutrina favorável, v. PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de gestão...* cit., págs. 21 e ss, 441-442) e depois da entrada em vigor do CSC: RAÚL VENTURA, *Sociedades comerciais: dissolução e liquidação* cit., págs. 128 e ss, 141, realçando que os efeitos referidos à nomeação do administrador estão consignados na lei e não são efeitos de qualquer mandato; FERRER CORREIA, *Lições de direito comercial*, vol. II cit., págs. 325 e ss, sublinhando as “diferenças estruturais” entre a administração das sociedades e o mandato do direito civil: a) o mandato supõe a atribuição voluntária e livre (não indispensável) de poderes, a actividade dos administradores é imprescindível e não apenas utilizada para potenciar a actividade social; b) o mandatário é subordinado em relação ao mandante, o administrador é autónomo, dentro dos limites impostos pela lei e pelo contrato; c) o mandato é conferido para a prática de “actos jurídicos”, ao administrador compete a direcção técnico-económica da empresa, englobando-se a prática de “operações puramente materiais”; PINTO FURTADO, *Código Comercial anotado*, volume II, tomo I cit., *sub art.* 171º, págs. 316-317, advertindo que o mandante é livre de realizar ele próprio o acto, em vez de conferir poderes a outrem, ao contrário da representação social-orgânica, em que a sociedade só o pode celebrar através do órgão respectivo, e, por outro lado, que a competência funcional do órgão de administração não provém de acto da assembleia geral (como se de um “mandante” se tratasse) mas directamente da lei; ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, págs. 273 e ss, enfatizando a concreção das sociedades através do recurso a órgãos – e não através de mandatários – que realizam actos imputados directamente à pessoa colectiva e a respectiva concordância entre a imputação jurídica e o centro de referência da produção dos efeitos do acto – enquanto os actos do mandatário são sempre actos do representante, imputando-se ao representado não o acto mas sim os seus efeitos; ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Os poderes de representação...* cit., págs. 37 e ss, em esp. 42-43, concluindo pela inconciliação da natureza e da disciplina do mandato com a autonomia de quem tem a administração; e MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil...* cit., págs. 337 e ss, e *Manual de direito das sociedades*, I vol. cit., págs. 856 e ss, aludindo à “crítica interna, de origem alemã” – relacionada com a própria natureza do mandato – e à “crítica externa, de base italiana” – ligada ao âmbito das funções do administrador, retiradas da lei e alheias ao mandato comum –, em relação à influência que vinha do art. 31º do *Code de Commerce* de 1807. Porém, no EGP, o legislador ainda se manifesta influenciado pela concepção do mandato: cfr. arts. 15º, 22º, n.º 6, 24º, n.º 3, 25º, n.º 3, 26º, n.º 3, 30º, n.º 1, al. a), 39º, n.ºs 1 e 4 (criticamente, COUTINHO DE ABREU, “Sobre os gestores públicos”, *loc. cit.*, pág. 34: “os actos de nomeação e de eleição dos gestores públicos (...) são actos unilaterais jurídico-administrativos (resoluções ministeriais) ou jurídico-privados, cuja eficácia depende da aceitação dos designados”).

Lá fora, v., exemplarmente nessa superação, JEAN-PIERRE BERDAH, *passim*, em esp. págs. págs. 20-22, 31-32, 47-48, 52-54, 68 e ss (nomeadamente 70-71, 77-78), 122-123; VINCENZO CALANDRA BUONAURA, *Gestione dell'impresa...* cit., págs. 98 e ss, 296 e ss, YVES GUYON, “Remarques critiques...”, *loc. cit.*, págs. 294-295, 299.

<sup>1493</sup> Remeto para OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito comercial*, volume IV cit., págs. 449-450, PINTO FURTADO, *Curso de direito das sociedades* cit., págs. 340-341, MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, I volume cit., págs. 877 e ss, COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II cit., pág. 581.

Não obstante, em nome da defesa do contratualismo para fundar a nomeação e aceitação do cargo de administrador (nomeadamente, através de um “contrato de administração”), v. a doutrina de RAÚL VENTURA/BRITO CORREIA, págs. 53, 92-93; AGOSTINHO CARDOSO GUEDES, págs. 145 e ss, em esp. 147; RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas. Comentário...*, volume III cit., *sub art.* 252º, págs. 31 e ss, em esp. 33

### 11.1.3. Os testes da jurisprudência inglesa - “holding out test” e “equal footing test” - e a averiguação superadora dos “factos relevantes” (o “método indiciário”)

Sendo *material* a linha de busca da administração de facto *relevante*, é fulcral elencar os instrumentos que nos possam encaminhar nessa exegese. Para isso, afigura-se importante chamar à colação a interessante evolução, neste ponto, da jurisprudência inglesa, ainda que a decomposição dos seus auxílios não fique só por este ponto. Com efeito, ela destacou-se pelo empenho em joear *testes de comprovação* das actividades de um *de facto director*. A dificuldade em formular um teste *uniforme*, na medida em que as circunstâncias e os factores relevantes para a

---

(“Havendo um só acto, criador duma só relação, a sua natureza contratual é evidente, pois não se concebe outra forma, em direito privado, de as duas vontades se combinarem para produzirem a relação”) – mas, antes do CSC, o Professor lisboeta tinha manifestado, a propósito da nomeação dos administradores e dos liquidatários, uma clara apologia da teoria unilateralista: v., em esp., *Sociedades comerciais: dissolução e liquidação* cit., págs. 130-131, 146, 163-164 (e cfr. *supra*, n. 774); BRITO CORREIA, *Os administradores de sociedades anónimas* cit., págs. 460 e ss, 495-496, 805, ID., “Admissibilidade de remuneração variável de um gerente de sociedade por quotas”, *DSR*, 2009, vol. 2, págs. 11 e ss; JOÃO LABAREDA, “A cessação da relação de administração”, *loc. cit.*, págs. 68-69 [a índole contratual da relação é a mais adequada, “mesmo nos casos em que, por imposição legal ou estatutária, a escolha dos titulares da gestão ou de alguns deles não é feita pelo colectivo dos sócios”], 147 (o contrato de administração integra-se no “género mais vasto da prestação de serviços”), 149; PUPO CORREIA, *Direito comercial...* cit., págs. 240-241 (trata-se de “um contrato inominado e atípico, que se rege pelas regras do mandato”); ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, págs. 253 e ss; ISABEL MOUSINHO DE FIGUEIREDO, págs. 576 e ss, 595-596 (mas distinguindo entre o “substrato obrigacional da relação entre duas entidades autónomas – a pessoa que exerce o cargo de administrador e a sociedade” – e o “substrato organizacional interno para que a sociedade possa actuar e relacionar-se com terceiros”); PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de gestão...* cit., págs. 28-30 (sendo o contrato de administração formado pela declaração de designação e pela declaração de aceitação), 102-103, 130-1331 (sendo a designação uma proposta contratual que, em conjunto com a aceitação, gera os deveres gestórios e o poder de representação dos administradores), 140 (surgindo os poderes normativos ou competências e as imposições normativas (ou deveres) na esfera jurídico dos administradores por força da designação e da aceitação do contrato), 155 e ss, 485 (sendo o contrato de administração um “tipo contratual autónomo” que se traduz numa “prestação de serviço por conta e no interesse de outrem); uma cons. Acs. da **Relação do Porto de 12 de Dezembro de 1994** (in *CJ*, 1994, V, pág. 228, ss: pontos I e II do Sumário, págs. 229-230 [“Existem tantos contratos de administração quantas as vezes que o administrador consiga as suas sucessivas reeleições.”]), da **Relação de Lisboa de 26 de Fevereiro de 2009** (in *www.dgsi.pt*, processo 10770/08.2), e do **STJ**, de **14 de Fevereiro de 1995** (in *BMJ* n.º 444, 1995, pág. 650 e ss: ponto III do Sumário e pág. 659), de **23 de Maio de 2002** (in *www.dgsi.pt*, processo 02B1152: ainda “contrato de mandato”, em que os administradores agem nas relações externas como mandatários da representada, sem prejuízo de a administração funcionar como órgão da sociedade na deliberação e gestão dos actos a praticar), de **23 de Janeiro de 2003** (in *www.dgsi.pt*, processo 03S2053, ponto VI do Sumário: “o vínculo entre a pessoa colectiva e o gestor (...), que actua com autonomia, sem controle ou superintendência de outrem, e em representação da pessoa colectiva, reveste geralmente a natureza jurídica do “mandato”, embora possa ser retribuído, ou, mais especificamente, de “contrato de administração”), e de **29 de Abril de 2004** (in *www.dgsi.pt*, processo 05B489: também como “contrato de prestação de serviço na modalidade de mandato, de interesse comum”).

<sup>1494</sup> V. *supra*, parte II, ponto 8.1.1.

<sup>1495</sup> Para a prossecução e conclusão deste caminho dogmático, v. *infra*, Parte III, cap. 1.º, ponto 12., em esp. 12.3.

identificação de um administrador de facto não são necessariamente da mesma natureza e não encaixam da mesma forma nos parâmetros de um único e só teste a prescrever <sup>1496</sup>, resultou na emergência de *dois testes* independentes entre si: o “*holding out test*” e o “*equal footing test*”. <sup>1497</sup>

\*

O “*holding out test*” foi gizado em *Re Hydrodam (Corby) Ltd*, de **17 de Dezembro de 1993**, pela **Chancery Division** <sup>1498</sup>, aresto que se debruçou sobre a qualidade de administrador de facto da sociedade – e/ou dos seus administradores de direito – que detinha, indirectamente, o domínio total da *Hydrodam (Corby) Ltd* (enquanto sociedade “*wholly-owned subsidiary*”). Para esse desiderato foram indigitadas duas componentes com igual peso: em primeiro lugar, a sociedade teria que reconhecer que o sujeito actuou na qualidade(-aptidão) de administrador, que concorda e participa nesse reconhecimento uma vez que reclama e dá a entender ser administrador, ainda que não tenha sido validamente designado como administrador; depois, é necessário provar que exerceu funções em relação à sociedade que só poderiam ser desempenhadas a título próprio por um administrador de direito, de tal forma que a participação na estrutura gestória da sociedade é a correspondente (ou comparável) à que é esperada do administrador *de iure*. Aqui, o juiz Millet esclareceu que não seria suficiente demonstrar que o sujeito estivesse interessado na gestão dos negócios sociais ou tomasse a seu cargo tarefas em relação ao objecto da sociedade que poderiam ser executadas por um “*manager*” abaixo do “*board level*” <sup>1499</sup>. <sup>1500</sup>

---

<sup>1496</sup> Neste sentido as observações de STEPHEN GRIFFIN: “The characteristics and identification of a *de facto* director”, *CFILR*, 2000, pág. 127; “Problems in the identification...”, *loc. cit.*, pág. 47.

<sup>1497</sup> A busca de testes implicava uma ruptura com a mera descrição dos sujeitos como “activamente envolvidos” na administração da sociedade, como é acabado exemplo a decisão em *Re Eurostem Maritime Limited and Others*, da **Chancery Division** de **16 de Outubro de 1986** (in *PCC*, 1987, pág. 190, ss).

<sup>1498</sup> In *BCLC* já cit. a n. 596.

<sup>1499</sup> Para uma aceitação do teste *Hydrodam*, v. *Secretary of State for Trade and Industry v Morral. Re Westmid Packing Services Ltd (No. 2)*, da **Chancery Division** de **25 de Maio de 1995** (in *BCC*, 1996, págs. 229 e ss, em esp. 242 e ss); na doutrina, JAMES O'DONOVAN, *Lender liability* cit., pág. 496, JOHN H. FARRAR/BRENDA HANNIGAN, *Farrar's Company Law*, pág. 366, MARTHA BRUCE, págs. 16-17.

<sup>1500</sup> Deste teste, enquanto definição de administrador de facto, a doutrina engendrou duas possibilidades (GEOFFREY WALTERS, pág. 13). A primeira é a nomeação não ter sido válida (*e. g.*, não é sócio) ou não ter sido validamente aprovada pelo conselho – é administrador de facto aquele que supôs ter sido regularmente nomeado e não foi (no mesmo sentido, antes, ROBERT PENNINGTON, *Directors' personal liability* cit., pág. 25, e CHRISTOPHER L. RYAN, pág. 113). A segunda respeita à falta de qualquer nomeação.

Em reacção às fragilidades deste teste, o juiz Timothy Lloyd, em *Re Richborough Furniture Ltd*, da mesma **Chancery Division (31 de Julho de 1995)** <sup>1501</sup>, formulou uma “*guideline*” alternativa para determinar se um consultor financeiro da sociedade (inibido por ter sido julgado insolvente), que se relacionara intensamente com os credores da sociedade (inclusivamente assinando cartas descrevendo-se como “*business development director*”), seria administrador de facto. O “*equal footing test*” desconsiderava o reconhecimento da sociedade no que tange à conduta do sujeito e a sua apresentação no papel de administrador e concentrava-se no exame das circunstâncias dessa actuação: governava sozinho (ou com outros relativamente aos quais também falecia uma designação formal válida) os negócios sociais ou, se havia outros que eram administradores “verdadeiros” e estavam activos na gestão<sup>1502</sup>, actuava *nas mesmas condições e posição* (“*on an equal footing*”) dos restantes administradores? <sup>1503</sup> Isto é, sublinhava a averiguação detalhada do *papel* e do *grau* que tal sujeito jogava na condução e estrutura dos assuntos internos da sociedade (nomeadamente saber se as tarefas realizadas podiam ser executadas por um profissional ou por um trabalhador) e a sua articulação com o poder decisório final do conselho <sup>1504</sup>; e, ao mesmo tempo, dispensava o relevo da percepção que os terceiros “*outsiders*” pudessem construir acerca dessa posição se desligada de tradução nos arranjos e no funcionamento internos da sociedade <sup>1505</sup>. A resposta foi negativa – em particular, o consultor não era signatário da conta bancária da sociedade e não podia controlar o *cash flow* da sociedade como era feito pelos *de iure directors*.

---

<sup>1501</sup> In *BCLC*, 1996, 1, pág. 507, ss, em esp. págs. 522 e ss.

<sup>1502</sup> Na verdade, o juiz Timothy Lloyd referiu expressamente que a tarefa de julgar se uma pessoa em concreto actuou ou não como administrador de facto é mais fácil quando não há administradores de direito ou quando há administradores de direito que se abstêm de gerir: cfr. *BCLC* cit., pág. 524. Esta asserção (como dificuldade que era) acabou por ser um dos pressupostos da proposta do “*equal footing test*” (sensivelmente assim: GEOFFREY WALTERS, pág. 14). Anteriormente, ROBERT PENNINGTON, *Directors’ personal liability* cit., pág. 25, entendia que a situação mais comum de *de facto director* residia naqueles que assumiam o controlo da constituição da sociedade e depois prolongavam esse controlo para os negócios sociais, sem que houvesse nomeação regular de administradores.

<sup>1503</sup> Cfr. *BCLC* cit., pág. 524.

<sup>1504</sup> Cfr. *BCLC* cit., págs. 524-525, e, na doutrina, STEPHEN GRIFFIN, “The characteristics and identification...”, *loc. cit.*, pág. 129, JAMES O’DONOVAN, *Lender liability* cit., pág. 486.

<sup>1505</sup> Cfr. *BCLC* cit., pág. 526.

O método deixou lastro e foi seguido ulteriormente em *Secretary of State for Trade and Industry v Hickling and others* <sup>1506</sup>, em *Secretary of State for Trade and Industry v Laing and others* <sup>1507</sup>, em *Re Sykes (Butchers) Ltd, Secretary of State for Trade and Industry v Richardson and another* <sup>1508</sup> e em *Secretary of State for Trade and Industry v Jones and others* <sup>1509</sup>. <sup>1510</sup>

Para o que agora interessa – abstraindo, portanto, do reconhecimento da posição pela sociedade –, este era, como foi enunciado por STEPHEN GRIFFIN, um teste mais severo (“*stricter standard*”) que o “*holding test*” na procura do administrador de facto <sup>1511</sup>. Implicava a queda da respectiva definição sempre que, mesmo que desempenhasse funções semelhantes ou análogas à de um administrador (e até reconhecidas como tal), essas funções (“*managerial functions*”) residissem num plano ou nível *substancialmente diminuído* em relação às actividades de gestão propriamente ditas, vistas em abstracto <sup>1512</sup> e pertencentes aos administradores formalmente designados <sup>1513</sup> – o que o sujeitou à crítica de estar demasiado colado a uma interpretação literal do termo “*equal footing*” <sup>1514</sup>. Ademais, tornava-se

---

<sup>1506</sup> **Chancery Division de 19 de Março de 1996** (in *BCC*, 1996, pág. 678, ss, em esp. 691-692): negou-se a condição de administrador de facto para o “director financeiro” de sociedade que prestava serviços em matérias financeiras à sociedade visada (e que era sua sócia maioritária), e que acumulou a posição de “secretário” da sociedade.

<sup>1507</sup> **Chancery Division de 20 de Junho de 1996** (in *BCLC*, 1996, 2, pág. 324, ss, em esp. 346), com resposta negativa para os administradores de sociedade interessada em adquirir todas as participações da sociedade visada.

<sup>1508</sup> **Chancery Division de 8 de Maio de 1997** (in *BCLC*, 1998, 1, pág. 110, ss, em esp. 118-120): com deferimento da condição de administrador de facto de um dos dois sócios da sociedade detentora de 80% do capital da sociedade visada, que se apresentava como “administrador” (nomeadamente) nas relações com os bancos e tinha o poder de assinar os cheques.

<sup>1509</sup> **Chancery Division de 5 de Fevereiro de 1998** (in *BCC*, 1999, pág. 336 e ss): também se reputou *de facto director* um sócio com uma participação de 50% na sociedade (antes “management consultant” através de uma outra sociedade), que intervinha substancialmente na gestão e na relação com os credores, passara a representar a sociedade nas movimentações bancárias e chegara a subscrever correspondência em nome da sociedade como “*joint manager director*”.

<sup>1510</sup> Favoráveis ao teste do caso *Richborough*, JAMES O’DONOVAN, *Lender liability* cit., pág. 486, ROY GOODE, *Principles of corporate insolvency law* cit., pág. 513.

<sup>1511</sup> “The characteristics and identification...”, *loc. cit.*, pág. 130.

<sup>1512</sup> Ou seja, o teste ignorava as diferentes funções que cada um dos administradores podem realizar no que toca à gestão da sociedade: assim, STEPHEN GRIFFIN, “The characteristics and identification...”, *loc. cit.*, pág. 130.

<sup>1513</sup> Assim, poderia considerar-se que o teste do caso *Richborough* tornava mais confortável a posição dos “company doctors” e dos consultores(-conselheiros), especialmente quando houvesse acordo escrito que delimitasse o seu papel e as suas funções: v. ANDREW DODSWORTH, “Disqualifying *de facto* directors”, *InsLP*, 1995, pág. 177.

<sup>1514</sup> STEPHEN GRIFFIN, “The characteristics and identification...”, *loc. cit.*, pág. 130, ID., “Problems in the identification...”, *loc. cit.*, pág. 48. Este foi um ponto devidamente assinalado em *Re Kaytech International plc, Secretary of State for Trade and Industry v Kaczer and others*, **Chancery Division de 28 de Novembro de 1997** (in *BCLC*, 1999, 2, pág. 351, ss): mesmo que não fosse de colocar o sujeito a qualificar (Mr. Potier)

indevidamente restritivo enquanto focalizava exclusivamente a sua atenção nos “trabalhos internos” da sociedade, sem qualquer referência específica à percepção externa da actuação da pessoa<sup>1515</sup>.

Esta vulnerabilidade foi superada em *Secretary of State for Trade and Industry v Elms*, da **Chancery Division de 16 de Janeiro de 1997** <sup>1516</sup>. O juiz Cooke deixa de atender a uma “posição em pé de igualdade” do possível administrador de facto em relação ao poder ou autoridade revelados na condução dos negócios sociais pela administração de direito. Independentemente desse patamar, “equal footing” seria revelado por um poder e uma aptidão concretos para participarna gestão e no processo de tomada de decisão da sociedade (por ex., através dos mecanismos das reuniões do conselho) – não é uma questão de *igualdade de poder*, em comparação com os administradores de direito, mas *igualdade da aptidão concreta* para participar nas decisões do conselho e juntar-se aos outros administradores, *de jure* ou de facto, nas resoluções que afectam o futuro da sociedade.

Não obstante a revisão do “*equal footing test*”, esta intervenção judicial veio ainda reconhecer a importância do “*holding out test*” no empreendimento de acertar a *efectiva actuação* do sujeito ao mesmo nível dos outros administradores. Por isso, acabou por fundir os dois testes *num só*, através de uma construção *interrogativa* multiforme: 1. a) sociedade reconheceu X como administrador, isto é, permitiu que ele estivesse “coberto” pelos indícios da actuação administrativa (*indicia of directorship*), e b) X apresentou-se e deu a entender ser administrador?; 2. X exerceu funções que só podiam ser realizados por um verdadeiro administrador e não por um simples director ou “manager”?; 3. Há evidência manifesta a) que X era a única pessoa a dirigir os negócios da sociedade ou b) actuando com outros validamente designados ou não, actuava no mesmo plano e condições que os outros e, assim, dirigia os negócios da sociedade? Assim, passaríamos a ter *três testes* nessa operação exegética de identificação. Testes que seriam *disjuntivos* em vez de *conjuntivos* e que

---

no mesmo plano do administrador de direito na gestão diária da sociedade e fosse esse a formular a decisão final nas matérias que estavam distribuídas a Mr. Potier – que não estaria envolvido no processo de tomada de decisão –, isso não obstaculizava à sua posição concreta de *de facto director* (pág. 405).

<sup>1515</sup> STEPHEN GRIFFIN, “Problems in the identification...”, *loc. cit.*, pág. 48.

<sup>1516</sup> A referência pode ser vista em <http://www.swarb.co.uk/lisc/Cmpny19971997.php>, depois de retirada de <http://www.lawindexpro.co.uk>.



procederem em favor de X sempre que houvesse *dúvida sobre os termos em que X tivesse agido* <sup>1517</sup>. <sup>1518</sup>

Esta pronúncia *revisionista* foi aceite em *Secretary of State for Trade and Industry v Tjolle and others*, da **Chancery Division**, de **2 de Maio de 1997** <sup>1519</sup>. Porém, declinou-se a aplicação de um só teste, rígido e inelástico, que espelhasse formalmente as características da fórmula prescrita. Ao invés, o juiz Jacob considerou que o tribunal sempre deveria ter em conta *um conjunto de factores críticos que determinassem o status da pessoa como administrador de facto*. De tal forma que a *natureza do exercício* é necessariamente uma matéria *intensivamente factual* e estávamos perante uma questão de *grau ou nível* <sup>1520</sup>. Entre eles estariam, pelo menos, o reconhecimento do indivíduo como administrador pela sociedade (ou seja, admitia-se que *“holding out”* era um factor importante a ter em conta pelo tribunal e podia ascender à condição de presunção ilidível de uma *de facto directorship*, mas não o único <sup>1521</sup>), o uso do título de administrador <sup>1522</sup>, a disponibilidade e o conhecimento de informação vital e adequada à tomada de decisões (como o acesso às contas da gestão ou à situação financeiro-contabilística), estar em posição de realizar as decisões mais importantes (e, por isso, vincular a sociedade), etc. Atendendo a todos estes factores, estar-se-ia habilitado a responder à questão: este indivíduo fez parte da estrutura que governa a sociedade (*corporate governing structure*)? Se a resposta for negativa, não haveria justificação para ser visto em substância como administrador, uma vez que, para tal, teria que estar verdadeiramente numa posição que lhe oferecesse o exercício *real* dos poderes e a realização das funções cometidas

---

<sup>1517</sup> Esta última declaração tinha sido originariamente apontada no caso *Richborough*: “se não é claro que os actos da pessoa em questão possam ser referidos à suposta administração ou a qualquer outra qualidade, como sócio ou consultor, à pessoa em questão deve ser dado o benefício da dúvida (*Re Richborough Furniture Ltd*, *BCLC* cit., págs. 507, 524); favoravelmente, JOHN H. FARRAR/BRENDA HANNIGAN, *Farrar’s Company Law*, pág. 336, JAMES O’DONOVAN, *Lender liability* cit., pág. 486.

<sup>1518</sup> Para esta análise, v. STEPHEN GRIFFIN, “The characteristics and identification...”, *loc. cit.*, págs. 130-131, ID., “Problems in the identification...”, *loc. cit.*, págs. 48-49.

<sup>1519</sup> In *BCLC*, 1998, 1, pág. 333, ss. Discutia-se se a posição de Mrs. Kenning, como “directora de vendas e marketing” e, durante seis meses, “deputy managing director” (chegou a dispor do título de “chief executive”), era a de *de facto director* ou de “senior employee”.

<sup>1520</sup> Estas são as principais ilações do caso *Tjolle* segundo EILÍS FERRAN, pág. 155, e JOHN LOWRY/ALAN DIGNAM, pág. 262.

<sup>1521</sup> Neste sentido, JOHN LOWRY/ALAN DIGMAN, pág. 262.

<sup>1522</sup> Para a desvalorização da etiqueta de “director” colada ao sujeito, v. JAMES O’DONOVAN, *últ. ob. cit.*, pág. 486, ROY GOODE, *Principles of corporate insolvency law* cit., n. (8) – pág. 513, e, em observação crítica à decisão do caso *Hydrodam*, o aresto de *Re Moorgate Metals Ltd*, da **Chancery Division** de **23 de Março de 1994** (*BCLC* cit. a n. 683, em esp. pág. 517).

por um administrador. Ou seja, o poder *real* de participar nas decisões gestórias e não necessariamente o poder *igual* aos restantes administradores de tomar essas decisões <sup>1523</sup>. <sup>1524</sup>

Ao rejeitar a *filosofia do teste* – ou dos testes –, a classificação jurisprudencial dos atributos de um *de facto director* com assento na apreciação de factores *relevantes*, variáveis de caso para caso (e, por isso, não exaustivos na ponderação de cada um deles <sup>1525</sup>), possuía a “vantagem da flexibilidade” e aligeirava os constrangimentos que um teste imaleável apresentaria no momento de acertar *se uma pessoa tinha assumido o status e as funções de um administrador* – portanto,

---

<sup>1523</sup> É a conclusão de GEOFFREY MORSE/STEPHEN GIRVIN, *Charlesworth company law*, pág. 268, e, em parte, de ROY GOODE, *últ. ob. cit.* pág. 513 (mencionando a “influência real” sobre os negócios da sociedade). E, com efeito, uma das asserções essenciais do raciocínio expendido no caso *Tjolle* foi: “alguém que não tem, ou só tem perifericamente, conhecimento dos assuntos de importância vital para a sociedade (por ex., a situação financeira) e não tem o direito, legal ou de facto, para aceder a tais assuntos não é de considerar, pela lei, como um administrador em substância” (*BCLC cit.*, págs. 334, 356).

<sup>1524</sup> Cfr. *Secretary of State for Trade and Industry v Tjolle...*, *BCLC cit.*, págs. 343-345, seguido, entre outros, por *Re Kaytech International plc, Secretary of State for Trade and Industry v Kaczer and others*, *BCLC cit.*, págs. 403-405, 422-424 (com resposta positiva para quem, ao início consultor [segundo o tribunal, uma *camouflage*] e depois formalmente secretário da sociedade, ainda que ulteriormente com uma posição, directa ou indirecta, de 20% no capital, esteve profundamente envolvido na respectiva constituição, nos seus negócios e nos seus interesses financeiros e patrimoniais, e, por isso, com forte relacionamento com os credores e, até, reclamando perante eles a condição de administrador formal), e *Re Red Label Fashions Ltd, Chancery Division de 20 de Fevereiro de 1998* (in *BCC*, 1999, págs. 308 e ss) – que negou que a cônjugemulher do marido(-co-sócio) fosse mais do que “manager” da sociedade que desempenhava o papel que o marido lhe confiava na sociedade. Concordantes: EILÍS FERRAN, pág. 154 (sem desmerecer os dois testes do passado), BRENDA HANNIGAN, pág. 140, JAMES O'DONOVAN, *últ. ob. cit.*, págs. 486-487.

Na jurisprudência australiana, o mesmo relevo é tradicionalmente conferido a tais factores na identificação de um administrador de facto directo enquanto “acting as a director”. V. H. A. J. FORD/R. P. AUSTIN, págs. 305-306 – requer-se, na indagação do “grau” da conduta, a integração do que é realizado no contexto das operações e circunstâncias daquela sociedade em particular, nomeadamente a “dimensão da sociedade” (“numa sociedade grande e diversificada, pode ser conferida aos trabalhadores uma grande dose de discricionariedade para tratar de assuntos significativos”), as “práticas internas ou a estrutura da sociedade” (podem fazer concluir que é mais adequado classificar aquela tarefa como sendo empreendida na qualidade de um trabalhador especializado ou um consultor do que na qualidade de administrador”) e a percepção dos “outsiders”: caso *DCT v Austin*, do **Federal Court**, de **1998**, para a hipótese de um administrador que renuncia mas continua a desempenhar um papel activo na sociedade, representando-a junto das entidades públicas fiscais e negociando o diferimento de pagamento com os credores sociais; A. J. BLACK, “Officers”, *Australian corporation law. Principles and Practice*, Volume 1, 2004, paragraph 32, págs. 102, 103 (com descrição do caso *DCT v Austin*) – “como os *outsiders* que se relacionaram com a sociedade teriam razoavelmente compreendido [a posição] daquela pessoa”, “se aquela pessoa se apresentou como administrador”, se se envolveu no “negócio principal” ou nas “operações diárias” da sociedade ou tão-só numa “área circunstanciada das operações sociais”: *Natcomp Technology Australia Pty Ltd v Graiche*, **Court of Appeal do Supreme Court of New South Wales, 2001**; JAMES O'DONOVAN, *últ. ob. cit.*, pág. 490, onde o Autor alude à decisão *3M Australia Ltd v Kemish*, de 1986, para elencar as circunstâncias que transformaram um contabilista contratado para montar uma operação de salvamento da sociedade em “financial controller” e “managing director” e, nesta base, alguém que ocupara a posição de *director*.

<sup>1525</sup> Neste sentido, v. *Re Kaytech International plc, Secretary of State for Trade and Industry v Kaczer and others*, *BCLC cit.*, págs. 423-424; JOHN DONALDSON [*et all.*], pág. 4, BRENDA HANNIGAN, pág. 140, GEOFFREY MORSE/STEPHEN GIRVIN, *Charlesworth company law*, pág. 268.

nesse sentido, uma “questão de facto”<sup>1526</sup>. Foi esta visão do caso *Tjolle* – “uma espécie atractiva para ser seguida pelos tribunais”<sup>1527</sup> – que obteve consagração no **Court of Appeal**, em *Re Kaytech International plc; Potier v Secretary of State for Trade and Industry; Secretary of State for Trade and Industry v Solly*, de **30 de Novembro de 1998**<sup>1528</sup>, e que a doutrina tem acolhido com bondade<sup>1529</sup>.

---

<sup>1526</sup> STEPHEN GRIFFIN, “Problems in the identification...”, *loc. cit.*, pág. 49, ID., *Company law cit.*, pág. 289. Antes, JOHN DONALDSON [*et all.*], pág. 4 (“nenhuma orientação geral pode consignar todas as combinações detalhadas dos factos”), ANDREW DODSWORTH, pág. 177 (“[c]ada caso deve ser decidido à luz de todas as circunstâncias pertinentes no seu conjunto”).

Para este trilho aparecem como decisivamente precursoras duas apreciações judiciais.

O primeiro é o caso *Tasbian Ltd No. 3 (Chancery Division de 26 de Abril de 1991 e Court of Appeal de 11 de Fevereiro de 1992*, *cits.* a n. 667) – o que é vincado por CRISPIN BRIDGES WEBB, *Tolley's Company Law*, 2007, D20, pág. 4. Balcombe LJ, que relatou a última decisão, foi claro quando elencou como assunto decisivo comprovar se o consultor financeiro-contabilístico da sociedade controlara os assuntos da sociedade *de uma forma* que ia para além da esfera de acção de um “company’s professional advisor”, e *de uma tal forma* que o transformasse em *shadow* ou *de facto director*. Para isso lançou mão das circunstâncias mais significativas da intervenção de Mr. Nixon: (entre outras) indicado pelo sócio e principal financiador da sociedade para auxiliar decisivamente na recuperação da sociedade, pago pela sociedade, negociara uma moratória com os credores sociais; representara a sociedade junto de departamentos governamentais e autoridades fiscais; monitorizara as transacções e assistia o conselho; negociara com novos fornecedores e apresentara à sociedade novos agentes comerciais; tornara-se signatário da conta bancária da sociedade; aconselhara a transferência de trabalhadores, era visto pelos administradores como “managing director” e, até, administrador-sombra da sociedade. Não obstante, não se gerou convicção suficiente para lograr ultrapassar a linha divisória da “posição de um cão-de-guarda [*watch-dog*] ou conselheiro imposto por um investidor externo e a de um *de facto* ou *shadow director*” (cfr. *BCC*, 1991, pág. 443, e *BCC*, 1992, págs. 363-364) – em sentido crítico à não qualificação do sujeito, v. JAMES O’DONOVAN, *últ. ob. cit.*, pág. 489 (“Não havia defesa para ele por alegar que exercera um mero controlo negativo através do seu poder de veto na subscrição de cheques. Ele estava profundamente envolvido na gestão da sociedade”); em sentido favorável à atendibilidade do “efeito cumulativo” de todos os factores a ponderar, v. ROY GOODE, *Principles of corporate insolvency law cit.*, pág. 513; vendo no julgamento factos suficientes para constituir o “consultor” como *de facto director*, PEARLIE KOCH, pág. 351.

O segundo é *Re Moorgate Metals Ltd*, da **Chancery Division de 23 de Março de 1994** (*BCLC cit.* a n. 683, págs. 517 e ss) – o dado é acentuado por GEOFFREY WALTERS, págs. 13-14, e BRENDA HANNIGAN, pág. 140. O juiz Warner distanciou-se da doutrina *Hydrodam* (nomeadamente da ligação a uma etiqueta de administrador, como já vimos) e socorreu-se da dissecação dos factos relevantes. Deu resposta positiva ao quesito da administração de facto a quem – ainda que alegando que a sua intervenção na sociedade se devia à sua *professional expertise* como *metal trader* – tinha tido a iniciativa essencial de constituição da sociedade (mas, por estar insolvente, a sua cónjuge avançou para as condições de sócio e administrador), partilhava em igual medida e importância as responsabilidades da gestão com o outro sócio e administrador na área das “compras e vendas” (sem qualquer limitação), era consultado amiúde pelo outro administrador, dava instruções aos bancos (e era reconhecido pelo principal banco como “*chief executive*”) e recebia remuneração e benefícios iguais aos do outro administrador e sócio.

<sup>1527</sup> STEPHEN GRIFFIN, “The characteristics and identification...”, *loc. cit.*, pág. 133.

<sup>1528</sup> É a decisão que, em recurso, confirma a *disqualification* de Mr. Potier no caso *Kaczer* (v. *supra*, ns. 1514 e 1524): in *BCC*, 1999, pág. 390 e ss – “o primeiro caso a chegar ao *Court of Appeal* sobre a matéria da interpretação de um *de facto director*” (STEPHEN GRIFFIN, *Company law... cit.*, pág. 289) –, nomeadamente 401-402. Na sua esteira, v. *Secretary of State for Trade and Industry v Becker and another*, da **Chancery Division de 18 de Outubro de 2002** (*BCLC cit.* a n. 1353, pág. 573) – não se julgou manifesto que o único sócio (e pai do administrador único) tivesse realizado as funções de administrador.

<sup>1529</sup> PHILIP GOLDENBERG, *Guide to company law*, 1999, pág. 83 (ainda que com simpatia pelo “*equal footing test*” na submissão ao regime de *disqualification* dos administradores), MICHAEL FORDE, *Company law*, 1999, pág. 139 (fazendo eco, para o direito irlandês, da evolução até ao caso *Tjolle* e advogando a

---

\*\*

Esta bondade deve ser sufragada, enquanto confirmação de um critério hermenêutico de natureza substancial: *individualizar os elementos materiais que traduzem a ingerência* <sup>1530</sup> *e/ou a apropriação da gestão da sociedade*. Ainda que, reconheço, se assevere que nem sempre é fácil provar que alguém actuou facticamente e determinar a extensão das suas acções nesse campo, a fim de se inferir *os traços diferenciadores que conformam uma relação de administração em sentido próprio*.

Os tribunais franceses e espanhóis têm, nesta linha, estabilizado uma “jurisprudência de indícios” (ou factos-base) cuja comparência, sendo eles *precisos, pertinentes e concordantes entre si* <sup>1531</sup>, ajude a, funcionando como *presunções*, isolar a presença de um administrador de facto e a suportar a chamada dos regimes jurídicos aplicáveis aos administradores de direito. <sup>1532</sup> A doutrina chega mesmo a indicar a existência de um *método indiciário*, que solicita a concorrência de dois requisitos (ou passos lógicos): por um lado, a presença de factos básicos (os tais indícios), que serão, preferencialmente, vários e plenamente acreditados; por outro lado, a dedução lógica que o juiz, em termos globais, realiza a partir desses indícios e se traduz numa valoração exteriorizada na decisão judicial. <sup>1533</sup>

---

dependência da averiguação de “todas as circunstâncias do caso”), BRENDA HANNIGAN, págs. 139-140, GEOFFREY MORSE/STEPHEN GIRVIN, *Charlesworth company law*, pág. 268, ROY GOODE, *Principles of corporate insolvency law* cit., pág. 513.

<sup>1530</sup> A ingerência “constitui o aspecto activo da participação indevida na administração...”; [n]ão se pode conceber uma ingerência que não se traduzisse em actos de gestão”: GÉRARD NOTTÉ, *Les dirigeants de fait...* cit., pág. 127.

<sup>1531</sup> É a qualificação feita no direito francês por HARITINI MATSOPOULOU, pág. 199, para que se demonstre “a ingerência na gestão ou a tomada de poder de direcção”; no mesmo sentido, YVES CHAPUT, “Notion de dirigeant de fait...”, *loc. cit.*, pág. 15 (não chegam “fórmulas genéricas”, como “auxiliar” ou “fiscalizar”), JAQUES MESTRE/DOMINIQUE VELARDOCCIO, pág. 267. Por outro lado, da confissão em que se reconhece ter-se assumido a gestão não cabe extrair qualquer presunção, pois tem força probatória autónoma: neste sentido, NURIA LATORRE CHINER, , pág. 2389 e n. 16 – pág. 2390.

<sup>1532</sup> Cfr., entre outros, JEAN-PIERRE SORTAIS, “Note Cour d’Appel de Paris (3<sup>e</sup>Ch., sect. A), 20 février 1978”, *loc. cit.*, pág. 132, LAURENT LEVENEUR, págs. 62-63, ANTONIO PERDICES HUETOS, págs. 285, 286, NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., págs. 79-80, FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, “Ámbito subjetivo de la responsabilidad”, *loc. cit.*, pág. 62, JOSÉ EMBID IRUJO, “La responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, n. (32) – págs. 2397-2398, HARITINI MATSOPOULOU, pág. 199.

<sup>1533</sup> V. NURIA LATORRE CHINER, “Administrador de hecho y apoderado general (Comentario a la STS de 8 de febrero de 2008), *Derecho de sociedades. I. Comentarios a la jurisprudencia*, Volumen II, 2010, pág. 2389-2390 (local onde a Autora aproveita, em esp. a n. (16), para esclarecer que da confissão em que se reconhece ter-se assumido a gestão não cabe extrair qualquer presunção, pois tem força probatória autónoma).

Daqui saíram “inventários” ou “tipologias” de indícios da administração de facto, invariavelmente coligidos pelos estudiosos. Assim, a generalidade das propostas alcançadas pela dogmática nesses ordenamentos jurídicos tornaram-se irresistivelmente *mediadas* pelos dados jurisprudenciais desses mesmos ordenamentos. Os resultados não são lineares nem é possível uma migração acrítica desses resultados, dissociados sem mais do lastro de uma origem – *v. g.*, no caso francês, os processos de falência e de recuperação de empresas. De todo o modo, os materiais obtidos são adequados para construir os eixos de densificação do requisito de base da administração de facto e dar corpo, quanto a esse requisito, ao *método tipológico* antes anunciado.

\*\*\*

Quais os indícios que são mais vezes invocados?

*Em geral*, destacam-se as *responsabilidades* e os *poderes* efectivamente assumidos na organização da sociedade (na exploração da actividade social-empresarial) e nas relações com terceiros.

Consequentemente, *em especial*, e entre outros “elementos factuais da situação”<sup>1534</sup>, encontramos:

- a remuneração percebida<sup>1535</sup>;

---

<sup>1534</sup> CLAUDE CHAMPAUD/DIDIER DANET, “Sociétés et autres groupements. Dirigeants sociaux – Com. 20 janv. 1998”, *loc. cit.*, pág. 357.

<sup>1535</sup> De acordo com CLAUDE CHAMPAUD e DIDIER DANET, são estes os *três critérios* (responsabilidade, poderes, remuneração) que devem ser *empregues complementariamente* para caracterizar uma actividade positiva de gestão e identificar quem se pode rotular, as mais das vezes, como o “principal animateur de la société”: *v.* “Sociétés et autres groupements. Dirigeant de fait – Com. 5 nov. 1991”, *loc. cit.*, págs. 818-819, “Sociétés et autres groupements. Dirigeant de fait – Versailles, 8 févr. 1994 (15<sup>e</sup> ch.)”, *loc. cit.*, pág. 282, “Sociétés et autres groupements. Dirigeant de fait – CA Versailles, 15<sup>e</sup> ch. soc., 16 oct. 1997; Com. 14 oct. 1997”, *loc. cit.*, pág. 165. Nomeadamente a propósito da decisão da **Cour de Cassation**, de **5 de Novembro de 1991** – *Chevreux et autres c/Receveur divisionnaire des impôts* –, os Autores explicitam que, no que tange ao terceiro daqueles critérios, a remuneração de um assalariado, quando assinalavelmente mais elevada que a do gerente da sociedade ou o seu director administrativo e financeiro, é vista como um “índice complementar” de peso em relação às responsabilidades exercidas e aos poderes detidos (a “recompensa” correspectiva, portanto), que, uma vez combinado com o exercício efectivo de um poder de decisão, confortaria a imagem de um *dirigeant* que conduz o destino da empresa e usufruiu pessoalmente dos seus rendimentos.

A este mesmo índice já recorrera significativamente a **Cour d’Appel de Paris**, em **20 de Fevereiro de 1978** (in *Rev. Soc.*, 1979, Jurisprudence, pág. 122, ss) – *Pouteau c/Labrely et autre* –, para considerar um accionista maioritário como administrador de facto oculto por pessoa interposta (o seu filho). Desde a fundação da sociedade que tal sócio estava investido das funções de “director técnico” ao abrigo de um contrato de trabalho, que o encarregava de “todas as relações com clientes, fornecedores, subempreiteiros no domínio técnico”, ainda que não pretendesse desempenhar um “papel comercial” na sociedade; a sua remuneração tinha uma componente indexada ao volume de negócios da sociedade; beneficiara de

- os antecedentes na “história” da sociedade <sup>1536</sup>;
- a titularidade de uma participação relevante ou maioritária no capital social<sup>1537</sup>;
- a existência de um contrato de trabalho com a sociedade;
- a participação nas reuniões do conselho de administração <sup>1538</sup>;
- a identificação nos actos e documentos sociais (em anexo ou não à correspondência da sociedade);

---

indemnizações, subsídios e reembolsos de despesas sem qualquer justificação e previsão contratual; daí que as remunerações acabassem por ser superiores às previstas no seu contrato de trabalho e às auferidas pelo “director geral” (seu filho, accionista e depois administrador); estes factos constituíam “presunções suficientemente graves e precisas” para que aparecesse como o “verdadeiro administrador” da sociedade, uma vez que, além de tudo o mais, retirava da sociedade “um proveito superior àquele que poderia reclamar” (cfr. págs. 124-125). A doutrina apoiou a qualificação na conjugação de toda a factualidade indiciada: “[e]ncarado isoladamente, nenhum desses indícios era decisivo; ao invés, considerados globalmente”, “permitiam concluir sem risco de erro que as vantagens que tinha obtido eram a contrapartida das funções sociais que de facto exercia, do tempo que devotava à gestão da sociedade e ao proveito que lhe era suposto fazer adquirir” (JEAN-PIERRE SORTAIS, “*Note Cour d’Appel de Paris (3<sup>e</sup>Ch., sect. A), 20 février 1978*”, *loc. cit.*, págs. 132-133). São considerações que se afinam com as conclusões de JEAN-MARIE MACQUERON, págs. 120 e ss, sobre a remuneração do administrador de facto como um dos elementos materiais para fundar a convicção dos juízes: teria que ser “significativa”, seja pelo carácter anormal e/ou injustificado dos rendimentos considerados isoladamente, seja pela comparação (igual ou vantajosa) com o montante auferido pelos administradores de direito (neste sentido, também GÉRARD ZAQUIN, “*La gérance de fait de la S.A.R.L. en droit fiscal*”, *JCP, Éd. CI, II – Études et commentaires*, 1976, pág. 254, LAURENT LEVENEUR, págs. 63-64); mas, fosse qual fosse a sua importância, não chegaria por si só para justificar a qualidade de administrador de facto. Vendo a remuneração como “circunstância indiferente”, PHILIPPE MERLE, “*Règlement judiciaire, liquidation des biens, faillite personnelle...*”, *loc. cit.*, pág. 470, CORINNE SAINT-ALARY-HOUIN, pág. 639.

<sup>1536</sup> GÉRARD ZAQUIN, pág. 254: “anterior proprietário da empresa”, “anterior gerente estatutário da sociedade”, “participação financeira na criação da sociedade”.

<sup>1537</sup> GÉRARD ZAQUIN, pág. 255, GÜNTER ROTH, pág. 430.

<sup>1538</sup> (Sobre uma vigilância *mais activa* do banco financiador da sociedade ou a fronteira entre o “controlo” e a “d direcção” da sociedade, tal como essa é enfatizada por MAURICE COZIAN/ALAIN VIANDIER/FLORENCE DEBOISSY, pág. 131.) “Para saber mais e dispor de esclarecimentos mais seguros, o banqueiro participa algumas vezes nas reuniões do conselho de administração ou do *directoire*. Esta presença não é em si uma participação na gestão, mas é preciso convir que, se ela se torna sistemática, não se exclui que o juiz a veja como índice de uma interferência na gestão”: JEAN STOUFFLET, “*Cour d’Appel de Paris, 6 janvier 1977 – Observations*”, *loc. cit.*, pág. 18689/5; no mesmo sentido, mas para o sócio maioritário, FRANCESCO FERRARA Jr./FRANCESCO CORSI, *Gli imprenditori...* cit. 1999, n. (2) – pág. 559. Por sua vez, na Alemanha, HOLGER FLEISCHER, “*Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit...*”, *loc. cit.*, pág. 527, propugna que a participação ocasional de um representante da entidade financiadora externa nessas reuniões não chega para se imuscuir na estrutura de organização da sociedade. Na Suíça, este é um indício a considerar na ponderação material de órgão, nomeadamente se é convidado para participar em todas as reuniões: PETER FORSTMOSER, “*Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht*”, *loc. cit.*, pág. 148, seguido por ALEXANDER VOGEL, pág. 305.

Em anexo, para uma decisão em que a presença nas *assembleias gerais* não constitui “elemento suficiente” (juntamente com a disponibilidade do livro contabilístico) para estabelecer a qualidade de *gérant de fait* de quem desviara fundos da sociedade, v. **Cour d’Appel de Toulouse – M<sup>e</sup> Vinceneux c. Artaxet** – de **11 de Março de 1993** (in *JCP, Éd. Générale*, 1993, IV – Tableaux de jurisprudence, pág. 194).

- a livre circulação na sede e locais de funcionamento da sociedade com indiscriminado acesso às informações documentais sobre a sociedade (sem demanda à administração de direito) <sup>1539</sup>;
- a disponibilidade de documentos contabilísticos, sociais e bancários necessários à gestão da sociedade <sup>1540</sup>;
- a interferência e/ou domínio directo(-pessoal) nos circuitos comerciais estabilizados pela sociedade com os parceiros negociais, os clientes e os fornecedores (negociação das condições de venda, vigilância sobre as operações de compra e venda, aquisição de bens de equipamento, efectuar cobranças e pagamentos por conta da sociedade, etc.) <sup>1541</sup>;
- a assunção por credor social (nomeadamente entidade bancária) do papel de monitorização de todas as dívidas da sociedade e a submissão ao seu consentimento da efectivação de todos os pagamentos <sup>1542</sup>;
- o monopólio das relações com os trabalhadores e/ou da sua contratação <sup>1543</sup>;
- a “delegação de assinatura” – para a subscrição de negócios cambiários ou sobre cheques <sup>1544</sup> – e a livre movimentação dos fundos das contas bancárias, com ou sem procuração <sup>1545</sup>;

---

<sup>1539</sup> V. DOMINIQUE RANDOUX, págs. 296-297, acompanhado por CLAUDE CHAMPAUD/DIDIER DANET, “Sociétés et autres groupements. Dirigeant de fait – Com. 5 nov. 1991”, *loc. cit.*, pág. 819, sempre a propósito do aresto de **25 de Outubro de 1977 – Consort Hostert c/ Pernot** –, da **Cour de Cassation** (in *Rev. Soc.*, 1977, Jurisprudence, pág. 294, ss).

<sup>1540</sup> Assinalado por PHILIPPE PÉTEL, *Procédures collectives cit.*, pág. 206.

<sup>1541</sup> V. DOMINIQUE RANDOUX, pág. 297, CLAUDE CHAMPAUD/DIDIER DANET, *últ. est. e loc. cits.*, JEAN-JACQUES DAIGRE, “Note Cass. com., 6 octobre 1992...”, *loc. cit.*, págs. 1289-1290, ID., “Faillite personnelle...”, *loc. cit.*, pág. 763, NURIA LATORRE CHINER, pág. 79. Em Espanha, são paradigmáticas as decisões da **AP de Valencia de 27 de Setembro de 1999** (in *AC*, 1999, vol. III, págs. 1330-1331) e da **AP de Palencia de 18 de Novembro de 1999** (*AC cit.* a n. 300, pág. 1055). Na jurisprudência francesa, veja-se, como exemplo, a decisão da **Cour de Cassation de 6 de Outubro de 1992** (in *Bull. Joly*, 1991, pág. 1288, s.): o sujeito começou por ter uma ligação contratual com a sociedade (primeiro, uma auditoria, depois, um contrato de “*partenariat interne*”) e depois encarregou-se de levar a cabo a gestão financeira e administrativa da sociedade (reorganização interna) juntamente com a responsabilidade pela negociação externa com os diferentes parceiros financeiros, administrativos e comerciais da sociedade (em especial os credores): favorável, JEAN-PHILIPPE HAEHL, pág. 538.

<sup>1542</sup> Em Inglaterra, PHILIP COOK, pág. 134.

<sup>1543</sup> PHILIPPE PÉTEL, *últ. ob. e loc. cits.*

<sup>1544</sup> No ordenamento francês, a prática legitimou a distinção entre o mandato para a “delegação de assinatura” – poder de assinar um acto por conta e em nome do próprio administrador, que por isso caduca com a cessação de funções do delegante – e a “delegação de competências” – visam o exercício de uma função social e não simplesmente a substituir a pessoa do delegante (MAURICE COZIAN/ALAIN VIANDIER/FLORENCE DEBOISSY, pág. 137).

- a disposição de “cheques em branco” assinados pelo(s) administrador(es) em título;
- a condição de “director geral”, de “procurador geral” ou de (equivalente ao nosso) “gerente de comércio”, com vastos poderes de administração e de disposição;
- a ascendência de um trabalhador assalariado sobre os outros trabalhadores, que não está em conformidade com as suas atribuições <sup>1546</sup>;
- a forma (v. g., o “patrão”, o “único administrador”) como se é considerado, nomeadamente pelos trabalhadores das empresas sociais <sup>1547</sup>;
- a atribuição a si próprio da condição de administrador social perante terceiros <sup>1548</sup>;
- os vínculos familiares (normalmente pai-filhos) com os administradores formalmente designados nas sociedades de base familiar <sup>1549</sup>;
- a incapacidade e o desinteresse relativamente aos negócios por parte dos administradores de direito <sup>1550</sup>;

---

<sup>1545</sup> Em sentido crítico sobre o merecimento deste factor, entendido como suficiente para haver administração de facto por um sócio pela decisão da **Cour d’Appel de Paris de 20 de Dezembro de 1996** (*Bourdy c/ M<sup>e</sup>Mizon*), YVES GUYON, “Sommaires de Jurisprudence. Sociétés en général. Dirigeant. Dirigeant de fait. Notion. Délégation de signature”, *loc. cit.*, págs. 392-393. À mesma conclusão negativa tinha chegado a decisão da **Cour d’Appel de Paris de 11 de Junho de 1987** (*Laure c. Martin, syndic et autres*, cit. a n. 1426), no que tocava à “assinatura” de conta bancária por força de procuração; assegurando que esta circunstância nem sempre contribui para a qualificação fáctica de administrador, v. ainda LAURENT LEVENEUR, pág. 63 e n. 9; JEAN-FRANÇOIS BARBIÈRI, “A propos de la qualification de dirigeant de fait et à propos de l’intention coupable en matière de présentation de comptes inexacts”, *Bull. Joly*, 1994, pág. 1311; PAUL LE CANNU, “Direction de fait...”, *loc. cit.*, págs. 9-10 (“[o] estudo dos movimentos de conta realizados pelo mandatário mostra-se aqui indispensável para verificar se esses movimentos traduzem decisões de gestão geral tomadas com toda a independência”); contrariamente, JEAN-JACQUES DAIGRE, “Faillite personnelle...”, *loc. cit.*, pág. 763. Ao invés, em Espanha, na mesma sentença da **AP de Palencia de 18 de Novembro de 1999**, a autorização para operar e dispor das contas bancárias da sociedade foi “prova indiciária” clara e inequívoca para evidenciar a “realidade oculta” e concluir sobre a “aparência societária e de administração”. Neste sentido, em Itália, relativamente àquele que emite e subscreve, em nome e por conta da sociedade, letras de câmbio para pagamento de dívidas sociais, FABIO IOZZO, “Note Tribunale Torino...”, *loc. cit.*, pág. 1862 – em abono da decisão do **Tribunale de Torino de 6 de Maio de 2005** (in *Giur. It.*, 2005, pág. 1858, ss) –, pois tal comportamento “pressupõe, verosimilmente, uma atribuição de poder gestório, enquanto representante da sociedade, idóneo a condicionar o destino comercial e financeiro da empresa”.

<sup>1546</sup> JEAN-MARIE MACQUERON, pág. 124.

<sup>1547</sup> JEAN-MARIE MACQUERON, pág. 125, LAURENT LEVENEUR, pág. 63.

<sup>1548</sup> V., em face da Administração Fiscal e de entidades públicas, as decisões da **AP de Palencia de 18 de Novembro de 1999** (*AC cit.*, pág. 1055) e da **AP de La Coruña de 17 de Janeiro de 2000** (in *AC*, 2000, vol. I, pág. 487, ss, em esp. pág. 489).

<sup>1549</sup> Muito frequente nos tribunais espanhóis: **AP de Teruel de 22 de Dezembro de 1998** (*AC cit.* a n. 300), **AP de Valencia de 27 de Setembro de 1999** (*AC cit.*, pág. 1331), **AP de Palencia de 18 de Novembro de 1999** (*AC cit.*, pág. 1055), **AP de La Coruña de 17 de Janeiro de 2000** (*AC cit.*, pág. 489), **AP de Cuenca de 11 de Fevereiro de 2000** (*AC cit.* a n. 300).



- a nomeação de administradores insolventes <sup>1551</sup>;
- a inexistência de administradores de direito <sup>1552</sup>; etc.

\*\*\*\*

Mais do que uma enumeração, devo igualmente realçar, em França, a sistematização de JEAN-MARIE MACQUERON, que avançou, baseado na investigação e ordenação das decisões judiciais (não só no foro comercial), uma arquitectura desses indícios repartida entre critérios *internos* e critérios *externos* <sup>1553</sup>.

Os primeiros integram os comportamentos e procedimentos visualizados no seio intrínseco da sociedade (e das suas empresas); os segundos, pelo contrário, designam os actos cometidos pela pessoa qualificada como administrador de facto em que terceiros são participantes (ou testemunham esses actos, por ostensivos), exprimindo a vontade de representar a sociedade. A distribuição assim operada não pode ser rígida; alguns dos comportamentos indiciários são mistos. Por ex., o uso de uma procuração aprecia-se de acordo com os critérios internos uma vez que provém do assentimento do administrador de direito mas também pertence ao âmbito dos critérios externos uma vez que se destina a vincular a sociedade na relação com terceiros.

Dentro dos critérios internos, teríamos os critérios *determinantes* (que se aplicam independentemente da qualidade jurídica de quem realiza os actos de gestão) e os critérios *acessórios* (que, não traduzindo uma ingerência na administração nem o exercício de um poder de direcção, actuam em complementaridade e confirmação do valimento dos critérios determinantes, uma vez que precipitam um certo *nível de autoridade e de domínio no funcionamento da sociedade*). Entre os *determinantes*, haveria ainda que fazer uma subdivisão entre os actos de *ingerência* – onde se colocam (i) a tomada de decisões financeiras e o controlo financeiro, (ii) a remuneração, (iii) a autoridade exercida sobre os assalariados (duas categorias: decisões de contratação e despedimento; fixação e entrega dos salários), (iv) a interferência na contabilidade e na gestão de “stocks”, (v)

---

<sup>1550</sup> LAURENT LEVENEUR, pág. 64.

<sup>1551</sup> Ainda em Espanha: **AP de Valencia de 27 de Setembro de 1999** e **AP de Palencia de 18 de Novembro de 1999**.

<sup>1552</sup> Revelador em Espanha, num caso de sociedade-sócio único como administrador de facto: **TS de 24 de Setembro de 2001** (in *RAJ*, 2001, IV, pág. 11790, seg.).

<sup>1553</sup> Cfr. págs. 112 e ss.

a interposição de pessoas singulares – e os actos de *contribuição com meios para sociedade* – em particular, (i) o apoio financeiro e material e (ii) o estreitamento da ligação com sociedades em que o administrador de facto tem ligações ou interesses (como sócio maioritário, por ex.). No jogo dos critérios acessórios, o Autor elencou (i) a iniciativa fundamental do sócio na fundação da sociedade (e o exercício de autoridade desde o seu início), (ii) o domínio da vida social (como animador fundamental das reuniões de sócios) e (iii) a confusão da sede social com o domicílio privado (com a posse de documentos sociais, a liberdade de acesso à sede para os consultar ou a indicação desse domicílio para sede) – todos estes factos, para além de evidenciarem, no caso do sócio, o caso de “confusão de patrimónios”, evocavam também o ascendente de um indivíduo sobre os administradores legais.<sup>1554</sup>

Este último dado elucida a justo título um outro dado da exegese de JEAN-MARIE MACQUERON, que se alcandora a temperar a globalidade de tais critérios como instrumento para defluir o critério interno *principal: a pressão exercida sobre o administrador de direito e a dependência do administrador de direito que daí resulta*<sup>1555</sup>. Precludindo a possibilidade de haver coexistência (ou cooperação) da administração de facto com a administração de direito – obviamente plausível<sup>1556</sup> –, assume-se aquele como um critério transversal a todas as outras condutas, umas vezes como *consequência* delas deduzida, outras vezes como *causa* da sua eclosão – num caso e noutro, temos ainda um *acto constitutivo* da administração de facto (e um critério como os outros).

É neste contexto que se veda a possibilidade de excluir o relevo da actuação do administrador de facto *sempre que o ou os administradores de direito exercem os seus poderes legais e/ou estatutários*. Esta compreensão conduziria a que a atribuição da condição de administrador de facto implicasse necessariamente que não houvesse administração de direito (“vacatura” do órgão, portanto, sem substituição dos membros nos termos legais e/ou estatutários) ou, havendo, que o administrador de direito não fosse mais que um “homem de palha” ou “testa-de-ferro”, que executa,

---

<sup>1554</sup> Segundo JEAN-MARIE MACQUERON, pág. 184, a subsistência exclusiva de critérios internos corresponderia à noção de administração de facto “oculta” – “dissimulada por natureza”, não se acomoda a “uma argumentação fundada essencialmente sobre actos de representação na relação com terceiros”.

<sup>1555</sup> Cfr. págs. 116, 139 e ss.

<sup>1556</sup> Sirva de apoio doutrinal, por ora, as constantes referências na monografia *Der faktische Geschäftsführer in der GmbH* de MARC DINKHOFF – veja-se, como ilustração, as págs. 15, 17, 21, 25 – e no artigo de FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, em esp. ns. (135) e (136) – pág. 175.

subordinadamente e sem iniciativa própria, as ordens e as instruções do administrador de facto oculto <sup>1557</sup>, ou estivesse completamente inactivo, por desinteresse e iniciativa própria ou por ter sido completamente desalojado das suas funções pelo administrador de facto. Dito de outra forma, a subsistência de um administrador de direito *activo e livre* impossibilitaria a realização de actos de administração por outrem desprovido do título de administração e de toda e qualquer ingerência ou apropriação na esfera objectiva da gestão.

Porém, é justa a oposição a estas visões do administrador de facto.

Por um lado, não é correcto ignorar-se a cumulação de administradores de direito, regularmente nomeados e em funções, com administradores de facto (a começar, nas hipóteses de substituição, por aqueles que continuam a administrar, mesmo caducando o seu título administrativo, juntamente com o administrador que o veio substituir) <sup>1558</sup>; tanto mais porque, muitas vezes, como sabemos, ela surgirá como uma “montagem artificial” para contornar uma regra (a inibição decretada judicialmente para ocupar cargos societários, a incapacidade ou incompatibilidade supervenientes, a elisão de eventual responsabilidade tributária, etc.) e evitar aparecer oficialmente como o administrador de uma sociedade, confiando-se o título ao tal “homem de palha” mas assumindo-se a *realidade do poder* na sociedade <sup>1559</sup>.

Por outro lado, não deixa de se registar administração de facto se há a *substituição total* da administração regularmente nomeada – simples administradores de *complacência* ou “*testas-de-ferro*” –, de modo que o administrador de direito é simplesmente afastado dos negócios e actividade sociais e inatendido pelo

---

<sup>1557</sup> Assim a doutrina belga de J.-L. JASPAR/ANNE DE SMETH, págs. 645-646.

<sup>1558</sup> Entre outros, *ex professo* v., em Itália, FRANCO BONELLI, “La prima sentenza...”, *loc. cit.*, pág. 188, ID., *La responsabilità...* cit., págs. 130-131, VINCENZO ALLEGRI, “Gli amministratori”, *loc. cit.* 1993, pág. 299, ANDREA FATTORI, “Amministrazione di fatto e azione...”, *loc. cit.*, pág. 256; em França, DANIEL TRICOT, págs. 27, 28 (“[a] colegialidade não exclui uma colaboração entre administradores de direito e administradores de facto”), e NATHALIE DEDESSUS-LE-MOUSTIER, pág. 503; para a Suíça, PETER FORSTMOSER, “Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht”, *loc. cit.*, pág. 139; para a Alemanha, HOLGER FLEISCHER, “Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit...”, pág. 528; em Espanha, MANUEL MARÍA SÁNCHEZ ALVAREZ, “Responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, pág. 328; para a França, DANIEL TRICOT, pág. 28; entre nós, RICARDO COSTA, “Responsabilidade civil societária...”, n. (9) – pág. 33.

<sup>1559</sup> É comum que esta situação se ancore na relação familiar (filiação ou parentesco, conjugal) existente entre administrador de direito (testa-de-ferro) e administrador de facto – para uma confirmação, v. GÉRARD NOTTÉ, *Les dirigeants de fait...* cit., págs. 150 e ss, URSULA STEIN, *Das faktische Organ* cit., pág. 74, LAURENT LEVENEUR, pag. 67 (com jurisprudência a n. 43), GÜNTHER KOHLMANN, pág. 725, *Rdn.* 20, MARC DINKHOFF, págs. 18-19, MARKUS GEIßLER, pág. 1112, FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, “Ámbito subjetivo de la responsabilidad”, *loc. cit.*, pág. 64.

administrador de facto directo (tornando-se *omissivo* ou *inactivo*)<sup>1560</sup> – com o surgimento de um administrador de facto directo – ou se torna, qual “figurante” nas mãos de outrem, sem qualquer poder autónomo e de iniciativa, um mero executor (*rectius*: co-executor) das decisões(-prescrições) do administrador de facto directo (que também gere) e/ou indirecto (tornando-se actor num relacionamento de simples subordinação para com ele, visto numa das suas modalidades)<sup>1561</sup>.

Mas esse afastamento não pode ser a única hipótese plausível de exercício de funções por parte de um sujeito ilegítimo quando permanecem os administradores de direito. Essa substituição pode ser também *parcial*, de tal modo que os administradores de direito e os administradores de facto colaboram em termos colectivos na gestão, ainda que em diferentes medidas conforme o caso: ou se influenciam mutuamente; ou repartem as matérias entre si (por ex., a entidade bancária dedica-se à gestão financeira, os administradores de direito aos outros assuntos)<sup>1562</sup>; ou os administradores de direito são influenciados pelas instruções e directrizes dos sócios (sejam deliberadas ou não, sejam ou não intervenientes no processo de tomada de decisão dos administradores formais), de tal forma que a

---

<sup>1560</sup> Um exemplo de assunção pelos administradores de direito de “desconhecimento” das relações do administrador de facto com credores está na decisão da AP de **Valencia de 27 de Setembro de 1999** (AC cit. a n. 1541, pág. 1331).

<sup>1561</sup> Para estas duas hipóteses de substituição, v., entre outros, DOMINIQUE RANDOUX, pág. 297; JEAN-MARIE MACQUERON, págs. 139, 141-142 (“Por exemplo, [o administrador de direito] contenta-se em assinar os cheques que o administrador de facto lhe apresenta, ainda que desconheça todo o andamento, ou quase, da sociedade”); J.-L. JASPAR/ANNE DE SMETH, pág. 645; GIUSEPPE SBISÀ, págs. 461-462; YVES GUYON, *Droit des affaires*, Tome 2 cit., pág. 435; FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, págs. 174-175 e n. (135), 180 e n. (148); GIUSEPPE GUIZZI, “Problemi in tema di gestione...”, *loc. cit.*, pág. 22; MICHELE MOZARELLI, pág. 580; MARC DINKHOFF, págs. 13, 15, 27; LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, “La responsabilidad concursal...”, *loc. cit.*, pág. 708.

Em sentido contrário à configuração nesta segunda hipótese de uma substituição total ou absoluta, JEAN-MARIE MACQUERON, págs. 141-142. Mas esta figura do administrador de direito “homem de palha” é variadamente reconhecida na doutrina e na jurisprudência na relação com o administrador de facto *subordinante* (*maître de l'affaire, Hintermann*): URSULA STEIN, *últ. ob. cit.*, págs. 152-153 (o *Hintermann* como substituto indirecto do *Strohmanngeschäftsführer*); PHILIPPE PÉTEL, “Redressement et liquidation judiciaires des entreprises”, *JCP*, Éd. Générale, Doctrine, 1992, pág. 292, GIUSEPPE SBISÀ, págs. 461-462, UWE W. SCHNEIDER, “Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung”, *loc. cit.*, sub § 43, pág. 2228, *Rdn.* 22, MARKUS GEISLER, pág. 1112 (ou lidera ele próprio os negócios e/ou deixa o *Strohmann* agir com base nas suas indicações); **Cour de Cassation de 19 de Janeiro de 1970** (in *Rec. Dalloz*, 1970, Jurisprudence, págs. 479-480), **Cour de Cassation de 12 de Novembro de 1991** (in *Rec. Dalloz*, 1992, Informations Rapides, pág. 39).

<sup>1562</sup> Sintomático na jurisprudência gaulesa é o ensaio proposto pela **Cour d'Appel d'Aix-en-Provence, de 30 de Setembro de 1975** (in *Rec. Dalloz*, 1976, Sommaires de Jurisprudence, pág. 2, ss) – “É administrador de facto *aquela que se associa* ao administrador de direito para decidir o emprego dos fundos sociais, a fim de tomar o controlo de uma outra sociedade, de fornecer apoio financeiro da sociedade a uma empresa em que ele tinha interesses pessoais, de participar numa cessão de créditos e de determinar os credores de uma outra empresa para evitar a sua ruína (...)” (destaquei).

administração de facto indirecta toma a forma de participação reiterada e com dimensão relevante no órgão colegial, com a correspondente limitação ou redução – em virtude da submissão – do papel activo dos titulares legítimos da administração<sup>1563</sup>.<sup>1564</sup>

Não é de advogar que essas substituições (nomeadamente o afastamento total e completo do administrador de direito do exercício de funções) sejam condição necessária para sustentar a qualificação do administrador de facto<sup>1565</sup>: para além da possibilidade de inexistência da administração de direito – repito –, mesmo quando o administrador de direito é activo, aquele que sobre ele exercer uma *influência sistematicamente impositiva* – sendo o administrador de direito generalizadamente um gestor *reactivo*, mesmo que não substituído – não pode deixar de ser visto como administrador de facto indirecto (em outra das suas modalidades), ou seja, um sujeito *ainda com a autoridade suficiente para determinar a gestão protagonizada pelo administrador de direito*<sup>1566</sup>.

---

<sup>1563</sup> E, no caso da anónima, com os administradores delegados ou com os membros da comissão executiva responsáveis pela «gestão corrente» da sociedade.

<sup>1564</sup> Cfr., para ambas as formas de substituição, DOMINIQUE RANDOUX, pág. 297; JEAN STOUFFLET, “Cour d’Appel de Nancy, 15 décembre 1977 – *Observations*”, *loc. cit.*, pág. 18912/6; ID., “Cour d’Appel de Paris, 6 janvier 1977 – *Observations*”, *loc. cit.*, pág. 18689/6 (que assinala as dificuldades de prova para estabelecer que uma pessoa desprovida de *qualidade* participou numa “gestão colectiva”; bem mais fácil é demonstrar o confisco de toda a gestão ou o exercício autónomo de determinadas competências, como a que versa sobre as matérias financeiras); MICHEL VASSEUR, “Note Cour d’Appel de Paris, 6 janvier 1977”, *loc. cit.*, pág. 149; JEAN-MARIE MACQUERON, págs. 139-140; LAURENT LEVENEUR, págs. 56-57; YVES GUYON, “Sommaires de Jurisprudence. SARL. Associé. Dirigeant de fait (non)”, *loc. cit.*, pág. 597; DANIEL TRICOT, págs. 24, 27, 28; VINCENZO FERRO, “Responsabilità dell’amministratore di fatto”, *loc. cit.*, pág. 912; MARC DINKHOFF, pág. 15; HOLGER FLEISCHER, “Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit...”, *loc. cit.*, págs. 524-525; MÓNICA FUENTES NAHARRO, pág. 265; MAURICE COZIAN/ALAIN VIANDIER/FLORENCE DEBOISSY, pág. 131; HANS CRISTOPH GRIGOLEIT, pág. 118. Já antes: RICARDO COSTA, “Responsabilidade civil societária...”, *loc. cit.*, n. (5) – pág. 31.

Para a diferença entre a substituição total dos administradores nos *Strohmannfällen* e o exercício de influência mediante instruções dos sócios junto dos administradores de direito, uma vez que, nesta hipótese, a administração exerce efectivamente o cargo, ainda que subordinada ao conteúdo das instruções dadas, v. URSULA STEIN, *últ. ob. cit.*, págs. 154, 173.

<sup>1565</sup> Em sentido concordante com essa refutação: GÉRARD NOTTÉ, *Les dirigeants de fait...* cit., pág. 150, KLAUS HOPT, *Großkommentar Aktiengesetz, §§ 92-94 cit., sub § 93*, pág. 75, *Rdn.* 49, pág. 76, *Rdn.* 51, HOLGER FLEISCHER, *últ. est. e loc. cits.*, FABIO IOZZO, “Note Tribunale Torino, 6 maggio 2005, 15 aprile 2005”, *Giur. It.*, 2005, pág. 1862.

Na jurisprudência, v. as decisões da **Cour d’Appel de Paris de 17 de Março de 1977** (cit. a n. 1426) – ponderava-se a apropriação de poderes dos administradores da sociedade pelo banco financiador – e do **BGH de 21 de Março de 1988** (in *NJW*, 1989, pág. 1789, s.) – discutiu-se a responsabilidade por retardamento na apresentação à falência de um trabalhador da sociedade que dominava a sociedade-sócia comanditária da falida *GmbH & Co. KG*, cujos negócios sociais estavam dependentes de consentimento dessa dominante.

<sup>1566</sup> O que acaba por ser reconhecido por JEAN-MARIE MACQUERON, págs. 143-144. Contra, GÉRARD NOTTÉ, *Les dirigeants de fait...* cit., págs. 171-172, Autor que considerava somente o administrador

O administrador que, sendo nomeado ou eleito de acordo com as formas previstas por lei, sem vícios ou irregularidades (e mesmo com alguns deles), é administrador de direito. Mesmo que não desempenhe efectivamente as suas funções (poderes-deveres) de administrar e representar a sociedade ou, no mínimo, fiscalizar a acção de quem gere efectivamente, isso não lhe retira a qualidade e o estatuto de administrador de direito. Se não o fizer, diremos que não é administrador de direito *activo* ou *efectivo*, antes será um administrador *omissivo*, desde logo quanto ao dever de, pelo menos, controlar a gestão efectiva <sup>1567</sup>. É esta outra face da administração de direito que o próprio Código das Sociedades Comerciais consagra em vários pontos da responsabilidade por omissão (ou inoperatividade) ilícita, com o fim de censurar o “desinteresse” pela administração social e consagrar a abstenção *em si própria* como violação pessoal dos deveres e respectiva *mala gestio* <sup>1568</sup>: arts. 6.º, n.º 5, 72.º, n.ºs 1 e 5, 78.º, n.º 3, 83.º, n.º 4, 407.º, n.º 8, 504.º, n.º 3, sempre do CSC; depois, se for caso, em conjugação com o art. 486.º do CCiv.

Logo, os administradores de facto – *subclasse de administrador* – não se confundem com os administradores de direito – *a outra subclasse* – *omissivos*. Nesta última subclasse, em regra, teremos teremos administradores de direito *por acção ou por comissão*, fora de um quadro de inacção (por contraposição aos omissivos) <sup>1569</sup>.

Depois, no círculo dos *administradores de direito activos*, teremos o (1) administrador de direito *livre* – que exerce efectivamente as suas funções com autonomia

---

de facto oculto se houvesse subordinação (como um “estado hierárquico”) dos administradores de direito ou de facto influenciados.

<sup>1567</sup> Sobre a matéria da amplitude desta obrigação de vigilância e intervenção do administrador, v. FRANCO BONELLI, *Gli amministratori...* cit. 1985, págs. 216 e ss, FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores...* cit., págs. 172-173; na nossa doutrina mais recente, PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de gestão...* cit., págs. 507 e ss.

<sup>1568</sup> Neste sentido, JEAN GUYÉNOT, “Note Cour de Cassation (Ch. com.), 23 mai 1973”, *Rev. Soc.*, 1974, págs. 545-546; JEAN-PIERRE SORTAIS, “Note Cour de Cassation, 1<sup>er</sup> juillet 1975”, *loc. cit.*, pág. 500; PHILIPPE PÉTEL, “Redressement et liquidation judiciaires...”, *loc. cit.*, pág. 292; YVES GUYON, “Note Cour de Cassation (Com.) 31 janvier 1995 – La passivité d’un administrateur est en elle-même une faute de gestion”, *Rev. Soc.*, 1995, págs. 764-765, ID., “Note Cour de Cassation (Com.) 9 mai 1995 – Le dirigeant de droit ne peut, par se soustraire à une procédure de extension, prétendre avoir abandonné l’exercice effectif de ses fonctions à un dirigeant de fait”, *Rev. Soc.*, 1995, pág. 766 (a jurisprudência da *Cour de Cassation* “deveria dissuadir a aceitação de funções de direcção ou administração por *pura complacência*”; o itálico é meu); VINCENZO FERRO, “Responsabilità dell’amministratore di fatto”, *loc. cit.*, pág. 912; PHILIPPE HAEHL, págs. 543 e ss (com diálogo jurisprudencial); ALEXIS CONSTANTIN/YVES LÉVY, págs. 1216-1217; CORINNE SAINT-ALARY-HOUIN, pág. 638; JACQUES MESTRE/DOMINIQUE VELARDOCCIO, pág. 269 (com uma súmula de jurisprudência).

<sup>1569</sup> Logram cair nessa confusão, entre outros, os Acs. da **Relação de Lisboa de 28 de Março de 2007** (in *www.dgsi.pt*, proc. 1300/06.1TBAGD.C1), do **STJ de 13 de Setembro de 2007** (in *CJ/STJ*, 2007, III, págs. 48 e ss) e da **Relação do Porto de 29 de Novembro de 2007** (in *www.dgsi.pt*, proc. 0735578) – neste último caso, já aludido em RICARDO COSTA, “Responsabilidade dos gerentes de sociedades por quotas...”, *loc. cit.*, n. (64) – págs. 69-70. Mas a conclusão de estarmos perante um administrador de direito omissivo tem consequências: desde logo, poderá retirar-se, em sede de responsabilidade, uma diminuição ou, até, isenção de culpa (v. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., págs. 109-110, em esp. n. (220)); mas não uma exclusão liminar de responsabilidade.

plena –, e, mesmo com actos efectivos mas num contexto de instrumentalização por um administrador de facto indirecto, (2) o administrador de direito *reactivo* – que age, ainda que preservando o domínio relativo da sua vontade, de acordo com a influência determinante do administrador de facto –, e o (3) administrador de direito *subordinado* – simples executor da decisão e ou sentido de execução tomados pelo administrador de facto *subordinante*.

Esta compartimentação permite esclarecer que o administrador de direito subordinado (“testa-de-ferro”), mas activo, não se pode subtrair à sua responsabilidade (societária ou insolvencial, nomeadamente) por actos de administração uma vez demonstrada a sua condição de “homem de palha”, acrítico, inerte e desprovido de toda a iniciativa, do administrador de facto indirecto. Mesmo assim, preserva a sua condição de administrador de direito, que se adquire com uma forma válida e eficaz de nomeação ou eleição e, ao contrário da condição jurídica de administrador de facto, não pressupõe o exercício *efectivo e independente* de funções.<sup>1570</sup>

Por outro lado, o administrador de direito omissivo não pode excluir a sua responsabilidade se avançar com a demonstração de que abandonou o exercício efectivo das suas funções a favor da actuação de um administrador de facto (directo ou indirecto) ou que este sujeito se apropriou do exercício dos poderes que correspondem à administração, impedindo-o de realizar as suas competências próprias – essa abdicação não serve como causa de justificação da ilicitude por abstenção na gestão social, antes é, no mínimo, comportamento negligente e admissão de possível responsabilidade<sup>1571</sup>.

---

<sup>1570</sup> V. PHILIPPE PÉTEL, “Redressement et liquidation judiciaires...”, *loc. cit.*, pág. 292, NATHALIE DEDESSUS-LE-MOUSTIER, págs. 500-501, ALEXIS CONSTANTIN/YVES LÉVY, págs. 1216-1217, MARC DINKHOFF, pág. 62.

<sup>1571</sup> Entre outros, com jurisprudência, JEAN GUYÉNOT, “Note Cour de Cassation (Ch. com.), 23 mai 1973”, *loc. cit.*, pág. 545 ; JEAN-PIERRE SORTAIS, “Note Cour de Cassation, 1<sup>er</sup> juillet 1975”, *loc. cit.*, pág. 500; GÉRARD NOTTÉ, *Les dirigeants de fait...* cit., pág. 164; URSULA STEIN, *Das faktische Organ* cit., pág. 186; FRANCO BONELLI, “La prima sentenza...”, *loc. cit.*, pág. 188, ID., *La responsabilità...* cit., págs. 130-131 (aproveitando os termos da *Relazione* ao CCIt.: “o cargo de administrador não pode nunca transformar-se numa cómoda sinecura”); YVES GUYON, “Note Cour de Cassation (Com.) 9 mai 1995 – Le dirigeant de droit ne peut...”, *loc. cit.*, pág. 766; ADRIENNE HONORAT, “Note Cass. Com., 9 mai 1995”, in *Rec. Dalloz*, 1996, Sommaires Commentées, pág. 84; VINCENZO FERRO, “Responsabilità del’amministratore di fatto”, *loc. cit.*, pág. 912; PHILIPPE HAEHL, págs. 542-543; NATHALIE DEDESSUS-LE-MOUSTIER, pág. 500; CLAUDE CHAMPAUD/DIDIER DANET, “Sociétés et autres groupements. Dirigeant de fait. Gérant statutaire, cumul de responsabilité du gérant statutaire et du gérant de fait (oui) – Com. 14 oct. 1997”, *Rev. trim. dr. comm.*, 1998, pág. 163; JACQUES MESTRE/DOMINIQUE VELARDOCCHIO, *Lamy Sociétés Commerciales*, Lamy, Paris, 2003, pág. 269; MARC DINKHOFF, pág. 62; JOSÉ EMBID IRUJO, “La responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, n. (55) – pág. 2410; DOMINIQUE VIDAL, pág. 217; CRISTOPHE DELATTRE, “L’inlassable travail de la Cour de cassation...”, *loc. cit.*, pág. 22; LOREDANA NAZZICONE/SALVATORE PROVIDENTI, *Amministrazione e controlli nella società per azioni*, 2010, sub art. 2380bis c.c., pág. 34.

Já vimos que é em sentido oposto que se orienta a jurisprudência tributária e (ainda) grande parte da doutrina (em esp. os Autores menos recentes) quando se requisita a administração de direito activa ou efectiva para a responsabilização subsidiária dos gerentes e administradores à luz do art. 24.º, n.º 1, da LGT: v. *retro*, Parte I, 3.2.

De outra banda, ainda para JEAN-MARIE MACQUERON, os critérios externos serão mais importantes, em razão da *aparência* que eles transportam: “é mais acessível apreender a manifestação de um poder de direcção quando se apreciam os actos que são ostensivos para terceiros” <sup>1572</sup>. E também por constituírem um corolário – ou um prolongamento executivo – de uma decisão interna <sup>1573</sup>. Neles encontram-se (i) as relações com fornecedores (ordens para aquisição do material necessário à exploração da empresa, pagamentos dos fornecimentos, regularidade dos actos de encomenda, importância dos fornecedores), clientes (actuação no “sector” ou “circuito comercial”, prospecção de clientela, negociação e assinatura dos contratos, determinação dos preços de venda, intervenção do administrador de facto vista como uma “caução moral” da sociedade), bancos (*démarches* negociais para a obtenção de crédito ou de uma moratória, em esp.) e administração fiscal (por ex., a interposição nas declarações tributárias da sociedade), (ii) a utilização habitual de uma procuração (geral) na relação com alguns daqueles terceiros ou a subscrição(-assinatura) em nome da sociedade, (iii) a assinatura de títulos de crédito, (iv) a assinatura da correspondência.

Numa outra sistematização, que vai *para além de uma simples enumeração*, DANIEL TRICOT não distingue entre o carácter interno ou externo dos (por si) chamados critérios *complementares* da administração de facto – os factos que, nomeadamente quando reunidos em feixe que os acumula, significam a presença dos respectivos critérios *necessários* (actividade e independência) e desmascaram o *maître de l'affaire*. De acordo com a sua *força* ou *valor*, alguns assumiriam uma importância mais distintiva: o intento de vinculação jurídica da sociedade, particularmente através da celebração de contratos em nome dela sem a existência de uma delegação de poderes ou de um mandato; o estabelecimento de relações frequentes com os bancos, revelando um conhecimento completo da empresa e um acompanhamento da sua gestão através dos elementos contabilísticos e financeiros, assim como o poder de assinar os documentos bancários e de crédito (cheques, letras de câmbio, etc.); a orientação deliberada da sociedade para uma actividade deficitária; a elaboração das “contas” da sociedade com a cumplicidade do administrador de direito; o controlo da contratação dos trabalhadores e o monopólio

---

<sup>1572</sup> E, por consequência, reunir mais facilmente os correspondentes elementos de prova: JEAN-MARIE MACQUERON, pág. 144.

<sup>1573</sup> JEAN-MARIE MACQUERON, pág. 118.



da designação dos quadros; a remuneração percebida. Esta escolha provaria que os critérios mais reveladores são os que espelham uma *acção sobre as actividades financeiras e comerciais* da sociedade – justamente os factos em que *menos será necessária* a sua associação com outros para realizar a prova de uma “gestão de facto”.

1574

De todo o modo, destas análises não pode deixar de se assinalar a dicotomia entre gestão com relevância interna e gestão com relevância externa, que extravasa para outros quadrantes: em Inglaterra, é importante a narrativa *dualista* de STEPHEN GRIFFIN. O Autor entende que, a fim de interditar uma nova forma de inconsistência, os tribunais deveriam afixar diferentes (e firmes) *níveis de importância e peso* para esses factores encontrados comumente nos casos que solicitam a determinação de uma administração de facto. Em particular, seria fulcral a graduação *entre os factores que contribuem para uma “percepção interna” da sua intervenção na estrutura de gestão da sociedade e os factores que alinham a favor de uma “percepção externa” das suas actividades e do seu reconhecimento* <sup>1575</sup>. Seja como for, haverá uma *presunção forte* de actuação como administrador sempre que alguém contribui com os seus conhecimentos e perícia para a gestão interna e, se relacionado com os seus negócios, transporta para o exterior uma compreensão e uma relação óbvias com as funções ordinariamente exercidas por um administrador da sociedade <sup>1576</sup>.

Mesmo assim, a importância da questão deve ser considerada mais globalmente. Por um lado, definir qual o grau ou nível em que se desenrola o comportamento gestor exigido ao administrador de facto (*intensidade, em qualidade e em quantidade*) <sup>1577</sup>. Em segundo lugar, colocar uma hierarquia na importância dos factores atendíveis nessa qualificação e saber se a ponderação da qualificação fáctica implica a combinação copulativa de factores inerentes à gestão

---

<sup>1574</sup> Cfr. DANIEL TRICOT, págs. 26, 27-28.

No mesmo passo, o Autor não desmerece o valor probatório das *declarações* do sujeito actuante. Não seria raro que, mesmo quando o poder de decisão fosse oculto – e na “vertigem” da sua acção –, o administrador de facto, não obstante as suas denegações, desse livre curso, nesta ou naquela ocasião, à sua vontade de domínio ou poderio, confirmada pelos factos.

<sup>1575</sup> STEPHEN GRIFFIN, “The characteristics and identification...”, *loc. cit.*, págs. 133 e ss.

<sup>1576</sup> Assim, igualmente com recurso ao método da “presunção”, STEPHEN GRIFFIN, *Company law cit.*, págs. 289-290, GEOFFREY MORSE/STEPHEN GIRVIN, *Charlesworth company law*, pág. 268.

<sup>1577</sup> “Muito mais importante do que a espécie de influência exercida é a sua intensidade...”, escreveu na literatura suíça PIERRE-OLIVIER GEHRIGER, pág. 26.

interna e à representação externa ou se é suficiente uma análise disjuntiva (*perímetro e hierarquia*).

#### **11.1.4. Uma superação na procura das funções administrativas exercidas pelo sujeito; o método dos “factores elegíveis”: intensidade, perímetro e hierarquia**

Como vimos, a condição de administrador de facto só se alcança se o comportamento do sujeito se traduzir em verdadeiros actos de “direcção” da sociedade, enquanto característica necessária de quem assume a competência de gerir. Se a tautologia é permitida – como ponto de ordem na sequência –, a administração de facto *é um facto*, “o facto de ter efectivamente dirigido pela sua própria cabeça a sociedade”<sup>1578</sup>. Somos conduzidos, por isso, a determinar as características da actividade de gestão de um administrador de direito, a fim de, *mutatis mutandis*, deduzir a qualidade de administrador de facto<sup>1579</sup>.

Chegado o momento da prova correspondente ao exercício *manifesto* de funções de administração, não é despiciendo o recurso à compilação de um certo *feixe de indícios ou sinais reveladores* do exercício de um poder real e efectivo de administração para se poder aferir a condição fáctica do administrador ou gerente<sup>1580</sup> – a doutrina, significativamente, chamou-lhe “sinais exteriores de poder”<sup>1581</sup>.

Consequentemente, a disciplina da administração de facto apresenta como *conotação especial*<sup>1582</sup> a importância que pode adquirir a *presunção judicial* (natural, simples ou de facto). Isto é, a *ilação que o julgador tira de um facto conhecido (facto-base ou indício) para firmar um facto desconhecido (facto presumido)*<sup>1583</sup> – sendo este

---

<sup>1578</sup> FRANÇOIS-XAVIER LUCAS, “La neutralisation des dirigeants...”, *loc. cit.*, pág. 172, onde se refere já a nota da “autonomia” da conduta do administrador de facto (*de son propre chef*), analisada *infra*, 11.2.

<sup>1579</sup> Neste sentido, JEAN-LOUIS RIVES-LANGE, pág. 42, GÉRARD NOTTÉ, *Les dirigeants de fait...* cit., pág. 106.

<sup>1580</sup> Referência que se notabilizou como denominador comum dos Autores franceses: por ex., JEAN STOUFFLET, “Cour d’Appel de Nancy, 15 décembre 1997 – *Observations*”, *loc. cit.*, pág. 18912/7, JEAN-MARIE MACQUERON, págs. 110, 116, 164 (“índices” ou “critérios materiais” da administração de facto), LAURENT LEVENEUR, págs. 62-63, PHILIPPE HAEHEL, pág. 542; PHILIPPE PÉTEL, *Procédures collectives* cit., pág. 206, NATHALIE DEDESSUS-LE-MOUSTIER, pág. 507, PAUL LE CANNU, “Direction de fait...”, *loc. cit.*, pág. 9.

<sup>1581</sup> GÉRARD ZAQUIN, pág. 254, ALAIN LIENHARD, *Procédures collectives* cit., pág. 472.

<sup>1582</sup> NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., pág. 78. Segundo JEAN-PIERRE SORTAIS, “Note Cour d’Appel de Paris (3<sup>e</sup>Ch., sect. A), 20 février 1978”, *loc. cit.*, pág. 133, essa conotação seria a contrapartida de a qualidade de administrador de facto não ser *legalmente* presumida – ou seja, a possibilidade de ela poder ser demonstrada com o recurso a indícios ou “presunções de facto”.

<sup>1583</sup> Cfr., no CPC, os arts. 349<sup>o</sup> e 351<sup>o</sup> («As presunções judiciais só são admitidas nos casos e termos em que é admitida a prova testemunhal» [arts. 392<sup>o</sup>-396<sup>o</sup> CPC]). Na doutrina, v. por todos ANTUNES

último a *realização efectiva de actos próprios de administração* (para o administrador de facto directo) ou o *exercício de influência efectiva e significativa na esfera de quem pratica os actos de administração* (administrador de facto indirecto). Advirta-se, porém, que tal não significa que a atribuição da qualidade de administrador de facto – conclusão *ulterior e última* do procedimento de qualificação do sujeito, mas ainda dependente de *outros requisitos* – deixe de ser “questão de direito”; se assim é, é impugnável até à última instância de revista.<sup>1584</sup>

Porém, coligir sem mais uma lista de indícios e transportá-la para o caso concreto não é de todo suficiente. Com efeito, se não se proceder à devida *integração* dos indícios tradicionalmente alegados na *estratificação de poderes do administrador* e à *relativização desses indícios à luz do que verdadeiramente distingue a actuação do administrador*, de pouco ou nada serve um método de prova fundamentalmente *instrumental* ou *indirecto*<sup>1585</sup>. Com isto quero significar que vezes demais a jurisprudência estrangeira dá um salto maior do que a perna, na medida em que não

---

VARELA/J. MIGUEL BEZERRA/SAMPAIO E NORA, págs. 502 – presunções judiciais “são aquelas que se fundam nas *regras práticas da experiência*, nos ensinamentos hauridos através da observação (empírica) dos factos” –, 503.

<sup>1584</sup> Estes são dados que se antolham relativamente consensuais na doutrina estrangeira pertinente: JEAN-LOUIS RIVES-LANGE, pág. 44; GÉRARD ZAQUIN, págs. 254, 255; FERNAND DERRIDA, “Jurisprudence en matière de faillites – Cour de Cassation Com. 31 janv. 1978”, *Rec. Dalloz*, 1978, Informations Rapides, pág. 286; MICHEL VASSEUR, “Note Cour de Cassation (Ch. Com.), 9 mai 1978”, *Rec. Dalloz*, 1978, pág. 427; GÉRARD NOTTÉ, “La notion de dirigeant de fait...”, *loc. cit.*, pág. 78; PHILIPPE MERLE, “Règlement judiciaire, liquidation des biens, faillite personnelle...”, *loc. cit.*, págs. 465-466 (que dá conta da resistência da *Cour de Cassation* em reapreciar a qualificação do sujeito como tal); CLAUDE CHAMPAUD/DIDIER DANET, “Sociétés et autres groupements. Dirigeant de fait – Com. 5 nov. 1991”, *loc. cit.*, p. 819; NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., n. (160) – pág. 248 (“a individualização dos elementos constitutivos da *fattispecie*, ainda que de ordem «funcional», permanece todavia como questão de direito...”); PAUL LE CANNU, “Direction de fait...”, *loc. cit.*, pág. 10 (enfatiza a “liberdade de manobra” dos juízes, no “contexto das relações entre a sociedade” e o pretense administrador de facto); JOSÉ LUIZ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., pág. 143; NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., pág. 81 (“saber se uma determinada pessoa realizou uma determinada operação é um problema de facto, mas a qualificação jurídica que deve receber é um problema de Direito que entra plenamente na competência dos Tribunais de recurso”); JACQUES MESTRE/DOMINIQUE VELARDOCCIO, *Lamy Sociétés Commerciales*, Lamy, Paris, 2003, pág. 267; JOSÉ EMBID IRUJO, “La responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, n. (32) – págs. 2397-2398; FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, “Ámbito subjetivo de la responsabilidad”, *loc. cit.*, pág. 62; MIRIAM LOZANO SAIGÍ, pág. 1062; MARINA SPIOTTA, “Note Tribunale Milano, 21 maggio 2008”, *loc. cit.*, pág. 2743; MANUEL DÍAZ MARTÍNEZ, pág. 1018. Discordante quanto à possibilidade de a instância superior poder controlar a qualificação de administrador de facto em matérias civis, JEAN-PIERRE SORTAIS, “Note Cour d’Appel de Paris (3<sup>e</sup>Ch., sect. A), 20 février 1978”, *loc. cit.*, pág. 131, com indicações jurisprudenciais (ao contrário do que se sustentaria para as disposições penais, uma vez que “a noção de administrador de facto torna-se um dos elementos constitutivos da infracção penal”; logo, opta, com base nessa diferenciação, por não enveredar por uma concepção unitária da noção de administrador de facto).

<sup>1585</sup> As “provas indirectas”, de acordo com a lição de MANUEL DE ANDRADE, *Noções elementares...* cit., pág. 209, “põem ao alcance da percepção do julgador um facto diverso, que todavia lhe serve para, segundo as regras da experiência, ele formar o seu juízo ou convicção sobre aquele outro”.

se alcança o *nexo de aptidão* entre o indício (ou complexo de indícios) e a corporização jurídica da figura do administrador, referida ao *tipo legal de administrador* que está em jogo (que constitui o verdadeiro *thema probandum*). Não é exemplo a seguir. Só se esse ou esses indícios se encontrarem em conexão com as *características distintivas* de administrador é que tem sentido ser ou serem identificados – e compartimentados de acordo com a sua valia própria naquela situação daquela sociedade em concreto – *por serem adequados para se inferir a actuação (que se presume) e, conseqüentemente (e eventualmente), atribuir a qualidade de administrador de facto.*<sup>1586</sup>

A conclusão em sentido afirmativo ou negativo pela existência de actuação positiva e típica de administração – o fim probatório que se persegue – deve ter em conta algumas particularidades e alertas, *próprios das limitações de um método (apenas) indiciador de uma certa realidade e que não se substitui à existência real dessa mesma realidade e das conseqüências jurídicas que essa existência implicará.*

Desde logo porque muitas vezes se conjugam indícios que são *actos e negócios* com indícios que são *qualidades ou posições* no seio da sociedade. Ora, estas diferentes realidades não se confundem e têm valor diferente, pois é a inclusão dos actos e negócios nos diferentes patamares de acção do administrador, ainda que permitidos por certa qualidade ou posição (sintetizadas na *fenomenologia* que potencia a administração de facto), que assegura a ponderação certa.

Depois, há indícios que são rotineiramente indicados como decisivos mas que não passam de meras *formas de actuação, de benefício e de relacionamento dentro e fora da sociedade*: podem *assistir e justificar os indícios-actos e os indícios-qualidades*, porém, não têm como suprir o relevo preferencial dos outros indícios. Mesmo que

---

<sup>1586</sup> Assim se compreende, seguindo a doutrina de TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*, 1995, págs. 209-210, 212, na medida em que a prova por presunções naturais ou judiciais é uma das modalidades de prova *indiciária*, em que “o facto levado ao conhecimento do tribunal (facto probatório ou indiciário) permite deduzir a veracidade do facto que constitui o objecto da prova (facto essencial)”; na realidade, a prova indiciária pressupõe “uma dupla operação”: primeiro, “o tribunal deve verificar a adequação causal entre o facto probatório ou indiciário e o objecto da prova”, depois, “caso admita essa adequação, deve apreciar e avaliar, em termos gerais, a prova realizada quanto ao facto probatório ou indiciário”. No caso da presunção judicial, o “facto indiciário” faz presumir, “através de uma regra de experiência” – encontrada na “normalidade das coisas, isto é, no que acontece normalmente (*id quod plerumque accidit*)” –, o objecto da prova (“facto principal”). Por isso é que, em rigor, me referi a instrumentalidade deste método de prova, uma vez que “as presunções não são meios de prova, mas antes meios de dispensa da prova (do facto presumido)”.

Em outro passo, o processualista evidencia que “essas regras de experiência”, pelo menos quando “relevam na actividade de subsunção e de aplicação das normas jurídicas”, “constituem matéria de direito e são passíveis, por isso, de serem conhecidas e controladas pelo tribunal de revista”.

deles se presume a actuação *distintiva* de administrador, estarão mais sujeitos a não resistirem à *prova do contrário* ou à *simples contraprova* de que o *facto presumido não se verificou* <sup>1587</sup>.

Em resumo: há que diferenciar e compreender o que torna o administrador de facto equivalente ao administrador de direito para que esses indícios, enquanto “prova crítica” <sup>1588</sup>, não sejam facilmente neutralizados na ilação suscitada em favor da administração de facto.

A existência de uma conduta (acto-negócio) *no mesmo patamar de acção* do administrador de direito permite *valorizar o comportamento substancial* da pessoa a qualificar. Todavia, nem sempre nos confrontamos com a recolha de indícios *positivos*; muitas vezes deparamo-nos com *contra-indicadores* <sup>1589</sup> ou indícios *negativos*. Esse indício negativo pode ser afastado e julgado dispensável se desmentido por outros indícios que, vistos em conjugação, servem de apoio bastante e indigam a situação de facto como relevante. Paralelamente, aquele ou aqueles indícios não serão importantes num determinado contexto, mas podem vir a ser num outro <sup>1590</sup>. O juízo de *probabilidade* a fazer <sup>1591</sup> é sempre um juízo de ponderação *global e em concreto*. *V. g.*, pode o sujeito nunca ter estado presente em qualquer reunião do conselho de administração ou nunca ter aspirado a vincular a sociedade em operações negociais e esse factor *negativo* não abalar, por *incompatibilidade*, a

---

<sup>1587</sup> Enquanto que a prova feita através de presunções legais (relativas e ilidíveis) cede perante “prova do contrário” (“convicção do juiz da *não verificação do facto*”), as presunções judiciais podem ser arredadas por meio de simples “contraprova” (“dúvida do juiz acerca da verificação do facto”, “que basta para inutilizar a prova *bastante* ou *suficiente*, resultante daqueles meios ou instrumentos probatórios a que a lei não atribui força probatória plena ou pleníssima”; cfr. art. 346º do CCiv.) – neste sentido, ANTUNES VARELA, “Acórdão de 8 de Novembro de 1984 – Anotação”, *RLJ* n.º 3784, 1989-1990, págs. 217-218 e n. (1); em complemento, MANUEL DE ANDRADE, *Noções elementares...* cit., págs. 214-215, ANTUNES VARELA/J. MIGUEL BEZERRA/SAMPAIO E NORA, págs. 472-473.

<sup>1588</sup> MANUEL DE ANDRADE, *últ. ob. cit.*, pág. 209.

<sup>1589</sup> Para DANIEL TRICOT, pág. 28 (seguido por JQUES MESTRE/DOMINIQUE VELARDOCCIO, *Lamy Sociétés Commerciales*, Lamy, Paris, 2003, pág. 268), não servem de contra-indicadores – que apelida de critérios *indiferentes* para a existência de administração de facto – a incompetência (e a ignorância) a respeito dos negócios realizados, a ausência de remuneração e a dissimulação das actividades do administrador de facto (pouco importa que sejam ocultas ou públicas).

<sup>1590</sup> PAUL LE CANNU, “Direction de fait...”, *loc. cit.*, pág. 7.

<sup>1591</sup> Lá fora, na doutrina processual, considera-se precisamente como proeminente a fundamentação da “suposição da verdade do facto desconhecido” (presumido) na probabilidade conferida pelo procedimento indutivo espoletado pelo facto conhecido e pelo grau de convicção que ele é capaz de gerar – v., por ex., com referências, SALVATORE PATTI, “*Probatio e praesumptio*: attualità di un’antica contrapposizione”, *Riv. dir. civ.*, 2001, págs. 475-476, 477 (“cálculo de probabilidade”), 479 e ss, 482-483 (nas presunções legais, a ideia da probabilidade está ligada à “elaboração técnica da norma jurídica”, enquanto que nas presunções simples o recurso à probabilidade funda-se no “apuramento da verdade processual”), 485.

restante factualidade *positiva* no que concerne à assunção da posição de verdadeiro e efectivo administrador <sup>1592</sup>.

A seguir, sabemos que a consideração de uma situação positiva e típica de administração com base num método de “*indícios atendíveis*” não exige a presença de um *leque exaustivo de factores indiciários no caso concreto*, mas antes se sopesará um conjunto, mais ou menos amplo, de indícios *determinantes* (mesmo que naturalmente diferentes de caso para caso). Por regra, nenhum indício isolado é decisivo por si só; a qualificação do administrador de facto é uma qualificação *de conjunto* (*d’ensemble*<sup>1593</sup>); a *acumulação* de indícios no feixe do caso ajudará a uma convicção mais segura <sup>1594</sup>.

Por fim, é importante *calibrar a importância relativa dos indícios de actuação fáctica*. Havendo poder de decisão e ingerência, é curial determinar a partir de que grau de *importância* dos actos de ingerência na administração e a partir de que nível de *autoridade* (ou *posição de força*) – ainda que “*autoridade de facto*” <sup>1595</sup> – se pode admitir que se actua *como se fosse administrador* <sup>1596-1597</sup>, num jogo global de pesos e contra-pesos para uma conclusão final. A lógica é ainda e sempre a mesma: os indícios bosquejam as características *tipificadoras* da administração de direito *típica*, à qual se pretende equiparar a administração de facto *no procedimento de legitimação*. O que implica, não obstante poder haver dificuldade para determinados casos em concreto,

---

<sup>1592</sup> Isso não significa, como enfatiza JEAN-MARIE MACQUERON, págs. 111-112, que esse acto *negativo* não seja obstáculo suficiente para considerar a administração de facto, desde que os actos *positivos* descritos não sejam julgados idóneos para implicar um comportamento *subsistente* como administrador de facto. O que se pode é deduzir, *a contrario*, que, se esses actos positivos se tivessem concretizado, o sujeito poderia ser considerado como administrador.

<sup>1593</sup> PAUL LE CANNU, “*Direction de fait...*”, *loc. cit.*, pág. 7.

<sup>1594</sup> Particularmente ilustrativo, GÉRARD ZAQUIN, pág. 255.

<sup>1595</sup> MICHEL JEANTIN/PAUL LE CANNU, pág. 568.

Na jurisprudência estado-unidense, como sabemos, exige-se ao administrador de facto uma *color of authority*, que, derivada de uma espécie de designação, ainda que informal, permita ver que o sujeito não é “um simples voluntário” ao serviço da sociedade: por todos, v. JAMES COX/THOMAS LEE HAZEN, pág. 364, WILLIAM MEADE FLETCHER, *Fletcher Cyclopedica...* cit., págs. 212-213, 214, 215. Por sua vez, LAURA HUNTER DIETZ [et all.], *American jurisprudence...* cit., págs. 256 e 257, referem-se a um “*degree of authority or color of title*”.

<sup>1596</sup> JEAN-LOUIS RIVES-LANGE, pág. 42, JEAN STOUFFLET, “*Cour d’Appel de Paris, 6 janvier 1977 – Observations*”, *JCP*, Éd. Générale, II – Jurisprudence, 1977, pág. 18689/5, NATHALIE DEDESSUS-LE-MOUSTIER, pág. 501, JOSÉ LUIZ JOSÉ LUIZ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., pág. 35.

<sup>1597</sup> Esta exegese será naturalmente diferente consoante a espécie de administrador de facto que seja de ponderar – como veremos melhor adiante.

a construção de uma *hierarquia de princípio ou de peso relativo ou de grau* entre os indícios(-factores) detectados no caso concreto <sup>1598</sup>.

Atentas estas vicissitudes, propõe-se uma *metodologia* para suportar o tratamento dos *factos* e dos *indícios-sinais* da actuação fáctica.

1º – De acordo com as *circunstâncias que cada hipótese concreta apresenta*, há que discernir os *factores elegíveis para a consideração da existência de uma administração de facto*.

2º – Há que atribuir a cada um deles *o peso relativo nessa consideração* – serão *primários, secundários e acessórios ou complementares*.

#### **11.1.4.1. Factores primários**

*No que se refere às circunstâncias da hipótese concreta*, é necessário confirmar que o sujeito não se revelou apenas munido de um *poder teórico* ou *possível de ser exercido*, mesmo que equivalente ao da administração de direito. Não chega a mera comprovação da existência dos *atributos* do poder. Só o exercício ou execução de um *poder tipicamente orgânico e efectivo por parte daquele que pessoalmente se ingere na administração* – na definição de CLAUDE CHAMPAUD e DIDIER DANET, “o uso real e significativo da assinatura social” <sup>1599</sup> – é constitutivo de uma actividade positiva e com verdadeiro poder de *selecção (Selektionskraft)* <sup>1600</sup> sobre a qualidade de administrador de facto <sup>1601</sup>.

---

<sup>1598</sup> Sobre esta valoração, v. JEAN-MARIE MACQUERON, pág. 115.

<sup>1599</sup> “Sociétés et autres groupements. Dirigeant de fait – Versailles, 8 févr. 1994 (15<sup>e</sup> ch.)”, *loc. cit.*, pág. 281.

<sup>1600</sup> HOLGER FLEISCHER, “Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit...”, *loc. cit.*, pág. 524.

O Autor alemão salienta três casos de selecção do exercício de funções típicas do órgão de administração e valoração da existência de administração de facto: a realização de “pressão efectiva” de fora para dentro da sociedade, como os clientes e fornecedores principais sem influência no interior e na organização da sociedade; a preservação do “ordenamento interno de responsabilidades” sempre que os sócios tratam intensivamente dos assuntos sociais no seu papel de sócios (no mesmo sentido, KLAUS HOPT, *Großkommentar Aktiengesetz*, §§ 92-94 cit., sub § 93, pág. 76, Rdn. 51, UWE W. SCHNEIDER, “Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung”, *loc. cit.*, sub § 43, pág. 2228, Rdn. 22); acomodação da responsabilidade orgânica dos administradores (que só conta para o círculo de pessoas encarregadas da administração) em face dos colaboradores subordinados da empresa social (e da sua responsabilidade contratual-laboral).

<sup>1601</sup> Um ponto deveras apontado pela doutrina francesa: JEAN-LOUIS RIVES-LANGE, pág. 42, ADRIENNE HONORAT, “Note Cour de Cassation (Ch. Com.), 2 mai 1977”, *loc. cit.*, pág. 738, GÉRARD NOTTÉ, *Les dirigeants de fait...* cit., pág. 110, JEAN-PIERRE SORTAIS, “Note Cour d’Appel de Paris (3<sup>e</sup>Ch., sect. A), 20 février 1978”, *loc. cit.*, pág. 128, JEAN-MARIE MACQUERON, págs. 170 e ss (com jurisprudência), 173, LAURENT LEVENEUR, págs. 54, 55, CLAUDE CHAMPAUD/DIDIER DANET, “Sociétés et autres groupements. Dirigeants sociaux – Com. 20 janv. 1998”, *loc. cit.*, pág. 358, MICHEL JEANTIN/PAUL LE CANNU, pág. 568, HARITINI MATSOPOULOU, pág. 199. Para a Bélgica, Itália e Espanha, v. J.-L. JASPAR/ANNE DE SMETH, págs.

Depois, não bastam os meros conselhos, sugestões, recomendações e assistência, que se reconduzem a uma *influência simples* na (e, para a administração de facto indirecta, sobre a) administração; isto é, não se pode situar num “estado prévio à decisão pura”<sup>1602</sup> se a decisão posterior resulta do exercício de uma liberdade plena do administrador de direito<sup>1603</sup>. Nem chega uma simples actividade de *controlo* ou *supervisão* da administração de direito para configurar uma administração de facto<sup>1604</sup>. O administrador de facto é aquele que ostenta, na prática, o *poder real de decisão* na sociedade, nos termos em que este se atribui pela lei ao órgão administrativo; o administrador de facto é, por isso, aquele que participa na formação da vontade da sociedade, em maior ou menor medida, como se ele próprio pertencesse ao *centro funcional* (*Funktionszentrum*, nas palavras de PETER FORSTMOSER) em que o órgão de administração se precipita.<sup>1605</sup>

---

645-646, MICHELLE MOZARELLI, págs. 575, 576, JUSTINO DUQUE DOMÍNGUEZ, “El tráfico de acciones...”, *loc. cit.*, pág. 63. Na Suíça, essa efectividade como critério “material” de exercício, directo ou indirecto, sobre a administração é, por ex., realçada por JEAN NICOLAS DRUEY, pág. 79, e PETER FORSTMOSER, “Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht”, *loc. cit.*, pág. 142, ID., *Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit... cit.*, pág. 214. À “participação efectiva” do administrador de facto aludi em *A sociedade por quotas unipessoal... cit.*, n. (951) – pág. 718.

<sup>1602</sup> JOSÉ EMBID IRUJO, “La responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, pág. 2398.

<sup>1603</sup> Já o indiquei: v. *supra*, ponto 10.3., e suas referências bibliográficas e jurisprudenciais.

<sup>1604</sup> Em França, há doutrina que averigua na administração os “índices materiais” para identificar o titular do “direito de controlo residual”; porém, este direito corresponde, no seio da “organização da produção” realizada no seio da sociedade, ao poder de decidir em última instância todas as questões relativas à combinação dos diferentes factores produtivos: CLAUDE CHAMPAUD/DIDIER DANET, “Sociétés et autres groupements. Dirigeant de fait – CA Versailles, 15<sup>e</sup> ch. soc., 16 oct. 1997; Com. 14 oct. 1997”, *loc. cit.*, págs. 164-165. Para a crítica de jurisprudência que adoptou tal construção para a responsabilidade criminal de sócio dominante, v. ALBERTO CRESPI, pág. 609, apoiado por NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto... cit.*, n. (152) – pág. 244.

<sup>1605</sup> Sobre estas várias asserções, com indicações jurisprudenciais, cfr. JEAN-PIERRE SORTAIS, “Note Cour d’Appel de Paris (3<sup>e</sup>Ch., sect. A), 20 février 1978”, *loc. cit.*, pág. 128; GÉRARD NOTTÉ, “La notion de dirigeant de fait...”, *loc. cit.*, pág. 77; PETER FORSTMOSER, “Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht”, *loc. cit.*, págs. 141-142, 148-149 (para a Suíça), sendo essa participação no “centro funcional” condição nevrálgica da concepção de “órgão material”; LAURENT LEVENEUR, pág. 56; GEORGES VIRASSAMY, pág. 310; NATHALIE DEDESSUS-LE-MOUSTIER, pág. 503; CLAUDE CHAMPAUD/DIDIER DANET, “Sociétés et autres groupements. Dirigeant de fait – CA Versailles, 15<sup>e</sup> ch. soc., 16 oct. 1997; Com. 14 oct. 1997”, *loc. cit.*, págs. 164-165, ID., “Sociétés et autres groupements. Dirigeants sociaux – Com. 20 janv. 1998”, *loc. cit.*, págs. 357, 358; JAVIER JUSTE MENCÍA, “En torno a la aplicación...”, *loc. cit.*, págs. 451, 452, 453; PAUL LE CANNU, “Dirigeant de fait...”, *loc. cit.*, págs. 150-151; NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho... cit.*, págs. 68, 69; MARÍA JOSÉ VERDÚ CAÑETE, pág. 130; ALONSO UREBA/JUANA PULGAR EZQUERRA, pág. 27. Por cá, v. RICARDO COSTA, “Responsabilidade civil societária...”, *loc. cit.*, n. (4) – pág. 29, JOÃO SANTOS CABRAL, n. (106) – pág. 278. Criticamente, perante o carácter teórico do “critério do poder” quando confrontado com as dificuldades de apreensão da “realidade do poder” nas sociedades em concreto, v. GÉRARD ZAQUIN, pág. 254 (e daí a necessidade de investigar os “sinais” que exteriorizam esse poder).



A gestão terá que apresentar uma *intensidade qualitativa*<sup>1606</sup>: deve ser marcada por um *quadro de circunstâncias* que nos permita falar de uma verdadeira *actividade de administração*, igual, análoga ou, pelo menos, equiparável à que corresponde ao órgão de administração desenhado pela lei societária (mesmas funções e mesmos poderes de um administrador de direito; colocarem em acção, portanto, um papel administrativo no *círculo funcional* que é típico e característico da administração<sup>1607</sup>)<sup>1608</sup>.

---

<sup>1606</sup> Para o sublinhar desta nota, v., para a França, Bélgica, Espanha e Alemanha, JEAN-LOUIS RIVES-LANGE, pág. 42, GÉRARD NOTTÉ, *Les dirigeants de fait...* cit., págs. 110, 123, J.-L. JASPAR/ANNE DE SMETH, pág. 645, LAURENT LEVENEUR, pág. 55, GEORGES VIRASSAMY, pág. 310, CLAUDE CHAMPAUD/DIDIER DANET, “Sociétés et autres groupements. Dirigeant de fait – CA Versailles, 15<sup>e</sup> ch. soc., 16 oct. 1997; Com. 14 oct. 1997”, *loc. cit.*, pág. 164, ID., “Sociétés et autres groupements. Dirigeant de fait – Versailles, 8 févr. 1994 (15<sup>e</sup> ch.)”, *loc. cit.*, pág. 280, ID., “Sociétés et autres groupements. Dirigeant de fait. Définition – CA Versailles, 13<sup>e</sup> ch., 6 avr. 1998”, *loc. cit.*, pág. 861, NATHALIE DEDESSUS-LE-MOUSTIER, pág. 503, MARKUS GEIßLER, pág. 1109, MARC DINKHOFF, pág. 15, NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., págs. 68-69, ID., “El concepto de administrador de hecho...”, *loc. cit.*, pág. 869, JOSÉ EMBID IRUJO, “La responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, pág. 2398, MIRIAM LOZANO SAIGÍ, pág. 1060, FRANÇOIS-XAVIER LUCAS, “La neutralisation des dirigeants...”, *loc. cit.*, pág. 171, MANUEL DÍAZ MARTÍNEZ, pág. 1021, WOLFGANG ZÖLLNER/ULRICH NOACH, “Abschnitt Drei. Vertretung und Geschäftsführung”, *loc. cit.*, sub §43, pág. 880, *Rdn.* 3. Já antes apoiei: RICARDO COSTA, “Responsabilidade civil societária...”, *loc. cit.*, n. (4) – pág. 29, bem como foi posição de JOÃO SANTOS CABRAL, págs. 271, 275, 278.

<sup>1607</sup> RICARDO COSTA, “Responsabilidade civil societária...”, *loc. cit.*, pág. 31.

<sup>1608</sup> Entre os mais desenvolvidos sobre o destaque da *tipicidade orgânica* da conduta do administrador de facto, v. HENRY BALLANTINE, pág. 150 (para a *de facto doctrine* nos EUA); JEAN-LOUIS RIVES-LANGE, pág. 42; ALESSANDRO BORGIOLO, “Amministratori di fatto e direttori general”, *loc. cit.*, pág. 606; DOMINIQUE RANDOUX, pág. 297; PIERRE-OLIVIER GEHRIGER, págs. 15, 17-18 (com várias referências doutrinárias suíças), 168; MAX ALBERS-SCHÖNBERG, págs. 39, 47; ANDREAS VON PLANTA, pág. 82; PETER FORSTMOSER, “Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht”, *loc. cit.*, págs. 146-147, para quem a (possibilidade ou capacidade de) “influência”, como critério central de aferição da conduta – tradicional na doutrina suíça: para os vários tipos de exercício de influência, PIERRE-OLIVIER GEHRIGER, págs. 22 e ss, com base (a) no montante de participação, (b) nas cláusulas estatutárias da sociedade, (c) na celebração de contratos e, mais simplesmente, (d) em “relações de facto” – tem que se corresponder à actuação habitual e típica do órgão formal ou de direito, em duas vertentes cumulativas: áreas reservadas à administração; influência demarcada sobre a tipicidade de acção do órgão) –, ID., *Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit...* cit., pág. 211; ALEXANDER VOGEL, págs. 265, 301, 302, 304; NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., págs. 226-227; KLAUS HOPT, *Großkommentar Aktiengesetz, §§ 92-94* cit., sub § 93, pág. 76, *Rdn.* 51 (lapidar: a simples, ainda que intensiva, ocupação com os assuntos da sociedade não chega); MICHELLE MOZARELLI, pág. 577; JOSÉ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., págs. 39-40 (que faz uso de um “critério de equivalência da função”); GUILLERMO ALCOVER GARAU, “La calificación del concurso”, *loc. cit.*, pág. 251; ALESSANDRA ROSSI VANNINI, “Una svolta...”, *loc. cit.*, págs. 210-211; MARKUS GEIßLER, pág. 1109 (mas sem que a comprovação das funções administrativas possam dar o “impulso definitivo” para a responsabilidade); NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., págs. 67-68, 150, ID., “Administrador de hecho y apoderado general...”, *loc. cit.*, pág. 2386; HOLGER FLEISCHER, “Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit...”, *loc. cit.*, pág. 524; WILLIAM MEADE FLETCHER, *Fletcher Cyclopedia...* cit., págs. 213-214, 215 (para os EUA); HARITINI MATSOPOULOU, pág. 199; MÓNICA FUENTES NAHARRO, pág. 271; ALONSO UREBA/JUANA PULGAR, págs. 27, 28; FRANCIS C. AMENDOLA [et alii], *Corpus Juris Secundum...* cit., págs. 45-46 (ainda para os EUA); MARÍA JOSÉ VERDÚ CAÑETE, pág. 130; DETLEF KLEINDIEK, “Haftung der Geschäftsführer. § 43”, *loc. cit.*, págs. 1000-1001, *Rdn.* 2; WOLFGANG ZÖLLNER/ULRICH NOACH, “Abschnitt Drei. Vertretung und Geschäftsführung”, *loc. cit.*, sub § 43, pág. 880, *Rdn.* 3; ULRICH HAAS/HILDEGARD ZIEMONS, pág. 488, *Rdn.* 29.

\*

Ainda mais específico, é necessário que a administração seja assumida na sua *vertente gestonária*, isto é, toda aquela que se desempenha para concretizar ou favorecer a realização da actividade económico(-mercantil) que é prevista no objecto

Em sentido desfavorável à suficiência deste método de averiguação do exercício efectivo de funções correspondentes ao círculo de tarefas da administração, particularmente enquanto critério de extensão da responsabilidade típica do órgão de administração, v. URSULA STEIN, *Das faktische Organ* cit., *passim*, em esp. págs. 183-184, 191.

Para a defesa do princípio da assunção fáctica da posição de órgão (e subsequente colocação em perigo dos bens jurídicos protegidos e/ou omissão das providências da respectiva tutela) como fundamento da responsabilidade criminal do administrador de facto (aquele que agarra as funções e a actividade que pertencem ao círculo de deveres do órgão correspondente), enquanto gerador de uma “situação de confiança” (“*Vertrauenstatbestand*”) sobre a inexistência de “desamparo” (“*Hilflosigkeit*”) desses bens jurídicos, v., para uma das teses mais proeminentes na Alemanha e mais próxima do horizonte comercial-societário, DIETRICH KRATZSCH, págs. 515 e ss, em esp. 518-519, 522, 525, 530-531, 532; favorável, PETER ULMER, “*Fünfer Abschnitt. Auflösung und Nichtigkeit der Gesellschaft*”, *loc. cit.*, sub § 64, págs. 420-421, *Rdn.* 11; para uma crítica a esta “construção jurídica arriscada”, v. HANS FURHMANN, pág. 155. No mesmo sentido para a doutrina penal espanhola, que funda a reposnabilidade na prática de “actos concretos” de manifestação do “poder de gestão” da empresa, em função da sua qualidade ou quantidade, v. MANUEL MARÍA SÁNCHEZ ALVAREZ, *Los delitos societarios* cit., pág. 63.

Por cá, COUTINHO DE ABREU/ELISABETE RAMOS, págs. 42, 43, RICARDO COSTA, *últ. est. cit.*, n. (4) – pág. 29 e pág. 31 (seguido por RUI PEREIRA DIAS, *Responsabilidade por exercício de influência...* cit., pág. 131, FERREIRA GOMES, n. (239) – págs. 155-156, e ANA PERESTRELO OLIVEIRA, *Grupos de sociedades e deveres de lealdade...* cit., págs. 557-558), COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., págs. 100-101, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores...* cit., pág. 467, VÂNIA MAGALHÃES, “A conduta dos administradores das sociedades anónimas: deveres gerais e interesse social”, *RDS* n.º 2, 2009, págs. 382-383, MENEZES CORDEIRO, “Capítulo VII – Responsabilidade civil...”, *loc. cit.*, pág. 276, anot. 39, ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito das sociedades...* cit., pág. 315, ELISABETE RAMOS, *O seguro de responsabilidade civil...* cit., pág. 152.

Esta compreensão reflecte-se no direito positivo estrangeiro. Antes dele, foi traduzida – neste caso em projecto legislativo – no art. 13 dos *Progetti di legge in tema di società e di intese industriali* de Tulio Ascarelli (já conhecido: v. *supra*, Parte I, ponto 3.): a noção de administrador de facto estava baseada no exercício de «funções de efectiva e geral direcção análoga à dos administradores», isto é, a figura do administrador de facto pressupunha o exercício concreto de funções que poderiam ser realizadas somente a título próprio por um administrador. Por sua vez, foi estabilizada na disciplina francesa da responsabilidade criminal e contra-ordenacional societárias: cfr. os arts. 431, 463, 464-1, 464-4, 478 e 479, 2.ª frase, da *Loi n.º 66-537 sur les sociétés commerciales* de 1966 e, depois da sua revogação, os arts. L. 241-9 (sociedade de responsabilidade limitada), L. 244-4 (sociedade por acções simplicada), L. 245-16 e L. 246-2 do CComFr. (sociedade por acções) – “a pessoa que, directamente ou por interposta pessoa, tenha, de facto, exercido a direcção, a administração ou a gestão» de uma sociedade «a coberto ou no lugar dos seus representantes legais» ou do «presidente e dos administradores dessa sociedade»: desenvolvidamente sobre essa equiparação e ilícitos abrangidos, v. JEAN-PIERRE ROBIN, “Les responsabilités pénales des dirigeants «de fait» de sociétés commerciales dans la loi du 24 juillet 1966», *Rec. droit pénal*, 1967, págs. 3 e ss, YVES REINHARD/E. JOLY-SIBUET, “*Note Cass. crim., 12 juillet 1994 – Délit de construction sans permis de construire et gérance de fait*”, *JCP*, Éd. Entreprise, 1995, pág. 89; sumariamente, GEORGES RIPERT/RENÉ ROBLOT cit. 2009, págs. 542-543.

Na Bélgica, seguindo a *action en comblement du passif* da vizinha França, os arts. 265, 1.ª frase (sociedades privadas de responsabilidade limitada) 530, 1.ª frase (sociedades anónimas), do CSBelg. (anteriores arts. 63ter e 133bis da *Lei das Sociedades Comerciais, coordenadas a 30 de Novembro de 1935*) responsabiliza pelas dívidas da sociedade falida, com património insuficiente, a pessoa «que efectivamente deteve o poder de gerir a sociedade».

estatutário da sociedade – nas suculentas palavras de FRANCESCO CORSI, a função administrativa transforma os administradores no “órgão executivo do escopo, ou melhor do objecto (escopo-meio) social”, escopo esse que confere o relevo *unitário* à *actividade* de administração <sup>1609</sup> –, nomeadamente, nas sociedades com empresa, para a concreta *actuação* da(s) empresa(s) explorada(s) pela sociedade, assim como para a *organização e configuração* dessas mesmas empresas <sup>1610</sup>. Ou seja, a direcção e o desenvolvimento das operações económico-empresariais próprias da sociedade, relativas às matérias que não sejam expressamente reservadas por lei ao órgão deliberativo interno (sócio ou sócios). <sup>1611</sup>

Fora da administração *atinente à(s) empresa(s) da sociedade* (“gestão” para este efeito), encontramos ainda a administração *técnica*, correspondente à organização e funcionamento da própria sociedade e dos seus órgãos <sup>1612</sup> –

---

<sup>1609</sup> *Il concetto di amministrazione nel diritto privato*, 1974, pág. 282 (e págs. 120 e ss).

<sup>1610</sup> Nestas incluindo-se não só os actos de exploração normal, como a aquisição de máquinas e a contratação dos trabalhadores, como ainda os actos de investimento e desenvolvimento da empresa, como a renovação das instalações industriais e a expansão extraordinária da actividade social – sobre a controversa questão, particularmente incisiva no quadro de “transformação substancial da estrutura industrial e financeira” da empresa, v., com diálogo doutrinal, ROBERTO WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo...* cit., págs. 77-78, PIETRO ABBADESSA, *La gestione dell'impresa...* cit., págs. 1 e ss (em esp. n. (3)), que considera os actos de organização realizados no decurso da vida da empresa e os actos preparatórios da empresa; FRANCO BONELLI, *Gli amministratori...* cit. 1985, págs. 93-94; VINCENZO CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, volume 4, *Amministratori. Direttore generale*, 1991, págs. 113 e ss; ALDO SCHERMI, “Annotazioni sull’amministratore di fatto...”, *loc. cit.*, pág. 81 (“actividade empresarial” referente ao objecto social); MICHELLE MOZARELLI, pág. 577 (aludindo à “função empresarial de coordenação dos factores de produção”, onde está a “determinação das directivas gerais da sociedade para a consecução do objecto social, e, em consequência, todas as operações motivadas por essas directivas”); ANNALISA POSTIGLIONE, “Amministratore di fatto e delega di funzioni”, *Giur. It.*, 2002, pág. 1229.

<sup>1611</sup> É esta faceta da administração que se encontra, com acuidade, nos arts. 64º, n.º 1, al. a) («actividade da sociedade»), 65º-66º («relatório de gestão»), nomeadamente o n.º 5 do art. 66º, 181º, n.º 1, 192º, n.º 2, 214º, n.º 1, 259º («praticar os actos que forem necessários ou convenientes para a realização do objecto social»), 260º, n.ºs 1 e 2, 292º, n.º 3, al. b), 373º, n.º 3 («matérias de gestão da sociedade»), 405º, n.º 1 («gerir as actividades da sociedade»), 406º, als. e), f), g), h), i), j), l) (em parte), m), 407º, n.ºs 1, 3 e 8 («vigilância geral da *actuação* do administrador»), 421º, n.º 1, al. b), 431º, n.º 1, 432º, n.º 1, al. a) («política de gestão»), 442º, n.º 1, 493º, n.º 1, 508º-C.

Quanto a esta gestão relativa à concretização do objecto social e ao tráfico ou giro da empresa, v. VASCO LOBO XAVIER, *Anulação de deliberação social...* cit., n. (92) – pág. 342 (gestão em sentido próprio), n. (101) – pág. 349, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Os poderes de representação...* cit., págs. 21-22, 23-24 e n. (37), OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito comercial*, volume IV cit., pág. 447, CALVÃO DA SILVA, “Conflito de interesses...”, *loc. cit.*, pág. 110, COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., pág. 42, JOSÉ VASQUES, pág. 128, ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito das sociedades...* cit., pág. 320.

<sup>1612</sup> A chamada “administração em sentido estrito” (como, a propósito do nosso tema, se vulgarizou na doutrina italiana: NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., pág. 227, MICHELLE MOZARELLI, pág. 577, MARINA SPIOTTA, “Note Tribunale Milano, 21 maggio 2008”, *loc. cit.*, pág. 2742) ou também “pura administração” da sociedade (GIOVANNI CABRAS, *La forma d'impresa. Organizzazione della gestione nelle società di capitali*, 1995, pág. 40), distinta da “gestão” propriamente dita, marcada pelos limites do objecto social e pela aspiração a concretizar o fim para que se constituiu a sociedade. Entre nós, a doutrina já

encontramos aqui, por ex., com ou sem deliberação do órgão <sup>1613</sup>, a elaboração do relatório de gestão e dos documentos contabilístico-financeiros, a convocação (ou o pedido de convocação) de assembleias gerais e a determinação da ordem do dia, a apresentação de propostas de deliberação em assembleia de sócios, a escolha do presidente do órgão por deliberação deste, a cooptação de administradores substitutos no decurso do exercício, a alteração da sede (se não motivar deslocação física da empresa) <sup>1614</sup>, a elaboração de projectos de fusão, de cisão e de transformação, a emissão de acções ou obrigações, a aquisição de quotas ou acções

---

demarcou esta faceta da administração: pioneiramente, COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., pág. 42 – “administração da própria sociedade”; por seu turno, JOSÉ VASQUES, págs. 128-129, na busca de um conceito jurídico de gestão tendo em conta o art. 406º, identifica, ao lado das “questões empresariais”, as “questões organizacionais societárias” (no âmbito das actuações tendentes ao “planeamento e organização dos negócios da sociedade”).

Sobre estes dois níveis ou “bipartição”, o tratamento e análise é plúrimo. V., entre tantos outros, KURT MEYER, *Die rechtliche Stellung des Delegierten des Verwaltungsrates nach schweizerischem Recht*, 1946, pág. 28, ss, que, numa distinção que se veio a revelar clássica na doutrina suíça, diferencia entre a *Verwaltung in engeren Sinne* e a *Geschäftsführung* – cfr. ARTHUR MEYER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, 2004, pág. 444 (com exemplos legais do direito suíço); GUSTAVO MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., págs. 182-183, 215; JESÚS RUBIO, págs. 289-290; ROBERTO WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo...* cit., págs. 71-72; ALESSANDRO BORGIOIOLI, “Amministratori di fatto e direttori generali”, *loc. cit.*, pág. 608; FRANCO BONELLI, *Gli amministratori...* cit. 1985, págs. 92 e ss, ID., *Gli amministratori...* cit. 2004, págs. 13-14 e n. (11), 15; JESÚS QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil...* cit., pág. 168; CARLO ANGELICI, “Società per azioni e in accomandita per azioni”, *ED*, 1990, pág. 998 – para quem a “administração em sentido estrito” não corresponde à usual e genérica gestão de interesses patrimoniais alheios, mas assume o conteúdo “específico” que resulta da necessidade técnica de consentir a operatividade da organização social (“actos” de administração em contraponto à “actividade” de gestão); EDUARDO POLO, *Los administradores...* cit., págs. 45-46 (com vários exemplos legais de facultades e obrigações relativas à *gestão essencialmente societária*, em contraponto com a gestão “inerente ao exercício do tráfico económico, propriamente empresarial e não societário”); FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, *Provisión de vacantes...* cit., págs. 382-383; FABRIZIO GUERRERA, *Illecito e responsabilità...* cit., págs. 175 e ss – actos de exercício de “poder organizativo” e actos de exercício de “poder gestório”; DARIO LATELLA, “La procura generale conferita a terzi dagli amministratori di società di capitali: condizioni e limiti di ammissibilità”, *Giur. comm.*, 2000, págs. 138-139 (“função gestória” e “poderes organizativos”); HARTWIG HENZE, “Leitungsverantwortung des Vorstands – Überwachungspflicht des Aufsichtsrats”, *BB*, 2000, pág. 210; HOLGER FLEISCHER, “Zur Leitungsaufgabe des Vorstands im Aktienrecht”, *ZIP*, 2003, págs. 5, 6, 11: tarefas de “direcção” e “conformação” da empresa vs ordenação jurídico-normativa para além do plano económico-empresarial (com exemplos), plasmada em deveres inerentes à capacidade de funcionamento interno da sociedade, no âmbito das competências orgânicas mínimas e, por isso, indelegáveis; JOSEFINA BOQUERA MATARREDONA/NURIA LATORRE CHINER, “Distribución y conflictos de competencias en la sociedad anónima no cotizada”, *Las competencias de los órganos sociales en las sociedades de capital*, 2005, págs. 48 e ss (“competências de organização societária” vs “competências de gestão”); FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores...* cit., pág. 45; ANNALISA POSTIGLIONE, pág. 1230 (funções “intrasocietárias” que dizem respeito aos “aspectos essenciais da função legal” de administrador); UWE HÜFFER, *sub § 76*, pág. 385, *Rdn. 8* (competências de “órgão colegial”). Nestes actos incorpora-se a denominada actividade “normativa” ou “modificativa” do contrato social, relativa à configuração da sociedade (fundação, modificação, transformação, fusão, dissolução): v. por todos JOSÉ GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades*, Tomo I cit., pág. 300.

<sup>1613</sup> Cfr. art. 406º.

<sup>1614</sup> Cfr. art. 12º, n.º 2.

próprias, a amortização de quotas, a distribuição de bens sociais e do lucro, a prestação de informação ao sócio, o cumprimento de obrigações registais, o requerimento de dissolução administrativa da sociedade <sup>1615</sup>, a adopção de procedimentos sancionatórios no confronto com os sócios <sup>1616</sup>, etc. A meu ver, *não serão* estes actos de *organização* do ente corporativo – que, na gramática da lei, correspondem verdadeiramente a poderes de *iniciativa* dos administradores <sup>1617</sup>, tendencialmente consagrados na lei e nos estatutos <sup>1618</sup> – que se *responsabilizarão por definir o administrador de facto*.

Primeiramente, é no poder de gestão – definido por cláusulas abertas, flexíveis e elásticas, susceptíveis de um elevado grau de indeterminação, como são os preceitos correspondentes aos nossos arts. 192º, n.º 1, 252º, n.º 1, 405º, n.ºs 1 e 2 (mas densificados com as concretizações do art. 406º), 431º, n.ºs 1 e 2 –, mesmo que, sempre que lícito, partilhado com os sócios, que se verifica em grande medida o *risco de abuso da posição funcional* de administrador.

Tendo em conta a exclusividade e a estabilidade pretendidas com a investidura formal dos titulares do órgão administrativo, nos actos de *administração da sociedade* não haverá a tendência para a apropriação (ou influenciação) dos poderes *oficiais* do administrador, desde logo pela natural resistência a admitir actos que, por falta de legitimidade, possam vir a ser irremediavelmente viciados. Pelo contrário, é naquela *actividade de administração empresarial* que se vislumbra o conteúdo económico-

---

<sup>1615</sup> Cfr. art. 4º, n.º 1, do RJPADL, enquanto representantes orgânicos das sociedades-«entidades comerciais».

<sup>1616</sup> Como o previsto pelos arts. 204º, n.º 1, e 212º, n.º 1 (aviso ao sócio quotista remisso e inadimplemente da obrigação de prestações suplementares).

<sup>1617</sup> FRANCO BONELLI, *últ. ob. cit.*, pág. 15. É por isso que VINCENT CHULIÁ, *Introducción al derecho mercantil* cit., págs. 404-405, lhe chama “governo ou iniciativa institucional”, pois implica tudo que seja “modificação da estrutura jurídica corporativa e financeira da sociedade ou controlo do órgão de administração”. Imputando a estes normativos a prossecução de interesse público e do interesse de credores, v. HOLGER FLEISCHER, “Zur Leitungsaufgabe des Vorstands im Aktienrecht”, *loc. cit.*, págs. 6 e 11.

É neste domínio que, de acordo com a compartimentação de ALESSANDRO BORGIOLI, estão os poderes conferidos aos administradores para possibilitar o funcionamento e a actividade dos órgãos sociais, a promoção do relacionamento entre o conselho de administração e o órgão de fiscalização, o cumprimento de vinculações formais junto do registo comercial e a realização de tarefas de “carácter financeiro” que influem sobre a relação entre sócios e a sociedade ou sobre elementos importantes da sociedade (v., com mais exemplos e desenvolvimento, *I direttori generali...* cit., págs. 66 e ss). No direito espanhol, JOSEFINA BOQUERA MATARREDONA/NURIA LATORRE CHINER, pág. 48, classificam as competências de organização societária em quatro grupos, em razão de serem “contabilístico-financeiras”, de “informação e publicidade”, de “documentação” ou “afectem as relações interorgânicas” (seguindo-se igualmente uma enumeração exaustiva).

<sup>1618</sup> JESÚS QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil de los administradores...* cit., pág. 168.

-patrimonial com a marcada *circunscrição funcional* <sup>1619</sup> que torna possível, ou realizável, a própria finalidade da sociedade; é nesse conjunto de actos e tarefas que primordialmente o administrador se relaciona com o património da sociedade e instrumentaliza a estrutura organizada da sociedade para o desenvolvimento ordenado da actividade económica dirigida à consecução do escopo lucrativo da sociedade <sup>1620</sup>; é nesse círculo de comportamentos que se vislumbrará com maior probabilidade uma tolerância da sociedade para uma avocação de poderes por parte de quem não tem legitimidade. Sob outro prisma, tais actos de organização e funcionamento, ao invés da administração gestória, não exprimem, como norma, o poder *exclusivo* (ainda que, sob certas condições, delegável organicamente ou transmissível para outrem, nomeadamente nas sociedades de maior dimensão) sobre *a regência dos recursos (pessoais e materiais) da corporação social organizada* (tanto nas relações externas, como na “destinação” interna) <sup>1621,1622</sup>. Se assim é, não

---

<sup>1619</sup> Na dogmática de HOLGER FLEISCHER, “Zur Leitungsaufgabe des Vorstands im Aktienrecht”, *loc. cit.*, pág. 5.

<sup>1620</sup> De há muito que se estabilizou esta observação: v. g., GUSTAVO MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., págs. 216-217, LUIS SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, “Sobre la distinción entre administración y representación de sociedades mercantiles”, *RDM*, 1962, págs. 57-58, 61.

<sup>1621</sup> Refiro aqui a exclusividade *objectiva* de tais matérias, ainda que possam ser exercidas por outros sujeitos não-administradores, no âmbito da lei e da vontade desses mesmos administradores. Já a administração não gestória beneficia de uma exclusividade *subjectiva*, pois não são delegáveis as denominadas faculdades de organização da sociedade – assim o prova o art. 407º, n.º 4, na medida em que as als. do art. 406º para que remete são precisamente definidoras de matérias da administração técnica e organizativa da sociedade.

Assim é timbre registar-se na doutrina estrangeira, como (para a Alemanha) se pode ver em MAXIMILIAN SCHIESSL, “Gesellschafts- und mitbestimmungsrechtliche Probleme des Spartenorganisation (Divisionalisierung)”, *ZGR*, 1992, págs. 67-68, e HOLGER FLEISCHER, “Zur Leitungsaufgabe des Vorstands im Aktienrecht”, *loc. cit.*, pág. 6, e (para a Suíça) em ARTHUR MEYER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, pág. 444 (mas com refracção expressa na lei: art. 716a, 1º §, n.ºs 1 a 5, *Código das Obrigações*: a pretexto, v. PETER FORSTMOSER, “Die Verantwortlichkeit der Organe...”, *loc. cit.*, págs. 538-539). Também para a Itália, mais recentemente, em FRANCO BONELLI, *Gli amministratori...* cit. 2004, pág. 13, e ANNALISA POSTIGLIONE, pág. 1230 (menos recentemente a opinião era contrária, para além das exclusões legais: GUSTAVO MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., págs. 439-440, ANGELO PESCE, *Amministrazione e delega di potere amministrativo nella società per azioni (Comitato executivo e amministratore delegato)*, 1969, págs. 64-65, 79-80). Por fim, em Espanha, o carácter vago e aberto com que o art. 249, n.º 2, da LSCE (anterior art. 141, n.º 1, 1º, LSAE), trata as matérias delegáveis – só proíbe a prestação de contas e a apresentação dos balanços junto da assembleia dos sócios – faz com que a doutrina se divida: a favor da delegação tanto da gestão societária de tipo interno como da gestão propriamente empresarial, JUAN IGLESIAS PRADA, *Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima*, 1971, págs. 195 e n. (7), 201 e n. (17), EDUARDO POLO, *Los administradores...* cit., págs. 478-479, RODRIGO URÍA, *Derecho mercantil* cit., pág. 336; no sentido restritivo defendido, v. ÁNGEL ROJO, “La facultad de cooptación...”, *loc. cit.*, págs. 407 e ss, FERNANDO RODRÍGUEZ ARTIGAS, “La delegación de facultades del consejo de administración de la sociedad anónima”, *RdS*, 1993, págs. 101-102 (mais claro que no anterior *Consejeros delegados, comisiones ejecutivas y consejo de administración (La delegación en el órgano administrativo de la S. A.)*, 1971, págs. 247 e ss), FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, *Comentarios a la Ley...* cit., sub art. 141, pág. 484, FERNANDO MARTÍNEZ SANZ,

precipitam o poder de autoridade *sobre os recursos sociais* que o administrador de facto terá que assumir para se equiparar ao administrador de direito, pois neles se destaca acima de tudo a condição de *órgão* encarregado da administração em vez das actuações inerentes ao exercício da actividade económico-empresarial que marca a condição de *gestor* dos membros do órgão de administração <sup>1623</sup>. Em conclusão, *não servem para o identificar como administrador fora da sua competência gestonária distintiva*<sup>1624, 1625</sup>

---

“Régimen interno y delegación...”, *loc. cit.*, págs. 1763-1764 (que se refere a limitações “implícitas” ou “imanes” na delegação).

<sup>1622</sup> São argumentos colhidos na doutrina de FABRIZIO GUERRERA, *Illecito e responsabilità... cit.*, pág. 176.

<sup>1623</sup> Aproximadamente, NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho... cit.*, pág. 62.

Analogamente para os ilícitos criminais, em que conta o “domínio social típico” ou o “poder fáctico ou societário” em detrimento de qualquer “aspecto formal *ex lege*”, v. JOSÉ MANUEL RÍOS CORBACHO, págs. 29-30.

<sup>1624</sup> Neste sentido, fazendo uso, em particular, da competência para convocar as assembleias gerais, ALESSANDRO BORGIOLI, “Amministratori di fatto e direttori generali”, *loc. cit.*, págs. 608, 611-612, 613-614; também FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, pág. 138, quando (em discurso de refutação das atribuições com “relevo organizativo”) advoga que o “exercício da empresa social possa assumir relevo autónomo na perspectiva da relação gestória com a sociedade, tornando-se fonte de direitos, obrigações e responsabilidade para o mesmo agente”; na Suíça, também ALEXANDER VOGEL, pág. 308, se demarca por excluir do relevo qualificador do “órgão de facto” os encargos ou influências no domínio técnico ou organizatório, tendo em conta que estas competências se situam abaixo do limite exigido para a assunção de tarefas do órgão. Por cá, precursoramente, JOÃO SANTOS CABRAL, n. (105) – pág. 278 (afastando as competências “estritamente administrativas”), e FILIPA TOMAZ, págs. 141-142 (aparta a “gestão da sociedade” e funda a administração de facto na “gestão da empresa”).

Em sentido adverso, pugnando nomeadamente pela consideração e suficiência desses poderes da “administração em sentido estrito” em face do carácter exclusivo e não delegável desses poderes na esfera dos administradores, v. NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto... cit.*, pág. 228, ELISABETTA VALERIO, pág. 1053; FILADELFO TRIBULATO, pág. 477, MARINA SPIOTTA, “Note Tribunale Milano, 21 maggio 2008”, *loc. cit.*, pág. 2742 (pois a prática dos actos de “gestão em sentido amplo” tem de socorrer-se de “maior «cautela»”); aparentemente neste trilha está MICHELE MOZARELLI, págs. 577-578, pois entende ser incerta e complexa a hipótese de qualificação do administrador de facto quando não tenha realizado actos de administração “em sentido estrito” e só se limite à administração gestonária; por isso esta só pode ser qualificadora se residir no “poder de supremacia geral” sobre a empresa. Inequivocamente em sentido contrário encontra-se ALBERTO REDEGHIERI BARONI, “Azione di responsabilità nei confronti dell’amministratore di fatto e prova del danno. Il commento”, *Società*, 2008, pág. 1526, para quem ingressam nos “actos típicos” para a qualificação do administrador de facto os correlativos ao “poder de iniciativa instrumental para o funcionamento da dialéctica entre os órgãos sociais” (seguindo a decisão do **Tribunale de Milano de 18 de Outubro de 2007**, cit. a n. 1486, pág. 1522, que engloba para esse efeito, para além dos actos destinados à prossecução do objecto social, nomeadamente as iniciativas de orientação e coordenação dos factores da produção, e dos actos de execução das deliberações dos sócios, os actos que governam o funcionamento da sociedade, dando o exemplo da convocação da assembleia).

<sup>1625</sup> Este ponto – tendo em conta os administradores das sociedades subordinantes e dominantes nas relações de “grupo de direito” como administradores de facto *ope legis* (v. *supra*, Parte II, ponto 7.1.) – encontra inclusivamente conforto na posição de RAÚL VENTURA, “Contrato de subordinação entre sociedades (arts. 493º a 508º)”, *loc. cit.*, págs. 117-118, para quem o âmbito das instruções da sociedade subordinante (e, portanto, também da dominante) nas relações de “grupo de direito” – logo, na minha visão, dos administradores dessas sociedades como administradores de facto *ope legis* das sociedades subordinadas ou dominadas – “devem respeitar a actos enquadrados nos poderes de gestão” do órgão

Outro julgamento é, a jusante, saber se, uma vez constituída a relação administrativa de facto *por intermédio da gestão*, o administrador de facto está “legitimado” para levar a cabo tais actos de administração organizatória e de funcionamento da sociedade. Ou seja, sabendo que estes actos não o qualificam como administrador de facto, isso significa tomar posição sobre a regularidade de tais actos uma vez realizados ou desempenhados pelo administrador de facto *legitimado em concreto* – isto é, sobre a *idoneidade do administrador de facto legitimado para a realização desses actos* <sup>1626</sup>. Nesse caso, já ultrapassamos o problema da qualificação; encontramos-nos a tratar de *um problema de regime* <sup>1627</sup>.

\*\*

---

administrativo das sociedades subordinantes ou dominantes” e, assim, “devem limitar-se à *actividade social*, estando excluídos os actos respeitantes à organização da sociedade, em si mesma, tais como a escolha do presidente do conselho de administração, a cooptação de administradores, a exclusão de sócios, as alterações do contrato de sociedade”; no mesmo sentido, MARIA AUGUSTA FRANÇA, págs. 39 e ss, em esp. 42 (o conceito de gestão implicado pelo art. 493º “só justifica o envolvimento de interesses ou aspectos económicos empresariais”, de modo que “os actos de organização não estão sujeitos a instruções da sociedade directora”); ANA PERESTRELO OLIVERIA, *Código das Sociedades Comerciais anotado... cit., sub art. 503º*, pág. 1305, anot. 16; MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores... cit., n. (92)* – pág. 415. Divergente, ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades... cit., págs. 728-729* (com base nos actos de natureza organizativa previstos no art. 406º), 892, mas contraditório com a posição expendida antes a págs. 635 e ss (“[e]scaparão assim ao seu poder de direcção, em via de regra, as operações fundamentais de *reorganização da superestrutura jurídica* da empresa jurídica subordinada (...), as operações de reorganização da respectiva estrutura financeira (...)”; destaquei).

<sup>1626</sup> Será este ponto que se olvida na posição equívoca que vemos em NURIA LATORRE CHINER, *últ. ob. cit.*, págs. 62 e ss, que, ainda que veja nas funções de administração da sociedade tarefas que não podem ser desempenhadas “em condições normais” por quem possa ser administrador de facto (por falta de “legitimação orgânica interna”), julga que “o decurso do tempo e a gradual assimilação da doutrina do administrador de facto levarão a que o administrador fáctico seja considerado igualmente responsável pelos danos causados por não atender a determinadas formalidades de publicidade, por deixar de convocar a assembleia geral ou (...) por não cumprir as obrigações impostas à sociedade em matéria de aquisição e titularidade de acções próprias, todas elas funções para que o administrador de facto carece de competência”. Na verdade, como afirma a Autora, a impossibilidade teórica ou as dificuldades que o sujeito desprovido de título encontre para se apropriar dessas competências legais ou estatutárias do administrador formal não descarta a sua realização efectiva, mas o certo é que isso não implica que a realização desse lote de actuações contribua, por si só, para a qualificação do sujeito. O que pode acontecer é que, desde que considerado como administrador de facto pela prática de *outro lote de actuações*, e uma vez perfeita essa qualificação, se lhe possa exigir o cumprimento de deveres inerentes à organização e funcionamento da sociedade. Aliás, ao invés do que Latorre Chiner invoca (a n. (127)), foi neste sentido que o **TS** espanhol, no acórdão já apontado de **24 de Setembro de 2001** (cit. a n. 1552), responsabilizou o administrador de facto por incumprimento no prazo legal da adaptação dos estatutos de uma sociedade anónima às novas exigências de regime (mormente de capital social mínimo) introduzidas pela LSAE: primeiro, entendeu – com acerto ou não, não é isso que agora interessa – que a sociedade-sócia única superveniente se transformou em administrador de facto por ter assumido a qualidade de sócio único, ter removido os anteriores administradores e não ter designado qualquer pessoa singular que assumisse o cargo de administrador; depois, aplicou-lhe a obrigação então prevista na Disposição Transitória 3.<sup>a</sup>, n.º 3, da LSAE e declarou a sua responsabilidade.

<sup>1627</sup> V. *infra*, 2.º capítulo da Parte III, ponto 13.



O certo é que a gestão empresarial se estende a toda a actividade jurídica ou factual que, no círculo da fronteira contratual ou estatutária convencional, promove a realização do fim comum. Abrange uma multiforme variedade de actos e negócios jurídicos (compras e vendas, contratos de trabalho, emissão de títulos-valores, etc.) assim como uma vasta área de tarefas (produção, organização e funcionamento da contabilidade, organização de instalações e trabalho, implementação dos circuitos de informação, correspondência, etc.), que tratam não só da gestão dos negócios sociais como também da reunião, organização e direcção dos meios pessoais e materiais para aquela se concretizar.<sup>1628</sup> Nesta pluralidade de actuações, a intensidade qualitativa que se procura no exercício *a legitimar* do administrador de facto não se pode bastar num círculo “menor” (ou “secundário”) da actividade gestionária, sob pena de *desvalorização (ou ilusão) da outorga pelas vias próprias do título formal de administrador e da capacidade orgânica com que ele investe o sujeito designado como administrador*. Este risco de *menorização* não parece que deva ser assumido, de tal forma que só um juízo “primário” de intensidade, no sentido de *actuação significativa*<sup>1629</sup>, possa alcandorar à juridicidade o administrador de facto.<sup>1630</sup>

Essa intensidade, portanto, deve *ser exigente e* verter-se no exercício – decisório e/ou executivo do previamente decidido – de actos típicos de *direcção e realização da actividade empresarial* ou de “alta direcção”. Exigir-se-á a actuação no *círculo do comando e planeamento gerais no que toca ao destino comercial e financeiro da empresa social e ao provimento dos recursos humanos, financeiros e materiais*, atendendo à dimensão da sociedade e ao tipo de actividade societária residente no objecto estatutário<sup>1631</sup>. Em suma, demanda-se a administração gestionária dotada da

---

<sup>1628</sup> Sigo as tiradas bem elucidativas da dogmática de JESÚS GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades*, Tomo I cit., págs. 300-301. A propósito, numa fórmula de síntese, FRANCESCO GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. III cit., pág. 247, indica que a consecução do objecto social acometida aos administradores é uma “função empresarial de coordenação dos factores da produção”.

<sup>1629</sup> Justamente designando o pressuposto como *significatività*, LOREDANA NAZZICONE/SALVATORE PROVIDENTI, *sub art. 2380 bis c.c.*, pág. 32.

<sup>1630</sup> Juízo esse que se transporta para o domínio do *rigor probatório*, que, se assim não fosse, redundaria numa excessiva dilatação da discricionariedade do juiz nessa tarefa de qualificação, com o óbvio falecimento da certeza jurídica tão prioritária em matérias de índole societária – esta mesma ideia é, no essencial, traçada por GIUSEPPE CAVALLARO, “Responsabilità degli amministratori di fatto. Il commento”, *Società*, 2008, pág. 1229.

<sup>1631</sup> É manifesto que é este nível de administração gestionária que se revela no art. 432º, n.º 1 – «O conselho de administração executivo deve comunicar ao conselho geral e de supervisão» –, nomeadamente as als. a) («Pelo menos uma vez por ano, a *política de gestão* que tenciona seguir, bem como os factos e questões que fundamentalmente determinaram as suas opções») e b) («Trimestralmente, antes da reunião

*generalidade e globalidade que mune o poder de direcção empresarial* <sup>1632</sup> e que *diferencia o administrador de todos aqueles outros a quem, munidos de um outro título e/ou detentores de cargos corporativos, podem ser atribuídos poderes de administração (não sendo administradores).*

Não parece ser bastante, por isso, a actuação (interna) somente no domínio do “governo técnico” e “rotineiro” do dia a dia, que corresponde aos “actos (materiais ou jurídicos) de mera execução ou desenvolvimento daquela ‘alta direcção’, quer os de ‘gestão corrente’ ou técnico-operativos quotidianos” quer os de carácter *extraordinário* <sup>1633.1634</sup>. Nem chega a conduta exarada em *tarefas específicas* que

---

daquele conselho, a situação da sociedade e a evolução dos negócios, indicando designadamente o volume de vendas e prestações de serviços»).

<sup>1632</sup> Entre outros, cfr. YVES GUYON, “Sommaires de jurisprudence. SARL. Gérant. Gérant de fait. Notion”, *Rev. Soc.*, 1987, págs. 629-630, CLAUDE CHAMPAUD/DIDIER DANET, “Sociétés et autres groupements. Dirigeant de fait. Définition – CA Versailles, 13<sup>e</sup> ch., 6 avr. 1998”, *loc. cit.*, pág. 861, JOSÉ LUIZ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., págs. 41-42, MICHELLE MOZARELLI, pág. 578, HOLGER FLEISCHER, “Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit...”, *loc. cit.*, pág. 525, FABIO IOZZO, “Note Tribunale Torino...”, *loc. cit.*, pág. 1862, ALAIN LIENHARD, *Procédures collectives* cit., pág. 472.

<sup>1633</sup> COUTINHO DE ABREU, *Governo das sociedades comerciais* cit., pág. 40 (também do Autor, *Responsabilidade civil...* cit., n. 193 – pág. 101).

Nestes estão abrangidos os poderes de dar execução às deliberações dos sócios e do conselho geral e de supervisão em matéria de gestão – arts. 259<sup>o</sup>, 373<sup>o</sup>, n.º 3, 405<sup>o</sup>, n.º 1, 442<sup>o</sup>, n.º 1. Porém, se a pessoa *sub judice* toma a iniciativa de promover a actuação deliberativa da sociedade em assuntos de gestão – em particular, se não é sócio –, não repugna que o exercício desse poder de iniciativa (arts. 373<sup>o</sup>, 3, 259<sup>o</sup>, 2.<sup>a</sup> parte) constitua factor a ter em conta na qualificação como administrador de facto.

<sup>1634</sup> Para valorar um acto de administração extraordinária entendo que se deve atender à *importância*, à *finalidade* e à *excepcionalidade* do acto realizado, no confronto em concreto com aqueles actos que podem ser vistos como eventos *normais* numa empresa com aquelas características e dimensão, dentro do círculo predisposto pelo objecto social – adopto FRANCO BONELLI, *Gli amministratori...* cit. 1985, págs. 102 e ss, cit. 2004, págs. 44, que, entre outras referências doutrinárias e casos da jurisprudência, alinha pelo critério *teleológico* de ALFREDO DE GREGORIO, “Gli atti di amministrazione nelle società per azioni ed a responsabilità limitata”, *Foro It.*, 1954, I, pág. 1271, ss, e “In tema di limitazione dei poteri dell’amministratore di società”, *Foro It.*, 1956, I, pág. 594; v. ainda GIUSEPPE SERPI, “Note preliminari alla distinzione tra ordinaria e straordinaria amministrazione in materia di società”, *Riv. Soc.*, 1966, págs. 920 e ss, em esp. 930-931; VINCENZO CALANDRA BUONAUORA, *Potere di gestione...* cit., págs. 121 e ss, e *Gestione dell’impresa...* cit., págs. 313 e ss, com outras chaves teóricas de elucidação, como o “perigo de diminuição da integridade do património”, a “modificação da estrutura ou a alteração da consistência do património administrado”, o “risco anormal para o tipo de gestão considerado”, a “modificação das estruturas económico-organizativas da empresa”, todas elas com a referência comum ao critério da *normalidade* (inerente à “gestão corrente”) em relação a uma certa actividade da empresa e às dimensões de que ela se reveste: por ex., um financiamento muito significativo em relação ao valor do património social, a abertura ou fecho de filiais ou estabelecimentos, a transformação das fábricas ou, mais amplamente, dos vários elementos constitutivos e esferas de actividade da empresa social, etc.; e também FRANCESCO CORSI, *Il concetto di amministrazione...* cit., *passim*, em esp. págs. 104 e ss, 136 e ss, 140 e ss, 171, 282-283, que associa a normalidade à imodificabilidade da estrutura económico-organizativa da empresa, tendo em conta um “juízo de proporcionalidade” em relação ao escopo social e à estrutura e à dimensão concretas do património económico administrado. Por cá perfilhando esta posição como “dominante”, v. ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Os poderes de representação...* cit., n. (34) – págs. 22-23; também FILIPA TOMAZ, *Da representação voluntária das sociedades comerciais*, 2006, págs. 41-42.

esgotam a sua sobressaia no âmbito circunscrito de simples divisões, secções, sucursais ou ramos da empresa.<sup>1635</sup> Não significa que este outro nível de gestão não confira a qualidade de administrador de facto – mas sempre numa *lógica hierárquica de infra-ordenação* em relação à *existência de acto ou actos comprometidos com a “alta direcção”*, de que não se prescinde<sup>1636</sup>. Exige-se, em conclusão, que os *factos comprovadores ou indiciadores da administração de facto* não se incluam única e exclusivamente nesse âmbito *executivo e técnico-operativo* da condução quotidiana da sociedade<sup>1637</sup> – aos quais reservo a designação de factores *secundários*.

Pois bem.

Antes mesmo de registar uma *hierarquia entre os factores elegíveis*, suscitei anteriormente – relembro – que só haverá administração de facto relevante se a conduta for *importante e signifique autoridade* no seio da sociedade: é neste pormenor último que ela se prova. Com o fito de precatar uma dilatação indevida do conceito, só assim será se se verificar *a subsistência na hipótese em concreto de elementos que demonstrem uma actividade de “alta direcção”*<sup>1638</sup>. A administração de facto supõe que o sujeito formalmente estranho ao órgão administrativo leve a cabo uma intervenção de uma “certa gravidade”, com a natureza de “decidir” e “comprometer o destino comercial e financeiro” da sociedade(-empresa)<sup>1639</sup> ou participar nas “escolhas administrativas que revestiram um realce decisivo para a

---

Mesmo assim, se não houver uma *exorbitação manifesta* das linhas definidas na “alta direcção”, os actos extraordinários não são suficientes. A não ser que um ou mais de gestão “extraordinária” signifiquem verdadeiramente a determinação (ou alteração) de uma coordenada ou implicação decisiva de uma política geral e estratégica da sociedade – por ex., o início de uma actividade de produção diferente da anteriormente seguida, a alienação de sinais distintivos, a mudança de mercados atribuídos aos vendedores, a modificação dos preços de venda anteriormente praticados, a redefinição dos pressupostos de recrutamentos dos trabalhadores, etc. Nestas hipóteses, é de aventar termos acto de “alta direcção” e, portanto, factor *primário* de qualificação.

<sup>1635</sup> NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., págs. 229, 230, MICHELLE MOZARELLI, pág. 578, HOLGER FLEISCHER, “Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit...”, *loc. cit.*, pág. 525, FABIO IOZZO, “Note Tribunale Torino...”, *loc. cit.*, pág. 1862, FILADELFO TRIBULATO, n. (25) – pág. 478, ALAIN LIENHARD, *Procédures collectives* cit., pág. 472 (não é administrador de facto aquele “que limita a sua intervenção a decisões menores” fora da política sobre o curso da sociedade).

<sup>1636</sup> Numa linha próxima parece estar NICCOLÒ ABRIANI, *últ. ob. cit.*, pág. 231 (seguido por FABIO IOZZO, pág. 1862, e PAOLO CECCHI, pág. 696), quando se refere à coordenação entre os perfis da “alta direcção” e as outras funções (ou segmentos de funções) administrativas e a *funcionalização* destas últimas à “orientação geral da empresa”.

<sup>1637</sup> Incluindo actos meramente “conservatórios”: DANIEL TRICOT, pág. 28.

<sup>1638</sup> NICCOLÒ ABRIANI, *últ. ob. cit.*, págs. 228-229, JOSÉ LUIZ DÍAZ ECHEGARY, *El administrador de hecho...* cit., págs. 41-42.

<sup>1639</sup> JEAN-LOUIS RIVES-LANGE, pág. 43 (que se refere significativamente a “funções de governo”), CLAUDE CHAMPAUD/DIDIER DANET, “Sociétés et autres groupements. Dirigeant de fait – Versailles, 8 févr. 1994 (15<sup>e</sup> ch.)”, *loc. cit.*, pág. 281, ALAIN LIENHARD, *Procédures collectives* cit., pág. 472.

sorte da entidade”, “contribuindo de modo significativo para lhe encaminhar a actividade empresarial”<sup>1640</sup>.<sup>1641</sup> Procuramos, como se entendeu nos *Strafsenate* do

<sup>1640</sup> NICCOLÒ ABRIANI, *últ. ob. cit.*, págs. 228-229.

<sup>1641</sup> A favor desta exigência de efectuar uma selecção *exigente* no que respeita ao tipo de actos realizados por quem se assume(-intromete) na gestão social e se possa identificar como administrador de facto (e responsabilizar-se como tal), que vemos como dominante, v., para a França, Itália e Bélgica, JEAN-LOUIS RIVES-LANGE, págs. 43-44; ALESSANDRO BORGIOIOLI, “Amministratori di fatto e direttori generali”, *loc. cit.*, págs. 609-610 (e n. (66)), 611 (e n. (70)), 612 (“exercício de poderes de gestão particularmente qualificados”); JEAN-PIERRE SORTAIS, “Note Cour d’Appel de Paris (3<sup>e</sup>Ch., sect. A), 20 février 1978”, *loc. cit.*, pág. 128; GÉRARD ZAQUIN, pág. 254 (afastando a actividade de “gestão corrente” e as actividades de “simples administração”); JEAN-JACQUES DAIGRE, “Note Cour de Cassation (Ch. Com.), 17 avril 1980”, *Rev. Soc.*, 1980, pág. 756; GERARD NOTTÉ, *Les dirigeants de fait...* cit., págs. 112 (prevalendo a *haute gestion* sobre a *gestion subalterne*), 128-129, 150; J.-L. JASPAR/ANNE DE SMETH, págs. 645, 648; JEAN-FRANÇOIS BARBIÈRI, “A propos de la qualification...”, *loc. cit.*, pág. 1310 (“tomada de todas as decisões importantes em matéria de política geral da empresa e em matéria de investimento, a fixação dos salários, a determinação dos prémios de seguro e das promoções, a escolha das técnicas de financiamento...”); CLAUDE CHAMPAUD/DIDIER DANET, “Sociétés et autres groupements. Dirigeant de fait. Contrat de travail...”, *loc. cit.*, pág. 281; DANIEL TRICOT, pág. 27; YVES GUYON, “Sommaires de Jurisprudence. Sociétés en général. Dirigeant. Dirigeant de fait. Notion”, *loc. cit.*, pág. 772, ID., “Sommaires de Jurisprudence. Sociétés en général. Dirigeant. Dirigeant de fait. Notion. Délégation de signature”, *loc. cit.*, págs. 392-393, ID., *Droit des affaires*, Tome 2 cit., pág. 435; YVES CHAPUT, “Société en difficulté...”, *loc. cit.*, pág. 9 (“direcção do pessoal” e “política administrativa, financeira e comercial da empresa”); CLAUDE CHAMPAUD/DIDIER DANET, “Sociétés et autres groupements. Dirigeant de fait. Définition – CA Versailles, 13<sup>e</sup> ch., 6 avr. 1998”, *loc. cit.*, pág. 861 (“actos precisos e de uma tal importância que revelem uma verdadeira participação no *poder empresarial*”: destaquei); NATHALIE DEDESSUS-LE-MOUSTIER, pág. 503; PAUL LE CANNU, “Direction de fait...”, *loc. cit.*, pág. 10; PAOLO MONTALENTI, “Corporate governance: raccomandazioni Consob e prospettive di riforma”, *Riv. Soc.*, 1997, pág. 735 (“poder de *supremacia geral* sobre a empresa”); NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., págs. 228 e ss; FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, n. (116) – pág. 169 (“segmentos importantes da função gestória”) e pág. 177; PAOLO CECCHI, pág. 696; ALESSANDRA ROSSI VANNINI, “Una svolta...”, *loc. cit.*, pág. 211 (“a condução livre de estratégias gestionárias ainda que arriscadas”); MICHELLE MOZARELLI, pág. 578; JAQUES MESTRE/DOMINIQUE VELARDOCCHIO, *Lamy Sociétés Commerciales*, Lamy, Paris, 2003, pág. 267; HARITINI MATSOPOULOU, pág. 199; FABIO IOZZO, “Note Tribunale Torino...”, *loc. cit.*, pág. 1862; MARIE-JEANNE CAMPANA, pág. 40 (em relação a um banco, acto de gestão é intervir nas “escolhas dos processos de financiamento ou no seio da estratégia financeira da empresa”); FILADELFO TRIBULATO, págs. 477-478; NICCOLÒ ABRIANI/PAOLO MONTALENTI, pág. 593 (deve provar-se a “coordenação funcional complexa” no que respeita aos actos exercidos); ALAIN LIENHARD, *Procédures collectives* cit., pág. 472.

Esta posição encontra-se difundida pelos restantes ordenamentos. Na Alemanha, v. ABBO JUNKER, pág. 343 (perfilhando as posições da doutrina e jurisprudência francesas); ALFRED DIERLAMM, pág. 156 (privilegiando como regra as actividades de liderança e de coordenação e atendendo menos a funções de execução ou realização); MARC DINKHOFF, pág. 21 (tomar “as decisões importantes” da administração e as suas “tarefas significativas”); MARKUS GEIßLER, pág. 1111 (em esp. para os casos de total falta de nomeação); HOLGER FLEISCHER, “Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit...”, *loc. cit.*, pág. 525 (solicitando uma “intervenção decisiva na direcção empresarial”, inerente a um comportamento de governo ou liderança). Em Espanha, v. ALONSO UREBA, “La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el art. 171.3 del Anteproyecto de Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)”, *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, 2002, pág. 283 (“ainda que não ocupando a posição orgânica de administrador, realizam as funções próprias de alta direcção que enquanto tais correspondem ao órgão de administração”); MARÍA JOSÉ VERDÚ CAÑETE, pág. 130; LUIS HERNANDO CEBRIÁ, págs. 140-141 – o núcleo essencial na actuação do administrador, que permite a equiparação do administrador de facto, é a adopção de “decisões relevantes sobre a evolução da empresa social” inserida na “faculdade-dever de carácter organizativo-estratégico”; e, parece, JOSÉ LUIZ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., págs. 41, 43, bem como NURIA LATORRE CHINER, “Administrador de hecho y apoderado general...”, *loc. cit.*, pág. 2387 (“fixa a política geral de gestão”; antes,

tribunal superior alemão, a “alma” e a “cabeça” dos negócios da empresa (*die Seele des Geschäftes, die Seele und der Kopf des Unternehmens*)<sup>1642</sup>.

Mais pormenorizadamente, incluir-se-ão a definição da estratégia e dos objectivos globais (de mercado, de investimento, de produção, de custos e de preços, de vendas, de níveis salariais, etc.)<sup>1643</sup>, a formulação de programas de acção, a iniciativa das escolhas e a selecção das opções respectivas, a emanação das necessárias directivas em execução das quais agem todos os sujeitos que, subordinadamente, concorrem em concreto para a gestão social, seja com respeito à

---

v. *El administrador de hecho...* cit., n. (124) – pág. 63). No direito suíço, v. BEAT KLEINER, “Die Organisation der grossen Aktiengesellschaft unter dem Aspekt der Verantwortlichkeit”, *SchwAk*, 1978, pág. 9, PIERRE-OLIVIER GEHRIGER, pág. 21, JEAN NICOLAS DRUEY, pág. 79 (apelando à classe mais alta das instâncias de decisão empresarial), PETER FORSTMOSER, “Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht”, *loc. cit.*, págs. 129, 134 (“decisões básicas que são tipicamente atribuídas ao órgão de direcção e não a instâncias subordinadas” relativas ao “destino da sociedade”), ID., *Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit...* cit., pág. 210 (“decisões da política e da direcção empresarial”), ALEXANDER VOGEL, págs. 314 e ss. Para o direito inglês, menos incisivo nesta sede, v. JAMES O’DONOVAN, *Lender liability* cit., págs. 486-487 e n. (13) – “*top level of managerial functions*”.

Entre nós, v. ELISABETE RAMOS, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., pág. 180 (a pretexto da integração do administrador de facto na previsão do art. 80º), COUTINHO DE ABREU/ELISABETE RAMOS, n. (78) – pág. 46, RICARDO COSTA, “Responsabilidade civil societária...”, *loc. cit.*, n. (4) – pág. 29, FILIPA TOMAZ, págs. 141, 142, 143, COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., n. (193) – pág. 101 (exemplifica com o “planeamento, comando e controlo últimos no provimento dos meios materiais, financeiros e humanos”, ao lado da “gestão corrente”: destaquei), JOÃO SANTOS CABRAL, págs. 277-278; sem decifrar claramente, ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito das sociedades...* cit., pág. 315, alude ao exercício do “núcleo fundamental dos poderes de gestão que estão reservados pela lei ou pelos estatutos” ao órgão de administração.

Na jurisprudência francesa, parece ter sido precursora a decisão da **Cour d’Appel d’Aix-en-Provence** de **30 de Setembro de 1975** (*loc. cit.* a n. 1564, pág. 3): “(...) só a participação na «alta gestão» e na administração geral da sociedade confere a qualidade de administrador de facto, e não os actos de execução e por consequência subalternos[,] que se inserem no quadro de decisões e de medidas tomadas por outros[,] tanto no plano comercial como no plano financeiro[,] no sentido de determinar os objectivos a realizar e os meios de os obter, decisões e medidas que por natureza teriam uma incidência sobre o destino da sociedade”; por isso, foi rejeitada a qualidade de administrador de facto... Em Inglaterra, como sabemos, a decisão matricial neste escopo mais exigente foi *Re Hydrodam (Corby) Ltd* da **Chancery Division** em **1993**, que julgou apenas como relevante a consideração de tarefas em relação ao objecto da sociedade que não poderiam ser executadas por um “manager” abaixo do “board level” (cfr. *supra*, ponto 11.1.3.). Por fim, na jurisprudência superior tudesca, cabe menção para a resolução de **21 de Março de 1988** do **BGH** (cit. a n. 1565), que salienta que a identificação de quem realmente dirige a sociedade não passa por quem trata das tarefas de rotina do dia-a-dia, mas sim por “quem toma as medidas cruciais para a continuação económica da empresa social” (pág. 1790).

<sup>1642</sup> NORBERT REICH, pág. 1664, DIETRICH KRATSCH, pág. 525, HANS FURHMANN, pág. 143, KARSTEN SCHMIDT, “Die Strafbarkeit ‘faktischer Geschäftsführer’...”, *loc. cit.*, pág. 427.

<sup>1643</sup> Ou seja, as decisões que residem num nível “global” (“qual é o melhor modelo de utilização dos recursos”), num nível “estratégico” (“como dar satisfação às alternativas globais de modo a encontrar a melhor combinação possível de estratégia global”) e, até, a um nível “táctico” (o “controlo optimum dos inputs em geral, e mais especificamente, “o controlo óptimo dos calendários e das quantidades”) – assim, para esta classificação do sistema de “decisões dos empresários”, v. M. K. STARR, “Les décisions des entrepreneurs”, *L’entreprise et l’économie du XX<sup>e</sup> siècle*, Étude internationale à l’initiative de François Bloch-Lainé e François Perroux, tome 2, *La formation des décisions et l’entreprise*, 1966, pág. 353 e ss (com exemplos).

organização interna, seja no que tange à actividade externa da sociedade; em complemento – embora não estritamente no *complexo decisório superior* –, o controlo da execução do decidido em termos estratégicos e globais.<sup>1644</sup> Este é o *punctum saliens* que enquadra o relevo funcional da conduta do sujeito, uma vez coordenada com os resultados da actividade social – e sem ele não se imputará subjectivamente o catálogo de direitos e obrigações do administrador formal<sup>1645</sup>.

Uma vez preenchido esse requisito, não parece ser de seguir, em coerência, quem pressupõe nesta sede o desenvolvimento de *todas* as funções próprias realizáveis pelos administradores de direito nos três níveis da administração gestonária<sup>1646</sup>. Para este escopo de qualificação, o administrador de facto coloca-se

---

<sup>1644</sup> Na sistematização indiciária de GÉRARD ZAQUIN, pág. 254, orientada pela bifurcação da actividade num poder de *directão* e num poder de *controlo*, encontramos uma concretização de “alta direcção”, entendida como conjugação de várias manifestações desses poderes: o exercício de *poderes gerais de gestão* (assinatura e subscrição da correspondência e das declarações fiscais, decisões em matéria de investimentos, representação na justiça, identidade de poderes com o administrador de direito, delegação total de poderes do administrador de direito), de *poderes de decisão técnicos ou comerciais* (decisão dos programas de fabricação, determinação dos preços de venda e revenda, negociação e conclusão de negócios importantes com a clientela, os fornecedores, os representantes e o pessoal) e de *poderes financeiros* (subscrição-aceitação de negócios cambiários e cheques que vinculam a sociedade, poder de decidir os mútuos da sociedade e as suas garantias hipotecárias, disposição de amplos poderes em nome da sociedade na relação com os bancos). Ainda na doutrina francesa encontra-se um outro elenco de índices – certamente mais circunscrito – para encontrar a qualificação de administrador de facto: disposição de meios materiais importantes, adopção de todas as decisões em matéria de política geral da empresa e em matéria de investimento, a fixação dos salários, a determinação dos prémios e das promoções, a escolha das técnicas de financiamento que desempenham o papel essencial na cobertura da actividade deficitária: JEAN-FRANÇOIS BARBIÈRI, “A propos de la qualification de dirigeant de fait...”, *loc. cit.*, pág. 1310.

Na Alemanha também encontrei este género de elenco de tarefas de direcção (*Geschäftsführungsaufgaben*) no escrito de ALFRED DIERLAMM: definição da política da empresa, organização da empresa, contratar e despedir trabalhadores e emitir certificados, definir as relações empresariais com os parceiros contratuais da sociedade (incluindo o ajuste das modalidades de contratos e de pagamentos), decisão dos assuntos fiscais, negociar com os credores e liderar a contabilidade (pág. 156). Muito próximos, MARKUS GEIßLER, págs. 1110-1111, que também começa pela “definição da política empresarial e da organização empresarial”, e, aparentemente, ULRICH HAAS/HILDEGARD ZIEMONS, págs. 488-489, *Rdn.* 29 (na articulação entre os “elementos da política empresarial” e a gestão corrente como competências originárias dos administradores). Seguidora das características apontadas por Dierlamm para identificar o “cerne do âmbito da administração” (*Kernbereich der Geschäftsführung*), v. a decisão do **BayObLG de 20 de Fevereiro de 1997** (in *GmbHR*, 1997, págs. 453-454).

<sup>1645</sup> Sobre este ponto, v. FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, pág. 163.

<sup>1646</sup> Neste sentido, GÉRARD NOTTÉ, *Les dirigeants de fait...* cit., pág. 150 – é suficiente estabelecer os factos de ingerência na gestão que sejam capazes de definir o destino comercial e financeiro da sociedade; NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., pág. 230 e n. (119) – requisito que precludiria a configurabilidade de uma administração de facto nas sociedades de média e grande dimensão; ULRICH HAAS/HILDEGARD ZIEMONS, pág. 489, *Rdn.* 29. No direito inglês, para a *shadow directorship*, JOHN DONALDSON [et all.], pág. 8 (tanto mais que, segundo este estudo, a influência sobre uma área significativa das actividades da sociedade, como é, por ex., a financeira, tem o efeito de controlar e se repercutir sobre um conjunto amplo de decisões, como seja o número de trabalhadores, o volume de stocks, etc.); JAMES O'DONOVAN, *Lender liability* cit., págs. 493, 496 (seguindo o estalão jurisprudencial definido mais peremptoriamente no caso *Deverell* – *BCLC* cit. a n. 1366, pág. 145 – e adoptado também no caso *Becker* –

somente (e qualificadamente) num nível que se repercute sobre a gestão da sociedade globalmente considerada <sup>1647</sup>. Isto é, de acordo com a doutrina nacional de COUTINHO DE ABREU, no patamar onde estão, em sede de *iniciativa própria e decisória* (ou em execução para o exterior da sociedade do que nessa sede foi determinado)<sup>1648</sup>, “as *decisões estratégicas* ou fundamentais sobre os *objectivos empresariais a longo prazo*, as correspondentes *organização* dos meios produtivos, *dimensão* e *localização* da(s) empresa(s), as várias políticas empresariais – *produção* (tipos de produtos e mercados destinatários), *distribuição*, *pessoal*, *financiamentos* –, o provimento dos *postos laborais de direcção*, o *sistema informacional* inter-orgânico e intra-empresarial” <sup>1649</sup>. Ou seja, a gestão *estratégica e global*.

---

BCLC cit. a n. 1353, pág. 572); no mesmo sentido para o direito australiano, v. PEARLIE KOCH, pág. 343, A. J. BLACK, pág. 102, H. A. J. FORD/R. P. AUSTIN, pág. 306, JOHN H. FARRAR, *Corporate governance...* cit., pág. 98 (com alusão à decisão do **Federal Court** de **1995**: *Australian Securities Commission v As Nominees Ltd*).

É uma tese que encontra, porém, adversidades em todos aqueles que compreendem a atribuição da administração de facto no exercício *global* da totalidade das funções próprias dos administradores de direito que a sociedade é chamada a responder: PIETRO ABBADESSA, “I gruppi di società...”, *loc. cit.*, n. (86) – pág. 142; PIER GIUSTO JAEGER, “«Direzione unitaria» di gruppo...”, *loc. cit.*, pág. 824; ALESSANDRO NIGRO, “Le società per azioni nelle procedure concorsuali”, *loc. cit.*, pág. 468 (que admite a limitação que tal comporta aquando do encontro concreto da figura); GIUSEPPE SBISÀ, pág. 462 (que até refere as “decisões operativas”); ALESSANDRA ROSSI VANNINI, “Una svolta...”, *loc. cit.*, pág. 211 (que afasta o relevo da ingerência “sectorialmente circunscrita”); JUSTINO DUQUE DOMÍNGUEZ, “El tráfico de acciones...”, *loc. cit.*, pág. 63 (exercício de poder referido ao “conjunto da direcção”). Na jurisprudência belga também se aludiu à ocupação de “todos os aspectos da actividade social” (J.-L. JASPAR/ANNE DE SMETH, pág. 646).

<sup>1647</sup> NICCOLÒ ABRIANI, *últ. ob. cit.*, pág. 231.

<sup>1648</sup> E, eventualmente, de *coordenação* da actividade (executiva dos planos e das políticas empresariais) que deve ser realizada para traduzir a “alta direcção” – neste sentido, ALESSANDRO BORGIOLO, *I direttori generali...* cit., págs. 117-118, LUIS HERNANDO CEBRIÁ, pág. 142.

<sup>1649</sup> *Governança das sociedades comerciais* cit., pág. 40.

Antes, BRITO CORREIA, *Os administradores de sociedades anónimas* cit., págs. 59-60, já se aproximara de um elenco para as “funções superiores de gestão” na administração: “actividades ou funções dos gestores nos vários sectores (comercial, financeiro, produção, pessoal, investigação e desenvolvimento) e nos vários níveis da empresa: planeamento, organização, provimento, direcção e controlo”. Depois, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Administradores-delegados...* cit., pág. 35, confirma que a “alta administração” – “a realização de escolhas estratégicas para a sociedade e a definição dos seus objectivos gerais” – não cabe na “gestão corrente”. Por sua vez, PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de gestão...* cit., págs. 505-506, refere-se à “componente de planificação estratégica empresarial” como aspecto do dever de gestão com “uma margem de discricionariedade muito ampla” (mas v. ainda as págs. 215-216).

Na falta de um critério normativo para a identificação da substância dessa “alta direcção” (*Oberleitung*, *alta direzione*, *haute direction*, *alta dirección*, *senior* ou *high management*), encontramos justamente *reflexões tipológicas* que nos levam às tarefas administrativas de planear (estrategicamente), coordenar, controlar-fiscalizar e prover de recursos a empresa explorada pela sociedade. Veja-se, exemplificativamente, CLAUDE BERR, págs. 94-95; EDMUND LEARNED, “Le role de la direction générale”, *L’entreprise et l’économie du XX<sup>e</sup> siècle*, Étude internationale à l’initiative de François Bloch-Lainé e François Perroux, tome 2, *La formation des décisions et l’entreprise*, 1966, págs. 517 e ss; HAROLD KOONTZ, págs. 7 e ss – encarando no *management process* as cinco categorias funcionais de “planeamento” (decidir os objectivos pretendidos e os meios para os atingir, numa tarefa de selecção entre diversas alternativas de escopos, políticas, procedimentos e progamas), “organização” (através da qual a estrutura de papéis é estabelecida a fim de os indivíduos poderem actuar entre eles e contribuir para a realização dos objectivos

colectivos), “provimento de pessoal” (*staffing*: definir pressupostos e seleccionar as pessoas qualificadas para os papéis a desempenhar), “direcção” (orientação e supervisão dos subordinados na realização dos objectivos, gestão das relações interpessoais, comunicação recíproca de informação e sugestões) e “controlo” (verificação e correcção de actividades dos subordinados em face da *performance*, dos “desvios negativos” e da viabilidade dos planos de acção: esta função envolve o “*closing the loop*” das funções de administração, uma vez que pode conduzir a novos planos, à reestruturação de papéis, melhor formação ou supervisão, melhor selecção de pessoal, etc.), e, mais detalhadamente, págs. 24 e ss; FERNANDO RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros delegados...* cit., págs. 435 (“núcleo essencial do processo de gestão”, quer dizer, “a determinação da política geral da sociedade e a programação da actividade de gestão”) e 84-85 (“aprovação da estratégia e dos objectivos da empresa, com as tarefas que esta função leva implícitas: aprovar os planos gerais de aplicação desta estratégia, aprovar o orçamento geral, eleger os principais quadros de direcção, orientar os planos a longo prazo e examinar e avaliar os resultados das operações”, o que comporta “o poder de ditar as instruções necessárias para a boa marcha da gestão assim como o controlo supremo de toda a actividade através da recepção das informações correspondentes”); HEINRICH SUDHOFF, págs. 42-43; WOLFGANG HEFERMEHL, *sub* § 76, pág. 19, *Rdn.* 10 (“determinação da política empresarial” e “decisão sobre os riscos negociais e financeiros assumidos”, em conjunto com as diligências que estão ao serviço da afirmação dessa política, como o planeamento e condução do processo produtivo, coordenação, análise de mercado e consolidação da rentabilidade, financiamento, formação social, negociação contratual derivada); ALESSANDRO BORGIOI, *I direttori generali...* cit., págs. 116 e ss (que contrapõe a “estratégia da empresa” com a “táctica” ajustada às suas especificidades e concretizações); PIETRO ABBADESSA, *La gestione dell'impresa...* cit., págs. 97 e ss; WILLIAM CARY/MELVIN EISENBERG, *Cases and materials...* cit., págs. 172-173 (“*business policy*”); ROBERT CLARK, *Corporate law*, 1986, pág. 106 (“*the making of major business decisions*”); PAOLO MONTALENTI, “La traslazione dei poteri di gestione...”, *loc. cit.*, págs. 438, 440, 441, 446, 453 (incorporando a diferença entre *policy making* e *day-to-day management*: “estratégia” e “administração quotidiana”, “alta direcção” e “condução técnica quotidiana da empresa”); CARLO ANGELICI, “Società per azioni e in accomandita per azioni”, *loc. cit.*, pág. 998; HANS-JOACHIM MERTENS, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz* cit., *sub* § 84, págs. 19-20, *Rdn.* 4-5; ANTONIO TAPIA HERMIDA, “La alta dirección empresarial (Administradores y altos cargos)”, *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, tomo III, 1995, pág. 3724, 3726 (“faculdades” e “poder correspondente ao núcleo organizativo da empresa e aos seus objectivos gerais”); ALEXANDER VOGEL, pág. 276; YVES GUYON, *Droit des affaires*, Tome 1 cit., pág. 353; HARTWIG HENZE, “*Leitungsverantwortung des Vorstands...*”, *loc. cit.*, págs. 210 e 212 (ao serviço da maximização da finalidade e do interesse da empresa); HOLGER FLEISCHER, “*Zur Leitungsaufgabe des Vorstands im Aktienrecht*”, *loc. cit.*, págs. 1, 5-6; ROBERT HAMILTON, *Cases and materials...* cit., pág. 645; FRANCO BONELLI, *Gli amministratori...* cit. 2004, pág. 13 (“poderes de direcção e de supremacia hierárquica”); THOMAS RAISER/RÜDIGER VEIL, págs. 139-140 (estabelecimento das “directrizes da política da empresa” e aprisionamento das “iniciativas negociais”, com o planeamento, coordenação, controlo e provimento das posições de direcção na empresa); UWE H. SCHNEIDER, “*Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung*”, *loc. cit.*, *sub* § 37, págs. 2092-2093, *Rdn.* 5 e ss (distinguindo entre os “princípios da política empresarial” e a “gestão corrente”); FRANCISCO VICENT CHULIÁ, *Introducción al derecho mercantil* cit., pág. 405 (distinguindo entre a “fixação da política geral da empresa” e a “programação de objectivos a curto, médio e longo prazo” da “actividade de gestão diária ou assídua da empresa nos seus aspectos administrativos, contabilísticos, técnico-produtivos, comerciais, financeiros e outros”); UWE HÜFFER, *sub* § 76, págs. 384-385, *Rdn.* 8-9; CHRISTOPH SEIBT, “§ 76 *Leitung der Aktiengesellschaft*”, *loc. cit.*, pág. 873, *Rdn.* 9; STEPHEN BAINBRIDGE, *Corporate law* cit., pág. 73.

Na Suíça, é o próprio art. 716a (1) do *Código das Obrigações* que exclui a “alta direcção” do conteúdo de poderes do conselho que podem ser delegados ou transmitidos, referindo-se nesse mesmo círculo o estabelecimento da organização da sociedade, a fixação dos princípios de contabilidade, de controlo financeiro e do plano financeiro, assim como a nomeação do pessoal encarregado da gestão e da representação social (sobre o qual se exerce a chamada “alta fiscalização” que assegura que se cumpre a lei, os estatutos, os regulamentos da sociedade e as instruções conferidas) – v. ARTHUR MEYER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, pág. 444.

Por cá, a advogada interpretação extensiva do n.º 4 do art. 407º, que permite excluir da delegação própria ou em sentido estrito as matérias indicadas nas als. e) e g) a j) do art. 406º («aquisição, alineação e oneração de bens imóveis», «abertura ou encerramento de estabelecimentos ou de partes importantes destes», «extensões ou reduções importantes da actividade da sociedade», «modificações importantes na organização da empresa», «estabelecimento ou cessação de cooperação duradoura e importante com outras



Não têm, porém – e também aqui –, que se revelar actuações nesse nível como um todo incindível. Se assim fosse, também nas sociedades de maior dimensão, não encontraríamos o sujeito fático: as funções assumem uma articulação e uma complexidade – que vão desde a escolha de investimentos e de produtos à política de recursos humanos – incompatíveis com essa alegada “integralidade” da ingerência na administração ao mais alto nível <sup>1650</sup>. É suficiente, portanto, a identificação das responsabilidades e dos poderes assumidos pelo administrador de facto *em um dos patamares caracterizadores* da “alta direcção”. Mas só teremos administrador de facto

---

empresas») e uniformizar a solução legal com a que resulta do n.º 2 do art. 407º para a delegação imprópria ou restrita, baseia-se na circunstância de essas alíneas remeterem para “actos e decisões” correspondentes a “gestão da *mais importante*, inabitual e infrequente” (refiro-me a COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., págs. 40-41, com itálico meu; cfr. igualmente a n. (260) – pág. 104; favorável: ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “Comissão executiva...”, *loc. cit.*, págs. 261-262); logo, em parte e na maior parte dos casos, gestão própria da “alta direcção” (indelegável por natureza: cfr. *infra*, n. 1669) ou gestão extraordinária chegada a opções e políticas de “alta direcção” (cfr. *supra*, n. 1634).

Essa mesma substância da gestão de topo tem perpassado pelos documentos “recomendatórios”. Três ilustrações: (1) no *Livro Branco sobre Corporate Governance em Portugal* (IPCG, Fevereiro de 2006), diz-se que compete ao conselho de administração “definir a estratégia da empresa; assegurar o cumprimento dessa estratégia; controlar e verificar a evolução dos negócios nas suas diversas componentes; medir e gerir os riscos inerentes à actividade da empresa (...); garantir a suficiência, fiabilidade e veracidade da informação divulgada” (...) (2.3.1., pág. 143); (2) nos *Principles of Corporate Governance* da OCDE (ed. 2004), atribui-se ao conselho de administração, entre outras *key functions*, as competências de “rever e orientar a estratégia corporativa, os grandes planos de ação, a política sobre riscos, orçamentos anuais e planos de negócios; estabelecer objetivos de desempenho, fiscalizar a operação e o desempenho da empresa; e supervisionar grandes dispêndios de capital, aquisições e desinvestimentos (parte VI – «As responsabilidades do conselho», D. 1)); (3) no *Código Unificado de buen gobierno de las sociedades cotizadas* (CNVM, Maio de 2006: cfr. *supra*, n. 492), refere-se, na sua “Recomendação 8 – Competências do Conselho”, que cabe ao conselho de administração assumir, como núcleo da sua missão, aprovar a estratégia da sociedade e a organização precisa para a colocar em prática, devendo para isso aprovar “as políticas e estratégias gerais (plano estratégico ou de negócio, política de investimentos e financiamento, definição da estrutura do grupo de sociedades, política de governação societária, de responsabilidade social corporativa, de retribuição e avaliação de desempenho dos “altos directivos”, de controlo e gestão de riscos, de acompanhamento periódico dos sistemas internos de informação e controlo, política de dividendos e de “autocarreira”), e, entre as “decisões operativas fundamentais” daí resultantes, adoptar os investimentos e as operações de todo o tipo que, em função do seu montante elevado ou características especiais, tenham carácter estratégico (pág. 17, ss, 66-67 [Apêndice 2]).

<sup>1650</sup> E, neste raciocínio, entende-se que a administração de facto se produz mais frequentemente nas sociedades de menor dimensão e resulta mais problemática nas realidades societárias de maiores dimensões, articulada em distintos sectores de actividade: NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., pág. 230, JOSÉ LUIZ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., pág. 42.

Contra a exigência de uma intervenção decisória ou influências sobre todas as actividades de direcção da empresa, v., no direito alemão, ALFRED DIERLAMM, pág. 156 (que simplifica o problema: é suficiente a gestão numa das áreas ou sectores da empresa, a não ser que haja uma interligação complementar entre todos eles); GÜNTER KOHLMANN, págs. 727-728, *Rdn.* 28; MARKUS GEIRLER, pág. 1111, SCHOLZ SCHMIDT, 64, *Rdn.* 4; aparentemente em sentido contrário, MARC DINKHOFF, pág. 108.

se algum ou alguns desses *factores primários elegíveis* para a subsunção do sujeito do caso no instituto fáctico se situar em algum ou alguns desses patamares.<sup>1651</sup>

A doutrina – apoiada na jurisprudência – tem indicado situações patentes de *carência* dessa actividade de “alta administração” ou, desde logo, de administração gestonária. Alguns “exemplos negativos”<sup>1652</sup>, que, em parte, nada mais são do que confirmações das tomadas de posição sobre algumas das hipóteses fenomenológicas abordadas na Parte II.

Não é de qualificar como administrador de facto o sócio (mesmo que maioritário) que se limita a exercer os seus poderes legais (nomeadamente o exercício do direito de voto no “espaço normativo” da assembleia), mesmo que incidam sobre a gestão da sociedade<sup>1653</sup>, e o poder de supervisão e de controlo sobre os gerentes ou administradores (com o correspondente exercício do direito à informação)<sup>1654</sup>; o cônjuge

---

<sup>1651</sup> Assim sendo, repare-se como é particularmente delicada a qualificação do sócio quotista como administrador de facto directo, sempre que se contribua para deliberar licitamente sobre a política global e estratégica da gestão da sociedade (até em execução de cláusulas apostas em acordos parassociais: v. *supra*, n. 560), nos termos dos arts. 246º e (principalmente) 259º, e, no campo de acção das “relações de domínio” intersocietário, as sociedades dominantes impõem a determinação das políticas transversais à gestão das sociedades filiais (art. 486º). Nestas hipóteses, sempre que legítimas essas formas deliberativas, é verdade que o requisito da intensidade qualitativa do administrador de facto está conseguido, mas trata-se de uma actuação lícita *enquanto sócio*. Por isso, nessas circunstâncias, algo mais deverá ser exigido para ser administrador de facto. E esse algo mais é (como vimos *supra*, na Parte II, ponto 7.1.) a ilegítima apropriação (ou esvaziamento) do espaço insuprimível da esfera orgânica (tanto em termos decisórios, especialmente na gestão corrente, como até representativos) da gerência formal e, mais em especial nos “grupos de facto”, a postergação da autonomia da administração das controladas e do seu interesse social próprio numa constante emersão nas actividades gestórias das controladas. Ou seja, a demonstração na sua conduta de “factores secundários” (v. *infra*, 11.4.1.2.).

<sup>1652</sup> Formulação pertencente a GÉRARD NOTTÉ, *Les dirigeants de fait...* cit., pág. 121.

<sup>1653</sup> GÉRARD NOTTÉ, *Les dirigeants de fait...* cit., pág. 122, CLAUDE CHAMPAUD/DIDIER DANET, “Sociétés et autres groupements. Sociétés en général. Dirigeants sociaux. Éviction judiciaire...”, *loc. cit.*, pág. 95, YVES GUYON, *Droit des affaires*, Tome 2 cit., pág. 436 (salvaguardando que os sócios reservem aos administradores “as principais iniciativas em matéria de gestão”).

<sup>1654</sup> V. JEAN-LOUIS RIVES-LANGE, pág. 43, GÉRARD NOTTÉ, *Les dirigeants de fait...* cit., págs. 122-123, ALBERTO CRESPI, pág. 609 (em comentário reprovador da jurisprudência criminal italiana, que não deveria ter qualificado como administrador de facto o sócio que é simplesmente consultado para as decisões de “compromisso financeiro” da sociedade e de “compra de máquinas” e, ademais, conhece a organização do trabalho da empresa, nem desse comportamento e conhecimento se poderá retirar a convicção – e a subsequente qualidade fáctica – que tal sócio participe activamente na formação de todas as decisões relevantes na vida da sociedade e se ingira nela); PETER FORSTMOSER, “Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht”, *loc. cit.*, pág. 141; LAURENT LEVENEUR, pág. 56; YVES GUYON, “Sommaires de Jurisprudence. SARL. Associé. Dirigeant de fait (non)”, *loc. cit.*, págs. 596-597 (em apoio da decisão da **Cour d’Appel de Paris de 12 de Março de 1996**: “uma participação activa na vida social não implica que o interessado esteja imiscuído na gestão porque o sócio tem o direito de controlar a marcha dos negócios sociais”; “o associado tornar-se-ia administrador de facto se se comportasse como o *maître* da sociedade, sendo o gerente apenas um executor desprovido de todo o poder de decisão”); DANIEL TRICOT, pág. 28; JACQUES MESTRE/DOMINIQUE VELARDOCCIO, *Lamy Sociétés Commerciales*, 2003, pág. 267; MAURICE COZIAN/ALAIN VIANDIER/FLORENCE DEBOISSY, pág. 131; DOMINIQUE VIDAL, pág. 217; MARÍA JOSÉ VERDÚ CAÑETE, pág. 131.

que, secundando o outro cônjuge-administrador de direito, fiscaliza a contabilidade da sociedade <sup>1655</sup> ou que celebra vários negócios em nome da sociedade <sup>1656</sup>; a entidade bancária ou financeira que vigia a utilização dos fundos colocados à disposição da sociedade cliente, se assegura com garantias do seu crédito e se informa sobre a sociedade que financia e/ou lhe dá aconselhamento técnico <sup>1657</sup>; o franquizador que não ultrapassa o seu direito de verificar a boa execução das obrigações do franquizado <sup>1658</sup>; os membros do conselho geral e de supervisão que não ultrapassam o hemisfério da fiscalização da actividade dos administradores na estrutura germânica da sociedade anónima <sup>1659</sup>; o

---

<sup>1655</sup> HARITINI MATSOPOULOU, pág. 199.

<sup>1656</sup> CRISTOPHE DELATTRE, “L’inlassable travail de la Cour de cassation...”, *loc. cit.*, págs. 21-22, em função da decisão da **Cour de Cassation** francesa de **7 de Março de 2006** (in <http://legimobile.fr>, processo 04-20.355).

<sup>1657</sup> Em esp., v. JEAN STOUFFLET, “Cour d’Appel de Nancy, 15 décembre 1977 – *Observations*”, *loc. cit.*, pág. 18912/7; MICHEL VASSEUR, “Jurisprudence en matière de droit bancaire – Cour d’Appel de Nancy, 15 décembre 1977”, *loc. cit.* pág. 225, ID., “Jurisprudence en matière de droit bancaire – Tribunal Paris, 17 e 3 mars 1978”, *loc. cit.*, pág. 420; LAURENT LEVENEUR, pág. 56; MICHEL JEANTIN/PAUL LE CANNU, pág. 568.

<sup>1658</sup> V. LAURENT LEVENEUR, pág. 56 e n. (59).

<sup>1659</sup> Cfr. art. 441º, em esp. als. d) (em geral), i) (“a eficácia dos sistema de gestão de riscos, do sistema de controlo interno e do sistema de auditoria interna, se existentes”), l) (“o processo de preparação e de divulgação de informação financeira”).

A questão coloca-se nesta forma de estruturação organizatória uma vez que o conselho geral e de supervisão tem o poder supletivo de nomear e destituir os administradores, se tal competência não for atribuída estatutariamente aos sócios (art. 441º, n.º 1, al. a)); o exercício de tal competência poderia dar azo a uma intervenção decisiva, ainda que indirecta, na política de gestão encomendada ao órgão de administração (por intermédio, em particular, de uma parceria na determinação das grandes linhas de “governo” da sociedade) e a uma *relativização* do corte entre gestão e vigilância: “[é] de supor que a designação recairá em pessoas cujas concepções coincidam com as orientações e interesses de quem os nomeia e que aquelas deverão adequar a sua actuação com a linha geral de política de gestão perseguida”; [e]m caso de perda de confiança correriam o risco de destituição ou de não destituição no termo do período para que foram nomeados”; “a selecção de certas pessoas para a administração pode considerar-se um acto, um dos mais importantes, de realização de uma determinada política de gestão” (GAUDENCIO ESTEBAN VELASCO, *El poder de decisión...* cit., págs. 459-460). Mas, para que os membros do conselho geral e de supervisão possam ascender à categoria de administradores de facto, esses juízos necessitam de ser traduzidos num exceder das suas atribuições com a prática de gestão ou de ingerência indevida na gestão que vá para além de um controlo da administração – v. o art. 442º, n.º 1, 1.ª parte –, ainda que porventura mais musculado em face dos erros da administração e agravamento da situação patrimonial-financeira da sociedade ou do poder estatutário de dar «prévio consentimento» para a celebração de certos actos e negócios (art. 442º, n.ºs 1, 2.ª parte, e 2: mesmo assim, como se enfatiza na doutrina alemã para o (inspirador) § 111 (4) da AktGesetz (mais impositivo pois refere, desde a alteração de 2002 pela *Gesetz zur weiteren Reform des Aktien- und Bilanzrechts, zu Transparenz und Publizität* [TransPug, de 19 de Julho de 2002], a obrigação de o estatuto ou o conselho geral determinar as espécies negociais sujeitas a autorização), essa anuência, mesmo que possa ser vista como exercício de influência sobre a administração, não significará um domínio da gestão empresarial (ou intromissão nela) por parte do *Aufsichtsrat*, o que bem se demonstra pela inadmissibilidade de uma “cláusula geral” de consentimento que substituísse a enumeração de «certas espécies de negócios», antes, sim, aponta uma *vigilância preventiva* sobre os assuntos sociais, em jeito de *ultima ratio* de defesa em relação às decisões mais importantes da administração com envolvimento do *Aufsichtsrat*: v. PETER HOMMELHOFF, “Eigenkontrolle statt Staatskontrolle – rechtsdogmatischer Überblick zur Aktienrechtsreform”, *Hundert Jahre modernes Aktienrecht*, 1985, pág. 92, ss (com a elucidação do regime introduzido na anónima pela *Nouvelle* de 1884), em esp. pág. 93, HOLGER FLEISCHER, “Zur Leitungsaufgabe des Vorstands im Aktienrecht”, *loc. cit.*, pág. 1, THOMAS RAISER/RÜDIGER VEIL, págs. 178, *Rdn.* 5, 179-180, em esp. *Rdn.* 10, FRIEDRICH KÜBLER/HEINZ-

terceiro que movimenta, ainda que sem fiscalização, uma determinada conta corrente da sociedade <sup>1660</sup>. <sup>1661</sup> Numa outra perspectiva, não é administrador de facto o sócio que desvia ou se apropria de bens da sociedade, o sócio que presta ajuda financeira à sociedade através da celebração de contratos de suprimento ou o sócio ou terceiro que beneficia de “vantagens especiais” (fora de uma decisão regular dos órgãos da sociedade<sup>1662</sup>) <sup>1663</sup>.

---

-DIETER ASSMANN, págs. 205-206, UWE HÜFFER, *sub* § 111, págs. 598 e ss, em esp. *Rdn.* 16-17; para uma distinção entre o que se administra e o que se controla, com a análise desenvolvida do conteúdo – informativo, examinador e de apresentação documental –, da autonomia e dos critérios do dever de fiscalização do *Aufsichtsrat*, v. HARTWIG HENZE, “*Leitungsverantwortung des Vorstands...*”, *loc. cit.*, págs. 213 e ss). Nesse sentido, JEAN GUYÉNOT, “*Note Cour d’Appel de Paris, 8 juillet 1975*”, *Rev. Soc.*, 1976, *Jurisprudence*, págs. 118-119, em abono dessa decisão da **Cour d’Appel de Paris de 8 de Julho de 1975** – *Villave et autres c/Huet* –, cit. a n. 1426; favoráveis: ROGER HOUIN, “*Sociétés commerciales. Sociétés par actions. Conseil de surveillance. Responsabilité de dirigeant. Faillite personnelle et autres déchéances. Absence de qualité de droit ou de fait*”, *Rev. trim. dr. comm.*, 1976, págs. 553-554, que nota (i) a diferença entre a prática de actos com aptidão para dar aos membros do órgão a qualidade de administradores de facto e a prática de “faltas pessoais” na execução das suas funções que dê causa à sua responsabilidade civil, e (ii) as autorizações conferidas para os negócios e actos do *directoire* não chegam para essa qualificação (porém, de acordo com JEAN-FRANÇOIS MARTIN, “*Les membres du conseil de surveillance sont-ils des dirigeants sociaux au sens de la loi du 25 janvier 1985?*”, *Gazz. Palais*, 1991, I, págs. 25-26 – ainda que concordante com esses critérios de afastamento da qualificação como administrador de facto –, se a lista de negócios a autorizar fosse demasiado longa, poderia sustentar-se que, dessa forma, os membros do conselho geral e de supervisão participam activamente e de modo frequente na *direction*); GÉRARD NOTTÉ, *Les dirigeants de fait...* cit., págs. 118 e ss – sublinha o fino limite que pode haver entre o controlo e a ingerência, sendo esta de cerco delicado quando o conselho de supervisão não se substitua total ou parcialmente ao órgão de administração –, 126-127; JEAN-PIERRE SORTAIS, “*Note Cour d’Appel de Paris (3<sup>e</sup>Ch., sect. A), 20 février 1978*”, *loc. cit.*, págs. 128-129; LAURENT LEVENEUR, pág. 53 e n. 38; YVES GUYON, *Droit des affaires*, Tome 2 cit., pág. 435; (e a propósito da não qualificação feita pela **Cour de Cassation em 12 de Julho de 2005**: *M. Michel Maitre c/ M. Jean-Pierre Maitre*) ALAIN LIEHNARD, “*Observations – Cour de Cassation, com. 12 juill. 2005*”, *loc. cit.*, pág. 2072 – “... não podem ascender a esta qualidade *passivamente* ou *virtualmente...*” (sublinhei); FRANÇOIS-XAVIER LUCAS, “*La neutralisation des dirigeants...*”, *loc. cit.*, págs. 169 e ss, em esp. 171-172 – “... a qualidade de membro de um conselho geral e de supervisão esconjura a qualificação de administrador de facto, a menos que a pessoa em causa se afaste (...) da sua missão de controlo”.

Já agora: o art. 40º, n.º 1, do *Estatuto da Sociedade Anónima Europeia* (Regulamento CE n.º 2157/2001 do Conselho, de 8/10/2001) estatui, para o “sistema dualista”, que: «O órgão de fiscalização controla a gestão assegurada pelo órgão de direcção. O órgão de fiscalização *não tem competência própria em matéria de gestão* da SE».

<sup>1660</sup> MICHELLE MOZARELLI, pág. 579 – “não integra justamente aquele exercício geral dos poderes de gestão que (...) é característica da administração de facto”.

<sup>1661</sup> Cfr., para um apanhado geral, JOSÉ LUIZ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., pág. 41, NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., págs. 68-69.

<sup>1662</sup> E – adicção – fora da atribuição estatutária de “vantagens especiais” a sócios relacionadas com a constituição da sociedade, nos termos previstos pelo art. 16º, n.º 1 (por todos v. ELISABETE RAMOS, “*Artigo 16º*”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord.: J. M. Coutinho de Abreu, volume I (Artigos 1.º a 84.º), 2010, págs. 282-283).

<sup>1663</sup> V., sustentado a imprestabilidade desses comportamentos como “actos de gestão ou direcção”, JEAN-LOUIS RIVES-LANGE, págs. 42-43, GÉRARD NOTTÉ, “*La notion de dirigeant de fait...*”, *loc. cit.*, pág. 78, ID., *Les dirigeants de fait...* cit., págs. 122-123, 124 e ss (seguindo em esp. as decisões da **Cour d’Appel de Rouen de 1 de Fevereiro de 1974** e da **Cour d’Appel de Paris de 10 de Novembro de 1977**).

#### 11.1.4.2. Factores secundários

Com eles podem acumular-se – e é plausível que se acumulem em termos operacionais e negociais – os factores *secundários* no âmbito da gestão executiva e técnica, corrente ordinária (*day-to-day management*) e, eventualmente, extraordinária (que não envolva substancialmente opções, ou redefinições, de “alta direcção”) <sup>1664</sup>. Mas a simples *prova(-presença)* destes factores *acessórios*, sem ligação por parte do sujeito com a “alta direcção”, não leva por si só à existência de administrador de facto societariamente relevante. Correspondem eles a funções que, além do mais, são asseguradas, em várias sociedades, por “directores”, trabalhadores, prestadores de serviços, mandatários e procuradores, todos eles sujeitos que não são administradores e que, por isso, não exercem esses poderes com a autonomia e a liberdade de decisão dos administradores. Também nesta medida se justifica a *secundarização* destes factores: por questões de segurança e certeza na qualificação de um sujeito com poderes *tipicamente equivalentes* aos dos administradores.<sup>1665</sup> Desta forma, tais factores(-actos/negócios) só serão atendíveis *em exclusivo* se exprimirem a política geral da empresa social e a pessoa em questão estiver envolvida em simultâneo no *policy making* delineado pelos administradores de direito (e, porventura, outros administradores de facto); não serão atendíveis se neles se descortinar uma forma de actuação *ad hoc* e descalibrada do rumo geral. <sup>1666</sup>

*Com uma excepção.* Se a administração tiver delegado os seus poderes de gestão – nos termos dos arts. 261º, n.º 2, para a sociedade por quotas, e 407º, para a sociedade anónima <sup>1667</sup> –, o registo de tais factores, típica e normativamente

---

<sup>1664</sup> Segundo a lógica do Autor norte-americano M. K. STARR, págs. 354, 356-357, estamos aqui no nível “instrumental” do sistema decisório do empresário, onde, acima de tudo, estão as “rotinas e procedimentos automáticos” com um grau muito elevado do “grau de repetição do processo de decisão”.

<sup>1665</sup> Neste sentido, v. BERNARD BOULOC, “Note Cour de Cassation (Ch. crim.), 6 octobre 1980 et 8 décembre 1980”, *loc. cit.*, pág. 355; CLAUDE CHAMPAUD/DIDIER DANET, “Sociétés et autres groupements. Dirigeant de fait. Contrat de travail...”, *loc. cit.*, págs. 280-281; NICCOLÒ ABRIANI, *últ. ob. cit.*, págs. 228-229: “Nesta esfera ingressam na verdade tarefas que[,] em todas as empresas, individuais e colectivas, são normalmente executadas também mediante colaboradores – como directores gerais, administrativos, comerciais, financeiros, etc. – perante os quais o instituto em exame não poderá, pelo menos em regra, encontrar aplicação”. Por cá, JOÃO SANTOS CABRAL, pág. 285, exclui a prática de “actos de organização meramente interna da sociedade, de representação ou de administração «bagatelar» e que, por conseguinte, poderiam ter sido realizados por outro sujeito societário como, por exemplo, um director comercial”.

<sup>1666</sup> Parece ser este o raciocínio de JEAN-LOUIS RIVES-LANGE, pág. 43, quando se refere a essa conformidade na escolha de mercados, na compra de material ou na subscrição de empréstimos.

<sup>1667</sup> Nesses poderes de gestão poderão estar incluídos, ainda que não necessariamente, os poderes de representação externa, de acordo com os limites predispostos pela lei: para o art. 261º, 2, «os gerentes delegados só vinculam a sociedade se a delegação lhes atribuir expressamente tal poder»; para o art. 408º, n.º 2, em ligação com a “delegação própria”, «[o] contrato de sociedade pode dispor que esta fique também

associada à administração delegada (*limitada*<sup>1668</sup>, *submetida à “alta direcção”*<sup>1669</sup> e *condicionada pelo poder de gestão prevalecente ou concorrente e de avocação dos*

vinculada pelos negócios celebrados por um ou mais administradores-delegados, dentro dos limites da delegação do conselho». Já os administradores “encarregados” enquanto tais não podem beneficiar da titularidade de poderes representativos por habilitação estatutária, pois a eles não se aplica a disciplina especial do art. 408º, n.º 2: neste sentido, BRITO CORREIA, *Os administradores de sociedades anónimas* cit., pág. 288, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Os poderes de representação...* cit., págs. 366 e ss, ID., *Administradores-delegados...* cit., págs. 57 e ss, JOÃO ESPÍRITO SANTO, n. (1141) – pág. 418, COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., pág. 101, e, ao que parece, MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Comerciais anotado...* cit., sub art. 407º, pág. 1078, anot. 6; adversamente – “[o]s estatutos podem acrescentar poderes de representação ao acto de delegação imprópria e de delegação de gestão corrente do Conselho, nos termos previstos pelo artigo 408º, n.º 2...” –, ISABEL MOUSINHO DE FIGUEIREDO, pág. 564.

<sup>1668</sup> Temos doutrina que, aparentemente, consigna formulações restritivas no que toca às matérias que podem ser objecto do «encargo especial» a que aludem os n.ºs 1 e 2 do art. 407º (delegação “imprópria” ou “restrita”), em contraposição à “gestão corrente” atribuída na delegação “própria”. (1) “A entrega de matérias pode respeitar: (a) à preparação de assuntos a submeter ao conselho; (b) à execução de decisões aí tomadas; (c) à prática de actos que não surjam inovadores em relação ao já decidido”: MENEZES CORDEIRO, *últ. ob. e loc. cit.*, pág. 1077, anot. 3; (2) “... a prática de o Conselho solicitar a um administrador, sem limitação dos poderes normais dos demais administradores, que pratique certos actos no âmbito do objecto social, nomeadamente aqueles que se reconduzem a assuntos de mero expediente (cfr. art. 407º, n.º 1)” (PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais* cit., n. (949)– pág. 706, sublinhado da minha responsabilidade).

Em sentido diverso, ao apontar a operacionalização organizatória de tarefas numa senda “funcional” ou “divisional”, v. COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., pág. 102, no trilho dos dois fundamentais sistemas de divisão dos trabalhos e pelouros gestórios divulgados na Alemanha, a propósito da delegação interna-“repartição de competências” balizada pelos estatutos ou pelo regulamento do *Vorstand* (por todos KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht* cit., págs. 813-814). Sobre as possibilidades e as fronteiras dessa “repartição de competências” entre os vários membros do *Vorstand* plural na *Geschäftsführung* (§ 77 (1) AktGesetz), v. ADOLF BAUMBACH/ALFRED HUECK/GÖTZ HUECK, sub § 77, págs. 230-231, Rdn. 3-4, JOACHIM MEYER-LANDRUT, *Aktiengesetz. Großkommentar* cit., sub § 77, pág. 596, Anm. 4, HANS-JOACHIM MERTENS, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz* cit., sub § 77, pág. 70, Rdn. 15, MAXIMILIAN SCHIESSL, págs. 64 e ss (numa análise mais vasta das formas de organização empresarial), HOLGER FLEISCHER, “Zur Leitungsaufgabe des Vorstands im Aktienrecht”, *loc. cit.*, págs. 7 e ss, UWE HÜFFER, sub § 77, pág. 402, Rdn. 14-15.

<sup>1669</sup> É algo de frequentemente reconhecido, mesmo que implicitamente, na literatura: a insusceptibilidade de delegação do núcleo ou essência do poder de administração. V., entre outros que consultei, FERNANDO RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros delegados...* cit., págs. 85, 435, ROBERTO WEIGMANN, *Responsabilità e potere legittimo...* cit., pág. 195, JESÚS QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil...* cit., pág. 284 (vinculação à “faculdade de planificar a política geral da sociedade e de programar a sua execução nos aspectos gerais”), EDUARDO POLO, *Los administradores...* cit., págs. 465-466, FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, *Comentários a la Ley...* cit., sub art. 141, págs. 465-466, 470-471, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Os poderes de representação...* cit., pág. 344 e n. (646), ID., *Administradores-delegados...* cit., págs. 34-35, MARCO MARULLI, “La delega gestoria tra regole di corporate governance e diritto societario riformato”, *Giur. comm.*, 2005, I, págs. 104-105, ISABEL MOUSINHO DE FIGUEIREDO, pág. 570, COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., pág. 43, n. (260) – pág. 104, FRANCESCO FERRARA Jr./FRANCESCO CORSI, *Gli imprenditori...* cit. 2006, págs. 579, 581, UWE W. SCHNEIDER, “Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung”, *loc. cit.*, sub § 37, pág. 2238, Rdn. 43, MASSIMO FRANZONI, *Della società per azioni*, Tomo III, *Dell’amministrazione e del controllo...* cit., sub art. 2381, pág. 81 (sublinhando os delegados como elemento de conjugação entre os técnicos e os políticos da empresa), LUIS HERNANDO CEBRIÁ, pág. 142.

Em sentido contrário, porém, ia a doutrina italiana mais antiga: por ex., GIUSEPPE FANELLI, págs. 62-63, GUSTAVO MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., pág. 461, PIETRO ABBADESSA, *La gestione dell’impresa...* cit., págs. 102-103, ORESTE CAGNASSO, *Gli organi delegati nella società per azioni. Profili*

*administradores não delegados*<sup>1670</sup>), servirá com auto-suficiência para qualificar igualmente o administrador de facto – um administrador de facto *peculiar, equiparado ao ou aos administradores delegados* (e não aos restantes membros do órgão de administração não delegados) e, assim, *dependente da existência dessa organização interna do órgão de administração*. É aqui que teremos administração fáctica se, numa sociedade com delegação orgânica de poderes e no anel dos poderes

---

*funzionali*, 1976, págs. 58 e ss, em esp. n. (63), ALESSANDRO BORGIOLO, *L'amministrazione delegata* cit., págs. 176-177, admitiam que (até na omissão de indicação das atribuições delegadas) a fracção do poder administrativo delegado abrangia o conteúdo da “alta direcção”; uma tese que deixou lastro, mesmo na interpretação do actual art. 2381 do CCIt.: v. ORESTE CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale...* cit., pág. 298 (a não ser que atribua em concreto uma fracção mais circunscrita do poder de administração, que torna os delegados em meros colaboradores do conselho ou de executores das suas deliberações), FRANCESCO GALGANO, *Diritto commerciale. 2. Le società* cit., págs. 318-319.

Particularmente elucidativo é o nosso art. 407º, n.º 6, al. b), que prescreve que o presidente da comissão executiva deve assegurar o cumprimento da *estratégia* da sociedade – “estratégia” é aqui sinónimo de “alta direcção”. E também o é, lá fora, o (reformado) art. 2381, § 3.º, do CCIt., que impõe que os administradores não delegados devem examinar, quando elaborados pelo conselho, o cumprimento dos «planos estratégicos, industriais e financeiros da sociedade» (seja os *business plans* plurianuais, seja os *budgets* anuais: FRANCO BONELLI, *Gli amministratori...* cit. 2004, pág. 52), isto é, de acordo com a doutrina, a “programação *estratégica* da empresa” (LOREDANA NAZZICONE/SALVATORE PROVIDENTI, *sub art. 2381 c.c.*, págs. 65 e ss; o sublinhado é meu).

<sup>1670</sup> Pretendo encontrar uma fórmula que dê conta da principal diferença entre as duas espécies de delegação previstas no art. 407º: os administradores não delegados na delegação “propriamente dita” não são portadores do dever de participar activamente na gestão corrente, mas podem outorgar directivas e “alterar” ou impedir as decisões dos delegados nessa gestão e, ademais, continuam vinculados a contribuir para a “alta direcção”, para a gestão insusceptível de delegação e para a gestão corrente não delegada no caso; na delegação “restrita”, os não delegados mantêm o poder-dever de participar e deliberar sobre as matérias delegadas (nomeadamente nos compartimentos da “alta direcção” a que dizem respeito essas matérias), como se não houvesse delegação, competindo fundamentalmente aos delegados “encarregados” executar (ainda que com alguma independência) – e, porventura, aprontar – essas deliberações. Ainda que não totalmente coincidentes, v. BRITO CORREIRA, *Os administradores...* cit., págs. 287-288, PEDRO MAIA, *Função e funcionamento...* cit., págs. 248 e ss, COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., págs. 103-104.

Quanto à “gestão delegada” na sociedade por quotas, parece que a atribuição de poderes para a conclusão de determinados negócios ou espécie de negócio fica mais próxima da delegação “em sentido próprio” da anónima (em sentido contrário, RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas, Comentário...*, volume III cit., *sub art. 261º*, pág. 193). Para isso contribui a possibilidade *em comum* de conferir poderes representativos ao delegado, faculdade essa que não existe na delegação “restrita” da anónima (atento o art. 408º, n.º 2). Se assim for, poderemos lançar mão da aplicação analógica do art. 407º, n.º 8, 1.ª parte, que dá corpo a uma competência concorrente sobre esses negócios entre os “delegados” e os restantes gerentes da sociedade e à permanente faculdade de orientação dos delegados e avocação e modificação dos actos por eles praticados (aparentemente converge para esta posição DIOGO PEREIRA DUARTE, *Código das Sociedades Comerciais anotado...* cit., *sub art. 261º*, pág. 757, anot. 11). De todo o modo, a “delegação-encargo especial” não deixa de comungar o método de transmissão de tarefas que diferencia a delegação quotista. Assim se vê a doutrina a realçar uma aproximação da delegação quotista às duas modalidades de delegação da anónima: COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II cit., pág. 598, refere que, na sociedade por quotas, se trata de “delegação (de poderes de gestão e, eventualmente, de representação) que em parte se avizinha da delegação (propriamente dita) prevista para as sociedades anónimas (arts. 407º, 3 e ss., 408º, 2) e em outra parte se aproxima da delegação restrita (...) também prevista para aquelas sociedades (art. 407º, 1 e 2)” (e RAÚL VENTURA, *ibid.*, *sub art. 252º*, pág. 27, não deixa de realçar que não estamos perante uma representação de um gerente por outro mas sim uma verdadeira distribuição de competências entre os gerentes).

*delegados*, um sujeito se encarrega dos negócios celebrados com os fornecedores de matéria-prima ou a ele cabem as relações com os bancos e a subscrição dos cheques e títulos de crédito em nome da sociedade ou se debruça em exclusivo sobre a contabilidade e as finanças da sociedade, mesmo que sem intervenção na política geral e estratégica da sociedade que determinou esses negócios e essas relações. Ou seja, mesmo que não denote ter participado no factor primário da “alta direcção”.

#### **11.1.4.3. Factores acessórios ou complementares**

Em face de cada um desses dois grupos de factores, juntam-se finalmente os *factores-indícios acessórios* ou *complementares*, que poderão dar consistência ao juízo de uma conduta *equivalente* à de administrador. Será plausível que o interessado em invocar a qualidade de administrador de facto de um certo sujeito apenas possa aludir a este género de factores, no sentido de deles ser deduzida ou inferida judicialmente a qualidade. Se pensarmos bem, serão estes os *verdadeiros indícios susceptíveis de revelar a actuação típica e positiva de gestão*; os anteriores factores elegíveis são mais do que isso, na medida em que vão para além de uma mera aproximação de verosimilhança capaz de um juízo de presunção *ex arts. 349º/351º* do CCiv. sobre a intromissão na gestão – em contraponto, estes factores provam verdadeiramente a gestão sem qualquer mediação, são “prova directa” <sup>1671</sup> e “histórico-representativa” <sup>1672</sup>. Tal como a inexistência de factores elegíveis primários (ou secundários, se relevantes) afastam o decretamento dessa conduta. O princípio é, pois, o de que a existência destes factores não dispensa a prova da existência dos elementos positivos e típicos da gestão que permite qualificar a administração de facto relevante.

Efectivamente, como já dei a entender, neste grupo estão *formas de actuação, de benefício e de relacionamento dentro e fora da sociedade*, que estão, por regra, aquém da identificação simples de actos e de negócios concluídos. E que, como tal, poderão fundamentar um juízo *presuntivo* sobre a actuação qualitativa *primária*, mas

---

<sup>1671</sup> TEIXEIRA DE SOUSA, *As partes...* cit., pág. 209 – “A prova chama-se directa quando o facto que constitui o objecto da prova é directamente percebido pelo juiz sem qualquer mediação”.

<sup>1672</sup> MANUEL DE ANDRADE, *Noções elementares...* cit., pág. 209 – a prova é representativa porque “o facto (ou objecto) posto ao alcance da percepção do juiz *representa* o facto a provar”, é “uma figuração ou reprodução dele, um seu equivalente sensível (imagem), que suscita a respectiva ideia através dos sentidos e da imaginação do juiz”; a prova é histórica “por se tratar de factos passados e porque a representação pretende ser exacta (não fantasiosa)”.



que não resistem à contraprova de que a intervenção na “alta direcção” não se verificou; ainda assim, devem ser recolhidos e auxiliar *num exercício global* de aferição do requisito de base, que terá resposta positiva ou negativa.

Entre aqueles que fomos recolhendo das experiências estrangeiras, destaco a inexistência de administração de direito ou o alheamento do ou dos administradores de direito em relação à gestão social <sup>1673</sup>; a subordinação dos administradores de direito à conduta e à vontade do sujeito; a extrapolação dos poderes derivados da condição de sócio e de mandato, procuração, contratos de trabalho, contratos de prestação de serviços ou outros contratos timbrados com a sociedade; a remuneração do sujeito (ou a sua composição e montante, nomeadamente quando prevista em contrato de trabalho, de mandato ou de prestação de serviços para com a sociedade)<sup>1674</sup>; a participação nas reuniões do órgão de administração <sup>1675</sup>; e a invocação da qualidade de administrador para realizar verdadeiros actos de gestão.

Sirva como exemplo a participação nas reuniões: poderá presumir-se a partir desse facto indiciário que há administração de facto, mas a presunção natural ou de facto não resistirá à contraprova de que nessa ou nessas reuniões, em que esteve presente o sujeito, não foram discutidas e deliberadas as políticas gerais e estratégicas da sociedade. Ou seja, não resiste à contrariedade da subsistência de factores primários de aferição da administração fáctica relevante.

Uma última nota, que serve para realçar que estes factores, actuando como presunções que se oferecem ao julgador, exibem importância aditiva sempre que estejamos perante a demonstração de administração de facto indirecta oculta: serão estas as circunstâncias mais difíceis para aferir a qualidade fáctica por exercício de influência que não se ostenta deliberadamente e onde a prova dos restantes factores primários e secundários de qualificação são de maior onerosidade para os interessados.

---

<sup>1673</sup> Um “indício significativo”, no entendimento de LOREDANA NAZZICONE/SALVATORE PROVIDENTI, *sub* art. 2380*bis* c.c., pág. 33.

<sup>1674</sup> Um “indício forte”, de acordo com ALFRED DIERLAMM, pág. 156, ou (também) “significativo” para MARKUS GEIßLER, pág. 1111, Autor que concretiza a etiqueta: se esse montante se encontra perto do montante que um administrador de uma sociedade comparável recebe, será difícil argumentar que o terceiro não nomeado como administrador realizou as competências administrativas na extensão que se vê como apreciável e qualificadora da administração de facto relevante.

<sup>1675</sup> Indício essencial (e, até, mais do que isso, se conjuntamente houver o exercício do voto nessas reuniões), para haver “órgão material”, de acordo com PETER FORSTMOSER, “Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht”, *loc. cit.*, pág. 148, ID., *Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit...* cit., págs. 211-212.

### 11.1.5. A ponderação dos actos de representação externa

A administração gestionária, vista globalmente, abrange uma actividade de *decisão e actuação (também representativa) que se esgota na esfera interna da sociedade* (mas não de *iniciativa* quanto ao funcionamento organizatório da sociedade, como vimos) e uma actividade *externa* de manifestação da vontade social e de representação da sociedade, dirigida a terceiros estranhos à sociedade e outras entidades (como tribunais e conservatórias) <sup>1676</sup>, integrada pelo poder de aqueles que foram nomeados membros do órgão agirem em nome e por conta da sociedade e, consequentemente, vincular a sociedade nessa relação com terceiros e entidades <sup>1677</sup>.

---

<sup>1676</sup> A este propósito, v. a distinção operada por NOGUEIRA SERENS entre representação *substancial* e representação *judiciária* (*Notas sobre a sociedade anónima* cit., pág. 90).

<sup>1677</sup> De todo o modo, ambas as relações não se esgotam no espaço de actuação *jurídico-social*, uma vez que não permanecem alheias a outros espaços onde, até cumulativamente, se joga a interacção da entidade societária. Por ex., a relação-contratação entre sócio e sociedade quando o sócio intervém como qualquer outro terceiro (pois a faceta gestória não está excluída sempre que implica relacionar-se com um sócio despido da sua qualidade ou temporariamente autonomizada a sua qualidade no que respeita à titularidade de direitos *extracorporativos* que tiveram a sua matriz na qualidade social mas que se radicaram depois na esfera jurídica do sócio enquanto credor da sociedade – como no caso da percepção do lucro cuja distribuição foi aprovada: v. FERRER CORREIA, *Lições de direito comercial*, vol. II cit., págs. 348-349) ou a relação entre a sociedade e os titulares não sócios de cargos orgânicos (pois releva a organicidade desses terceiros quando é mobilizada a iniciativa do administrador).

Para além disso, a divisão não pode ser estanque, uma vez que a representação a cargo dos administradores pode ser encarada dentro da esfera da sociedade – e contra não basta avançar-se que nessa circunstância a manifestação de vontade não se dirige a um outro sujeito jurídico diverso da sociedade. Os actos administrativos internos podem implicar necessariamente uma faceta também de representação, com a necessária *subjectividade distinta*, perante, *maxime*, sócios, titulares dos restantes órgãos e trabalhadores – a velha distinção entre representação *interna* (“representação qualificada, subjectivamente limitada, com características especiais...”) e representação *externa* salientada por ARTURO DALMARTELLO, *I rapporti giuridici interni...* cit., págs. 138 e ss (que, segundo o Autor italiano, se irmanam numa *identidade substancial*, isto é, “numa e noutra situação[,] a vontade de alguns *individuos físicos*[,]vem referida à pessoa jurídica sociedade, com eficácia em relação a um outro sujeito”, e se apartam numa *diversidade accidental*, ou seja, em face de se dirigirem a sujeitos sem ligação ou com ligação à relação social); entre nós, v. BRITO CORREIA, *Os administradores de sociedades anónimas* cit., pág. 206 (o órgão de administração “frequentemente se limita também a tomar deliberações com eficácia meramente interna, que não chega a comunicar a terceiros, estranhos à sociedade”); PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de gestão...* cit., págs. 200-201 (nomeadamente, actuação orgânica perante outros órgãos e actuação orgânica perante terceiros), 208 –, já que, sendo actos eminentemente corporativos, a sociedade só intervirá uma vez intervindo o administrador com a consequente imputação jurídica à sociedade: *e. g.*, no momento de exigir a realização das entradas ou de consentir na transmissão de acções nominativas (v. as análises de WOLFGANG HEFERMEHL, *sub* § 82, págs. 103-104, *Rdn.* 5, pág. 106, *Rdn.* 13, págs. 110-111, *Rdn.* 22), ou no momento em que dá instruções a trabalhadores da empresa social (v. LUIS SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, “Sobre la distinción...”, *loc. cit.*, págs. 59 e ss, que propõe uma outra classificação: actividade de representação (interna e externa) e “actividade de simples deliberação não vinculativa”; em sentido próximo, JOSÉ GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades*, Tomo I cit., pág. 302). Não é despidendo tomar conta das duas categorias representativas (mesmo que salvaguardados os contextos legais), como fez GUSTAVO MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., pág. 5, quando salientou que a representação interna é de todos os administradores e a representação externa é de todos ou só de alguns: “No silêncio do acto constitutivo, ao administrador único ou a todos os componentes do conselho de administração compete a representação tanto interna como externa; o acto constitutivo, na hipótese de pluralidade de administradores, pode excluir a representação externa de alguns deles. A

Em princípio, ambas poderão dar o mote para se qualificar o administrador de facto, pois nelas se consubstancia a *competência funcional própria* da administração formal.

Porém, a doutrina nem sempre prima por considerar a igual valência dessas vertentes da administração: há quem admita apenas outorgar como administrador de facto aquele que, mesmo que leve a cabo ou pouco importando que conduza funções de representação externa, só o é porque desempenhou funções próprias da gestão com cunho estrito ou interno <sup>1678</sup>; há quem insista em dar primazia aos factores de natureza externa no momento de identificar o administrador de facto (directo, em primeira linha) – seja graduando-os num nível superior aos factores atinentes à gestão interna <sup>1679</sup>, seja demandando os factores de representação externa para qualificar em definitivo o administrador de facto (com o efeito de desmerecerem os actos de gestão na *ordem interna*) <sup>1680</sup>.

---

representação *interna* compete, pelo contrário, inderrogavelmente a todos os administradores: nos limites de acordo com os quais eles realizam actividade jurídica por conta da sociedade, eles têm o respectivo poder representativo”. Porém, ainda que sejam providências internas, não têm conotação “representativa” os actos corporativos de mera cooperação e/ou comunicação e/ou solicitação da administração com os outros órgãos da sociedade (por todos, HANS-JOACHIM MERTENS, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz* cit., sub § 78, pág. 85, *Rdn.* 4, sub § 77, pág. 66, *Rdn.* 3). Seja como for, parece ser de confluir as relações sociais internas e externas dos administradores na submissão aos limites colocados pelo “objectivo social” (actividade a realizar pela sociedade) e pelo “fim social” (finalidade perseguida através da realização do objecto social): nestes termos, v. ALONSO UREBA, “Presupuestos de la responsabilidad social...”, *loc. cit.*, pág. 671.

<sup>1678</sup> Em Espanha, NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., págs. 57-58, 59, 150-151, ID., “El concepto de administrador de hecho...”, *loc. cit.*, págs. 867-868. Por cá, a Autora espanhola influenciou FILIPA TOMAZ, págs. 137-138, 139-140, e JOÃO SANTOS CABRAL, págs. 276-277. Neste enquadramento, menos claros são, no direito italiano, LOREDANA NAZZICONE/SALVATORE PROVIDENTI, sub art. 2380bis c.c., pág. 34, uma vez que exigem o “papel realizado de facto”, mesmo que não ocorra também uma “visibilidade de tal papel no exterior” da sociedade. Neste sentido parece ainda ter encarrilado o helvético PIERRE-OLIVIER GEHRIGER, págs. 21-22, que diminui o papel da actuação externa, tendo em conta a busca de anonimato e a opção por “testas-de-ferro” para as tarefas de representação (a grande motivação, para o Autor, do “órgão de facto” como instrumento para se radicar como “plano de fundo” [*Hintergrund*]: *passim*, em esp. págs. 31-32, 37, 43-44), e o francês JEAN STOUFFLET, “Cour d’Appel de Nancy, 15 décembre 1977 – *Observations*”, *loc. cit.*, pág. 18912/6 (a administração de facto não se vê como uma “acção de qualidade externa” mas antes como uma “influência real sobre a gestão”).

<sup>1679</sup> Em França, v. JEAN-PIERRE ROBIN, pág. 11, JEAN-MARIE MACQUERON, pág. 144, ss, e, aparentemente, GÉRARD ZAQUIN, pág. 254. Em Itália, para ALESSANDRA ROSSI VANNINI, “Una svolta...”, *loc. cit.*, pág. 211, a representação externa e a faculdade de concluir negócios da sociedade fundam o “substrato da função de administrador”. Aparentemente será esta a tendência da doutrina norte-americana, considerando a sentença de WILLIAM MEADE FLETCHER, *Fletcher Cyclopedic...* cit., págs. 215, 216, em linha com os entendimentos dos tribunais: não há administração de facto se não há um exercício público das funções de administração ou o reconhecimento generalizado pelo público ou por aqueles que têm negócios com a sociedade de que o sujeito leva a cabo as funções legítimas e os direitos pertencentes ao *board of directors*.

<sup>1680</sup> Esta leitura restritiva é maioritária no direito alemão, nomeadamente para a responsabilidade civil societária do administrador de facto.

Um dos Autores mais desenvolvidos é ALFRED DIERLAMM, págs. 156-157, que não se basta com a actuação e influência meramente internas e exige com destaque a visibilidade da actividade e da posição no

exterior, perante terceiros e fora da empresa, ancorando-se, acima de tudo, no poder ilimitado e ilimitável do administrador no campo da representação externa (tendo por farol a determinação do § 37 da GmbHG) como uma “característica básica de toda a actividade do administrador”. Alinham no mesmo sentido dominante do primado do “*Auftreten im Außerverhältnis*” (*nach außen hervortretendes Handeln*), entre outros, ROBERT WEIMAR, “Grundprobleme und offene Fragen... (I)”, *loc. cit.*, pág. 475, que vê como “empenho determinante” (*maßgeblich Engagement*) a influência sobre e a celebração dos negócios em nome da sociedade (enquanto *Führung der Geschäfte*); GÜNTER KOHLMANN, pág. 727, *Rdn.* 26; HARTWIG HENZE, “Ausfallhaftung des GbmH-Gesellschafters – Anmerkung zu BGH, Urteil vom 25.2.2002”, *BB*, 2002, págs. 1011-1012; ANDREAS CAHN, “Die Ausfallhaftung des GmbH-Gesellschafters”, *ZGR*, 2003, págs. 314-315 (que ganha significado quanto aos sócios intervenientes na gestão, como forma de exigir mais que o exercício interno de colaboração e influência sobre os administradores e a actuação na sua esfera deliberativa no domínio da administração); MARKUS GEHRLEIN, “Rechtsprechungsübersicht zum GmbH-Recht in den Jahren 2001-2004: Eigenkapitalversatz, Veräußerung des Geschäftsanteils, Gesellschafterbeschluss sowie Rechtsstellung und Haftung des GmbH-Geschäftsführers”, *BB*, 2004, pág. 2594; FRIEDRICH KÜBLER/HEINZ-DIETER ASSMANN, pág. 211 (“a «responsabilidade do órgão de facto» é, com isso, tipificada como uma espécie de responsabilidade pela confiança”); ULRICH HAAS, “Der Entwurf des «MoMiG»...”, *loc. cit.*, pág. 733; HANS CRISTOPH GRIGOLEIT, pág. 116; WOLFGANG ZÖLLNER/ULRICH NOACK, “Abschnitt Drei. Vertretung und Geschäftsführung”, *loc. cit.*, *sub* § 35, pág. 647, *Rdn.* 9, § 43, págs. 880-881, *Rdn.* 3 (com outras referências doutrinárias e jurisprudenciais a n. (29)); ULRICH HAAS/HILDEGARD ZIEMONS, pág. 489, *Rdn.* 30; HOLGER ALTMIPPEN/GÜNTER ROTH, *sub* § 43, pág. 776, *Rdn.* 95. Na jurisprudência superior, são vistas como sinalizadoras da exigência de uma actuação necessariamente externa em ligação com a administração social as resoluções do **BGH de 21 de Março de 1988** (cit. a n. 1565, pág. 1790), de **25 de Fevereiro de 2002** (cit. a n. 347 – o já conhecido caso *L-Kosmetik*, em esp. ponto 3 do Sumário e pág. 851), e de **27 de Junho de 2005** (in *ZIP*, 2005, pág. 1414, s.). Porém, MARKUS GEIßLER faz uma distinção entre os administradores invalidamente nomeados, hipótese em que a “quantidade de contactos externos” (enquanto avaliação da sua intensidade) seria um “índice pouco elucidativo” (págs. 1110, 1111), e os sujeitos sem nomeação (págs. 1109, 1111-1112), para quem pela via externa se detectaria o domínio (ainda que reconhecendo a possibilidade de “fuga” da responsabilidade daquele, nomeadamente sócio, que assume tarefas internas de direcção e evita actividades com efeitos externos); sensivelmente no mesmo sentido, DETLEF KLEINDIEK, “Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung. Vor § 35...”, *loc. cit.*, pág. 769, *Rdn.* 11.

Refutam a indispensabilidade de comportamento externo como critério diferenciador do administrador de facto MARC DINKHOFF, pág. 109 (nas relações internas a liderança dos negócios pode caber a outra pessoa completamente diferente); HOLGER FLEISCHER, “Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit...”, *loc. cit.*, pág. 525 (“A aparência quase-orgânica nas relações externas constitui (...) uma característica típica mas não completamente indispensável do órgão de facto”); HANS-CRISTOPH GRIGOLEIT, págs. 117, 120 (na discussão do sócio “influenciador” como administrador de facto); UWE W. SCHNEIDER, “Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung”, *loc. cit.*, *sub* § 43, pág. 2231, *Rdn.* 26.

Também no direito gaulês esta corrente tem apoiantes: v. YVES GUYON, “Sommaires de jurisprudence. SARL. Gérant. Gérant de fait. Notion”, *loc. cit.*, pág. 630 (não interessa atender à falta de autoridade sobre o “pessoal”, uma vez que a administração de facto supõe as decisões tomadas em relação a terceiros), e FRANÇOIS-XAVIER LUCAS, “La neutralisation des dirigeants...”, *loc. cit.*, pág. 172. Por seu turno, no direito espanhol, LUIS HERNANDO CEBRIÁ, pág. 139, exclui da administração de facto directa a actuação meramente interna de quem não exterioriza o exercício da representação da sociedade em face de terceiros (mas acaba por admitir que, se se verificarem os requisitos necessários, a espécie tem que ser subsumida por via da *analogia iuris*; talvez por isso admita a págs. 141 a incidência nas esferas patrimoniais e organizativas do âmbito interno...); quanto à administração de facto (directa ou indirecta) das sociedades dominantes-matrizes nas relações de grupo, v. ALONSO UREBA/JUANA PULGAR EZQUERRA, pág. 30, que exigem uma actuação “pública (externa) e transparente”. Para Itália, ALBERTO REDEGHIERI BARONI, pág. 1526, defende que são consideradores administradores de facto os que, para além do exercício amplo e autónomo dos poderes exercidos, se notabilizam “pela sua identificação substancial, aos olhos de terceiros, com a sociedade que gerem” (destaquei). Na Suíça, adepto de uma postura cumulativa do exercício de *Geschäftsführung e Vertretung*, v. ANDREAS VON PLANTA, pág. 82.

Por cá, parece que MENEZES CORDEIRO, “Capítulo VII – Responsabilidade civil pela constituição...”, *loc. cit.*, pág. 276, anot. 41, envereda por esta tese quando, para o seu administrador de facto “aparente” (aquele que assume funções de administração sem designação), exige que aja em nome e por conta da

No âmbito de uma valência tendencialmente equivalente, temos que afinar uma resposta em torno da conjugação entre os factores primários da “alta direcção” e os factores acessórios.

À primeira vista, se fosse de considerar em absoluto essa divisão, antes seria mais plausível admitir que só a participação na deliberação e actuação interna, desde que *superior*, permitiria a administração fáctica, uma vez que a execução do deliberado internamente nas relações com terceiros sempre estaria vinculada a medidas prévias e, portanto, residiria no campo da gestão executiva; essas medidas sim seriam as determinantes e decisivas no destino da administração; logo, qualificadoras. No entanto, não devemos marginalizar a representação externa no procedimento de legitimação do administrador de facto, mesmo quando ela surja cindida dessa actuação interna de valia superior e, acima de tudo, apareça como a única actividade desenvolvida em concreto.

A representação para com terceiros apresenta, uma vez conferida expressamente ao órgão de administração de uma forma exclusiva e excludente – são elucidativos os termos com que são referidos os poderes de representação no n.º 2 dos arts. 405º e 431º –, uma natureza irremediavelmente *distintiva* no que respeita à actuação do administrador <sup>1681</sup>, seja no domínio da representação orgânica “activa”, seja no campo da representação orgânica “passiva” <sup>1682</sup> – *os administradores “são” a sociedade* perante os terceiros e as entidades que se relacionam com ela <sup>1683</sup>. Mesmo

---

sociedade. Mais incisivo é ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, pág. 279, que configura a administração de facto nas pessoas que, sem título ou com um título inválido ou caducado, “actuam publicamente”.

<sup>1681</sup> Cfr. JOSEFINA BOQUERA MATARREDONA/NURIA LATORRE CHINER, pág. 55, ss, FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores...* cit., págs. 42-43, 216-217.

<sup>1682</sup> Para estas duas modalidades, v. RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas. Comentário...*, volume III cit., sub art. 259º, pág. 130, COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II cit., págs. 589-590; HANS-JOACHIM MERTENS, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz* cit., sub § 78, pág. 84, Rdn. 2, UWE H. SCHNEIDER, “Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung”, loc. cit., sub § 35, págs. 1935-1936, Rdn. 51-52.

<sup>1683</sup> DIETRICH HOFFMANN/RÜDIGER LIEBS, *Der GmbH-Geschäftsführer. Handbuch für die Praxis des Unternehmers und Managers*, 2000, pág. 133, FRANCISCO VICENT CHULIÁ, *Introducción al derecho mercantil* cit., pág. 406, UWE H. SCHNEIDER, “Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung”, loc. cit., sub § 35, pág. 1925, Rdn. 21.

Entre nós, COUTINHO DE ABREU, *últ. ob. cit.*, pág. 208, e, para a incompatibilidade desta realidade com a formulação «de quem legalmente a represente» prevista no art. 6º, n.º 5, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., pág. 97 (“A sociedade não é incapaz e os seus administradores não são ‘representantes legais’”); OLIVEIRA ASCENSÃO/CARNEIRO DA FRADA, “Contrato celebrado por agente de pessoa colectiva. Representação, responsabilidade e enriquecimento sem causa”, *RDE*, 1990-1993, n. (3) – pág. 46 – “Rigorosamente, não há nestes casos chamados de representação orgânica representação em sentido técnico pois que, enquanto nesta o acto é do representante e apenas os seus efeitos se repercutem na esfera do representado, havendo organicidade o acto é desde o princípio imputado à pessoa colectiva”. De todo o modo, para uma crítica ao conceito de “representação orgânica”, v. RAÚL VENTURA, *Sociedades*

quando a sociedade se serve de outros que não são administradores para a representar (procuradores, mandatários, “gerentes de comércio”, trabalhadores subordinados, de maior ou menor grau na hierarquia empresarial, agentes comerciais, etc.), a sua actuação deriva ainda dos poderes dos administradores ou realiza-se de acordo com um princípio de subordinação em relação à esfera exclusiva de conduta dos administradores – exclui, portanto, uma autonomia destes outros que também exercem ou podem exercer poderes administrativos de representação. De certo modo – igualmente por isso –, trata-se aqui de uma representação *necessária*, na exacta medida em que a corporação societária está inapelavelmente constringida a servir-se de pessoas singulares (mesmo que nomeadas pelos administradores-pessoas colectivas), munidas dos relativos e suficientes poderes para se moverem no espaço de consecução do interesse da sociedade <sup>1684</sup>. Não são tanto os administradores que agem para a sociedade, antes *é mais a própria sociedade que age por meio de administradores* <sup>1685</sup>, enquanto titulares do órgão a quem se atribui o poder de representação. Não se estranha, por tal, que quem não tem título actue muitas vezes fora do âmbito interno, pois é no exterior dessa fronteira que essa falta de título mais permanece encoberta: não é por acaso que a casuística da administração de facto destapa a habitualidade do estabelecimento de relações com terceiros em nome da sociedade.

Em consequência, os actos representativos externos deverão merecer um tratamento *diferenciado* em relação aos actos de gestão interna executiva (incluindo a representativa), estejam eles em conjunto com actos de gestão interna ou, eventualmente, sem a concorrência de factores de actuação interna. Porém (no que mais importa), se estiverem isolados – uma vez que o administrador de facto não participou na decisão interna que serviu de base ao acto representativo (seja da

---

*comerciais: dissolução e liquidação* cit., págs. 142 e ss (entre outras reflexões, “dizer *representante orgânico* ou *órgão* é precisamente o mesmo: o autor físico da vontade juridicamente imputada à pessoa colectiva”; “a vontade da pessoa colectiva é a vontade formada pelo órgão, através da maioria dos seus componentes e desaparece a possibilidade de o *órgão* ser representante”).

<sup>1684</sup> WOLFGANG HEFERMEHL, *sub* § 76, pág. 17, *Rdn.* 4, HANS-JOACHIM MERTENS, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz* cit., *sub* § 76, pág. 47, *Rdn.* 58, KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht* cit., págs. 806-807, 1070-1071, 1074-1075, CHRISTOPH SEIBT, “§ 76 Leitung der Aktiengesellschaft”, *loc. cit.*, pág. 871, *Rdn.* 3, UWE HÜFFER, *sub* § 76, pág. 384, *Rdn.* 5; por cá, RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas. Comentário...*, volume III cit., *sub* art. 259º, págs. 129, 130-131, BRITO CORREIA, *Os administradores de sociedades anónimas* cit., págs. 69-70, 73-74 (“A designação de administradores constitui assim como que um ónus”), ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Os poderes de representação...* cit., pág. 35.

<sup>1685</sup> GIANCARLO FRÉ/GIUSEPPE SBISÀ, *sub* art. 2380, pág. 762.

autoria de administradores de direito, seja de outro ou de outros administradores de facto) –, tais actos habilitam o administrador de facto desde que ainda estejamos no contexto da *intensidade qualitativa* a solicitar ao acto de gestão. Isto é, se há cisão entre o decidido e o acto representativo no âmbito de *actuação fáctica* <sup>1686</sup>, a intervenção do administrador de facto ainda se deve alancorar a factor primário (e auto-suficiente) *se essas manifestações externas corresponderem à execução ou conclusão do que é decidido na administração mais qualificada de “alta direcção”* – e sejam, repito, factores *primários* na definição do administrador de facto –, de tal modo que quem está a representar a sociedade concretize a intervenção na decisão interna de mais alto nível.

Se os actos forem partilhados com a gestão decisória interna, o problema de afinar a condição do administrador de facto acaba por se esfumar <sup>1687</sup>. E pode abrir-se uma solução alternativa: ou ver a representação externa ainda como factor primário, mas, parece, numa hierarquia inferior, ou vê-la meramente como factor análogo a facto secundário.

Assim: poderemos ter um sujeito que, *sem título idóneo para esse efeito*, subscreve cheques ou letras de câmbio em nome da sociedade para pagar a fornecedores, conclui mútuos bancários ou movimenta as contas bancárias, negocia com os clientes ou contrata e paga aos trabalhadores <sup>1688-1689</sup>; todavia, *se tais actos*

---

<sup>1686</sup> Atente-se, como ilustração, nas als. *e), f), g) e j)* do art. 406º.

<sup>1687</sup> Casos exemplares podem ser vistos nos tribunais estrangeiros. Um deles é tratado na decisão germânica do **BGH** de **21 de Março de 1988** (cit. a n. 1565): o sujeito (terceiro externo) tratou, negociou e celebrou contratos com clientes e credores e era, ao mesmo tempo, “a personalidade eminente e dominante na administração da sociedade”, que tomava as decisões empresariais significativas e perante os administradores formais se comportava “como patrão” (pág. 1790). O outro pode ser visto numa decisão em procedimento cautelar do **Tribunale Civile** de **Roma**, de **27 de Janeiro de 2006** (cit. a n. 1486): o gerente de direito único era um administrador “fantoche” e praticamente omissivo; um sujeito foi qualificado como administrador de facto por mor de decidir uma das principais componentes estratégicas da actividade empresarial da sociedade (escolha e venda das mercadorias) e, em execução, assinava cheques e representava a sociedade com os fornecedores; a actuação deste revelou independência em relação ao sócio maioritário, que, enquanto “*dominus*” principal e também administrador de facto, por sua vez, tomava as “escolhas estratégicas” atinentes à administração e, ademais, dava várias instruções e directivas aos trabalhadores.

<sup>1688</sup> A favor da qualidade de terceiros em relação à sociedade dos trabalhadores, JOACHIM MEYER-LANDRUT, *Aktiengesetz. Großkommentar* cit., sub § 84, pág. 631, *Anm. 10*, HANS-JOACHIM MERTENS, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz* cit., sub § 78, pág. 85, *Rdn. 3* (em matéria de representação), e, para a aplicação, em sede de responsabilidade, do nosso art. 79º, COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., págs. 83-84.

<sup>1689</sup> Se para isso tiver título – delegação de poderes no seio da administração com poderes de representação externa, procuração, mandato, contrato de trabalho (director geral, director sectorial, “gerente de comércio” em estabelecimento, etc.), contrato de prestação de serviços, contrato de agência com atribuição de poderes para celebração de contratos, etc. –, o valor jurídico desses actos tem que ser

não correspondem às políticas gerais de pagamento, de financiamento e de escolha das entidades bancárias, de selecção dos clientes e de provimento e gestão dos recursos humanos da sociedade, tais actos não chegam para atribuir a qualidade de administrador de facto, por não disporem de habilitação suficiente para ingressar no grupo dos factores primários. Ademais, mesmo que correspondam, se não é ele que determina (ou co-determina) e faz (ou dá para) executar essas políticas no círculo interno da sociedade, isoladamente ou em conjunto com os administradores de direito (ou outros administradores de facto), então não temos factualidade suficiente para alancorar esse sujeito ao patamar da administração de facto com significado normativo – encontramos-nos perante um sujeito que desempenha um papel subalterno, acometido de funções a que não se acoplam os poderes gerais sobre a gestão social<sup>1690</sup>.<sup>1691</sup>

Está visto que não devemos marginalizar a representação externa, antes a devemos tratar com a importância que ela tem no contexto da gestão social e sermos consequentes com essa importância, a fim de lhe darmos um enfoque diverso em face da gestão interna (análoga no desenvolvimento da “alta direcção”; em especial a “corrente”). Porém, esta posição não significa que lhe possamos atribuir um significado monopolista ou privilegiado em relação às condutas de gestão interna, por muito que a circunstância da externalização do poder seja um elemento probatório mais acessível para ajuizar da existência de um administrador de facto. Ou solicitar

---

discutido nessa sede e, em princípio, perde a sua valia como instrumento de identificação do sujeito como administrador de facto. Na verdade, os sujeitos que exercem funções de representação actuam ao abrigo da sua qualidade de administradores de direito delegados, procuradores, mandatários, trabalhadores, agentes; os poderes desses instrumentos de atribuição são auto-suficientes (arts. 252º, n.º 6, 391º, n.º 7, CSC; 231º e ss, 248º e ss, CCom.; 115º, n.º 3, CT; 2º, n.º 1, DL n.º 178/86, de 3 de Julho). O problema ressuscita, todavia, se, mesmo com esse título, o sujeito extravasa do âmbito de poderes outorgados societariamente e/ou negocialmente e se apropria de poderes de natureza administrativa sem ter legitimidade para tal e o faz com a independência intrínseca do administrador de direito no plano das relações externas (v. *infra*, ponto 14.).

<sup>1690</sup> Poderemos, no entanto, chegar a conclusão diferente, se a celebração de tais actos e negócios corresponder a um juízo positivo sobre a sua equiparação a administradores ou gerentes com poderes “delegados” em sentido orgânico.

<sup>1691</sup> V., em abono, JEAN-LOUIS RIVES-LANGE, pág. 43; GÉRARD NOTTÉ, *Les dirigeants de fait...* cit., pág. 156; YVES GUYON, “Sommaires de Jurisprudence. Sociétés en général. Dirigeant. Dirigeant de fait. Notion. Délégation de signature”, *loc. cit.*, págs. 392-393 (“Aquele que recebe uma delegação de assinatura [de cheques] (...) é mais frequentemente um executante que um decisor e não toma qualquer iniciativa em matéria de gestão. Nomeadamente o facto de assinar cheques (...) não é em si mesmo uma actividade de alta gestão”); JAMES O'DONOVAN, *Lender liability* cit., pág. 489 (o acto de subscrição de um cheque pode não ser reflexo de um exercício suficiente de controlo: “assinar um cheque é um acto mecânico que pode ser distinto da decisão de pagar uma dívida através de cheque); WOLFGANG ZÖLLNER/ULRICH NOACK, “Abschnitt Drei. Vertretung und Geschäftsführung”, *loc. cit.*, sub § 35, pág. 647, Rdn. 9, advogam que a possibilidade de acesso exclusivo à conta bancária não demonstra a posição de administrador de facto.



que as decisões de alto nível tomadas internamente só possam ser vistas como instrumento de legitimação do administrador de facto se este as executar (ou *também* executar) no plano das relações externas. Se assim fosse, teríamos que entender que estávamos perante um elemento imprescindível ou indispensável na espécie fáctica juridicamente relevante, que tornaria inviável a suficiência de uma actividade de gestão puramente interna. E, a meu ver, não estamos, tanto mais que não se vislumbra que haja finalidades especiais de protecção a aconselharem uma divisão entre a actuação e/ou influência que tem consequências nas relações exteriores e as que não têm e a desvalorizar aquelas que não chegam a ultrapassar a esfera interna da sociedade <sup>1692</sup>.

Para além disso, cabe ver igualmente que a restrição apoiada na *exteriorização* – e, note-se, de *restrição* se curaria – teria o efeito imediato de *limitar a espécie*, pois conduziria inevitavelmente à *exclusiva reconhecimento do administrador de facto directo e, além disso, notório*, tendo em conta que o *administrador indirecto, por definição, não se relaciona externamente* – o que não é de admitir <sup>1693</sup>. Por outro lado, a procura absoluta e exclusiva de funções de representação torna-se *quase sempre supérflua na identificação dos administradores de facto directos e dissimulados sob outra veste negocial*, uma vez que os actos de representação externa por eles praticados não se realizam no âmbito do exercício de poderes de administração mas sob outro título <sup>1694</sup> – o que também se revela francamente desencorajador.

---

<sup>1692</sup> Em sentido concordante (e contrário à corrente dominante na Alemanha), HOLGER FLEISCHER, “Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit...”, *loc. cit.*, pág. 525, com crítica à tese da “imagem de aparência integral” (interna e externa: *Gesamterscheinungsbild*) reflectida pela decisão de **25 de Fevereiro de 2002** do **BGH** (cit. a n. 1679); v. igualmente HANS-CRISTOPH GRIGOLEIT, pág. 117; antes, URSULA STEIN, “Die Normadressaten...”, *loc. cit.*, pág. 220, para a identificação do administrador de facto como sujeito destinatário do dever de requerer a insolvência de *GmbH*, não via que a actividade externa se apresentasse como critério adequado para justificar dessa “posição obrigacional”, que não deixava, na relação com a finalidade de protecção da norma, de se verificar em situações de comportamento ou influência internos. Mesmo que não primando pela clareza, v. igualmente NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., págs. 231-232. Em Espanha, mais transparente é JOSÉ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, “De la calificación del concurso”, *loc. cit.*, sub art. 172, pág. 2583, para quem a relevância da administração de facto é independente de que a sua actuação administrativa se manifeste ou não no tráfico com terceiros. Igualmente clara é ANA PERESTRELO OLIVEIRA, *Grupos de sociedades e deveres de lealdade...* cit., págs. 558-559, que dispensa inequivocamente esse “requisito adicional” na construção de um conceito de administrador de facto.

<sup>1693</sup> Também assim focando esta limitação, NICCOLÒ ABRIANI, *últ. ob. cit.*, n. (123) – pág. 232, HOLGER FLEISCHER, *últ. est. e loc. cits.* (para a responsabilização do *Hintermann*); HANS CRISTOPH GRIGOLEIT, pág. 117, nomeadamente para a responsabilidade por instruções do sócio; KARSTEN SCHMIDT, “Anhang § 64...”, *loc. cit.*, pág. 4215, *Rdn. 22* (destacando a impossibilidade na direcção da empresa através da *Strohmannsituation* e, também, do “*shadow director*” verdadeiro, isto é, sem “testa-de-ferro”).

<sup>1694</sup> COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., n. (193) – pág. 101.

Para além dessas primeiras objecções no elenco tipológico da administração de facto, essas asserções de *sobrevalorização exteriorizadora* parecem francamente excessivas e despropositadas no domínio da organização social. Na verdade, a actuação da sociedade para com o exterior dos seus próprios muros não deixa de ser uma faceta da gestão social <sup>1695</sup>, seja em termos de densificação manifesta da política estratégica da sociedade, seja na execução pura e simples dessa política na relação com terceiros. Nas palavras de ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “[u]m acto com relevo externo não deixa de ser também um acto de relevo interno, embora nem todo o acto com relevo interno se traduza num acto de relevo externo (ou seja, num acto que ponha em contacto com terceiros)” <sup>1696</sup>. E daí se retiram várias hipóteses.

As mais das vezes as actuações dos administradores são *unitárias*, ainda que se possam desdobrar formalmente na vertente interna de decisão ou adopção de uma deliberação do órgão e na vertente externa de execução ou conclusão dessa decisão ou deliberação na relação da sociedade com terceiros <sup>1697</sup>. E até não faltarão oportunidades em que ambas as vertentes se acabem por confundir – ou indissociar – numa só, particularmente quando o órgão de administração é unipessoal ou plural (e actuação conjunta integral). Mas, no plano de heterogeneidade das ocorrências viáveis, não deixa de ser possível gizar uma ruptura nessa unidade (ou potencial unidade) sempre que surjam actuações exclusivamente internas sem qualquer imperativo de actividade representativa externa para a produção de efeitos ou, no pólo inverso, actuações de ordem singelamente externa que executam o que foi deliberado – nos limites em que tal é admitido, nomeadamente na sociedade anónima

---

<sup>1695</sup> (Para a Alemanha) SYLVESTER WILHELMI, *sub* § 78, pág. 414, *Anm. 2*; (em Espanha) JOSÉ GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades*, Tomo Icit., págs. 301-302; (para a Itália) VINCENZO CALANDRA BUONAUURA, *Potere di gestione...* cit., pág. 107; (em França) MAURICE COZIAN/ALAIN VIANDIER/FLORENCE DEBOISSY, págs. 133-134.

<sup>1696</sup> *Os poderes de representação...* cit., pág. 26; v. também, do Autor coimbrão, “Artigo 192º”, *loc. cit.*, pág. 139, e RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas. Comentário...*, volume III cit., *sub art.* 259º, pág. 130.

<sup>1697</sup> Para essa distinção, v. por todos HERBERT WIEDEMANN, *Gesellschaftsrecht...* cit., pág. 525 (*Aufgabenstellung e Rechtsmacht*). Na nossa doutrina, sobre a dissociação entre “decisão” (corporizada numa “declaração negocial deliberativa de instrução ao nível da competência interna”) e “execução” (“ao nível da competência externa”) na distribuição de competências no seio do órgão de administração, v. PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de gestão...* cit., pág. 212, ss.

Claro que o quadro de actuação pode não ser exclusivamente próprio, uma vez que esse momento decisório pode residir numa deliberação dos sócios – *oficiosa* ou *autorizadora* (legal ou estatutariamente prevista) do acto da administração. É para estas situações que PAOLO SPADA, *La tipicità della società* cit., pág. 218, se referia, na “programação das operações sociais”, à articulação entre os momentos da deliberação e da administração, às quais correspondem as figuras organizativas assembleia e órgão administrativo unipessoal ou colegial, integrando-se neste a intervenção da “*amministrazione in decisione-dichiarazione*” (ou seja, o “conselho de administração-“representante”).

– pela assembleia dos sócios. Ou mesmo actuações externas que não têm de competir ou não competem em concreto aos membros do órgão de administração. Isto é: a) nem sempre se colocará em cima da mesa uma actuação externa; b) nem sempre se indissociará a actuação externa do acto interno de gestão; c) nem sempre a actuação externa será a execução de uma decisão do órgão de administração (o que nada muda ao critério reitor de atendibilidade do acto em si, pois interessa sempre que o conteúdo da deliberação dos sócios verse sobre matérias da “alta direcção”); d) nem sempre a actuação externa caberá aos gerentes ou administradores. Seja como for, se a actuação externa se individualizar da gestão interna, deverá ser vista como uma *faceta visível da administração gestionária daquela sociedade, mas não a única faceta atendível para a consideração jusnormativa do administrador de facto*.

Pouco importará, em suma, quais os meios jurídicos e as formas concretas de intervenção do sujeito no poder empresarial de gestão da empresa social ou da actividade económica realizada pela sociedade. Pouco importará que, destarte, essa intervenção seja *puramente* interna e não se manifeste perante terceiros em face da sociedade ou seja *singelamente* externa ou, por fim, ambas as intervenções se reúnam logicamente ou indissociem em concreto. A gestão fáctica compreende-se como uma *dominação real* sobre a gestão da sociedade e não como uma forma de apreensão (em particular, externa) de uma certa qualidade <sup>1698</sup>. O que é decisivo é que as manifestações internas e externas, todas elas ou cada uma delas na sua categoria, só se ponderam se demonstrarem *um nexo de pertença ao topo da hierarquia dos actos típicos e próprios de administração*.

#### **11.1.6. A particularidade do administrador de facto indirecto: a intensidade finalística**

No que respeita à administração de facto indirecta – como já indiciei –, mudam os termos mas mantém-se um mesmo *grau de exigência*. Em primeiro lugar, a *influência* própria de tal conduta terá que se projectar *primariamente* em actos de “alta direcção” dos administradores de direito e/ou dos administradores de facto directos <sup>1699</sup>. Em segundo lugar, estaremos perante directivas e instruções que,

---

<sup>1698</sup> Assim clarifica JEAN STOUFFLET, “Cour d’Appel de Nancy, 15 décembre 1977 – Observations”, *loc. cit.*, pág. 18912/6.

<sup>1699</sup> Em sentido equivalente: para o direito inglês, STEPHEN GRIFFIN, “Problems in the identification...”, *loc. cit.*, pág. 53, que foca a obediência em relação a “decisões cruciais” para a governação,

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”<sup>1700</sup> ou de uma “ideia de comando”<sup>1701</sup> do verdadeiro *Unternehmensleiter*<sup>1702</sup>, 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<sup>1703</sup>. 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*<sup>1704, 1705</sup>

Seja como for, a espécie de administrador de facto directo não se sobrepõe à de administrador de facto indirecto: os seus *papéis não se confundem*; são, em regra, *figuras alternativas*, distintas *conceptualmente* e, na maior parte dos casos, são *reciprocamente excludentes*<sup>1706, 1707</sup>

---

direcção e escopo da actuação interna, externa e financeira da sociedade; para o direito italiano, NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., pág. 237, que acentua a determinação das “manifestações de vontade estratégica”, a fim de revelar “uma efectiva comparticipação na formação da orientação gestória geral” no que tange às “decisões inerentes à alta administração da sociedade”; para o direito suíço, PETER FORSTMOSER, “Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht”, *loc. cit.*, págs. 146-147: influência sobre áreas reservadas ao conselho de administração, logo, uma influência típica de órgão sobre as decisões que fazem parte da sua competência (favorável: ALEXANDER VOGEL, pág. 305).

<sup>1700</sup> Sem clareza, uma vez que não distingue para este efeito administração fáctica directa e indirecta, v., porém, NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., pág. 69 – esta saliência acaba por ser uma contradição para quem, como sabemos, não considera o administrador indirecto como verdadeiro administrador de facto.

<sup>1701</sup> PHILIP COOK, pág. 132.

<sup>1702</sup> KARSTEN SCHMIDT, “Anhang § 64...”, *loc. cit.*, págs. 4214-4215, *Rdn.* 22. No mesmo sentido, por ex., DETLEF KLEINDIECK, “Haftung der Geschäftsführer. § 43”, *loc. cit.*, pág. 1001, *Rdn.* 2.

<sup>1703</sup> Exigir dimensão, duração e intensidade no exercício de influência por sócios e terceiros é comum no direito alemão: para amostra, v. UWE H. SCHNEIDER, “Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung”, *loc. cit.*, sub § 43, pág. 2228, *Rdn.* 22, WOLFGANG ZÖLLNER/ULRICH NOACK, “Abschnitt Drei. Vertretung und Geschäftsführung”, *loc. cit.*, sub § 43, págs. 880, 881, *Rdn.* 3, ULRICH HAAS/HILDEGARD ZIEMONS, pág. 489, *Rdn.* 30, KARSTEN SCHMIDT, *últ. est. e loc. cits.*, pág. 4215, *Rdn.* 22.

<sup>1704</sup> Logo, “não é usual que a directiva ou instrução seja ignorada”: STEPHEN GRIFFIN, “Problems in the identification...”, *loc. cit.*, pág. 53.

<sup>1705</sup> No estudo de ALEXANDER VOGEL, págs. 307-308, opta-se por relevar a administração de facto sempre que a influência é “concreta”, isto é, se verte na determinação de decisões e/ou execuções singulares dos administradores influenciados e inerente falta de liberdade destes para o efeito da gestão “operativa”; não será de atender à influência “abstracta” para a concretização na sociedade de metas fundamentais ou decisões estratégicas (como é habitual aparecer precipitado como condicionante de contratos de empréstimo).

<sup>1706</sup> Um ponto deveras sublinhado na jurisprudência inglesa – v., em esp., a precursora *Re Hydrodam (Corby) Ltd*, *BCLC* cit., págs. 182-183, e *Re Kaytech Internacional plc. Potier...*, *BCC* cit., págs. 391, 400 – e na doutrina – STEPHEN GIRVIN, pág. 421 (“A decisão [no caso *Hydrodam*] deve também ser acolhida pela

Não se obnubile, porém, que, em algumas circunstâncias, a ambivalência das categorias de administrador de facto directo e administrador de facto indirecto – espelhada, segundo STEPHEN GRIFFIN, na capacidade *comum* para exercer *influência real* na gestão dos negócios da sociedade<sup>1708</sup> – poderia conduzir à irrelevância da distinção entre os dois tipos de administração. Anote-se os casos em que o administrador, que esteve “na sombra” – ou está ainda em alguns momentos –, sai da “sombra” para assumir e resolver os assuntos sociais, logo, identificando-se a si próprio como *activo* na conduta das matérias internas da sociedade e assimilando uma posição de carácter semelhante ou idêntico à que corresponde a de um *normal* administrador *de iure*. Ou o contrário. Ou ainda se as actuações realizadas se enquadram em ambas as categorias, irmanadas num padrão de conduta *informal e oficioso*.<sup>1709</sup>

Por outro lado, e independentemente da afirmação da autonomia e exclusão recíproca, potencial, das categorias, o certo é que as marcas de contraste do

---

clareza que oferece sobre as diferenças legais entre administradores de facto e administradores *de jure* e como estes se diferenciam dos *shadow directors*”); GEOFFREY WALTERS, págs. 18-19; GEOFFREY MORSE/STEPHEN GIRVIN, *Charlesworth company law*, pág. 267; JANET DINE, *Company law* cit., págs. 155-156; JAMES O'DONOVAN, *Lender liability* cit., pág. 492, ROY GOODE, *Principles of corporate insolvency law* cit., pág. 514; e, para o direito australiano, H. A. J. FORD/R. P. AUSTIN, pág. 305.

<sup>1707</sup> Mas não é de sustentar, como defende STEPHEN GRIFFIN, *últ. est. e loc. cits.*, págs. 53, 55, que o *shadow director* tenha que ser identificado apenas no círculo de pessoas que exerçam influência fora das estruturas internas de gestão da empresa social.

<sup>1708</sup> “Problems in the identification...”, *loc. cit.*, pág. 54.

<sup>1709</sup> JAMES O'DONOVAN, *últ. ob. e loc. cits.*, ROY GOODE, *últ. ob. cit.*, pág. 514 (a exclusão mútua das duas espécies não corresponde a um princípio de aplicação universal); e o **Court of Appeal** no caso *Tasbian Ltd No. 3* (BCC 1992 cit., pág. 364): bastava concluir que a factualidade do caso era suficiente para estabelecer que o sujeito tanto agira como *de facto director* ou como *shadow director*; em Hong Kong, a decisão do caso *Wheelock Marden*, de 1994, alinhou por esta posição e considerou não ser prudente declarar que pudessem ser sempre mutuamente excludentes (doutrina *Hydrodam*): v. CAROLINE HAGUE, “Directors: De Jure, De facto, or Shadow?”, *HKLJ*, 1998, págs. 309-310.

Na verdade, regressando ao espaço inglês, JOHN DONALDSON [*et all.*], pág. 6, frisa que, perante um determinado conjunto de factos, as alegações alternativas de *de facto* e *shadow directorship* podem ser mantidas; de todo o modo, a distinção só é “material” se a responsabilidade estiver ligada a uma situação de *de facto director* e não à qualidade de *shadow director* e vice-versa. Por sua vez, GEOFFREY MORSE/STEPHEN GIRVIN, *Charlesworth company law*, pág. 267, avançam que, ainda assim, em ambas as espécies se exerce uma “influência” na governação da sociedade – um entendimento que ficou claramente apontado pelo **Court of Appeal** no caso *Kaytech-Potier-Solly* (BCC cit., págs. 391, 402): “por vezes essa influência pode ser ocultada e outras vezes pode ser notória. Noutros casos pode ser uma mistura das duas...”; seguido na **Chancery Division** em *Secretary of State for Trade and Industry v Becker and another* (BCLC cit., págs. 564-565). Assim sendo, a doutrina inglesa chega a sustentar a recompreensão dos conceitos de *de facto director* e *shadow director* numa única previsão, que reunisse no conceito de *ordinary director* as características comuns a todas as modalidades de administrador [«An ordinary director is any person, by whatever name called, who performs managerial functions as part of the governing structure of a company and/or issues directions or instructions which are acted upon, from time to time, by the company's board of directors»]: STEPHEN GRIFFIN, *últ. est. e loc. cits.*, pág. 56.

administrador de facto indirecto podem adquirir mais ou menos extensão em conformidade com *o alcance da sua conduta*. Quanto maior for esse alcance, ou seja, quanto *mais avassaladora e dominante for a influência sobre administração condicionada ou influenciada*, maior é a igualação com o administrador que não está na sombra – isto é, maior é a partilha com as características imputadas à etiqueta de administrador de facto *directo* <sup>1710</sup>.

Por todas estas razões, parece que a habilitação para diferenciar as actividades em causa como imputáveis à administração de facto directa ou à administração de facto indirecta deve sempre ser claramente empreendida, uma vez que a *natureza e o grau de envolvimento e domínio na e sobre a política de gestão* pode ter consequências aquando da aplicação do regime da administração <sup>1711</sup>: *v. g.*, para determinar se certo negócio vincula ou não a sociedade; para determinar o grau de culpa na actuação lesiva em razão do nível e do grau de envolvimento e influência na gestão da sociedade (nomeadamente na relação entre administrador de facto indirecto e administrador de direito ou administrador de facto directo meramente executor das instruções e directivas recebidas); para aferir a qualificação da insolvência como culposa através da graduação de um comportamento doloso ou gravemente negligente (arts. 185º, n.º 1, e 186º do CIRE), em detrimento do escalonamento de uma culpa meramente leve, e, assim, para o juiz fixar em sentença o «grau de culpa» do sujeito afectado pela insolvência culposa relevante para os respectivos efeitos sancionatórios do CIRE (art. 189º, n.º 2, al. a), *in fine*, CIRE).

### **11.2. Actuação exercida com autonomia**

A segunda exigência conformadora da figura decorre ainda do requisito funcional de base: uma actividade, para ser qualificada como administração de facto relevante, supõe *exercício da administração gestionária com a autonomia decisória que é própria dos administradores de direito*, directa ou indirectamente exercida. Ou seja, o administrador de facto terá que dispor de um poder soberano (descontadas as possibilidades legais e estatutárias de intervenção dos sócios ou as faculdades contratuais de ingerência de um outro terceiro em relação à administração), ilimitado

---

<sup>1710</sup> Neste sentido, no âmbito dos efeitos da decisão no caso Deverell (que deixara cair uma “influência dominante e controladora” do *shadow director* sobre os negócios sociais), STEPHEN GRIFFIN, *últ. est. e loc. cits.*, págs. 54-55.

<sup>1711</sup> STEPHEN GRIFFIN, *últ. est. e loc. cits.*, págs. 56-57, 57-58 (inclusivamente na construção de um conceito de “*dominant director*”, submetido a um maior grau de responsabilidade).

e pleno no que tange à decisão e à actuação, de tal forma que baliza o destino comercial e financeiro da empresa-sociedade, impõe as suas resoluções, concretiza-as e/ou influi de forma completa ou decisiva na gestão – logo, *actua com o mesmo poder que é atribuído ao administrador de direito*. O que se manifesta, nos limites da competência privativa (a começar pelas faculdades legais inderrogáveis) do órgão de administração, em *soberania na capacidade de decisão, em discricionariedade de poderes no “quadro” programado pelo objecto social, em iniciativa própria* para dar corpo à sua actividade e ao exercício das funções (desde logo, as de “alta direcção” nas “políticas empresariais gerais”) e em *independência da vontade, dos interesses e das ordens de quaisquer terceiros-entidades* <sup>1712</sup>: impor as suas decisões e/ou representar (quando é directo) ou influenciar-induzir de forma determinante (mesmo vinculativa) a gestão (quando é indirecto). <sup>1713</sup>

---

<sup>1712</sup> V. JEAN NICOLAS DRUEY, pág. 79, PETER FORSTMOSER, “Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht”, *loc. cit.*, pág. 128 (ambos para a Suíça); HANS-JOACHIM MERTENS, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz* cit., sub § 76, pág. 38, Rdn. 45; FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, pág. 177; ALESSANDRA ROSSI VANNINI, “Una svolta...”, *loc. cit.*, pág. 211, HOLGER FLEISCHER, “Zur Leitungsaufgabe des Vorstands im Aktienrecht”, *loc. cit.*, págs. 10-11; ALONSO UREBA, “Presupuestos de la responsabilidad social...”, *loc. cit.*, pág. 663, FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores...* cit., págs. 42 e ss; FRANCESCO GALGANO, *Diritto civile e commerciale*, vol. III cit., pág. 198 (“Entre assembleia e administradores estabelece-se (...) uma verdadeira e própria divisão de poderes, análoga àquela existente, na estrutura do Estado, entre parlamento e governo: uma vez nomeados, e até que sejam substituídos, os administradores exercem com plena autonomia as suas funções de gestores da empresa social; do mesmo modo que o governo, uma vez recebida a confiança do parlamento e até que seja removida determina com plena autonomia a política nacional”), LOREDANA NAZZICONE/SALVATORE PROVIDENTI, sub art. 2380bis c.c., pág. 14. Nos Autores nacionais: FERRER CORREIA, *Lições de direito comercial*, vol. II cit., pág. 327, ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, págs. 277, 292, 294, COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., pág. 76, ID., *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., pág. 98.

<sup>1713</sup> Trata-se de um requisito (e suas explicitações) comumente exigido em paralelo à actuação positiva e efectiva do administrador de facto, nomeadamente em França e Espanha: v., para além da doutrina (e jurisprudência) aludidas *supra*, a n. 1426, JEAN-LOUIS RIVES-LANGE, págs. 42, 44 (a “soberania” é o “critério da direcção”), JEAN STOUFFLET, “Cour d’Appel de Nancy, 15 décembre 1977 – Observations”, *loc. cit.*, pág. 18912/6; GÉRARD NOTTÉ, *Les dirigeants de fait...* cit., págs. 107, 142; JEAN-MARIE MACQUERON, págs. 165-166; LAURENT LEVENEUR, pág. 57; CLAUDE CHAMPAUD/DIDIER DANET, “Sociétés et autres groupements. Dirigeant de fait. Contrat de travail...”, *loc. cit.*, pág. 280, ID., “Sociétés et autres groupements. Dirigeant de fait – Com. 5 nov. 1991”, *loc. cit.*, págs. 819-820; DANIEL TRICOT, pág. 24; NATHALIE DEDESSUS-LE-MOUSTIER, pág. 504; JEAN-JACQUES DAIGRE, “Faillite personnelle...”, *loc. cit.*, pág. 763; YVES GUYON, *Droit des affaires*, Tome 2 cit., pág. 435; JOSÉ LUIZ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., pág. 42; MICHELE MOZARELLI, págs. 576, 579; NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., págs. 71-72, ID., “Administrador de hecho y apoderado general...”, *loc. cit.*, pág. 2387; FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, “Ámbito subjectivo de la responsabilidad”, *loc. cit.*, pág. 62; LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, “La responsabilidad concursal...”, *loc. cit.*, pág. 710, ID., *Derecho de sociedades*, volumen I cit., pág. 693; NURIA FERNÁNDEZ PÉREZ, pág. 105; MIRIAM LOZANO SAIGÍ, pág. 1060; MARIE-JEANNE CAMPANA, pág. 40; MÓNICA FUENTES NAHARRO, págs. 264-265; DOMINIQUE VIDAL, pág. 217; ALONSO UREBA/JUANA PULGAR EZQUERRA, págs. 27-28; FILADELFO TRIBULATO, pág. 478; MÓNICA FUENTES NAHARRO, págs. 264 e ss; CRISTOPHE DELATTRE, “Preuve non rapportée de la qualité de dirigeant de fait d’un directeur salarié. Note – Cass. com., 27 mars 2007”, *JCP*, Entreprise et affaires, 2007, pág. 20; ALBERTO REDEGHIERI BARONI, pág. 1526; MANUEL DÍAZ MARTÍNEZ, pág. 1021; ELISA LUCAS MARTÍN, pág. 263;

Não chega colocar em acção de uma forma subordinada a política empresarial, comercial e financeira da sociedade gizada pela administração de direito, sem que se tenha estado em condições de decidir ou mesmo decidido essa mesma política – por natureza (e por princípio, ainda que com as excepções ditadas pelo poder dos sócios) o titular da posição orgânica de administrador não é simples “executor”<sup>1714</sup>.

Nem chega – recupero novamente o problema – a alegação de uma autonomia *aparente* junto dos terceiros que contactam e se relacionam juridicamente com a sociedade, pois esse anúncio, mais ou menos ostensivo, de independência e a eventual confiança dos terceiros na sua existência não precludem o exame sobre a efectiva acção autónoma do sujeito como se fosse (verdadeiramente o) administrador.

Deste requisito pode extrair-se uma leitura adicional, sempre que o administrador de facto não esteja sozinho na gestão social (por falta de administradores de direito). Como vimos, não é preciso que se verifique uma substituição integral da acção e vontade dos administradores de direito, nomeadamente afastando-os de qualquer função gestória (o que pode acontecer muitas vezes). Reitero que bastará uma comparticipação na administração da sociedade com os titulares formais (e, no caso da anónima, com os administradores “encarregados”, “delegados” ou com os membros da comissão executiva, ou, no caso

---

ALAIN LIENHARD, *Procédures collectives* cit., pág. 472. Na Alemanha, ABBO JUNKER, págs. 342, 343. Para a Suíça, v. a exclusão de uma “posição subordinada” (*untergeordnete Position*) na hierarquia, mesmo que seja elevada a influência exercida e a decisão tenha um significado extenso, exposta por PETER FORSTMOSER, “Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht”, *loc. cit.*, pág. 144, ID., *Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit...* cit., pág. 210; exigindo a “independência”: ANDREAS VON PLANTA, pág. 82. Em sentido próximo, NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., págs. 232 e ss (com assento na relação entre administração de facto e administração de direito), e 83 (quanto à “supra-ordenação” do (pseudo) trabalhador subordinado em relação aos administradores de direito), e, para a responsabilidade criminal, ALESSANDRA ROSSI VANINI, pág. 319.

Por cá: COUTINHO DE ABREU/ELISABETE RAMOS, págs. 41, 42, 43 (“*de modo autónomo* (não subordinadamente)”), RICARDO COSTA, “Responsabilidade civil societária...”, *loc. cit.*, n. (5) – pág. 31, FILIPA TOMAZ, págs. 138, 145, COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., págs. 100, 101, TÂNIA MEIRELES DA CUNHA, *Responsabilidade tributária...* cit., pág. 144, JOÃO SANTOS CABRAL, pág. 281, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores...* cit., pág. 467, VÂNIA MAGALHÃES, pág. 382, ANA PERESTRELO OLIVEIRA, *Grupos de sociedades e deveres de lealdade...* cit., pág. 560.

<sup>1714</sup> COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., pág. 76.

Não obstante, houve quem identificasse uma posição de subordinação jurídica do administrador em relação à sociedade sempre que no “contrato de administração” se organize a execução do “trabalho” do administrador (“se ao administrador é fixado o tempo de trabalho a prestar, se lhe são fixadas especialmente certas tarefas, se se dispõe quanto ao modo de exercer a sua actividade”): ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, págs. 290 e ss, em esp. 294-295. Para o Autor nacional, se assim for, tal subordinação “emerge de um título pré-organizado pelo direito (o contrato de administração)” (e, se assim não fosse, ou seja, se fosse ao próprio administrador que coubesse organizar essa execução e, ademais, não fosse remunerado, estaríamos perante um contrato de prestação de serviço).



da sociedade por quotas, com os “gerentes-delegados”, desde que, naturalmente, a conduta sempre se integre na órbita dos ditames da “alta direcção”). Por isso, a independência do administrador de facto pode ainda ser traduzida numa actuação colegial, no seio de uma equipa onde se cruzem administradores de direito e administradores de facto (e até com repartição interna-delegação de tarefas <sup>1715</sup>). O que interessa é que a actuação do administrador de facto, uma vez realizada em *regime de partilha*, deverá estar sempre ou em plano de *supra-ordenação* (com perda de autonomia e/ou abdicação dos administradores de direito) ou em plano de *paridade e/ou comunhão e nunca em patamar de subordinação (ou controlo de tipo hierárquico)* na ligação com os administradores oficiais (ou, eventualmente, com outro ou outros administradores de facto). <sup>1716</sup> De tal sorte que em nenhuma

---

<sup>1715</sup> Favorável: MARC DINKHOFF, págs. 31, 33.

<sup>1716</sup> Nestes sentidos, v. JEAN STOUFFLET, “Cour d’Appel de Nancy, 15 décembre 1977 – *Observations*”, *loc. cit.*, pág. 18912/6, DANIEL TRICOT, pág. 27, NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* *cit.*, págs. 232-233, 289-290, NATHALIE DEDESSUS-LE-MOUSTIER, pág. 504, FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, págs. 169 (e n. 116)), 176, PAOLO CECCHI, págs. 696-697, MICHELE MOZARELLI, pág. 579, ELISABETTA VALERIO, pág. 1054; GIUSEPPE GUIZZI, “Problemi in tema di gestione...”, *loc. cit.*, pág. 24, MÓNICA FUENTES NAHARRO, pág. 265, FILADELFO TRIBULATO, pág. 478 e n. (34) – pág. 482.

Na Alemanha, porém, uma parte relevante da doutrina não se conformou em admitir a administração de facto quando se revela essa paridade, uma vez influenciada pelos arestos criminais do BGH sobre a cumulação de administradores de facto e de direito (*faktische Mitgeschäftsführung*). Para isso, seguiu-se o critério da “posição de supremacia” (*übertagende Stellung*) ou, pelo menos, de “preponderância” (*Übergewicht*) dos administradores de facto sobre a acção dos administradores de direito (v. HANS FUHRMANN, págs. 141-142, 154). Destarte, ALFRED DIERLAMM, págs. 155, 156, baseia-se na demanda de uma “intensidade qualificada” – domínio e determinação das decisões empresariais significativas – na comparação com o administrador regular, que, na vertente de cooperação com os que decidem sem estarem regulares, se apresenta apenas com uma posição subordinada (ainda que activa).

Por seu turno, a doutrina especializada já tinha ido bem mais longe, ao ponderar que aquele que dirige efectivamente a sociedade (*GmbH*, em particular) elimine ou exclua em absoluto o administrador de direito – como portador de funções, deveres e da eventual responsabilidade –, ou lhe retire a capacidade de assumir as suas tarefas próprias (como no caso da subjugação dos “testas-de-ferro” pelo *Hintermann* ou das instruções ilegais dadas por sócios maioritários e sociedades dominantes), de tal forma que esses eram os quadros factuais que permitiria accionar uma responsabilidade por “afastamento do órgão” (*Organverdrängung*), em razão de a sociedade, os sócios e os terceiros ficarem sem a protecção *primária* decorrente do incumprimento dos deveres de administração e a protecção *secundária* do acesso à responsabilidade do órgão; em termos simples, por não haver ninguém para responsabilizar (*Haftungsdefizit*) ou, por outras palavras, não ser suficiente a responsabilidade do órgão para indemnizar o dano por ausência de um “responsável próprio” (*eigenverantwortlicher*). Só de acordo com este princípio de extensão da responsabilidade (*Organverdrängung*) – “é responsável como órgão quem afasta o órgão” (*als Organ haftet wer das Organ verdrängt*) – seria razoável acorrer às “lacunas da responsabilidade” – aquelas em que as regulações delituais comuns, assim como as societárias (como as dos “grupos de facto” e a do § 117 da AktGesetz), não chegassem –, sem que ocorresse uma extensão exagerada da medida de diligência e da responsabilidade orgânicas a terceiros. Falo de URSULA STEIN, *Das faktische Organ* *cit.*, págs. 149 e ss, em esp. 151-152, 183 e ss, em esp. 184-185 e n. (128), *in fine*, 188 (para o accionista maioritário com intervenções ilegais), 190-191 (para o quotista com intervenções ilegais), e pág. 200 (para resumo), Autora para quem só nesses contextos se desenvolve uma *razão especial* de responsabilidade (em vez de uma responsabilidade *meramente ampliada*). Para a transposição da “eliminação” (*Ausschaltung*) dos

circunstância se demita o nosso sujeito de um *quid* inexorável de autonomia decisória.

administradores de direito como justificação (e, logo, requisito) para estender ao administrador de facto (enquanto *Nichtgeschäftsführer*) o dever de requerer em tempo a insolvência da sociedade e a consequente responsabilidade nesse caso o vazio na protecção almejada pela norma que consigna tal dever (por inacção, mesmo que forçada, dos garantos desse cumprimento), v. a mesma URSULA STEIN, “Die Normadressaten...”, *loc. cit.*, págs. 234, 235, 236, 237. Nesta linha, v. HANS-JOACHIM MERTENS, em *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz cit.*, sub § 93, pág. 291, *Rdn.* 12 (considerando essencialmente o accionista maioritário que intervém sem deixar à administração a possibilidade de gerir com responsabilidade própria), e, mais claramente na adopção do pensamento de Stein, “Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung”, *loc. cit.*, sub § 43, pág. 253, *Rdn.* 7; FRIEDRICH ROBRECHT, pág. 763; FRIEDRICH KÜBLER/HANS-DIETER ASSMANN, pág. 211; WOLFGANG ZÖLLNER/ULRICH NOACK, “Abschnitt Drei. Vertretung und Geschäftsführung”, *loc. cit.*, sub § 43, pág. 881, *Rdn.* 3; ULRICH HAAS/HILDEGARD ZIEMONS, pág. 489, *Rdn.* 30. Numa posição intermédia, v. ainda GÜNTER ROTH, págs. 424-425, Autor que defende, para essa responsabilidade por não requerimento ou requerimento tardio da insolvência, que, em primeira linha, faz sentido imputar as consequências a um administrador de facto quando apenas na sua pessoa se verifiquem as características subjectivas do ilícito por afastamento dos administradores de direito, mas admite que, no intuito de obter devedores solidários e maximizar a função compensatória da responsabilidade, se alargue o círculo de pessoas a todos os que actuam como administrador.

Contra essa proposta e esse critério de distinção para encontrar os responsáveis pela violação dos deveres de comportamento exigidos aos administradores, v. KLAUS HOPT, *Großkommentar Aktiengesetz*, §§ 92-94 *cit.*, sub § 93, pág. 75, *Rdn.* 49, pág. 76, *Rdn.* 75; HANS CRISTOPH GRIGOLEIT, pág. 116, HANS-CRISTOPH VOIGT, pág. 205 (sob pena de se desrespeitar, no que às normas sobre responsabilidade diz respeito, a simultaneidade de protecção “primária” dos deveres acometidos aos administradores nomeados e a protecção “secundária” da assunção numa proporção relevante de funções orgânicas). E a jurisprudência comercial parece ter-se fixado em não demandar o afastamento completo do administrador regular, ainda que haja uma “posição dominante” (“*beherrschende Stellung*”) a influenciar as decisões ou um “controlo interno” da sociedade – como exemplos, os arestos devidos ao BGH, de **21 de Março de 1988** (cit. a n. 1565, e considerado como ponto de viragem: por todos, KARSTEN SCHMIDT, “Konkursverschleppungshaftung und Konkursverursachungshaftung...”, *loc. cit.*, pág. 1501; o aresto dizia respeito à extensão do dever de requerimento atempado da insolvência e consequente responsabilidade) e de **25 de Fevereiro de 2002** (cit. a n. 347: é suficiente tomar “em larga escala o destino da sociedade nas suas mãos”), e OLG de **Naumburg**, de **15 de Março de 2000** (in *GmbHR*, 2000, pág. 558, ss). No sentido da admissão da partilha de tarefas, v. KARSTEN SCHMIDT, “Die Strafbarkeit ‘faktischer Geschäftsführer’...”, *loc. cit.*, pág. 428 – “Até se pode dizer que uma administração com tarefas divididas é um muito melhor indício de uma posição fáctica de administração de administrador de facto do que é a “preponderância” apresentada pelo *Bundesgerichtshof*...”, desde logo porque esse sobrepeso até é mais natural que aconteça sobre aqueles que não exercem tarefas de gestão e se vêem, na cooperação com os administradores de direito, a submeter-se às suas instruções (como será o caso dos sócios maioritários ou dos órgãos das sociedades-mãe) –, ID., “Anhang § 64...”, *loc. cit.*, pág. 4215, *Rdn.* 22; MARC DINKHOFF, págs. 27-28, 93-94, 110, 112-113; MARKUS GEISLER, pág. 1111, ainda que a co-actuação tenha que ser realizada numa “extensão significativa” (e, em especial, desvaloriza o domínio no seio do “grémio directivo” para os administradores invalidamente nomeados); HOLGER FLEISCHER, “Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit...”, *loc. cit.*, pág. 525 (ainda que reconheça que a partir de certo patamar de actuação e/ou influência dos administradores de facto acaba por ser irrelevante a presença e acção dos administradores regularmente nomeados, pois sobreleva a situação de ameaça ou de perigo específica do órgão); HOLGER ALTMETZEN/GÜNTER H. ROTH, sub § 43, pág. 776, *Rdn.* 95.

Com dúvidas na doutrina alemã, porém, sobre a punição criminal do administrador de facto que actua ao lado de um administrador nomeado regularmente, sempre que este exerce a maior parte da gestão, DIETRICH KRAZSTCH, pág. 528. Em Itália, também em sede de extensão da responsabilidade penal, discutida para o sócio (maioritário ou controlador) como administrador de facto, encontra-se doutrina que só a admite para o sócio que se tenha de facto ocupado da gestão dos negócios sociais “*substituindo-se* em tudo e por tudo ao administrador formalmente nomeado” (e assim chamado a responder por quanto efectivamente realizou ou contribuiu para realizar), ao invés do que se passaria para o sócio que se limita simplesmente a “*colocar-se ao lado do mesmo administrador*”: ALBERTO CRESPI, pág. 610.

A existência de um vínculo de *subordinação* é, pois, em regra, um obstáculo inultrapassável para a qualificação de um administrador de facto – entre esse vínculo e essa qualidade há uma verdadeira *incompatibilidade*. Só assim não se exige nas hipóteses já aventadas em que a situação concreta faça equiparar os administradores de facto aos administradores “encarregados” (art. 407º, n.ºs 1 e 2) ou aos administradores ou gerentes “delegados” ou membros de comissão executiva (arts. 407º, n.º 3 e ss, 261º, n.º 2). Nessas hipóteses, em que – recorde-se – se dispensam os indícios-factores primários residentes na capacidade decisória de “alta direcção”, os administradores e gerentes não delegados estão naturalmente numa posição de *supremacia* ou *preponderância* sobre os administradores delegados<sup>1717</sup>; logo, mesmo que actuem com independência de decisão e liberdade no agir<sup>1718</sup>, a autonomia do sujeito a qualificar, na relação com os administradores não delegados, verdadeiramente não existe, por ser precária e volátil<sup>1719</sup>; essa falta de autonomia não prejudica, excepcionalmente, a atribuição da qualidade de *administradores delegados de facto*, seja directos ou, no caso de influenciarem os “delegados de direito”, indirectos.<sup>1720</sup>

---

<sup>1717</sup> Cfr. *supra*, ponto 11.1.4.

<sup>1718</sup> Inerente à natureza da própria delegação, que pressupõe a atribuição de competências e a verificação dos resultados conseguidos no decurso da actividade delegada: v., por ex., as considerações de GIANCARLO FRÉ/GIUSEPPE SBISÀ, *sub art.* 2381, págs. 767-768.

<sup>1719</sup> Pelo menos em teoria assim é. Na prática, os administradores delegados, especialmente quando dão corpo ao (sub)órgão comissão executiva, são muitas vezes os elementos com mais qualificação no seio do sócio ou grupos de sócios que controlam a sociedade; assim, essa supremacia (ou subalternização) dos administradores delegados acaba por não acontecer – por todos, v. FRANCO BONELLI, *Gli amministratori...* cit. 2004, pág. 43, GASTONE COTTINO, *Diritto societario* cit., pág. 396.

<sup>1720</sup> Não se confunde com a “administração delegada de facto” a (por alguns) denominada “delegação de facto ou atípica” (ou ainda “interna” ou “não autorizada”), ou seja, aquela que o conselho de administração utiliza para, com o fim de, no seu interior, melhorar a organização do trabalho, distribuir tarefas ou funções específicas pelos administradores, sem que isso encontre fundamento nos estatutos ou numa deliberação expressa e formal de delegação por parte do órgão (ou, em Itália, dos próprios sócios) – v. VINCENZO ALLEGRI, *Contributo allo studio...* cit., págs. 225 e ss (que a diferencia de uma delegação típica “implícita”, que aconteceria quando a nomeação de um administrador fosse precedida da discussão sobre as suas particulares competências em determinados sectores técnicos e, depois, ficasse encarregado de tais sectores na distribuição de funções; entre nós, a hipótese é mais compatível com a gerência delegada do art. 261º, n.º 2, e com a delegação “restrita” do art. 407º, n.ºs 1 e 2); PIETRO ABBADESSA, *La gestione...* cit., págs. 105 e ss; ALESSANDRO BORGIOLO, “Attribuizioni in materia di gestione e responsabilità degli amministratori”, *Giur. comm.*, 1977, II, págs. 727, 731 e ss, ID., *L'amministrazione delegata* cit., págs. 141-142; ORESTE CAGNASSO, *L'amministrazione collegiale e la delega*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, volume 4, *Amministratori. Direttore generale*, 1991, págs. 290-291; GIUSEPPE FERRI Jr., “Le deleghe interne”, *Amministrazione e amministratori di società per azioni*, a cura di B. Libonati, 1995, pág. 167 e ss (com outras referências bibliográficas); MASSIMO FRANZONI, *Della società per azioni*, Tomo III, *Dell'amministrazione e del controllo...* cit., *sub art.* 2381, págs. 87 e ss; LOREDANA NAZZICONE/SALVATORE PROVIDENTI, *sub art.* 2381 c.c., págs. 46-47, *sub art.* 2392 c.c., págs. 279-280; em Espanha, v. JESÚS QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil...* cit., págs. 323 e ss.

Fora das espécies de delegação orgânica previstas no CSC – como técnica essencial de *distribuição racional e concentração do exercício do poder administrativo entre órgãos e sujeitos de qualidade administrativa* <sup>1721</sup> –, é ainda *compatível* o exercício de funções e tarefas administrativas – refiro-me em particular à gestão corrente ordinária e à representação externa – por intermédio de posições funcionais atribuídas a dependentes internos e subordinados (como trabalhadores assalariados e, ainda na terminologia do velho CCom, “gerentes de comércio”, “auxiliares” e “caixeiros” da sociedade <sup>1722</sup>) ou terceiros com poderes representativos (como

---

Por cá, o fenómeno foi expressamente recolhido por ELISABETE RAMOS, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., n. (111) – pág. 60, e indirectamente reconhecido por BRITO CORREIA, *Os administradores de sociedades anónimas* cit., págs. 288-289: “qualquer repartição de poderes entre administradores, como uma distribuição de pelouros, só tem relevo jurídico se se traduzir, não apenas numa divisão de tarefas materiais preparatórias de deliberação do conselho, mas sim de uma repartição *acompanhada de delegação de poderes* para praticar certos actos de gestão ou de representação da sociedade” (destaquei). Com efeito, essa “delegação de facto”, assente na distribuição informal de funções – ou mesmo a delegação tácita, se houver circunstâncias que a possam fazer surgir e admitir –, surge *imputada a administradores de direito*.

<sup>1721</sup> ORESTE CAGNASSO, *Gli organi delegati...* cit., págs. 30-31, JESÚS QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil...* cit., págs. 281, 328, ELISABETE RAMOS, *últ. ob. cit.*, págs. 57-58.

<sup>1722</sup> Segundo uma parte da doutrina, estas últimas figuras (v. arts. 248º, 249º, 256º e 259º do CCom.) correspondem a modalidades (ou subespécies) de mandatários comerciais (cfr. art. 231º CCom.), de acordo com a própria sistematização do Título V do CCom.: ALMEIDA LANGHANS, pág. 136 (“mandatários nos termos da lei comercial e da lei civil”); FERRER CORREIA, *Lições de direito comercial*, vol. I, 1973, págs. 142-143; BRITO CORREIA, *Direito comercial*, 1.º volume, 1982, págs. 272-273; PUPO CORREIA, *Direito comercial* cit., pág. 107; MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito comercial* cit., págs. 246-247 (“pessoas semelhantes a comerciantes”, “autónomas, no sentido de não se encontrarem ao serviço de outra entidade, por via de um contrato de trabalho”), 248-249, 580 e ss (mas, em face das indicações dos arts. 260º, 264º e 265º, reconhecendo que só em concreto se poderá indagar se o “caixeiro” está ligado por uma “subordinação tipicamente laboral”); ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos contratos comerciais* cit., pág. 366; PAULO OLAVO CUNHA, *Lições de direito comercial*, 2010, págs. 196-197 (mas admitindo que os “auxiliares” – ou “balconistas” – “hoje prestam a sua colaboração frequentemente ao abrigo de um vínculo de subordinação expresso num contrato de *trabalho*”); para o “gerente de comércio”, na jurisprudência do **STJ**, v. o Ac. de **4 de Maio de 2010** (cit. a n. 774, ponto II do Sumário e pág. 62) – “um mandatário, porquanto age em nome e no interesse do proponente, é um representante directo deste, mas não autónomo, um mandatário com representação, imputando-se naquele os efeitos dos actos que este pratique”.

De acordo com outra concepção (reflectida tendencialmente no texto), são vistas, em geral (sem colocar em causa solução diferente no caso concreto, uma vez analisada a relação estabelecida entre o sujeito e a entidade em nome da qual actua, no sentido de verificar, especialmente, os indicadores da subordinação jurídica laboral), como trabalhadores subordinados (v., em abono, os arts. 257º e 263º-265º do CCom.), com poderes de representação, ou, pelo menos, como sujeitos com disciplina afastada do mandato (e, nomeadamente, integrada, ou conjugada, pela prestação de serviços) – GOMES DA SILVA, “O «representante comercial» e sua remuneração – Proposta e aceitação da venda”, *SI* n.º 5, 1952-1953, pág. 358; PESSOA JORGE, *O mandato sem representação*, 1961 (reimp. 2001), n. (59) – pág. 130 (chamando a atenção para o art. 262º, que se refere a um “contrato de prestação de serviços”), n. (4) – págs. 229-230 (revelando a influência de Cunha Gonçalves); JANUÁRIO COSTA GOMES, “Contrato de mandato mercantil – Questões de tipologia e regime”, *Operações comerciais*, 1988, págs. 505 e ss, em esp. 511 (com defesa da revogação dos preceitos do capítulo II do «mandato» que contendam com as relações de trabalho, como os arts. 263º-265º do CCom.); MARIA HELENA BRITO, *O contrato de concessão comercial. Descrição, qualificação e regime jurídico de um contrato socialmente típico*, 1990, págs. 90 e ss; OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito comercial*, Volume I, *Institutos gerais*, 1998/1999, págs. 254 e ss; COUTINHO DE ABREU, *Curso...*,

procuradores e mandatários para a celebração de certos negócios ou categorias de negócios <sup>1723</sup> e agentes comerciais <sup>1724</sup>, nomeados e/ou contratados pelos administradores), ainda que sem relações de colaboração sistemática na organização empresarial. Em resumo: estão aqui englobados todos aqueles que exercem funções de administração e/ou representação e não se encontram vinculados ou ligados à sociedade por intermédio da *relação orgânica que é própria dos administradores*.

Tais sujeitos apartam-se da administração de facto se cumprem as directivas e as concessões de poderes derivadas do órgão gestório (desde logo como empregador que é), no desenvolvimento de relações jurídicas conotadas essencialmente com os traços da *executividade* e da *dependência hierárquica* em relação ao órgão de administração. Não estão só abrangidas aqui as relações de natureza laboral – por definição legal, actuantes numa posição de autoridade e direcção do empregador sobre o trabalhador <sup>1725</sup> –, através das quais até os cargos mais altos das orgânicas de

---

volume I cit., págs. 139-140; ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, pág. 178 (para o “gerente de comércio”, “cuja posição encaixa sem dificuldade no esquema do contrato de trabalho”, “e, de resto, é frequentemente contemplada, como definidora de uma categoria profissional, nas convenções colectivas”); ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do trabalho*, Parte II cit., págs. 71-72; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do trabalho* cit., págs. 348, 358; PINTO MONTEIRO, *Contrato de agência. Anotação ao Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho*, 2011, págs. 55-56 (expressamente para o “caixeiro-viajante”); na jurisprudência, v. o Ac. do **STJ** de **17 de Fevereiro de 1994** (in *CJ/STJ*, 1994, I, pág. 293, ss, em esp. ponto II do Sumário: «O denominado gerente comercial[,] incumbido de dirigir um ou mais estabelecimentos pertencentes a uma sociedade de que não é sócio, exerce essas funções em consequência de trabalho subordinado»).

<sup>1723</sup> Sobre esta possibilidade de nomeação, sem necessidade de «cláusula contratual expressa» (=permissão estatutária), cfr. os arts. 252º, n.º 6, 391º, n.º 7, e 425º, n.º 5 (aplicáveis por analogia à sociedade em nome colectivo e à sociedade em comandita simples: no bom sentido, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “Da personalidade e capacidade jurídicas das sociedades comerciais”, *Estudos de Direito das Sociedades*, coord.: J. M. Coutinho de Abreu, 2010, n. (57) – págs. 117-118, COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II cit., n. (368) – pág. 615). Ainda mais em especial, o art. 231º do CCom. prevê o “mandato comercial” «quando alguma pessoa se encarrega de praticar um ou mais actos de comércio por mandado de outrem», com «poderes gerais» (cfr. ainda o art. 233º) – v. MENEZES CORDEIRO, *últ. ob. cit.*, págs. 577 e ss, ENGRÁCIA ANTUNES, *últ. ob. cit.*, págs. 363 e ss.

<sup>1724</sup> Cfr. arts. 1º-3º do DL n.º 178/86, de 3 de Julho.

<sup>1725</sup> Cfr. arts. 1152º do CCiv., 11º e 12º, n.º 1, do CT.

Desenvolvidamente sobre a “subordinação jurídica” – “relação de dependência necessária da conduta pessoal do trabalhador na execução do contrato face às ordens, regras ou orientações ditas pelo empregador, dentro dos limites do mesmo contrato e das normas que o regem” – como o elemento verdadeiramente identificador do contrato de trabalho e da integração de uma qualquer espécie concreta nesse tipo de contrato, v. ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, págs. 140 e ss (em particular, note-se que essa subordinação não obsta à salvaguarda da “autonomia técnica” e deontológica dos trabalhadores mais especializados e profissionais liberais, assente o facto de se ter difundido o enquadramento através de contrato de trabalho desse género de actividades tradicionalmente reconduzidas a trabalho autónomo: cfr. art. 116º do CT), 151 e ss (enfatizando a *metodologia de indícios* que respeitam ao chamado “momento organizatório” de subordinação – “a vinculação a *horário* de trabalho, a execução da prestação em *local* definido pelo empregador, a existência de controlo externo do *modo* de prestação, a obediência a *ordens*, a sujeição à disciplina da empresa – tudo elementos retirados da situação típica de *integração* numa organização técnico-laboral predisposta e gerida por outrem” –, à “modalidade de *retribuição* (em função do

recursos humanos se estruturam (como o “director-geral”, os directores de “sucursal”<sup>1726</sup>, os directores sectoriais ou de “secção”<sup>1727</sup>, como o “director fabril” ou “da produção”, o “director comercial e financeiro” ou “da contabilidade”, o “director de pessoal”, o “director jurídico”, o “director de comunicação”<sup>1728</sup>)<sup>1729</sup>, mas também todas aquelas outras que, na sua execução *em termos limitados*, solicitam instruções e supervisão à autoridade competente da sociedade (a administração de direito, como depositária dos poderes do titular da empresa) e que a ela presta contas<sup>1730, 1731</sup>

tempo, em regra)”, à “propriedade dos *instrumentos de trabalho*”, à “disponibilidade dos *meios complementares* da prestação”, e às situações de “carácter *formal* e externo”, como a observância dos regimes fiscal e de segurança social próprios do trabalho por conta de outrem). Também com benefício e outros desenvolvimentos, v. MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito do trabalho* cit., págs. 532 e ss (que fala de “traços distintivos” do contrato de trabalho e dos “tópicos indiciadores de subordinação jurídica, isto é, de situações nas quais uma das partes tenha a possibilidade potestativa de determinar a prestação da outra”); ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do trabalho*, Parte II cit., págs. 30 e ss, 53 e ss (onde se enfatiza o valor do indício da sujeição do trabalhador a ordens directas do empregador, quanto ao modo de desenvolvimento da actividade laboral, e a sujeição a um controlo efectivo da prestação); SOUSA RIBEIRO, “As fronteiras juslaborais...”, *loc. cit.*, págs. 935 e ss (no contrato de trabalho há uma relação em que um sujeito, em troca de uma remuneração, se vincula contratualmente a uma actividade a prestar, em concreto, segundo as ordens e instruções que a contraparte fica legitimada a dirigir-lhe; trabalho subordinado é aquele em que o trabalhador se vincula a uma actividade que, nos limites da lei e do contrato, a contraparte pode determinar e modificar unilateralmente, na fase executiva de prestação de trabalho). Para compreendermos a “crise” da subordinação jurídica, v. JÚLIO GOMES, págs. 101 e ss, em esp. 125 e ss (a propósito de critérios alternativos).

Alguns daqueles indícios encontram hoje consagração no art. 12º, n.º 1, do CT, onde se elencam as características factuais que sustentam – ainda que imperfeitamente (especialmente na versão derivada da Lei n.º 9/2006, de 20 de Março), porém mais adequadamente depois da reforma de 2009 – presunção legal da existência de contrato de trabalho: criticamente (e para um trajecto sobre a evolução da norma), v., entre outros, LEAL AMADO, “O contrato de trabalho entre a presunção legal de laboralidade e o presumível desacerto legislativo”, *Temas laborais 2*, 2007, págs. 13 e ss, SOUSA RIBEIRO, *ibid.*, págs. 974 e ss, 981 e ss, JÚLIO GOMES, págs. 140 e ss, PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do trabalho* cit., 340 e ss.

<sup>1726</sup> De acordo com COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. I cit., págs. 242-243, “quem está à frente da sucursal [de estabelecimento] tem de cumprir os regulamentos e directivas estabelecidos por quem dirige superiormente toda a empresa”, ou seja, a “direcção geral da empresa”, mas, em contraponto, “tem certa liberdade de gestão, e competência para celebrar os negócios em que o objecto da empresa se traduz”.

<sup>1727</sup> Para a distinção entre “sucursal” e “secção”, v. COUTINHO DE ABREU, *últ. ob. e loc. cits.*

<sup>1728</sup> Também assim se podem denominar os administradores que fiquem encarregados especialmente dessas matérias, num sistema de delegação orgânica “imprópria” ou “restrita” (art. 407º, n.ºs 1 e 2) – não é deles que tratamos aqui.

<sup>1729</sup> Cfr. a presunção de laboralidade constante do art. 12º, n.º 1, al. e), do CT: «[o] prestador de actividade desempenhe funções de direcção ou chefia na estrutura orgânica da empresa».

<sup>1730</sup> Para o mandato civil, cfr. o art. 1161º do CCiv., em esp. als. a), 2.ª parte, b) e d); para o mandato comercial, cfr. os arts. 238º-240º do CCom.; para a agência, cfr. os arts. 7º, 13º (em esp. as als. a) a d)) e 14º do DL n.º 178/86.

<sup>1731</sup> NORBERT REICH, pág. 1665 (ainda que numa posição restritiva quanto à consideração dos trabalhadores como administradores de facto); PIERRE-OLIVIER GEHRIGER, págs. 63 e ss (nem sempre com clareza nessa posição de subordinação); JEAN NICOLAS DRUEY, pág. 80; FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, págs. 176-177; HOLGER FLEISCHER, “Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit...”, *loc. cit.*, pág. 526; NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., pág. 71; KARSTEN SCHMIDT, “Anhang § 64...”, *loc. cit.*, pág. 4215, Rdn. 22 (por falta de assunção da *Leitungsfunktion*).

Só não será assim se, em primeira linha, essas “qualidades de relação” forem apenas uma “cobertura formal” para a assunção da qualidade de verdadeiro administrador de facto. Se não forem, esses sujeitos desenvolvem a sua actuação no âmbito do ordenado, transmitido ou concedido por uma autoridade superior, o que acaba por caracterizá-los como meros “agentes de execução”<sup>1732</sup>. Se forem (*maxime*, nas posições internas de nível directivo), é a existência ou não de autonomia da sua conduta e do seu poder (ainda que diversificado e largo) que se assume como o *fosso* – ou um dos fossos, melhor – que os separa da qualidade de administrador de facto<sup>1733</sup>.

O que merece, ainda assim, uma outra precisão. Na verdade, se interessados em afastar a qualidade de administradores de facto, a tais sujeitos cabe-lhes provar simplesmente que agiram sem autonomia e subordinadamente – antes mesmo, note-se, de provar que agiram fora do círculo de uma actividade positiva de “alta direcção”. De qualquer forma, mesmo que a factualidade aponte para uma actuação que não esteve sujeita a qualquer controlo e instrução e sem respeito por qualquer laço de hierarquia funcional e organizacional, sempre se exonerarão da qualidade se não se tiverem movido nesse círculo mais exigente da condição do administrador de facto (por ex., no binómio autonomia/gestão corrente ou material-executiva ou autonomia/representação externa sem afinidade com a “alta direcção”). Por isso se vêem *unitariamente* estes dois pressupostos (a autonomia própria dos administradores e a intensidade qualitativa da “alta direcção”) a perseguirem o escopo de “prevenir o risco de uma sistemática extensão do instituto àquele que realizou no interior da sociedade atribuições de direcção e *lato sensu* gestórias” – isto é, a dilatar o conceito de administrador de facto a todos aqueles personagens<sup>1734</sup>. Em

---

Numa outra perspectiva, a existência de um contrato de trabalho (ou de mandato) entre o administrador de direito e o sócio maioritário, através do qual se vincula aquele à assunção desse cargo, pode ser visto como “elemento revelador” de uma administração de facto indirecta por parte do “*socio-datore di lavoro*” se o sócio lhe dá directivas sobre a administração e elas são sistematicamente executadas pelo subordinado proposto para a administração – assim é considerado por NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., págs. 84-85.

<sup>1732</sup> JEAN-LOUIS RIVES-LANGE, pág. 44.

<sup>1733</sup> PETER FORSTMOSER, “Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht”, *loc. cit.*, pág. 140 (quando se refere à responsabilidade por influência material de quem tem competências limitadas fora da empresa); JEAN-MARIE MACQUERON, pág. 166, NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., págs. 82-83, JOSÉ LUIZ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., págs. 43, 84, ANNALISA POSTIGLIONE, págs. 1229, 1230.

<sup>1734</sup> NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., págs. 233-234.

suma: mesmo com independência e soberania no agir, o *conteúdo dos actos de gestão* ditará irremediavelmente, se for caso disso, a última (ou a primeira, se assim for o percurso do escolhido) das “palavras”.

### **11.2.1. Tarefas de índole administrativa a cargo de sujeitos com “qualidade de relação” com a sociedade e administração de facto**

Percebe-se que a “cobertura” de uma relação jurídica negocial com a sociedade não afaste por si só e sem mais a qualidade de administrador de facto. Não é suficiente um “invólucro” que dê ao sujeito um outro título de participação em actividades de administração para, sem mais, nos desembaraçarmos de uma administração de facto <sup>1735</sup>, mas sabemos que se torna mais delicado identificar os administradores de facto directos dissimulados – as operações que exercem e realizam são feitas *separadamente* não na qualidade de administradores de direito mas a título de trabalhadores, procuradores, mandatários, agentes comerciais, consultores profissionais, etc. <sup>1736</sup> E compreendemos que essa delicadeza aumenta na exacta medida em que esses “invólucros” se generalizam e se tornam indispensáveis para a condução da vida quotidiana das sociedades (*rectius*, como já vimos, das empresas exploradas pelas sociedades <sup>1737</sup>): a maior parte das actuações (e decisões) pertencem a agentes individuais, subordinados, usualmente em *full-time*, a quem, por via estatutária ou, posteriormente, por via contratual expressa com esses mesmos

---

Em sentido próximo (mas nem sempre focando a imperatividade da “alta direcção”), JACQUES DAIGRE, “Note Cour de Cassation (Ch. Com.), 17 avril 1980”, *loc. cit.*, pág. 756; GÉRARD NOTTÉ, *Les dirigeants de fait...* cit., pág. 145 (“estatuto não subordinado” e “posição de autoridade” para a tomada de decisões sobre o destino comercial e financeiro da pessoa colectiva); JEAN NICOLAS DRUEY, pág. 79; CLAUDE CHAMPAUD/DIDIER DANET, “Sociétés et autres groupements. Dirigeant de fait – Com. 5 nov. 1991”, *loc. cit.*, págs. 819-820; URSULA STEIN, *Das faktische Organ* cit., pág. 45 (se cumprirem os pressupostos gerais de uma posição como órgão de facto); ALFRED DIERLAMM, pág. 153 (simples empregados “convencidos”, através de incentivos financeiros, a tomar a direcção da sociedade e procuradores diligentes a determinarem o destino da sociedade); MARC DINKHOFF, pág. 19 (exigindo a atribuição a trabalhadores e a procuradores de uma “área extensa de tarefas”).

<sup>1735</sup> Vimos, aliás, que extrapolar os poderes atribuídos por um título negocial não administrativo é um dos factores-índícios *accessórios* na prova da qualidade do administrador de facto.

<sup>1736</sup> Mais uma vez: destacando este ponto, no que respeita à actuação representativa destes sujeitos, v. COUTINHO DE ABREU/ELISABETE RAMOS, n. (67) – pág. 42, COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., n. (193) – pág. 101.

Lá fora, por ex. na Alemanha, MARKUS GEIßLER, pág. 1109, sublinha a independência de princípio entre a “relação orgânica” e a “relação laboral”, e, em Espanha, GUILLERMO ALCOVER GARAU, “La calificación del concurso”, *loc. cit.*, pág. 251, toca precisamente no ponto de as concretas funções que se exercem excederem as que correspondem à relação estabelecida com a sociedade, assinalando-se “um elemento que se pode qualificar como simulatório”.

<sup>1737</sup> V. *supra*, n. 35.



agentes (e, ainda ulteriormente, pela simples divisão de tarefas operacionais), se entrega a gestão empresarial (interna e externa) e a representação externa, mantendo os administradores sociais o poder de emitir directivas sobre essa actuação e controlá-la em última instância. Proliferaram os cargos de direcção nas organizações empresariais e a rede de agentes externos actuantes em nome e por conta das sociedades (ou meros consultores) que respondem à exigência de a *administração* da sociedade se alargar sobre a base da *especialidade* – que implica outros centros de execução (ou até decisão) a um nível distinto e com competências distintas – e de *hierarquização* – em virtude do qual se assegura a unidade do processo de gestão, sob pena de descoordenação e anarquia no cumprimento das directrizes e da planificação gerais <sup>1738</sup>. Mas observa-se um *limite* inexpugnável no recurso a esta panóplia de colaboradores: a impossibilidade de os administradores, titulares dos poderes de administração, transmitirem a “direcção” *completa* ou *global* da actividade social, com um total esvaziamento dos seus poderes e, conseqüentemente, uma abdicação substancial das suas funções gestórias a favor de sujeitos que não dispõem do estatuto de deveres e responsabilidades dos administradores <sup>1739</sup>.

Na realidade, para além da delegação orgânica (ou em sentido normativo), a *difusão* e a *repartição* de competências e a *distribuição* de poderes (virtualmente concentrados no órgão administrativo) por um leque de *prestadores de “trabalho gestório”* <sup>1740</sup> no seio da “organização interna da empresa” <sup>1741</sup>, *desprovidos de uma relação orgânica* com a sociedade (não-administradores), encarregues de gerir

---

<sup>1738</sup> São ideias inerentes ao tratamento dogmático da actividade de gestão (incidindo sobre o património social e visando a consecução do objecto social estatutariamente estabelecido) como um processo *unitário e equilibrado* entre as fases (num outro conceito de administração em sentido amplo) de programação (“política geral”, “estratégia”, “planos gerais”, “alta direcção”), direcção (enquanto transmissão das decisões do “vértice”), execução e controlo, na conjugação com a necessidade de distribuir (*maxime*, delegar dentro e fora do conselho) competências por pessoa (ou grupos de pessoas) diferentes, que assegure a correcta execução das funções gestórias: v., com outras referências, CLAUDE BERR, págs. 85 e ss, SERGIO SCIARELLI, *Il processo decisorio nell’impresa*, 1967, págs. 153 e ss, 287 e ss, e *passim*, JEAN PAILUSSEAU, págs. 86 e ss, FERNANDO RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros delegados...* cit., págs. 76 e ss, em esp. 82-86.

<sup>1739</sup> Por todos FRANCO BONELLI, *Gli amministratori...* cit. 2004, págs. 12-13.

<sup>1740</sup> GIUSEPPE FANELLI, pág. 22, n. (26) – pág. 26, 28, FABRIZIO GUERRERA, *Illecito e responsabilità...* cit., pág. 385.

<sup>1741</sup> Definida (ainda que restritivamente) por BRITO CORREIA, *Direito comercial*, 3º volume, *Deliberações dos sócios* cit., pág. 13, tendo em vista a “estrutura de relações formais entre os trabalhadores subordinados e o respectivo empregador (a sociedade, representada pelos respectivos gerentes, administradores (...)) bem como entre os vários trabalhadores” (com os “tipos fundamentais de estruturas” elencados a págs. 14 e ss).

negócios e governar as secções e as sucursais dos estabelecimentos explorados pela sociedade, um ramo autónomo ou uma sede secundária deles ou até de todo ou os vários complexos empresariais <sup>1742</sup>, é inevitável – e mesmo necessário – em face da maximização da eficiência organizatória de qualquer empresa de dimensão considerável. <sup>1743</sup> Os titulares desses “cargos” ou “ofícios” ou “postos” (*officers*, no modelo anglo-americano <sup>1744</sup>) estão, por regra, ligados à sociedade por contratos de trabalho <sup>1745</sup> e colocam-se numa posição de subordinação hierárquica no confronto com o empregador “empresário” (isto é, o órgão social que assume em si mesmo os poderes transmissíveis), que os dirige, que os instrui, que os fiscaliza e que, em último caso, avoca para si as operações e a actividade “transmitida”. <sup>1746</sup>

---

<sup>1742</sup> Para já não falar dos consultores ou conselheiros, que aportam para a sociedade estudos e pareceres que vão instruir e fundamentar as decisões empresariais. Como vimos, porém, a jurisprudência (nomeadamente a inglesa) discute “casos patológicos” (*pathologische Fälle*: HOLGER FLEISCHER, “Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit...”, *loc. cit.*, pág. 526) em que tais sujeitos tomam nas suas próprias mãos a liderança das sociedades(-empresas) “aconselhadas” e serão qualificáveis como administradores de facto.

<sup>1743</sup> Para já não falar da externalização (*outsourcing*) a empresas terceiras de certas funções auxiliares básicas (*wesentlicher Hilfsfunktionen*), que normalmente são realizadas por trabalhadores dependentes da sociedade. Seja para responder a exigências temporárias da empresa social, seja com o intuito de transformar essa situação numa característica estrutural da sociedade, a flexibilidade proporcionada em actividades de carácter geral (como a segurança ou a limpeza) é temperada pela manutenção (nos contratos respectivos) do poder de direcção e de controlo dos administradores da sociedade, na ausência do qual se chegaria, de acordo com a doutrina, a uma ilegítima abdicação dos poderes gestórios do órgão de administração. V. HOLGER FLEISCHER, “Zur Leitungsaufgabe des Vorstands im Aktienrecht”, *loc. cit.*, pág. 10, FRANCO BONELLI, *Gli amministratori...* cit. 2004, pág. 14, UWE H. SCHNEIDER, “Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung”, *loc. cit.*, sub § 43, págs. 2238-2239, *Rdn.* 45, COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., pág. 44.

<sup>1744</sup> Não obstante o *director* poder ser incluído, nomeadamente por via estatutária, num conceito amplo de *officer*, este é reservado por natureza ao agente nomeado pelo nível hierárquico máximo do *board* e ocupante dos lugares executivos mais relevantes: ROBERT CLARK, págs. 105-106, 113-114, WILLIAM MEADE FLETCHER, *Fletcher Cyclopedia...* cit., págs. 34 e ss, WILLIAM KLEIN/JOHN COFFEE, Jr., págs. 131-132, 137-138.

<sup>1745</sup> Sobre a relevância na lei laboral dos conceitos de “função” (*formalmente* corresponde, no que toca a actividade laboral, ao cargo, lugar ou posto de trabalho ocupado pelo trabalhador), “cargo” e “posto de trabalho”, v. ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do trabalho*, Parte II cit., págs. 437-438. Para uma definição mais ampla de “cargo de direito privado”, atente-se em BRITO CORREIA, *Os administradores de sociedades anónimas* cit., pág. 200 – “conjunto de atribuições e deveres que se concedem ao investido em ordem ao interesse alheio; “[o] encarregado exerce, em nome alheio ou em nome próprio, uma função no interesse alheio, conforme a um dever e em virtude de um poder próprio”.

<sup>1746</sup> Sobre estas formas de “descentramento organizativo” das sociedades (v. *supra*, n. 35), é elucidativo v., entre muitos outros possíveis, JEAN PAILUSSEAU, págs. 88-89; RAÚL VENTURA/BRITO CORREIA, págs. 403, 404-405; FERNANDO RODRÍGUEZ ARTIGAS, “Notas sobre el régimen jurídico...”, *loc. cit.*, págs. 117 e ss; JUAN IGLESIAS PRADA, págs. 384 e ss (que unifica as diversas figuras de desempenho não administrativo dos assuntos sociais sob a denominação de “*gerencia de la empresa*”); ALESSANDRO BORGIOI, *I direttori generali...* cit., págs. 13 e ss (que salienta as necessidades criadas por “problemas de especialização profissional” e “problemas de organização”); WILLIAM CARY/MELVIN EISENBERG, *Cases and materials...* cit., pág. 173, ss (“*the board does make business policy, but the typical board no more makes business policy than it manages the business*”, realidade imposta por restrições de tempo, de informação, de

Não é por acaso que a lei se preocupa com o *reconhecimento dos poderes (tipicamente administrativos) de vinculação concedidos a agentes não-administradores, utilizados no exercício da actividade empresarial e, nesse exercício, responsáveis por uma actividade em nome e/ou por conta do empregador societário*: (i) o art. 115º, n.º 3, do CT dispõe que «[q]uando a natureza da actividade envolver a prática de negócios

---

“composição, selecção e ocupação”); JESÚS QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil...* cit., págs. 328-329; ROBERT PENNINGTON, *Directors' personal liability* cit., págs. 17, 18; CLAUDE CHAMPAUD/DIDIER DANET, “Sociétés et autres groupements. Dirigeant social. Notion, Dirigeant de fait, Portage du contrôle de la société, Circonstance insuffisante – Versailles 20 juin 1991”, *Rev. trim. dr. comm.*, 1992, pág. 818 (que chegam mesmo a dizer que os *dirigeants sociaux* formam, no seu todo, uma categoria jurídica “híbrida, semi-salarial e quase comercial”); DARIO LATELLA, “La procura generale...”, *loc. cit.*, págs. 124-125; EILÍS FERRAN, págs. 116, 154-155; ROBERT HAMILTON, *Cases and materials...* cit., págs. 644 e ss (destacando que os modernos *boards of directors* das *publicly held corporations* pouco têm que ver com o “*day-to-day business*”, disperso em “*several levels of management*”, por sua vez organizado em estruturas hierárquicas internas, sendo que o nível mais alto ainda assim está abaixo do nível do *board*); FRANCO BONELLI, *Gli amministratori...* cit. 2004, págs. 12, 14; GASTONE COTTINO, *Diritto societario* cit., págs. 382-383; COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., pág. 43; MAURICE COZIAN/ALAIN VIANDIER/FLORENCE DEBOISSY, pág. 137; STEPHEN BAINBRIDGE, *Corporate law* cit., págs. 89 e ss.

Em consequência, tornou-se comum a observação que essas descentralização e desconcentração de poderes – em sentido amplo, através das correspondentes *delegações de faculdades* (orgânica ou meramente negocial) – acabaram por converter os órgãos de administração em verdadeiros órgãos *de fiscalização*, uma vez que a maioria dos seus membros (nomeadamente os não delegados ou “não executivos” em relação à conduta dos administradores delegados e/ou dos restantes auxiliares na função administrativa) limitam o exercício das suas funções a supervisionar e a controlar (e, depois, ratificar ou avocar-revogar) as actividades das pessoas que efectivamente gerem as empresas exploradas pela sociedade. O problema foi que, frequentemente e em particular nas sociedades emitentes de acções admitidas à negociação nos mercados regulamentados (“bolsistas”) – em que a separação *entre a propriedade e o controlo* é mais acentuada e mais se sente a urgência em suprir os “custos de agência” decorrentes dos conflitos de interesses entre os accionistas-*principals* e o *management* –, o conselho de administração acabou por ter uma actuação meramente decorativa, ausente e/ou meramente ratificadora das decisões tomadas pelos delegados e pelos outros agentes e auxiliares; sem exercício, portanto, de uma posição activa e efectivamente vigilante sobre quem substancialmente gere a empresa social (os *managers*) – não por acaso vi o alemão DIETRICH KRATZSCH, pág. 507, a vislumbrar na “divisão do trabalho” um dos perigos fundamentais para a administração realizada sem respeito pelas formas legais.

Note-se, a propósito, que um dos pilares das recomendações e propostas do movimento de *corporate governance* é precisamente a renovação da estrutura organizativa e funcional no interior do conselho (relações entre os membros, administradores independentes, internalização da fiscalização, comités internos, circulação de informação, etc.), com o fim de garantir que se cumpra adequadamente o seu papel de instância de supervisão e prevenção de actuações danosas. V. KLAUS HOPT, “Die Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat – Zugleich ein Beitrag zur corporate governance-Debatte”, *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum siebzigsten Geburtstag*, Herausgegeben: Ulrich Immenga/Wernhard Möschel/Dieter Reuter, 1996, pág. 911 e ss, em esp. 914-916, 919-921 (na ligação com as normas de responsabilidade dos administradores); IAN RAMSAY, “The corporate governance debate and the role of directors' duties”, *Corporate governance and the duties of company directors*, Editor: Ian M. Ramsay, 1997, págs. 4-5, 8 e ss (particularmente interessante no direito australiano); CÁNDIDO PAZ-ARES, “El gobierno de las sociedades...”, *loc. cit.*, págs. 1809 e ss, ANDRÉS RECALDE CASTELLS, “Los administradores de las sociedades anónimas en un entorno de «buen gobierno», *RVEH*, 2003, págs. 70-71; CARLO GRANELLI, “L'organo di gestione nella società per azioni”, «*Corporate governance*» e *nuovo diritto societario*, 2004, págs. 86 e ss (em face das alterações em 2003 dos modelos organizatórios da anónima no direito italiano); COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., págs. 14 e ss; PEDRO MAIA, *Voto e corporate governance...*, volume II cit., págs. 733-734 (para a emergência do *monitoring model* em detrimento do *managerial model*), 739 e ss.

*jurídicos*, considera-se que o contrato de trabalho concede ao trabalhador os necessários poderes, salvo se a lei exigir instrumento especial»<sup>1747</sup> (em conjugação com o art. 118º, n.ºs 1 a 3, do mesmo CT <sup>1748</sup>); (ii) «[o] mandato conferido ao gerente

---

<sup>1747</sup> Corresponde ao art. 111º, n.º 3, do CT aprovado pela L n.º 99/2003, de 27 de Agosto.

A atribuição de poderes representativos do empregador ao trabalhador no decurso da sua actividade *funcional*, por mero efeito do contrato de trabalho, pretende evitar que o trabalhador se veja obrigado a invocar a actuação em nome do empregador ou a transferir para o empregador os direitos adquiridos através dos negócios celebrados (cfr. arts. 1180º-1181º CCiv.) e que o empregador tenha que assumir as obrigações contraídas (cfr. art. 1182º CCiv.) ou ratificar os negócios concluídos pelo trabalhador (cfr. art. 268º CCiv.). Acentuando o ponto, v. LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito do trabalho* cit., pág. 283, PEDRO MADEIRA DE BRITO, “Artigo 115º”, *Código de trabalho anotado*, por Pedro Romano Martinez [et alii], 2009, pág. 318. Por outro lado, no direito laboral anterior, MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito do trabalho* cit., n. (6) – pág. 522, assumia que a hipótese coberta – basicamente, uma actividade de mandato exercido de uma forma heterodeterminada – garantia a “simplificação” e a “tutela de terceiros”, quando se verificasse a atribuição ao trabalhador, por simples efeito do contrato, dos necessários poderes. Em geral para a organização empresarial e a delimitação da área de actuação e vinculação de um “director de serviços”, também OLIVEIRA ASCENSÃO/CARNEIRO DA FRADA, “Contrato celebrado por agente de pessoa colectiva. Representação, responsabilidade e enriquecimento sem causa”, *RDE*, 1990-1993, págs. 47 e ss, reconheciam que se alguém fosse legitimado para o desempenho de determinada função no âmbito de uma empresa, essa legitimação abrangeria a atribuição tácita (de acordo com o princípio fornecido pelo art. 217º do CCiv.) de poderes de representação para os negócios e actos jurídicos próprios dessa função, “por razões de normalidade, inteligibilidade e justificabilidade do comportamento de que se afirma a concludência”, orientados pelo conteúdo da função em causa.

<sup>1748</sup> Cabe às partes a determinação genérica da actividade laboral, seja através da sua descrição «por acordo» no contrato de trabalho, seja através da sua remissão para a categoria profissional constante do instrumento de regulamentação colectiva de trabalho aplicável ao trabalhador ou do regulamento da empresa (art. 115º, n.ºs 1 e 2, CT). Esta definição implica a atribuição de uma *função concreta* ao trabalhador pelo empregador – «O trabalhador deve, em princípio, exercer *funções correspondentes à actividade* para que se encontra contratado, devendo o empregador atribuir-lhe, no âmbito da referida actividade, as *funções mais adequadas às suas aptidões e qualificação profissional*» (art. 118º, n.º 1, do CT, correspondente ao art. 151º, n.º 1, da versão de 2003) –, que constitui o *conteúdo nuclear* ou *essencial da actividade laboral*. Para além destes limites, o conteúdo da actividade laboral devida pelo trabalhador abrange, num sentido amplo, as *funções afins* ou *funcionalmente ligadas* à actividade do trabalhador (ou seja, *delimitáveis a partir dela*, tanto por existirem semelhanças, proximidade ou complementaridade entre elas, como por se verificar que as funções se inserem sequencialmente no processo produtivo), que se traduzem, designadamente, em outras actividades compreendidas no mesmo grupo ou carreira profissional do trabalhador (n.ºs 2 e 3 do art. 118º) – estas funções são *auxiliares* ou *accessórias* da actividade *nuclear* (e dão corpo à mais comum manifestação de *flexibilidade* ou *polivalência funcional* da prestação do trabalhador: JORGE LEITE, “Flexibilidade funcional”, *QL*, 1997, pág. 5 e ss, em esp. 33-34; cfr. ainda o art. 118º, n.º 4, CT) e serão exigidas se e quando o empregador exercer o poder de determinação das funções nos termos do art. 97º do CT. Logo, a lei reconhece, no que toca ao objecto do contrato de trabalho, um conteúdo nuclear e um conteúdo amplo, que integram o *débito negocial* do trabalhador e podem ser exigidos em qualquer momento e de acordo com as necessidades da empresa. Excepcional e transitoriamente, ainda, o empregador, nas situações não cobertas pelo art. 118º, n.º 2 (e, portanto, fora do padrão normal de desenvolvimento da relação de trabalho), pode, «quando o interesse da empresa o exigir, *encarregar o trabalhador de exercer temporariamente funções não compreendidas na actividade contratada, desde que tal não implique modificação substancial da posição do trabalhador*» (art. 120º, n.º 1, «mobilidade funcional»: desvio ao “princípio da invariabilidade da prestação de trabalho”, tradicionalmente conhecido como *jus variandi* da actividade pelo empregador – proveitosa é a leitura, mesmo que para regime anterior, de CATARINA CARVALHO, “O exercício do *ius variandi* no âmbito das relações individuais de trabalho e a polivalência funcional”, *Juris et de Jure – Nos vinte anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa – Porto*, coord.: Manuel Afonso Vaz/J. A. Azeredo Lopes, 1998, págs. 1031 e ss, nomeadamente 1052-1053 –, que permite que este, unilateralmente, modifique substancialmente a prestação devida pelo contrato de

[de comércio] <sup>1749</sup>, verbalmente ou por escrito, enquanto não registado, presume-se geral e compreensivo de todos os os actos pertencentes e necessários ao exercício do comércio para que houvesse sido dado, sem que o proponente possa opor a terceiros limitação alguma dos respectivos poderes, salvo provando que tinham conhecimento dela ao tempo em que contrataram» (art. 249º CCom.) <sup>1750</sup>; (iii) «[o]s gerentes [de comércio] tratam e negociam em nome de seus proponentes: nos documentos que nos negócios deles assinarem devem declarar que firmam com poder da pessoa ou sociedade que representam (art. 250º CCom.) – «[p]rocedendo os gerentes nos termos do artigo anterior, todas as obrigações por ele contraídas recaem sobre os proponentes» (art. 251º CCom.)<sup>1751</sup>; (iv) de acordo com o art. 258º do CCom., com relação aos actos praticados por “auxiliares” (encarregados do desempenho constante, em nome e por conta do comerciante, «de *algum ou alguns dos ramos do tráfico* a que se dedicam»: art. 256º CCom.), «viajantes» e «representantes comerciais» – «empregados» autorizados a «fazer operações de comércio» (art. 257º CCom.) –, eles obrigam o “mandante”(-comerciante) «com respeito à obrigação do negócio de que este os houver encarregado»; (v) «[o]s caixeiros encarregados de vender por miúdo em lojas reputam-se autorizados para cobrar o produto das vendas que fazem; os seus recibos são válidos, sendo passados em nome do proponente» (art. 259º CCom.), regime que se aplica aos «caixeiros que vendem em armazém por grosso, sendo as vendas a dinheiro de contado e verificando-se o pagamento no

---

trabalho; logo, não corresponderá ao exercício do *jus variandi* a alteração de funções para actividade afim ou funcionalmente ligada à contratada). De forma desenvolvida, v. ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do trabalho*, Parte II cit., págs. 21 e ss, 440 e ss (rejeita que as funções afins possam ser asseguradas a título principal ou substitutivo da actividade nuclear do trabalhador), 379 e ss; ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, págs. 221 e ss, 227 e ss; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do trabalho* cit., págs. 521 e ss, 795 e ss, PEDRO MADEIRA DE BRITO, “Art. 118º”, in *Código do trabalho anotado*, 2009, por Pedro Romano Martinez [*et alii*], págs. 322 e ss (contra a prestação a título acessório das actividades «afins ou funcionalmente ligadas», uma vez que o exercício destas funções nunca pode implicar uma modificação objectiva do contrato de trabalho sem o consentimento do trabalhador).

<sup>1749</sup> «É gerente de comércio todo aquele que, sob qualquer denominação, consoante os usos comerciais, se acha proposto para tratar do comércio de outrem no lugar onde este o exerce ou noutro qualquer» (art. 248º CCom.).

<sup>1750</sup> Sobre o significado da titularidade de poderes gerais por parte do “gerente de comércio”, v. OLIVEIRA ASCENSÃO/CARNEIRO DA FRADA, págs. 51-52: “quando se atribuem (ao gerente) poderes de representação para o exercício de um determinado comércio (...), esses poderes *presumem-se amplos e abrangentes de qualquer acto objectivamente conexionado com o exercício desse comércio*, ficando o proponente vinculado por esses actos, sem poder alegar qualquer limitação, salvo o conhecimento da outra parte. Esta solução (...) potencia e prossegue a segurança no tráfico jurídico comercial”.

<sup>1751</sup> «Fora do caso prevenido no artigo precedente, todo o contrato celebrado por um gerente em seu nome obriga-o directamente para com a pessoa com quem contratar» (art. 252º CCom.).

mesmo armazém» (1.<sup>a</sup> frase do § único do mesmo art. 259<sup>o</sup>1752); (vi) os actos de comércio realizados pelo mandatário comercial-representante produzem os respectivos efeitos na esfera jurídica do mandante-representante, de acordo com o regime comum da representação (art. 258<sup>o</sup> do CCiv.). Todas estas previsões apenas concorrem para demonstrar a licitude da atribuição de poderes administrativos (em particular, representativos) a sujeitos diferentes dos administradores, ainda que submetidos a um poder geral de controlo e de instrução dos administradores ordinários ou dos administradores delegados (se houver delegação orgânica)<sup>1753</sup>.<sup>1754</sup>

O certo é que, em conformidade com o segmento de actividade em que esses vários sujeitos desenvolvem a sua actividade e com as respectivas competências técnicas efectivas e faculdades de decisão, eles, ainda que num plano de *figuras subjectivas de produção “menor”* (na feliz terminologia de FABRIZIO GUERRERA), assumem muitas vezes uma posição de *discrionarietà gestória* (muito similar a um verdadeiro estatuto de autonomia), em virtude da qual contribuem a título próprio para determinar os rumos e os conteúdos peculiares da actuação administrativa.<sup>1755</sup> De outra banda, é a própria natureza (e até o regime normativo) dos instrumentos de representação que alfaia o traço de autonomia de vontade na celebração dos actos jurídicos para os quais tem poderes (de representação *voluntária*<sup>1756</sup>) – é manifestamente o caso do mandato representativo e da

---

<sup>1752</sup> Porém, v. a 2.<sup>a</sup> frase deste § único.

<sup>1753</sup> GIUSEPPE FANELLI, n. (26) – págs. 26-27, Autor que, entregando aos administradores o predicado de únicos depositários da função orgânica administrativa, considera ilícita a disposição estatutária ou a deliberação dos sócios que, expressa ou implicitamente, eliminasse ou ofendesse essa subordinação; FERNANDO RODRÍGUEZ ARTIGAS, *Consejeros delegados...* cit., pág. 261, Autor que assinala, porém, a possível existência de funções que possam ser desempenhadas em conjunto pelos administradores e (no seu discurso) pelo “director geral”: “assim, numa sociedade dedicada ao fabrico de materiais de construção estabelecem os Estatutos que «O Conselheiro delegado e o Director Geral exercerão conjuntamente as seguintes faculdades»”; MARIO STELLA RICHTER Jr., “Sulla «rappresentanza commerciale» degli ausiliari dipendenti dell’imprenditore, com particolare riguardo alle società di capitali”, *Studi e materiali*, 4, 1992-1995, págs. 107 e ss, Autor que enquadra o poder de vincular a sociedade por “auxiliares dependentes”, enquanto poder conexo às tarefas confiadas, na sua própria “estável inserção na empresa (colectiva)”.

<sup>1754</sup> Atribuições essas (e outras, como as decorrentes de “mandato mercantil” e de “agência comercial”) estão sujeitas a registo (ainda que nem sempre obrigatório) e à respectiva condição de oponibilidade em face de terceiros, nos termos dos arts. 10<sup>o</sup>, n.º 1, als. a), c), 2.<sup>a</sup> parte, e d), 15<sup>o</sup>, n.º 1, e 14<sup>o</sup>, n.º 1, do CRCom.

<sup>1755</sup> FABRIZIO GUERRERA, *Illecito e responsabilità...* cit., págs. 385-386.

<sup>1756</sup> Para a assente distinção entre esta representação e a representação orgânica, v. por todos ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Os poderes de representação...* cit., págs. 48 e ss – “A representação das sociedades pelos seus órgãos não é idêntica à representação voluntária, pois nesta última o representante tem também uma vontade e na representação dita orgânica a vontade do administrador (...) é tida como a vontade da própria sociedade, não existindo uma dualidade representante/representado. (...) Além disso, a

procuração, cuja execução (ao contrário da figura do *núncio*) pressupõe um *mínimo significativo* de ponderação e decisão pessoais e auto-determinação na conclusão dos negócios por conta e em nome do representado <sup>1757</sup> (e desses sintomas caracterizadores se reflectem as estatuições dos arts. 1161º, al. c), 2.ª parte, 1162º e 263º do CCiv.), e do contrato de agência, através do qual a obrigação fundamental de o agente promover por conta do “principal” (aqui sociedade) a celebração de contratos – e, eventualmente, de, acessoriamente, celebrar(-concluir) esses contratos, se para tal lhe forem conferidos os necessários poderes – se realiza, por força da lei, com uma dose *substancial* de autonomia na execução do dever típico (arts. 1º, n.º 1, 5º, n.º 1, 7º, al. a), DL n.º 178/86; sobre aquela eventualidade, art. 2º, n.º 1) <sup>1758</sup>. É acima de tudo nestas hipóteses que se poderá ter que indagar se esses *agentes e auxiliares* <sup>1759</sup> da actuação administrativa se socorrem dessa discricionariedade e

---

representação orgânica e a representação voluntária têm em comum que, em ambos os casos, os efeitos jurídicos do acto praticado são automática e directamente imputados na esfera jurídica do representado. Em ambos os casos se verifica ainda alguma liberdade de determinação do conteúdo dos actos a praticar, não sendo o administrador (...) um mero *núncio*” (53-54).

<sup>1757</sup> Entre outros, v. MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica*, vol. II cit., págs. 291-292, e CARVALHO FERNANDES, *Teoria geral do direito civil*, II, *Fontes, conteúdo e garantia da relação jurídica*, 2010, págs. 259-260.

<sup>1758</sup> Sobre a autonomia como “elemento essencial” da agência, v. PINTO MONTEIRO, *Contrato de agência...* cit., págs. 54-55, 55-56 (ainda que o agente se deva conformar com “as orientações recebidas, adequar-se à política económica da empresa, prestar regularmente contas da sua actividade” – cfr. art. 7º do DL n.º 178/86), 61 (mesmo quando se concedem poderes para celebrar contratos, o agente não fica com “o poder de *decidir*, por si, se o contrato é ou não de concluir, e em que termos”, “uma vez que a decisão continua a pertencer ao principal”, “na falta de convenção com outro alcance”), 81; MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito do trabalho* cit., pág. 525 (“a agência postula, por definição, uma prestação autodeterminada de serviços, contra a heterodeterminação que se viu dominar no campo do trabalho”), ID., *Manual de direito comercial* cit., págs. 661 (“Não é total; à semelhança do mandatário, o agente deve acatar as instruções do principal: *instruções concretizadoras e não inovatórias...*”: destaquei), 663-664 (“uma vez que qualquer instrução obrigatória põe em causa a autonomia de quem a recebe; pretende o legislador [a pretexto do art. 7º, al. a), do DL n.º 178/86] que as instruções não tenham tal densidade que coloquem o agente na posição de empregado principal”); CARLOS LACERDA BARATA, *Anotações ao novo regime do contrato de agência*, 1994, págs. 14-15, 19; CAROLINA CUNHA, *A indemnização de clientela do agente comercial*, 2003, págs. 412 e ss, 417-418 (dissecando o problema de charneira que é justamente o de salvaguardar o conceito de autonomia jurídica do agente, que “conserva a faculdade de conformação e organização concreta dos actos de cumprimento”); ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito dos contratos comerciais* cit., pág. 442 (“muito embora o grau dessa autonomia possa variar em função da maior ou menor integração do agente na rede distributiva do principal”); ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do trabalho*, Parte II cit., págs. 65 e ss; PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do trabalho* cit., pág. 358. Ainda mais problematizadamente, em face do contrato de trabalho, v. JÚLIO GOMES, págs. 145 e ss (“distinção muito delicada porque a autonomia do agente é (...) uma autonomia mitigada e a subordinação do trabalhador subordinado que se dedica à promoção da celebração de contratos no interesse do seu empregador é uma subordinação atenuada”), LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito do trabalho* cit., págs. 134-135.

<sup>1759</sup> “Dos órgãos há que distinguir os simples *agentes ou auxiliares*, que só executam por incumbência ou ainda sob a direcção dos órgãos deliberativos, e principalmente dos representativos, determinadas operações materiais que interessam à pessoa colectiva” (MANUEL DE ANDRADE, *Teoria geral da relação jurídica*, vol. I cit., pág. 116). V., para essa incidência e qualificação, GUSTAVO MINERVINI, *Gli*

dessa autonomia *relativas* para atingir efectivamente um patamar de conduta com a autonomia *substancial e própria* do administrador formal da sociedade (e relação não subordinada com os titulares das competências administrativas): se *são ou não administradores de facto*.<sup>1760</sup>

---

*amministratori...* cit., pág. 202, AURELIO MENÉNDEZ MENÉNDEZ, “Auxiliares del empresario”, *RDM*, 1959, págs. 269-270 (distinguindo entre a colaboração realizada por pessoas estranhas ao estabelecimento e em situação de independência, como os agentes, mediadores ou comissionistas, e a realizada por pessoas que prestam a sua actividade de forma estável, permanente e subordinada dentro da organização, que serão em sentido estrito os “auxiliares”, sem ou com poderes de representação nas relações contratuais entabuladas com terceiros), JUAN IGLESIAS PRADA, pág. 386, JESÚS QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil...* cit., pág. 329, JAVIER JUSTE MENCÍA, *Factor de comercio, gerente de empresa, director general (Estudio jurídico mercantil)*, 2002, pág. 24, ESPERANZA GALLEGO SÁNCHEZ, pág. 1000.

<sup>1760</sup> A jurisprudência francesa é rica em averiguar e qualificar trabalhadores subordinados “fictícios”, que ultrapassam o seu campo normal de intervenção (para ocupar, por ex., a “direcção total da empresa”) e actuam sem controlo hierárquico e com remunerações avultadas (superiores ao próprio presidente de conselho), como administradores de facto (com a discussão paralela da licitude da acumulação do contrato de trabalho com a administração); mas não deixa de rejeitar essa qualidade sempre que as tarefas realizadas se referem à execução do contrato de trabalho. Na doutrina, v., entre outros, JEAN-JACQUES DAIGRE, “Note Cour de Cassation (Ch. Com.), 17 avril 1980”, *loc. cit.*, págs. 756-757; PAUL LE CANNU, “Note – Associé gérant de fait...”, *loc. cit.*, págs. 765 e ss (“A qualificação como gerente de facto não tem outro objectivo que não seja demonstrar a ausencia de subordinação”), ID., “Direction de fait...”, *loc. cit.*, pág. 10; PHILIPPE MERLE, “Règlement judiciaire, liquidation des biens, faillite personnelle...”, *loc. cit.*, pág. 466; LAURENT LEVENEUR, pág. 66; CLAUDE CHAMPAUD/DIDIER DANET, “Sociétés et autres groupements. Dirigeant social. Notion, Dirigeant de fait, Portage du contrôle de la société...”, *loc. cit.*, págs. 817-818 (mas comentando uma negação da qualidade de um trabalhador que ficou titular de 95% das participações “por conta de um terceiro” numa operação de “portage de titres”: **Cour d’Appel de Versailles, de 20 de Junho de 1991, Gabet c/ Mlle Maudin et autres**), ID., “Sociétés et autres groupements. Dirigeant de fait. Contrat de travail, Absence de lien de subordination...”, *loc. cit.*, págs. 279 e ss (com sufrágio da mesma instância em decisão de **8 de Fevereiro de 1994**); YVES GUYON, “Sommaires de Jurisprudence. Sociétés en général. Dirigeant. Dirigeant de fait. Notion”, *loc. cit.*, pág. 772 (apoio no caso de um “director comercial” que tomava as decisões importantes e assinava o correio apresentando-se na qualidade de gerente: **Cour d’Appel de Paris de 19 de Maio de 1995**); PHILIPPE HAEHL, pág. 541; NATHALIE DEDESSUS-LE-MOUSTIER, pág. 508; JACQUES MESTRE/DOMINIQUE VELARDOCCIO, págs. 606; ANDRÉ JACQUEMONT, pág. 597. Como ilustrações, entre as várias apontadas e comentadas pelos Autores, considerem-se as decisões da **Cour de Cassation de 3 de Fevereiro de 1982** (in *Rec. Dalloz*, 1982, Informations Rapides, pág. 513) e **16 de Abril de 1996** (in *Rec. Dalloz*, 1996, Informations Rapides, pág. 138); em sentido inverso, é commumente aludida a já nossa conhecida **Cour d’Appel d’Aix-en-Provence de 30 de Setembro de 1975** (*loc. cit.* a n. 1564, pág. 3), que negou a qualidade fáctica a um *directeur administratif* que subscrevia cheques para pagar despesas que não decidia, intervinha em operações que não conduzia e assinava documentos laborais “*pour le gérant*” em execução estrita das instruções que recebia, assim como, por falta de independência na actividade de gestão de um *directeur salarié*, as decisões da **Cour de Cassation de 30 de Maio de 2006** (in <http://legimobile.fr>, processo 03-16.179; concordante, CRISTOPHE DELATTRE, “L’inlassable travail de la Cour de cassation...”, *loc. cit.*, pág. 22) e de **27 de Março de 2007** (in *JCP*, Entreprise et affaires, 2007, pág. 19; também favorável, CRISTOPHE DELATTRE, “Preuve non rapportée...”, *loc. cit.*, pág. 20).

Em Itália, o aresto de **14 de Fevereiro de 2002 do Tribunale de Torino** (cit. n. 1486) indagou, com o critério adequado, se um *istitutore* (-trabalhador dependente) da sociedade – arts. 2203 e ss do CCIt, também equivalente ao nosso “gerente de comércio” – era administrador de facto: a resposta foi negativa, uma vez que se subordinava às “escolhas de política empresarial” do administrador de direito único e nunca o expropriou da “condução do ente” e dos seus poderes de superintendência e instrução.

Nos EUA, a jurisprudência já concluiu pela falta de qualidade de administrador de facto de um trabalhador que, ainda que próximo do *board* e participante em algumas das suas reuniões, nunca assumiu a posição e o exercício de direitos típicos do cargo: *The Osler Institute, Inc. vs Lois Forde*, em decisão de **26 de Junho de 2003 do United States Court of Appeals** (in *F.3d*, 2003, volume 333, pág. 832, ss).



### 11.2.2. Em especial: o “director geral” e o “procurador geral”

Particularmente discutida neste caudal problemático é a situação do “director geral” da sociedade <sup>1761</sup>, quando munido de amplas e genéricas atribuições (expressas nos estatutos ou em deliberação da sociedade – órgão de administração e, eventualmente, sócio ou sócios –, descritas contratualmente ou tacitamente aceites em face da “prática das relações de trabalho” <sup>1762</sup>) que equivalem, em grande parte, às funções de um verdadeiro administrador <sup>1763</sup>.<sup>1764</sup>

Para uma posição doutrinal desfavorável à extensão da responsabilidade própria da função administrativa a esses agentes ou auxiliares (trabalhadores, mandatários, procuradores, directores, etc.) que se ocupam de tarefas administrativas, v. URSULA STEIN, *Das faktische Organ* cit., págs. 146 e ss, 191-192 – os seus deveres e responsabilidade guiam-se pelo regime jurídico do negócio que fundamenta a sua actividade e pela responsabilidade civil delitual; mesmo quando não há administradores actuaentes ou não existem, a respectiva assunção de funções administrativas não chega ao ponto de ser justificável trespassar-lhes o risco de exigência de um outro tipo de diligência e inerente responsabilidade; por sua vez, a sociedade, os sócios e os credores são protegidos pela responsabilidade orgânica dos administradores de direito, que são responsáveis pela escolha, instrução e supervisão das pessoas a quem confiam as tarefas próprias da administração (violação de dever por culpa própria) em caso de actuação prejudicial, especialmente quando toleram que tais agentes se “elevem”, pelo exercício de certa actividade, à condição de verdadeiros administradores da sociedade e como tal a representem (interna e externamente); em suma, não há aqui uma “lacuna de responsabilidade” (*Haftungslücke*) que justificasse ponderar a inclusão de tais sujeitos na responsabilidade orgânica da administração.

<sup>1761</sup> Para o enquadramento histórico da figura (desde as companhias coloniais até ao acolhimento positivo nas leis), v. RUDOLF WIETHÖLTER, pág. 60, FERNANDO RODRÍGUEZ ARTIGAS, “Notas sobre el régimen jurídico...”, *loc. cit.*, pág. 115 e n. (2).

<sup>1762</sup> Isto é, “dos comportamentos pelos quais pode entender-se que as partes exprimem o seu acordo”: ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, pág. 203.

<sup>1763</sup> Por todos ALESSANDRO BORGIOIOLI, *I direttori generali...* cit., págs. 3 e ss.

<sup>1764</sup> Será comum que a pessoa designada para ser director geral não seja administrador, o que permite, em princípio, que fiquem melhor delimitadas as funções de “alta direcção” que são próprias da administração orgânica e as funções relativas à gestão “quotidiana” atribuída ao director geral.

No entanto, a possibilidade de designar director geral a pessoa que já exerce a função de administrador e, mais em geral, a questão da compatibilidade das duas funções é particularmente discutida em Itália – no contexto da problematização do cúmulo no mesmo sujeito da qualidade de administrador e dependente da sociedade – e dividiu a doutrina e a jurisprudência. Contra, fundamentalmente com base na impossibilidade de se concretizar a relação de subordinação que liga o director geral com a sociedade no âmbito de acção do administrador-empregador: v., como exemplos, GIUSEPPE FANELLI, *La delega di potere amministrativo nella società per azioni*, 1952, n. (26) – págs. 26 e ss, FRANCESCO GALGANO, *Diritto commerciale. 2. Le società* cit., pág. 321. A favor (e dominante entretanto), na medida em que um eventual conflito de interesses que vicie o contrato de trabalho por “auto-assunção” só pode ser deslindado, caso a caso, na concreta actuação da relação laboral (e tarefas atribuídas), admite-se o cúmulo se não deixasse de ser preservada a autonomia do papel estratégico de “direcção geral” da gestão, que é típico do conselho de administração e dos administradores em geral, e a subsistência do exercício do poder de disciplina e de controlo sobre a actividade de gestão diária que singulariza o director geral, por sua vez mantendo este o vínculo de subordinação; assim, seria legítimo confiar a direcção geral a um conselheiro em caso de administração colegial, mas não seria legítima essa cumulação com um administrador único ou com um administrador delegado responsável por toda a gestão (sem deixar espaço para uma função autónoma de direcção geral) ou com o próprio presidente do conselho de administração: v. GUSTAVO MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., págs. 79 e ss (em esp. págs. 82-83 e n. (76)), 84 e ss, ALESSANDRO GRAZIANI, págs. 371-372 e n. (7), ANGELO PESCE, págs. 188 e ss, ALESSANDRO BORGIOIOLI, *I direttori generali...* cit., págs. 231 e ss (com as várias indicações dos Autores, num e noutro sentido), CESARE SILVETTI/GINO CAVALLI, págs. 266 e ss, GIOVANNI CASELLI, *Vicende del rapporto di amministrazione* cit., págs. 36 e ss, PIETRO

ABBADESSA, *Il direttore generale*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, volume 4, *Amministratori. Direttore generale*, 1991, págs. 474-475, GIUSEPPE FERRI, *Le società cit.*, pág. 681, FRANCESCO FERRARA Jr./FRANCESCO CORSI, *Gli imprenditori...* cit. 1999, n. (7) – pág. 569, FRANCO BONELLI, *Gli amministratori...* cit. 2004, págs. 58-59, GASTONE COTTINO, *Diritto societario cit.*, págs. 386 e ss.

Em França, distinguem-se duas situações com soluções diferentes. O art. L. 225-22 do CComFr. admite inequivocamente que um trabalhador seja nomeado administrador de uma sociedade anónima, desde que as suas tarefas sejam precisas (nomeadamente no plano técnico) e distintas das funções administrativas («*emploi effectif*», diz a lei), desempenhadas em estado de subordinação e com remuneração diferenciada (princípio da *anterioridade* do contrato de trabalho); assim, será interdita a conclusão de um contrato de trabalho concomitante da nomeação como administrador; de todo o modo, o número de administradores com contrato de trabalho não pode ser superior a um terço do número de administradores em funções. Essa admissibilidade de cúmulo é permitida igualmente nas sociedades de responsabilidade limitada nessas condições (para além do respeito pela disciplina dos contratos concluídos entre a sociedade e os sócios ou gerentes: art. L. 223-19). Por outro lado, a articulação do art. L. 225-44 (proibição de os administradores receberem outra remuneração que não seja a que resulta do seu “mandato”) com o preceito referido implica, de acordo com a jurisprudência e a doutrina, que um administrador já em funções não possa concluir um contrato de trabalho. Na primeira hipótese, uma vez não satisfeitas as condições legais, a nomeação do administrador está ferida de nulidade, mas entende-se que a validade das deliberações do conselho em que participou não é afectada; se, depois, decair a subordinação jurídica, o contrato suspende-se durante o exercício do “mandato”. Na segunda hipótese, o contrato de trabalho celebrado é nulo por violação de norma imperativa. V. JEAN-PAUL VALUET/ALAIN LIENHARD, págs. 378 e ss, MAURICE COZIAN/ALAIN VIANDIER/FLORENCE DEBOISSY, págs. 250 e ss, 460-461, GEORGES RIPERT/RENÉ ROBLLOT cit. 2002, págs. 448 e ss, PHILIPPE PÉTEL [*et alii*], *Code de commerce*, 2011, págs. 272-273.

Já agora, em Espanha (em cuja LSCE o art. 249, n.º 1 [anterior art. 141, n.º 1, LSAE], permite ao conselho de administração a celebração de «*apoderamientos*» com «qualquer pessoa»), o concurso da condição de administrador e de director geral (como “figura-tipo” de «*apoderado*»: JESÚS QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil...* cit., pág. 329) é, além de admitido genericamente nessas mesmas condições de dissociação entre as funções tipicamente administrativas e as funções laborais – v. JOSÉ GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades anónimas...* cit., pág. 369 (afastando o dogma da “auto-contratação” pela separação entre o conselho como “unidade orgânica” e um dos seus membros na sua “qualidade individual”); JUAN IGLESIAS PRADA, n. (52) – págs. 221-222, págs. 388-389 (“como conselheiro, continua encarregado do exercício colectivo das funções de administração (...); em razão [do posto subordinado] que assume, ostenta, pessoal e individualmente, a representação que se lhe confere (...) e está obrigado a realizar todos os trabalhos e missões que se lhe conferiram por força do seu posto...”); FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, “Efectos del nombramiento y aceptación...”, *loc. cit.*, págs. 3405 e ss (não existe incompatibilidade quando o administrador, por si só, não tenha o poder de controlo ou de decisão na sociedade, como acontece quando é conselheiro não executivo, mas não com um administrador único, dois administradores que actuem conjuntamente, com o presidente executivo do conselho ou um conselheiro delegado), *ID., Comentarios a la Ley...* cit., *sub art.* 141, págs. 503-504 (mas desde que o conselheiro não seja titular do poder de representação da sociedade, para que se evitem confusões nos terceiros perante a duplicidade de representação voluntária e representação orgânica); ANTONIO TAPIA HERMIDA, “La alta dirección empresarial...”, *loc. cit.*, págs. 3759 e ss; FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, “Régimen interno y delegación...”, *loc. cit.*, págs. 1769-1770 (que segue a opção de Sánchez Calero, em especial se for administrador delegado); FRANCISCO VICENT CHULIÁ, *Introducción al derecho mercantil* cit., pág. 411 (elencando as quatro objecções jurisprudenciais à acumulação, onde avulta a “identidade material das suas funções”); MERCEDES SÁNCHEZ RUIZ, “Apoderamiento general en favor de un consejero (STS 19 febrero 1997)”, *Derecho de sociedades. I. Comentarios a la jurisprudencia*, Volumen II, 2010, págs. 1854 e ss –, mesmo configurado como uma nomeação de um administrador delegado dotado das especiais funções de “gestão diária” referidas ao director geral (neste sentido, FERNANDO RODRÍGUEZ ARTIGAS, “Notas sobre el régimen jurídico...”, *loc. cit.*, pág. 123; esta já era, alás, uma solução aventada no direito italiano por GUSTAVO MINERVINI, *ibid.*, pág. 87; contra: JUAN IGLESIAS PRADA, pág. 388).

Entre nós, a tese da incompatibilidade entre trabalhador e administrador como regra – mesmo depois de terminada a função de administrador, logo, para um ex-administrador – está consagrada legalmente, para as sociedades anónimas, no art. 398º, n.º 1 (o que mais interessa para a hipótese: um administrador, enquanto o for, não pode exercer na sociedade respectiva, ou em sociedades que com ela

estejam em relação de domínio ou de grupo, quaisquer funções temporárias ou permanentes ao abrigo de contrato de trabalho ou de contrato de prestação de serviços, nem pode celebrar qualquer desses contratos depois de cessada a relação de administração), e n.º 2 (um trabalhador de sociedade anónima, ou de sociedade que com ela esteja em relação de domínio ou de grupo, pode ser designado administrador dessa(s) sociedade(s), mas o contrato de trabalho extingue-se, se tiver sido celebrado há menos de um ano antes da nomeação, ou suspende-se, se tiver sido celebrado há mais de um ano; neste último caso, há cumulação, ainda que se suspenda a posição de trabalhador), aplicáveis por força do art. 428º na estrutura germânica. Acima de tudo, a lei visa evitar a contratação fraudulenta para obter remunerações suplementares e protecção social e a criação de funções fictícias em desfavor da sociedade, assim como promover o intuito fraudulento de continuar ligado à sociedade como trabalhador (no n.º 1), e não permitir que essa contratação possa impedir a livre destituição de administrador e (n.º 2, 1.ª parte), de forma que a expressão da vontade da sociedade por intermédio da posição de administrador não redunde em benefício injustificado – sirvam de exemplos os casos julgados pelos Acs. do **STJ de 28 de Maio de 2003** (in *www.dgsi.pt*, processo 03S4053) e de **9 de Abril de 2008** (in *www.dgsi.pt*, processo 07S1695). Mas parece que também não podemos ser alheios ao escopo de não deixar que a actividade do administrador não seja “apropriada” ilicitamente pela actividade confiada ao trabalhador ou ao prestador de serviços, deturpando-se as fronteiras entre ambas as posições e tornando a mesma pessoa num dependente de si próprio – assim, a lei ataca de imediato a validade do contrato de trabalho ou a sua manutenção (com a suspensão, ele naturalmente mantém-se), de tal modo que se neutraliza “laboralizar a situação jurídica dos administradores” (MENEZES CORDEIRO, *Direito das sociedades*, I volume cit., pág. 924). Afora essas circunstâncias, o cúmulo pode naturalmente ser benigno e corresponder a objectivos precípuos e razoáveis da própria sociedade (entre eles, “aproveitar melhor a experiência e as aptidões particulares de um trabalhador (v. g., quadro superior), facultando-lhe um modo de promoção na empresa, sem provocar a perda dos benefícios decorrentes da legislação laboral”, e “confiar a um administrador com aptidões particulares, além das suas funções de administração, funções técnicas especiais, em posição de subordinação relativamente ao órgão de administração”: BRITO CORREIRA, *Os administradores de sociedades anónimas* cit., pág. 576), particularmente no âmbito de um domínio técnico circunscrito (jurídico, económico, arquitectónico, etc.) ou de um sector geográfico delimitado. Em suma: o crucial é separar o trigo do joio, os contratos reais e os contratos fictícios. Se assim é, não se justifica que se refute ao administrador, *a priori e tão só formalmente*, o estatuto de parte num contrato de trabalho com a sociedade que gere e representa organicamente, sem indagar o *modo de execução da prestação e a sua ligação com as funções de administração naquela sociedade em concreto* – nada a opor haverá se se distinguir os diferentes espaços *funcionais* do “cargo social” e do “cargo laboral” ou “de prestação”, dando lugar a um desdobramento lícito de *status* jurídico (tanto quando é o administrador em funções que se torna trabalhador, como quando é este que é designado administrador).

Neste contexto, parece mais razoável no plano dos interesses a tutelar deixar de lado uma aplicação rígida dessa norma (imperativa, ainda para mais) e *retirar do âmbito de aplicação do art. 398º as situações não fraudulentas em que, concretamente, os poderes típicos administrativos de comando, fiscalização e disciplinares subsistam – ou possam subsistir – em conjunto com a subordinação do contrato de trabalho ou a orientação sobre o conteúdo dos serviços atribuídos contratualmente*. Isto é, quando é plausível a subordinação ou aquela prestação de serviços na pessoa do administrador e, por isso, o cúmulo de posições, sem esvaziamento de uma das posições e da superioridade do conselho.

Assim, não é de admitir nas hipóteses de *administrador único, enquanto titular exclusivo dos poderes orgânicos*; de *administrador delegado que tenha a seu cargo as tarefas de gestão que incumbe ao prestador laboral ou autónomo (com a natural superintendência sobre si mesmo enquanto dependente)* – mas não se essa superintendência couber ao conselho “primário” ou a outro ou outros administradores delegados (*sem auto-direcção*, portanto); bem como a hipótese do *presidente do conselho com voto de qualidade nas deliberações do conselho, ou um administrador que fique com esse direito nas suas ausências e impedimentos* (art. 395º, n.os 3 e 4). Duvidosa é a compatibilidade na administração bipessoal em que o administrador não prestador é administrador delegado com poderes de direcção sobre o administrador prestador, atenta a competência concorrente dos não delegados (eventualmente obtemperada pela capacidade de bloqueio do administrador delegado). Nesses casos de *compatibilidade (em que o director geral não é subordinado ou dependente de si próprio enquanto administrador)* – como não é a circunstância de um conselho de administração plural em que este possa deliberar validamente sem o voto ou com o voto contrário do administrador trabalhador ou prestador –, deve, isso sim, submeter-se o contrato do director geral ao regime do art. 397º, n.os 2 a 4 (*maxime*, à autorização prévia por deliberação do conselho de administração,

Esta figura, sendo por regra constituída por mor de um contrato de trabalho<sup>1765</sup>, ingressa, como sua especialidade, na classe dos trabalhadores *dirigentes* ou trabalhadores *chefes*: “aqueles cujo contrato de trabalho tem por objecto

---

susceptível de controlo da sua validade nos termos dos arts. 411º e 412º), e à inerente *ponderação do órgão administrativo sobre a preservação das suas competências no confronto com a execução da prestação do director geral*.

É neste sentido que se pode ver, aliás, o parecer crítico de COUTINHO DE ABREU, “Administradores e trabalhadores de sociedades (Cúmulos e não)”, *Temas societários*, 2006, págs. 15 e ss (em esp. 17 e 20-21), em esp. por sustentar “hipóteses de convivência pacífica na mesma pessoa entre o estatuto de titular da administração e o estatuto de subordinação jurídico-laboral” (por ex., “uma pessoa designada membro do conselho de administração, sem funções executivas, que continua a exercer a actividade que como trabalhador desempenhava na sociedade (actividade distinta da de administrador e não absorvida por esta), e a exercê-la sob a autoridade e direcção da sociedade-empregadora manifestadas pelo conselho (do qual é membro minoritário e no qual não pode votar sobre assuntos em que esteja em conflito de interesses com a sociedade – art. 410º, 6º)”, que não justificam a suspensão do contrato de trabalho (n.º 2 do art. 398º), e censurar a proibição do 1.ª parte do art. 398º, n.º 1. E também as considerações de JÚLIO GOMES, págs. 163 e ss, em esp. 167-168. Sobre o regime do art. 398º, v. ainda ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, págs. 298 e ss, em esp. 304-305, BRITO CORREIA, *ibid.*, págs. 584 e ss, em esp. 588-589, RAÚL VENTURA, “Nota sobre o desempenho doutras funções por administrador de sociedade anónima”, *Novos estudos sobre sociedades anónimas e sociedades em nome colectivo. Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, 1994, págs. 190 e ss.

No que se refere aos gerentes das sociedades por quotas, é admissível, no silêncio da lei, a coexistência gerente-trabalhador/prestador, com a mesma condicionante de se registar uma função distinta e, enquanto tal, subordinada à gerência: ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, pág. 313 (que fala de um “contrato de trabalho real”); RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas. Comentário...*, volume III cit., *sub art.* 252º, págs. 33 e ss (mas admitindo a acumulação para o gerente único uma vez que, “no campo dos princípios, o obstáculo da subordinação não (...) parece intransponível”); LUÍS MIGUEL MONTEIRO, “Algumas notas sobre o trabalhador dirigente”, *VIII Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias*, 2006, págs. 240-241; JÚLIO GOMES, págs. 171-172 (Autor que dá preferência ao princípio da “primazia da realidade”); ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do trabalho*, Parte I, *Dogmática geral*, 2009, págs. 70-71; BRITO CORREIA, “Admissibilidade de remuneração...”, *loc. cit.*, págs. 14-15. A jurisprudência está dividida (cfr. as ns. (443) e (444) do últ. Autor cit.), mas neste sentido surge como paradigmática a espécie recolhida no Ac. do **STJ de 29 de Setembro de 1999** (in *ADSTA* n.º 461, 2000, pág. 784, ss, com destaque para os pontos I-III do Sumário), que recusou a aplicação analógica do art. 398º às sociedades por quotas, sendo que, nestas, “é apenas na realidade do caso concreto que se poderá aferir da coexistência ou não das duas qualidades” (gerente e trabalhador subordinado). Em coerência, também neste tipo social se deverá submeter esse contrato, por analogia, ao regime do art. 397º, n.º 2 (COUTINHO DE ABREU, *ibid.*, n. (28) – pág. 21).

<sup>1765</sup> Não deixa de ser jurídico-laboral e subordinado o exercício de funções de director geral em “comissão de serviço” (arts. 161º-164º CT), que prevê expressamente a contratação de «cargo de direcção ou chefia directamente dependente da administração ou de director-geral ou equivalente» (art. 161º), seja em comissão *interna* (trabalhador com vínculo de trabalho com o empregador) ou *externa*, isto é, para cargos ou núcleos de funções que comportam especiais exigências de confiança – v. JORGE LEITE, “Comissão de serviço”, *QL*, 2000, págs. 153 e ss, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, “Algumas notas...”, *loc. cit.*, págs. 246-247, ID., “Art. 161º”, págs. 414-415, 418-419, “Art. 162º”, pág. 421, *Código do trabalho anotado*, por Pedro Romano Martinez [et alii], 2009.

De todo o modo, nem sempre o director geral se relacionará com a sociedade através de um contrato de trabalho ou “comissão de serviço”. Não se descarta, por ex., a prestação de serviços ou o mandato como formas contratuais de dar corpo à categoria – sobre esses outros enquadramentos e a possibilidade de uma disciplina interna *não laboral* (nomeadamente nas sociedades em relação de grupo, em que só há contrato de trabalho com uma delas), v. AURELIO MÉNENDEZ MÉNENDEZ, págs. 278 e ss, ALESSANDRO BORGIOIOLI, *I direttori generali...* cit., págs. 147 e ss, 290 e ss, PIETRO ABBADESSA, *Il direttore generale* cit., pág. 463, DARIO LATELLA, “La procura generale...”, *loc. cit.*, n. (7) – pág. 127, JAVIER JUSTE MENCÍA, *Factor de comercio...* cit., págs. 106 e ss.

actividades de coordenação e orientação de outros trabalhadores, envolvendo *delegações de poder* do empregador e a inerência de *responsabilidades na gestão da empresa*<sup>1766</sup>, de tal modo que “exercem *poderes* cujo titular originário é o empregador, e exercem-nos dentro dos limites e da estrutura por ele traçados”<sup>1767</sup>. As pessoas que exercem tais “categorias” de “segundo nível de administração”<sup>1768</sup> encontram-se numa situação *híbrida* – ou *border line*<sup>1769</sup> –, pois, tendo avultada margem de decisão e de iniciativa (mesmo que intermédias, na moldura de uma organização estruturada hierarquicamente) em ordem à execução dos programas estabelecidos pelo conselho<sup>1770</sup>, emergem ainda os elementos da subordinação jurídica: “estão integrados numa organização alheia, disponibilizam as suas aptidões para a realização de fins que não são próprios, devem obediência a regras e instruções que exprimem a disciplina da organização”<sup>1771</sup>. Dito por outras palavras: o “director-geral”, sendo – e mesmo que não seja – trabalhador subordinado, perde a autodeterminação da sua actividade, uma vez que se obriga contratualmente a realizá-la de acordo com a vontade do empregador e está sob o manto do poder alheio de decidir os modos precisos de utilização da capacidade laborativa colocada à disposição da sociedade, que a conforma aos seus interesses e aos fins da organização empresarial explorada, motivados nos planos gerais e estratégicos – encontra-se num estado de *disponibilidade funcional*<sup>1772</sup>. De todo o modo, como trabalhador “parasubordinado”<sup>1773</sup>, quanto mais alargado for o âmbito das tarefas

---

<sup>1766</sup> ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, pág. 199.

<sup>1767</sup> ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, pág. 219.

Uma outra definição em LUÍS MIGUEL MONTEIRO, “Algumas notas...”, *loc. cit.*, pág. 237: caracterizados “pela posição de topo que ocupa na hierarquia funcional da empresa e pela legitimidade conferida pelos órgãos de representação dos titulares da empresa, quer através da confirmação das decisões tomadas, quer por via do instituto da delegação de poderes”.

<sup>1768</sup> HOLGER FLEISCHER, “Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit...”, *loc. cit.*, pag. 526.

Sobre o papel do “Senior-Chefs” e do “Junior-Chefs” nas sociedades familiares, v. GÜNTER KOLHMANN, pág. 725, *Rdn.* 20. Para a inserção do *managerialism* numa estrutura hierárquica institucionalizada em razão da posição de topo do *board of directors*, v. STEPHEN BAINBRIDGE, *Corporate law cit.*, págs. 74-75 e, mais desenvolvidamente, *Corporation law and economics cit.*, págs. 198 e ss.

<sup>1769</sup> GIANFRANCO DI GARBO, “Amministratori di società, dirigenti apicali e figure «border line»”, *Società*, 2008, págs.1362-1363.

<sup>1770</sup> ALESSANDRO BORGIOIOLI, *I direttori generali...* cit., págs. 28-29, PIETRO ABBADESSA, *La gestione dell'impresa...* cit., págs. 86-87.

<sup>1771</sup> ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, pág. 119.

<sup>1772</sup> DARIO LATELLA, “La procura generale...”, *loc. cit.*, pág. 127.

<sup>1773</sup> JÚLIO GOMES, pág. 115, LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito do trabalho cit.*, págs. 153-154; lá fora, sempre de ANTONIO TAPIA HERMIDA, “La alta dirección empresarial...”, *loc. cit.*, pág. 3732, e, mais desenvolvidamente em torno da autonomia conferida nestes casos, “El administrador social que trabaja para una sociedade anónima, en cuanto órgano de la misma, es un trabajador por cuenta ajena, con

“delegadas”<sup>1774</sup>, mais cooperação com os administradores (ou administradores delegados) se associa à prestação laboral<sup>1775</sup>, mais liberdade de organização da “gestão material” da empresa<sup>1776</sup> assiste ao “director-geral” (inerente a uma posição do empregador fundamentalmente concentrada numa faculdade de orientação genérica e de supervisão da prestação acordada), mais a dependência do *alter ego* do empresário se reduz até ao mínimo possível<sup>1777</sup>, de tal forma que sobre ele acaba por incidir mais singelamente – em vez de estar obrigado a um estrito modo de execução de ordens precisas emanadas do empregador – um dever de agir em função do resultado pretendido ou esperado pela sociedade (que se bastará, através da administração, com o controlo *a posteriori* dessa prestação).<sup>1778</sup> É de entender que o nível hierárquico cimeiro das suas funções<sup>1779</sup>, o elevado grau de autonomia *técnica* para a resolução de problemas (e até de liberdade para a fixação das condicionantes temporais da prestação da sua actividade) no âmbito dos objectivos a alcançar e predeterminados no contexto da “alta direcção”<sup>1780-1781</sup>, a posição de *poder*

---

independência del régimen de su relación de servicios”, *Derecho de sociedades. Libro homenaje al Professor Fernando Sánchez Calero*, Volumen II, 2002, págs. 1559 e ss.

<sup>1774</sup> Um limite razoável a essa transmissão, sob pena de ilicitude, é, desde logo, o conjunto de matérias indelegáveis impostas pelo art. 407º, n.º 2, para a delegação orgânica “restrita” (e também n.º 4, se interpretado extensivamente), fazendo uso de um argumento *a maiori ad minus*: se essas competências não podem sequer ser confiadas a delegados-administradores da sociedade, muito menos podem ser encomendadas ao director geral não administrador – em sentido convergente, COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., pág. 43; lá fora, v. GUSTAVO MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., pág. 206, ALESSANDRO BORGIOI, *I direttori generali...* cit., págs. 122-123, 126 (permitindo aos directores gerais, enquanto colaboradores, uma actividade integrativa e nunca substitutiva da dos administradores), FERNANDO RODRÍGUEZ ARTIGAS, “Notas sobre el régimen jurídico...”, *loc. cit.*, págs. 125-126, JOSÉ LUIZ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., pág. 83, NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., pág. 144, FRANCISCO VICENT CHULIÁ, *Introducción al derecho mercantil* cit., pág. 121.

<sup>1775</sup> FERNANDO RODRÍGUEZ ARTIGAS, *últ. est. e loc. cits.*, pág. 129.

<sup>1776</sup> PIETRO ABBADESSA, *La gestione dell’impresa...* cit., pág. 80: isto é, a “direcção da actividade executiva”.

<sup>1777</sup> JAVIER JUSTE MENCÍA, *últ. ob. cit.*, pág. 82.

<sup>1778</sup> Aproveito a distinção entre “trabalho subordinado” e “trabalho autónomo” operada, a propósito de contrato de trabalho vs contrato de prestação de serviços, por SOUSA RIBEIRO, “As fronteiras juslaborais...”, *loc. cit.*, págs. 936 e ss.

<sup>1779</sup> Os “trabalhadores dirigentes” surgem, em conjunto com “trabalhadores indiferenciados”, “técnicos”, “quadros” e “chefias intermédias”, como uma das categorias de trabalhadores subordinados de acordo com o critério do *posicionamento do trabalhador na hierarquia empresarial* – neste sentido, ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do trabalho*, Parte I cit., pág. 324; também LUÍS MIGUEL MONTEIRO, “Algumas notas...”, *loc. cit.*, págs. 243-244.

<sup>1780</sup> Assim se compreende a habitual configuração do “director geral” como alguém que exerce as actividades inerentes ao exercício da empresa social na esfera de cumprimento da “alta direcção” (trabalhador predisposto à execução dos objectivos gerais da empresa social, colocado no vértice da organização administrativa), e não (como poderia ser dado a entender) alguém que *decide* (ou co-decide) as políticas de “alta direcção”, poder exclusivo e indelegável dos administradores – para essa tomada de posição, v. AURELIO MÉNENDEZ MÉNENDEZ, pág. 278; PIETRO ABBADESSA, *La gestione dell’impresa...* cit.,

(*Machtposition* <sup>1782</sup>) quanto à direcção e à disciplina sobre outros trabalhadores <sup>1783</sup> na organização do trabalho e a capacidade de vincular a sociedade nas relações com terceiros (se estiver abrangida na área das suas atribuições essenciais) <sup>1784</sup> assumem

pág. 87, ID., *Il direttore generale* cit., pág. 464; JAVIER JUSTE MENCÍA, *Factor de comercio...* cit., págs. 62, 82-83, 85-86; FERNANDO RODRÍGUEZ ARTIGAS, “Notas sobre el régimen jurídico...”, *loc. cit.*, pág. 127 – ao director geral corresponde, no seio da organização da administração da sociedade anónima, a “função de dirigir a empresa social”, o que supõe “a colocação em marcha e a aplicação da política geral e dos planos de gestão aprovados pelo órgão administrativo” (antes, *Consejeros delegados...* cit., pág. 261); ANTONIO TAPIA HERMIDA, “La alta dirección empresarial...”, *loc. cit.*, págs. 3726 e ss (com discussão do regime laboral do “pessoal de alta direcção” ou “alto cargo” previsto no *Real Decreto* 1382/1985, de 1 de Agosto); DARIO LATELLA, “La procura generale...”, *loc. cit.*, pág. 128; MICHELE MOZZARELLI, pág. 570 e n. (20); ALDO DOLMETTA/ANTONELLA ALIBRANDI, págs. 400, 407 (“o director geral (...) é incumbido da «gestão material-executiva»; “isso representa o «ponto de contacto», o «anel de conjugação» entre os administradores e o aparelho ainda real da empresa em sentido estrito”); aparentemente: FRANCESCO GALGANO, *Diritto commerciale. 2. Le società* cit., págs. 320-321. Por cá, ELISABETE RAMOS, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., págs. 177-178, e, aparentemente, LUÍS MIGUEL MONTEIRO, “Algumas notas...”, *loc. cit.*, págs. 244-245.

Todavia, essa conclusão não foi adoptada por relevante doutrina italiana, que encontrava na generalidade das atribuições do director geral (ainda que colaborador da administração) o fundamento para que pudesse partilhar (no sentido de coadjuvar a actividade do conselho de administração) o poder de participar nas funções (de iniciativa e decisórias) – e não só execução material – de *alta gestione*: GUSTAVO MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., pág. 207; ALESSANDRO BORGIOIOLI, *I direttori generali...* cit., págs. 16-17, 34 e ss, 115 e ss (em esp. 119-120, 125-126), 134 e ss (a sua “actividade de colaboração é principalmente representada pela alta gestão da empresa social”), 204 e ss, ID., “Amministratori di fatto e direttori generali”, *loc. cit.*, págs. 609 e n. (66), 611 – foi esta uma das razões para Borgioli se servir do director geral para enquadrar normativamente o administrador de facto (cfr. *infra*, ponto 12.2.).

Numa posição intermédia encontramos PAOLO MONTALENTI, “La traslazione dei poteri di gestione...”, *loc. cit.*, págs. 453 e ss: o director geral comunga e explicita o próprio poder de alta direcção, mas “com maior continuidade temporal, com uma relação mais assídua e directa com a condução dos negócios sociais”, partilhando com os administradores um “perfil qualitativo de poderes” ou um “traço qualitativo-funcional” coincidente; porém, este Autor coloca um limite “de última instância”: as decisões do director geral não podem prevalecer sobre eventuais deliberações de sinal contrário dos administradores – neste sentido, “o conselho de administração é o órgão gestório *supremo*; neste significado restrito se deve entender a «subordinação» dos directores gerais aos administradores”, de modo que, mesmo que haja uma relação de trabalho subordinado, a subordinação configura-se de modo *anómalo* ou *débil* em relação ao paradigma típico; assim, administradores e directores gerais não se situam no idêntico patamar do *vértice* da hierarquia empresarial.

<sup>1781</sup> Esse mesmo poder de decisão e de iniciativa autónomas é partilhado também pelos directores que, verticalmente inferiores na hierarquia, têm a incumbência de gerir um sector da organização empresarial e produtiva. Como aflora JÚLIO GOMES, págs. 258 e ss (na esteira dos italianos), os trabalhadores *dirigentes* deixam de ser, à luz desses traços, só os que ocupam as posições cimeiras na hierarquia e alargam-se a todos os que podem impor opções num determinado âmbito em toda a empresa ou numa parte dela (“Paulatinamente, confundem-se as noções de pessoal de direcção e quadros, ao mesmo tempo que se afirma que que estes dirigentes ‘inferiores’ podem, simplesmente, traduzir as operações estratégicas do *top management* em decisões operacionais ou exercer tarefas de supervisão daqueles que, em última análise, executarão as ordens”).

<sup>1782</sup> DIETRICH KRATZSCH, pág. 525.

<sup>1783</sup> A título ilustrativo, cfr. o art. 329º, n.º 4, do CT: «O poder disciplinar pode ser exercido directamente pelo empregador, ou por superior hierárquico do trabalhador, nos termos estabelecidos por aquele».

<sup>1784</sup> De toda a maneira, estes poderes de representação *inorgânica*, conferidos a um director dependente, não são ilimitados (como são por natureza para os admitidos para os administradores, como

um maior relevo, de tal forma que os administradores “delegantes” da sociedade esperam que os referidos poderes, na estreita base de *confiança pessoal* que confere uma autonomia *geral* de actuação, vão ser concretizados como eles próprios o fariam<sup>1785</sup>. Se assim se pode dizer, o “director-geral” é, pela ocupação hierárquica, pela especificidade e pelo leque de tarefas, o trabalhador (ou prestador de serviços ou o mandatário) em que o administrador ou os administradores mais confiam para concretizar o “*programa administrativo* – é um “cargo de confiança”<sup>1786, 1787</sup>

Tal fidúcia e tal amplitude não o convertem em administrador-membro de órgão social ou órgão social<sup>1788</sup>, nem sequer de facto, já que essas mesmas

determina em esp. o art. 405º, n.º 2); entregam-se expressamente ou pressupõem-se confiados por força do contrato de trabalho nos termos do art. 115º, n.º 3, do CT.

<sup>1785</sup> Ainda ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, págs. 199-200, que, tendo por causa a acentuação desse elemento *fiduciário* e as consequentes *flexibilidade* e *reversibilidade* que podem não se fazer sentir nas relações de trabalho “comuns”, defende a “construção de um regime próprio para os dirigentes, com desvalorização da segurança do emprego, redução dos constrangimentos em matéria de duração do trabalho, mobilidade funcional e geográfica, e alargamento da admissibilidade do contrato a termo”; e também MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito do trabalho* cit., pág. 111 (“De um modo geral, pode-se dizer que eles [o *pessoal dirigente*] deveriam dispor de uma menor protecção, de deveres acrescidos, de mais regalias e maiores proventos.”) e n. (18); ROSÁRIO PALMA RAMALHO, *Direito do trabalho*, Parte II cit., pág. 72 (“a sua vincada autonomia dilui o poder directivo do empregador”); JÚLIO GOMES, págs. 111-112, 124-125, 257-258.

<sup>1786</sup> JÚLIO GOMES, pág. 88.

<sup>1787</sup> Para as principais características identificadoras destiladas em texto, v., *ex multi*, GUSTAVO MINERVINI, *Gli amministratori...* cit., págs. 202 e ss, FERNANDO RODRÍGUEZ ARTIGAS, “Notas sobre el régimen jurídico...”, *loc. cit.*, págs. 124 e ss, ALESSANDRO BORGIOLO, *I direttori generali...* cit., págs. 13 e ss, 26 e ss, PIETRO ABBADESSA, *Il direttore generale* cit., págs. 461 e ss, JAVIER JUSTE MENCÍA, *Factor de comercio...* cit., págs. 81 e ss (em esp. 103-105), ESPERANZA GALLEGO SÁNCHEZ, págs. 999-1000, FRANCESCO GALGANO, *Diritto Commerciale. 2. Le società* cit., págs. 320-321, ALDO DOLMETTA/ANTONELLA ALIBRANDI, págs. 397 e ss.

<sup>1788</sup> Em França discutiu-se tradicionalmente se o “*directeur général adjoint*” – pessoa que assistia o exercício de funções do presidente do conselho de administração (simultaneamente “*directeur général*”, como aquele que assumia a “directão geral” da sociedade e a representação da sociedade perante terceiros: por todos, nomeadamente para as limitações da plenitude de poderes atribuídos ao “presidente-director geral” em face da sobreposição com o conselho enquanto tal, ALAIN VIANDIER, “Administration. Direction. «Président-directeur general»”, *Juris-classeur des sociétés. Traité théorique et pratique*, VI, Fascicule 133-A, 1982, págs. 16 e ss) na estrutura clássica da *société par actions*: art. 115, 1.ª frase, da *Loi n.º 66-537 sur les sociétés commerciales* de 1966 (e, em complemento, o art. 113); antes, v. o art. 2 da Lei de 16 de Novembro de 1940, alterada pela Lei de 4 de Março de 1943) –, desde que não fosse membro do conselho, era ou não considerado administrador de direito (e órgão da sociedade, unipessoal ou plural). A favor era a doutrina dominante, que assim dispensava a averiguação do conteúdo dos poderes na sociedade e a participação substancial na gestão social: (entre outros) JEAN HÉMARD/FRANÇOIS TERRÉ/PIERRE MABILAT, *Sociétés commerciales*, Tome I cit., págs. 858 e ss, nomeadamente 876-877, 882-883 (com valorização dos poderes alargados do ou dos directores gerais para agir em qualquer circunstância em nome da sociedade, tendencialmente equivalentes ao do presidente “assistido”, em particular na relação com terceiros; cfr. o art. 117 da Lei de 1966), ID., *Sociétés commerciales*, Tome II cit., pág. 976; ALAIN VIANDIER, “Administration. Direction. Directeurs. Comités”, *Juris-classeur des sociétés. Traité théorique et pratique*, VI, Fascicule 133-B, 1982, págs. 3-4 (mas optando pela respectiva qualidade de espécie de “mandatário social”), 10-11; GÉRARD NOTTÉ, *Les dirigeants de fait...* cit., págs. 78, 145, ID., “Observations – Cass. com. 3 mars 1981”, *JCP*, Éd. Générale, II – Jurisprudence, 1982, 19754, pág. 2/2; PHILIPPE MERLE, “Règlement judiciaire, liquidation des



biens, faillite personnelle...”, *loc. cit.*, págs. 463-464; menos entusiasta foi CLAUDE BERR, págs. 108 e ss, em esp. 118, tendo em conta os poderes da figura e a respectiva actuação submetida às directivas e sob responsabilidade do presidente do conselho; a corrente ficou sinalizada pela jurisprudência, em *action en comblement de passif*, da **Cour de Cassation** de **3 de Março de 1981** (in *JCP*, 1982, Éd. Générale, II – Jurisprudence, 19754, págs. 1-2/2). Minoritário ficou JEAN-LOUIS RIVES-LANGE, n. (7) – pág. 41, para quem não se poderia abdicar de investigar o papel, as funções e os poderes de alguém que é subordinado do presidente do conselho de administração, não pode ser visto como administrador de direito e só poderia ser *ajuizado como administrador de facto*, desde que nesse sentido o indicassem as prerrogativas que se arrogasse e o exercício delas com “soberania” e total “independência”. De todo o modo parecia ir neste sentido a velha decisão de **11 de Maio de 1955** da **Cour d’Angers** (in *JCP*, 1955, Éd. Générale, I, 8741<sup>bis</sup>, pág. 1/2), que, ainda que não tenha recorrido à administração de facto, equiparou a administrador um “director geral adjunto” que recebera e exercera um “poder absoluto” (os “poderes mais amplos e sem reserva” do conselho de administração), que o constituía e consentira como *maître de l’affaire* – realçando precisamente a abdicção de poderes e a consequente substituição do órgão de administração, JEAN RAULT, “Sociétés commerciales. Sociétés en general. Société anonyme. Directeur general adjoint. Faute de gestion. Action en responsabilité. Prescription triennale applicable”, *Rev. trim. dr. comm.*, 1955, pág. 592.

Atualmente, num sistema em que o presidente do conselho de administração pode ser ou não ser o “director geral” (as duas modalidades de exercício da direcção geral previstas desde a entrada em vigor do art. L. 225-51-1 do CComFr. para a estrutura clássica: acumulação ou dissociação do presidente e “director geral”), o “director geral adjunto” passou a ter o título legal de “*directeur général délégué*”, nomeado pelo conselho de administração sob proposta do “director geral” (art. L. 225-53, CComFr., na versão introduzida pela Lei n.º 2001-420, de 15 de Maio de 2001). Havendo dissociação e não sendo membro do conselho de administração, parece que a imputação da qualidade de *órgão social* a esse director geral “dissociado” é dominante (ainda que tenha contrato de trabalho), o que significa que a ponderação como administrador de facto – ainda que o “director geral” continue sempre a obedecer na “gestão quotidiana” e nas relações com terceiros às orientações estratégicas, económicas, financeiras, sociais ou tecnológicas emanadas do conselho – se deve fazer desde então para o “director geral delegado” (a não ser que seja administrador de direito). V. JEAN-PAUL VALUET/ALAIN LIENHARD, págs. 462-463, 475 e ss, DOMINIQUE VIDAL, págs. 505-507, 509-511, GEORGES RIPERT/RENÉ ROBLOT cit. 2002, págs. 442-443, MAURICE COZIAN/ALAIN VIANDIER/FLORENCE DEBOISSY, págs. 243, 266-267, 269-270, 282-283.

Já quanto aos chamados “directores técnicos”, enquanto categoria mais saliente dos “empregados superiores”, a sua dependência e subordinação hierárquica em relação aos administradores colocou-os, em princípio, fora desta polémica (e do “director geral adjunto”). Não obstante, em face da generalização de tarefas atinentes à “direcção geral” (e até da atribuição deste último título em termos honoríficos pelo conselho), será ainda e sempre o uso efectivo dos poderes (e não o seu lastro em abstracto) que nos poderá levar à sua qualificação como administradores de facto, como foi decidido para um director com contrato de trabalho, que assegurara anos a fio “a gestão total da empresa”, pela **Cour de Cassation** no acórdão de **26 de Dezembro de 1971** (GÉRARD NOTTÉ, *Les dirigeants de fait...* cit., págs. 143-144, ID., “La notion de dirigeant de fait...”, *loc. cit.*, pág. 78). Para a distinção em relação ao “director geral adjunto” e, agora, do “director geral delegado” e para o seu eventual papel como *dirigeant de fait*, v. YVES GUYON, “L’administration. Responsabilité civile des administrateurs”, *Juris-classeur des sociétés. Traité théorique et pratique*, VI, Fascicule 132, 1969, pág. 3, JEAN HÉMARD/FRANÇOIS TERRÉ/PIERRE MABILAT, *Sociétés commerciales*, Tome II cit., pág. 976, ALAIN VIANDIER, “Administration. Direction. Directeurs. Comités”, *loc. cit.*, págs. 11-12, 13-14, GEORGES RIPERT/RENÉ ROBLOT cit. 2002, págs. 447 e ss, MAURICE COZIAN/ALAIN VIANDIER/FLORENCE DEBOISSY, pág. 269.

Também fora de França a doutrina vem considerando a possibilidade de imputar a qualidade de órgão social ao director geral. Em Itália, a amplitude de tarefas atribuídas (que a faz equivaler a uma verdadeira delegação) e a consequente esfera própria de competências e específico papel funcional para a realização do contrato associativo (que assumem uma importância equivalente ou até superior à dos próprios administradores), a particular autoridade que deriva da sua nomeação por parte da assembleia dos sócios ou por disposição estatutária (actuada em princípio pelo órgão de administração) – por isso só estes modos de nomeação considerados pela lei motivariam a qualidade orgânica, excluindo-se nomeadamente dela a designação directa pelo conselho –, o eventual quadro de formação de um órgão colegial em caso de pluralidade de directores gerais (a “direcção geral”, o “comité de direcção”, etc.) e a submissão à mesma responsabilidade dos administradores (art. 2396 CCIt.) são argumentos esgrimidos a favor: v. ALESSANDRO BORGIOLO, *I direttori generali...* cit., págs. 216-217, PIETRO ABBADESSA, *Il direttore generale* cit., págs. 465 e

características não deixarão de se incorporar numa figura, em princípio, de *execução imediata, se não mesmo mecânica*, das decisões do conselho ou do administrador, *interpretando-as, colocando no terreno as oportunas escolhas tácticas, transmitindo-as aos dependentes subordinados e aos auxiliares e controlando, em primeira instância, a sua pontual e integral execução* <sup>1789</sup>. <sup>1790</sup>

Todavia, percebeu-se que, em algumas situações, a figura é *demasiado atractiva*: utilizada como meio para colocar sócios (maioritários, em particular) e terceiros especialmente interessados na vida da sociedade (v. g., um “representante” do banco financiador) na posição de “director geral”, enquanto que se designavam pessoas sem especiais habilitações profissionais (como trabalhadores indiferenciados) e/ou sem recursos patrimoniais (ou insolventes) ou de especial lealdade (por ex., cônjuge) para ocupar os cargos formais de administrador e se renovavam sucessivamente os contratos dos “gestores efectivos”; assim se esconjuraria o risco de uma eventual demanda de responsabilidade contra os administradores oficiais ter êxito e a possibilidade de reclamação pessoal contra quem, de facto, gere a actividade social e representa a sociedade sem as exigências e

---

ss, MASSIMO FRANZONI, *Della società per azioni*, Tomo III, *Dell'amministrazione e del controllo...* cit., sub art. 2396, págs. 600 e ss (que sublinha a natureza de órgão *executivo* das decisões do conselho), FRANCESCO GALGANO, *Diritto commerciale. 2. Le società* cit., pág. 322.

Por sua vez, em Espanha, não obstante a aparente consideração maioritária do director geral como «factor» (arts. 281, 282-291 do CComEsp., em esp., para a sociedade, 284 e 286; figura equivalente ao nosso “gerente de comércio”), não exclui que alguma doutrina e jurisprudência o vejam como órgão quando os estatutos sociais prevêm expressamente o cargo, com carácter *obligatório*, ao lado do conselho de administração, delimitando-se-lhe as respectivas esferas de competência em relação às que correspondem ao conselho enquanto tal: v. RODRIGO URÍA, *Derecho mercantil* cit., pág. 340, RODRÍGUEZ ARTIGAS, “Notas sobre el régimen...”, *loc. cit.*, págs. 124 e ss, em esp. 130-131, ANTONIO TAPIA HERMIDA, “La alta dirección empresarial...”, *loc. cit.*, págs. 3762-3763, FRANCISCO VICENT CHULIÁ, *Introducción al derecho mercantil* cit., págs. 411-412; favorável à “equiparação conceptual” ou “normativa”, nomeadamente para promover a aplicação do regime de responsabilidade dos administradores, JESÚS QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil...* cit., págs. 329-330, ALONSO UREBA, “La responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, pág. 283; explicitamente contra, em diferentes momentos: JOSÉ GIRÓN TENA, *Derecho de sociedades anónimas...* cit., pág. 369, JOAQUÍN GARRIGUES/RODRIGO URÍA, sub art. 77, pág. 133, IGNACIO LOJENDIO OSBORNE, pág. 383.

<sup>1789</sup> PIETRO ABBADESSA, *Il direttore generale* cit., págs. 461-462, ALDO DOLMETTA/ANTONELLA ALIBRANDI, pág. 400.

<sup>1790</sup> Um dado comumente salientado pela doutrina alemã da “responsabilidade” do administrador de facto, que “protege” desse encargo os colaboradores e funcionários, os “procuradores” da administração e os consultores, que, no exercício de funções administrativas, respondem às instruções da administração e não se encarregam do perímetro completo das tarefas gestionárias – v. g., ROBERT WEIMAR, “Grundprobleme und offene Fragen... (I)”, *loc. cit.*, pág. 476, e MARKUS GEIßLER, pág. 1109, esconjuram assim o perigo de alargar a responsabilidade do administrador de facto a quem nesses termos se envolve na gestão; para a Suíça, v. JEAN NICOLAS DRUEY, pág. 80.

as vinculações do estatuto administrativo.<sup>1791</sup> Além disso, também é manifesto que essa ocupação de um lugar directivo pode iludir a aplicação de outras disciplinas, como aquelas que regem as incapacidades e incompatibilidades para assumir a condição de administrador ou as que impõem a publicidade da designação dos membros do órgão de administração (que expõe o sujeito a uma qualidade através da qual não poderá “escamotear rendimentos ou frustrar diligências de execução”)<sup>1792</sup>. Ora, essas (e outras) vicissitudes servirão indiciariamente para fazer a avaliação.

Ainda que ajuizada a *elasticidade* ou *flexibilidade* proporcionada a um cargo de nível superior<sup>1793</sup>, não se pode chegar ao extremo de uma autonomia *plena* de actuação – em que a subordinação é subvertida ou até invertida em desfavor dos titulares formais da administração. Logo, com funções que não são mais limitadas que as dos administradores de direito (a regra) e que se exercem como se não houvesse *realmente* um superior hierárquico mas sim uma verdadeira e própria *relação orgânica de administração* com a sociedade.

Porém, mais ainda. Por muito largo que seja o campo do director geral, por muita responsabilidade que tenham até na preparação e instrução das decisões (estratégicas ou não) que os administradores tomem<sup>1794</sup>, por muitas vezes em que aconteça (ou até mesmo seja habitual) uma “ratificação” dos seus actos pelos administradores (pelo conselho ou pela administração delegada)<sup>1795</sup>, o director geral

---

<sup>1791</sup> V. as observações de ROBERT WEIMAR, “Grundprobleme und offene Fragen... (I)”, *loc. cit.*, pág. 480, JAVIER JUSTE MENCÍA, “En torno a la aplicación...”, *loc. cit.*, págs. 444-445, ANTONIO PERDICES HUETOS, pág. 281, JOSÉ LUIZ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho... cit.*, págs. 83, 84-85, e NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho... cit.*, pág. 136.

<sup>1792</sup> Neste sentido para o direito alemão, v. NORBERT REICH, pág. 1664, URSULA STEIN, *Das faktische Organ* cit., pág. 74, DIETRICH KRATZSCH, pág. 508, KARSTEN SCHMIDT, “Die Strafbarkeit ‘faktischer Geschäftsführer’...”, *loc. cit.*, pág. 435, MARC DINKHOFF, págs. 17-18 (para uma relação *Hintermann-Strohmann*); MARKUS GEIßLER, pág. 1107 (a quem pertence a transcrição); HOLGER FLEISCHER, “Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit...”, *loc. cit.*, pag. 526.

<sup>1793</sup> ARTHUR MEYER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, pág. 443.

<sup>1794</sup> A tal função *integrativa* da actividade indelegável dos administradores: ALESSANDRO BORGIOI, *I direttori general... cit.*, págs. 123, 126, 127-128, FERNANDO RODRÍGUEZ ARTIGAS, “Notas sobre el régimen jurídico...”, *loc. cit.*, pág. 129 (o que diminui as distâncias que teoricamente podem existir entre ambos os níveis de actuação); entre nós, COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., pág. 43.

<sup>1795</sup> FERNANDO RODRÍGUEZ ARTIGAS, “Notas sobre el régimen jurídico...”, *loc. cit.*, págs. 128-129.

Na nossa jurisprudência, merece alusão o muito próximo Ac. do STJ de 30 de Junho de 2011 (in *www.dgsi.pt*, processo 1705/08.3TBGDM.P1.S1) – os conselheiros julgaram que um acto praticado sem poderes por um “director de produção” pode ser ratificado tacitamente pela sociedade, nos termos do art. 268º do CCiv. De todo o modo, parece que foi negligenciada a aplicação do art. 115º, n.º 3, do CT...

não faz, em princípio, parte do órgão administrativo <sup>1796</sup> e, enquanto director geral, não pode aceder ao âmbito de competência *exclusivamente orgânica* (“alta direcção” e poderes indelegáveis) da *cúpula* (mesmo que administração delegada) com que se relaciona. Com efeito, essa autonomia plena só pode decidir *a favor de uma administração de facto* se se acrescentar o requisito qualitativo de base: o “director-geral” (ou, por maioria de razão, o “director sectorial” ou “técnico” de *escalão inferior*<sup>1797</sup>) participar na tomada de decisões pertencentes à “alta direcção” e à subsequente expressão do *topo da pirâmide* da vontade social <sup>1798</sup>, isto é, uma acção que, por natureza, lhe está vedada e implique (ou seja acompanhada pela) participação ou domínio na *autoridade decisória* que marca a administração-órgão da sociedade. <sup>1799-1800</sup>

---

<sup>1796</sup> Se for de admitir a cumulação, ainda assim fará sentido averiguar a qualidade de administrador de facto *no que respeita à actuação como director geral* – v. g., a actuação como administrador de facto pode ter um alcance diferente da actuação como administrador de direito para o efeito de graduar o grau de ilicitude no incumprimento de deveres e a intensidade da culpa numa eventual acção de responsabilidade.

<sup>1797</sup> Mesmo que, para o efeito de aplicação de certas disciplinas jurídicas, o legislador os coloque no mesmo plano dos administradores e gerentes, isto é, numa posição de *não inferioridade* – cfr. arts. 30º, n.º 3, al. a), 75º e 86º do RGICSF.

<sup>1798</sup> Contudo, basta a autonomia concomitante à falta de subordinação para atribuímos a um director geral ou a um director de inferior nível hierárquico ou a um outro trabalhador ou colaborador a qualidade de administrador delegado de facto (que dispensa factores primários situados na gestão de topo).

<sup>1799</sup> Neste sentido ou com raciocínios próximos (pois nem sempre referidos explicitamente à “alta direcção”), v. ALESSANDRO BORGIOIOLI, *I direttori generali...* cit., págs. 132 e ss; JEAN-JACQUES DAIGRE, “Note Cour de Cassation (Ch. Com.), 17 avril 1980”, *loc. cit.*, pág. 756; GÉRARD NOTTÈ, *Les dirigeants de fait...* cit., págs. 155-156; BERNARD BOULOC, “Note Cour de Cassation (Ch. crim.), 13 décembre 1988 – Rémunération excessive d’un dirigeant de fait; conditions de l’interdiction de gérer une société”, *Rev. Soc.*, 1989, págs. 262-263 (para um “director comercial” ser administrador de facto é preciso algo mais que uma remuneração excessiva e a disponibilidade de importantes meios materiais nas relações comerciais e bancárias da sociedade; importa que tenha por sua conta a “*signature sociale*”, celebre os contratos mais importantes e oriente a actividade social), aparentemente evoluindo de uma posição menos exigente radicada em “Note Cour de Cassation (Ch. crim.), 6 octobre 1980 et 8 décembre 1980”, *loc. cit.*, pág. 355 (inclinava-se para atender à tarefa de representação da sociedade junto de tribunal); YVES GUYON, “Sommaires de Jurisprudence. Sociétés en général. Dirigeant. Dirigeant de fait. Notion”, *loc. cit.*, pág. 772; JAVIER JUSTE MENCÍA, *Factor de comercio...* cit., págs. 210-211 (e n. (401), 212, ID., “En torno a la aplicación...”, *loc. cit.*, pág. 452 (“invasão, «de facto», das decisões últimas atribuídas ao administrador”); JOSÉ LUIZ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., pág. 84; ALONSO UREBA, “La responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, pág. 283 (se assumir uma posição “quase orgânica” ou pelo menos “nº ao alheia à estrutura organizativa ou de poder da sociedade”); HOLGER FLEISCHER, “Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit...”, *loc. cit.*, pag. 526; JOSÉ EMBID IRUJO, “La responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, págs. 2398-2399; NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., págs. 143 e ss (as funções de gestão diária que colocam em marcha os “planos de gestão” aprovados pelo conselho e a posição de subordinação podem ser alterados se o conselho se subordina ao director geral e se as suas funções se alargam até ao naipe dos administradores), ID., “El concepto de administrador de hecho...”, *loc. cit.*, págs. 888 e ss; MIRIAM LOZANO SAIGÍ, págs. 1065-1066 (que fala da conversão numa relação que adopta “colorações «quase-orgânicas»” com a sociedade); JAVIER JUSTE MENCÍA/FERNANDO IGUARTA ARREGUI, pág. 87.

Para o reconhecimento da atribuição da qualidade de administrador de facto a quem esteve implicado na origem da criação da sociedade (eventualmente foi administrador de direito ao início) e, depois, entende conduzir os negócios sociais sem “aparecer oficialmente”, recorrendo ao cônjuge, ao

Para essa conclusão afirmativa será importante atentar no lote de tarefas atribuídas ao director geral, estejam elas descritas em cláusula do pacto social prescritora da figura, em deliberação do conselho (ou, porventura, do sócio ou dos sócios) ou/e no contrato (independentemente ou em execução do pacto social ou de deliberação prévia) celebrado com a sociedade <sup>1801</sup>, como factor-indício *accessório ou complementar*. Ainda assim, mesmo que o director geral seja investido de poderes tais

concubino ou outro familiar para “cabeça” da administração, e, porventura, ostentando um outro cargo ou função profissional-assalariada na sociedade (como “director comercial” ou “director geral”), v., no direito francês, GÉRARD NOTTÉ, *Les dirigeants de fait...* cit., págs. 63, 156-157, JEAN-PIERRE SORTAIS, “Note Cour d’Appel de Paris (3<sup>e</sup>Ch., sect. A), 20 février 1978”, *loc. cit.*, págs. 131-132; PAUL LE CANNU, “Note – Associé gérant de fait...”, *loc. cit.*, págs. 763 e ss; LAURENT LEVENEUR, págs. 65, 67 e ns. 43-44; NATHALIE DEDESSUS-LE-MOUSTIER, pág. 508 – (além das referências apontadas pelos Autores) sirva de exemplo, sempre da *chambre commerciale* da **Cour de Cassation**, os arestos de **26 de Outubro de 1971** (in *Rec. Dalloz*, 1972, Jurisprudence, pág. 62), **4 de Março de 1981** (in *Rev. Soc.*, 1981, Jurisprudence, págs. 761, 762-763), **6 de Outubro de 1981** (in *Rec. Dalloz*, 1983, Jurisprudence, pág. 133), bem como a espécie de **20 de Fevereiro de 1978** da **Cour d’Appel de Paris** (*loc. cit.* n. 1535).

Em Espanha, a jurisprudência não se inibe de responsabilizar ou considerar (nomeadamente para desresponsabilizar) o director geral (*apoderado general*) como administrador de facto nessas condições (ou por falta delas): entre as mais citadas, v. **AP de Alicante de 22 de Maio de 1995** (in *RdS*, 1996, 6, pág. 341), **TS de 26 de Maio de 1998** (in *RAJ*, 1998, pág. 4459), **TS de 7 de Junho de 1999** (in *RAJ*, 1999, III, pág. 7283, seg.), **AP de Valencia de 27 de Setembro de 1999** (*AC cit.*, pág. 1331: “(...) o teor das faculdades do director, que são amplíssimas, e praticamente coincidentes com as que o artigo... dos estatutos outorga ao administrador...”, comprova que é ele quem “gere a marcha económica da sociedade”), **AP de La Coruña de 17 de Janeiro de 2000** (*AC cit.* a n. 1548, em que o “*apoderado general*” é sócio titular de 70% das acções juntamente com a cónjuge), **TS de 22 de Março de 2004** (in *RAJ*, 2004, I, pág. 3070, seg.), **TS de 8 de Fevereiro de 2008** (in *www.poderjudicial.es*), **AP de La Coruña de 6 de Julho de 2011** (in *www.poderjudicial.es*). Criticamente, porém, ESPERANZA GALLEGO SÁNCHEZ, págs. 1000-1001, uma vez que solicita a demonstração de “ostentar precisamente o poder de decisão do administrador em toda a sua extensão (orgânica)”, assim como NURIA FERNÁNDEZ PÉREZ, pág. 105, para quem será difícil justificar a responsabilidade ligada ao regime organizativo da sociedade a quem não ocupa nela qualquer posição orgânica; também há jurisprudência contrária, assente no carácter contratual da sua relação com a sociedade: **TS de 30 de Julho de 2001** (in *RAJ*, 2001, IV, págs. 10342, seg.).

Inspirada pela experiência francesa, a doutrina italiana preclude, como é de apoiar, uma automática equiparação aos administradores de direito de quem coincide nas qualidades de sócio de controlo e de “director” da sociedade (sem averiguação factual, portanto), mas reconhece que a mera existência de contrato de trabalho nessas situações não pode deixar de lado o apuramento de uma efectiva situação de administração de facto – NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., n. (17) – pág. 84.

<sup>1800</sup> E o que acontece ao contrato de trabalho do sujeito requalificado como administrador de facto, em que a aparência oferecida pelo “assalariado” não corresponde (ou nunca correspondeu) ao seu papel jurídico efectivo e real na sociedade (mais rigorosamente, na empresa social)?

Se houver razões para se demonstrarem vícios genéticos do contrato – como a simulação relativa (art. 241<sup>o</sup> CCiv.) ou a contrariedade à lei (art. 280<sup>o</sup>, n.º 1, CCiv.) –, aplicaremos as regras gerais da invalidade. De outra banda – nomeadamente se esses não forem os casos –, poderá arguir-se a bondade da aplicação do art. 398<sup>o</sup>, n.º 2, incluindo na sua previsão tanto o administrador de direito como o de facto. A qualificação deste último obrigaria à extinção ou à suspensão do contrato de trabalho, uma vez que essa qualificação resultou directamente de o trabalhador não realizar subordinadamente a sua actividade (dentro do âmbito de aplicação da norma, portanto: cfr. *supra*, n. 1764). Uma vez que o intuito do contrato de trabalho será normalmente fraudulento e pretende evitar-se a submissão ao regime jurídico do órgão legal, teremos razões aqui para aplicar por analogia o art. 398<sup>o</sup>, n.º 2, às sociedades por quotas (sobre o ponto, v. COUTINHO DE ABREU, “Administradores e trabalhadores...”, *loc. cit.*, pág. 19 e n. (22)).

<sup>1801</sup> Em geral, para esse auxílio dos estatutos e no contrato de trabalho em caso de transmissão do âmbito de tarefas de direcção do administrador típico, v. MARKUS GEIßLER, pág. 1111.

que se exaure de conteúdo as prerrogativas gestórias dos administradores (conducente até a um juízo de invalidade do instrumento gerador das suas funções), será sempre prevalecente a efectiva execução (ou não) de tais tarefas, no âmbito dos factores primários (ou secundários, se ponderáveis) para a qualificação como administrador de facto.<sup>1802-1803</sup>

\*

Como já vimos<sup>1804</sup>, são equivalentes motivações de ilusão do regime do administrador – com o suspeito do costume na vanguarda: o sócio maioritário ou “controlador” – que se podem encontrar numa outra figura cuja possibilidade de assumir a qualidade de administrador de facto é considerada: o “procurador geral” (munido de *Generalvollmacht, procura generale “ad negotia”*), ou seja, aquele a quem são concedidos poderes gerais (ou poderes muito amplos) de gestão e de representação da sociedade, que verdadeiramente o tornam administrador ou gerente “*substituto*” ou *paralelo* da sociedade.

A validade(-licitude) dessa procuração depende de ela ser ou não um instrumento de *abdicação* total ou significativa das prerrogativas do órgão de

---

<sup>1802</sup> Pode ainda acontecer que um dependente com posição hierárquica inferior (um “director central” ou “sectorial” ou um “gerente de comércio”) realize competências que verdadeiramente caracterizam o director geral (entre elas, avultará uma função de vigilância geral sobre a condução das actividades de todos os trabalhadores e colaboradores da ou das empresas) ou, independentemente disso, um qualquer outro colaborador da sociedade (ou até um terceiro *extraneus*) o faça sem estar investido de uma nomeação formal e/ou celebrar contrato com a sociedade – estaremos perante um director geral *de facto*, construído sobre os poderes efectivamente exercidos. Para indicações e problematização no direito italiano, nomeadamente em face da respectiva sujeição à responsabilidade criminal e à responsabilidade ditada pelo art. 2396 do *Codice Civile*, v. ALESSANDRO BORGIOLO, *I direttori generali...* cit., n. (202) – pág. 135, págs. 213-214, ID., “Amministratori di fatto e direttori generali”, *loc. cit.*, pág. 609 – para o Autor, o director geral sempre é de facto (logo a categoria é contraditória), independentemente da existência de um acto formal de nomeação e das funções que nele se inscrevem –, ID., “L’amministratore «di fatto» non fallisce”, *loc. cit.*, pág. 601; o que conta são os poderes efectivamente exercidos e o confronto com os traços que o contradistinguem dos outros “dirigentes”; ALESSANDRA ROSSI VANNINI, “Una svolta...”, *loc. cit.*, págs. 211-212 (que chama a atenção para os sujeitos que acumulam poder no vértice das organizações empresariais, congregando tarefas de vários conteúdos sectoriais); FRANCESCO GALGANO, *Diritto commerciale. 2. Le società* cit., págs. 323-323; ALDO DOLMETTA/ANTONELLA ALIBRANDI, págs. 410 e ss. Formulando reservas à figura do *faktische Direktor* no direito suíço, v. PIERRE-OLIVIER GEHRIGER, págs. 64-65, tendo em conta o poder de supervisão dos administradores de direito. Claro que um director geral de facto pode vir a *ascender* à qualidade de administrador de facto, directo ou indirecto, num exercício baseado em decifrar as *etapas de ocupação dos diferentes patamares da gestão* por esse mesmo sujeito.

<sup>1803</sup> Interessante é, em Espanha, a susceptibilidade (em alternativa ao regime societário) de aplicação da lei especial do «pessoal de alta direcção» (v. *supra*, n. 1780) para o efeito de determinar o regime da extinção do trabalhador subordinado-administrador de facto: ANTONIO TAPIA HERMIDA, “El administrador social...”, *loc. cit.*, págs. 1587 e ss.

<sup>1804</sup> No que toca às decisões italianas da **Corte di Cassazione de 5 de Janeiro de 1972 e 3 de Julho de 1998**, e da **Corte d’Appello de Bologna de 26 de Março de 1977**: v. *supra*, n. 1432.

administração, que a elas renuncia em favor de sócios ou titulares dos órgãos de fiscalização, dependentes da sociedade ou terceiros, fazendo ou não com que o procurador tome o lugar do órgão competente, em detrimento da configuração orgânica admitida na lei; ou seja, a validade está dependente de não se contrariarem (i) os preceitos imperativos e inderrogáveis de atribuição e exercício de tais poderes a um órgão social, com a subjacente repartição de competências garantida por lei (arts. 192º, n.º 1, 252º, n.º 1, 405º, n.ºs 1 e 2, 431º, n.ºs 1 e 2), e (ii) os preceitos imperativos de impossibilidade de os administradores se fazerem representar no cargo para a celebração de negócios em nome e por conta da sociedade (arts. 252º, n.º 5, 391º, n.º 6, 425º, n.º 5: *obrigação de execução pessoal do cargo*), a não ser (em sentido amplo) nos casos expressamente previstos de delegação orgânica (arts. 261º, n.º 2, 407º), de representação voluntária através de procurador ou mandatário «para a prática de determinados actos ou categorias de actos» (arts. 252º, n.º 6, 391º, n.º 7) <sup>1805</sup> e de actuação através de auxiliares dependentes ou independentes (como os “gerentes de comércio” e restantes agentes com poderes mais ou menos circunscritos) – sendo essa delegação *inorgânica* nada mais nada menos que um verdadeiro *acto de gestão* na prossecução do objecto social –, de tal modo que não se ofendam interesses da própria sociedade, na sua organização, e dos terceiros (especialmente credores), na certeza sobre a identidade de quem gere e representa a sociedade. Neste quadro, a procuração (ou o mandato representativo) será válido se estivermos perante um negócio que identifique actos ou categorias de actos ou que, mesmo que mais genericamente, identifique uma função administrativa, que necessariamente se explicita na celebração de actos ou negócios identificáveis (mesmo que não individualizados *a priori*). Mas, se forem cedidos os poderes *identificativos* de administração, incluindo, (i) à cabeça, o poder de escolha inerente à

---

<sup>1805</sup> Em França subsiste regime equivalente ao nosso para a concessão a administradores, accionistas e terceiros de «mandatos especiais para um ou vários objectos determinados»: art. R. 225-29, al. 1.ª, CComFr. (que ocupou o lugar do art. 90 do *Décret n.º 67-236* de 1967) – esses mandatos não degradam os “circuitos normais da actividade social” (JEAN HÉMARD/FRANÇOIS TERRÉ/PIERRE MABILAT, *Sociétés commerciales*, Tome I cit., págs. 856-857), são temporários e precisos (ALAIN VIANDIER, “Administration. Direction. «Président-directeur general»”, *loc. cit.*, págs. 20-21, GERARD NOTTÉ, *Les dirigeants de fait...* cit., pág. 155). Para a rejeição da qualidade de administrador de facto a um procurador munidos de duas procurações, uma com poderes para a criação de um “estabelecimento secundário” e outra para efectuar em nome da sociedade todas as operações de banco, v. a decisão de **13 de Fevereiro de 2007** da **Cour de Cassation** (in <http://www.legimobile.fr>, processo 05-20-126) – faltava o exercício com independência de uma actividade global de gestão, de tal forma que, como se sublinhou, a “delegação de poder” conferida pelo administrador de direito se confinou aos poderes atribuídos (assim, CHRISTOPHE DELATTRE, “L’inlassable travail de la Cour de cassation...”, *loc. cit.*, pág. 23).

“alta direcção” – o que acontece indubitavelmente quando se transmite a função de tomar as decisões superiores atinentes à esfera política da gestão social em detrimento da simples *routine* <sup>1806</sup>, mesmo que essa função de, por ex., “fixar a política da empresa” não aparece explicitamente e venha *maquilhada* sob a forma de uma cláusula negocial *indiscriminada*, versando sobre *toda a gestão* necessária e conveniente para a consecução do objecto-actividade da sociedade, e tenha que ser *extraída* desta por interpretação –, bem como (ii) o poder de vigilância e de controlo da actividade confiada ao procurador (e a subsequente possibilidade de avocar os actos compreendidos na função ou actuação transmitida) – ficando o procurador ou mandatário sem supervisão – <sup>1807</sup> e, finalmente, (iii) as funções endossocietárias inerentes à organização e funcionamento da sociedade, a procuração (ou a parte dela que elenca ou permite as atribuições indelegáveis) revela hipóteses de nulidade<sup>1808,1809</sup>

---

<sup>1806</sup> PIETRO ABBADESSA, *La gestione dell'impresa...* cit., págs. 76-77.

<sup>1807</sup> Suponhamos que se clausulam uma renúncia dos administradores à faculdade de realizar pessoalmente os negócios objecto da procuração e/ou ao poder de instruir o procurador ou mandatário (cfr. art. 1161º, al. a), CCiv.), uma liberação do procurador ou mandatário das obrigações de prestar informações e de prestar contas (cfr. art. 1161º, als. b) e d), CCiv.) ou uma ratificação “antecipada” de todo e qualquer acto ou negócio celebrado pelo procurador ou mandatário (cfr. art. 1163º CCiv.). Na prática, são estas as estipulações que mais elucidam uma abdicação dos administradores a favor dos procuradores ou mandatários.

<sup>1808</sup> Ao mesmo vício se chega com a outorga de várias procurações diferentes a mais do que uma pessoa (por ex., com a distribuição das múltiplas funções administrativas incidentes sobre os vários departamentos empresariais e a consequente definição em conjunto das políticas que lhes são transversais), com as quais os administradores obtêm o mesmo resultado que teriam com uma só “procuração geral” – isto é, a cessão definitiva de qualquer poder de administração gestonária e o esvaziamento das faculdades de escolha e de controlo dos administradores (no mesmo sentido, v. ANNALISA POSTIGLIONE, pág. 1231).

<sup>1809</sup> V., no direito português, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Os poderes de representação...* cit., n. (47) – págs. 28 e ss, ID., *Administradores-delegados...* cit., pág. 15, FILIPA TOMAZ, págs. 112, 114 e ss, COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II cit., pág. 617, PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais* cit., pág. 682, ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito das sociedades...* cit., n. (667) – pág. 321.

Na jurisprudência, v. Ac. do **STJ de 24 de Novembro de 2010** (in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), processo 16/08.9TBZOAZ.S1) – “Existe uma *relação de confiança* na designação do(s) gerente(s) tendo em conta as suas qualidades e competência para o exercício do cargo, que é a (...) de representação e administração, pelo que, se os gerentes através de procuração com latíssimos poderes de administração da vida da sociedade, outorgam [por] procuração a um terceiro poderes compreendidos na gestão, representação e administração da sociedade, objectivamente demitem-se do *comando* dos destinos do ente societário, *abdicando das funções de gerência*, cometendo-as integralmente a outrem, ficando, assim, sem qualquer controle dos destinos e gestão, alienando a sua responsabilidade ante os sócios que os incumbiram da gerência...” (Sumário, ponto II) –, que salienta o princípio da *pessoalidade* da administração (a propósito, RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas. Comentário...*, volume III, sub art. 252º, pág. 26); Ac. da **Relação do Porto de 20 de Abril de 2009** (in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), processo 16/08.9TBOAZ) – atribuição de poderes para, além de outros discriminados, “*praticar todos os actos e contratos que forem necessários ou convenientes para a realização do objecto social da sociedade, nomeadamente (...) e, em geral, todos os poderes de gestão e representação que a gestão e defesa dos direitos e interesses da sociedade exijam*”; Ac. da **Relação de Lisboa de 30 de Abril de 1998** (in *BMJ* n.º 476, 1994, pág. 481: “nula a procuração do gerente [de sociedade por



Não obstante, a invalidade do acto de atribuição de poderes ao procurador ou mandatário não exclui o relevo e a amplitude dos *actos praticados* no domínio da sua *configuração subjectiva*. Os planos lógico-jurídicos são separados: por um lado, o negócio celebrado com a sociedade; por outro, a *actividade desenvolvida* na execução desse negócio, independentemente da sorte da relação negocial entre o sujeito e a sociedade. Por outras palavras, o remédio no campo da invalidade dos instrumentos negociais não subsume o relevo que deve assumir a adulteração das regras de distribuição de competências orgânicas desenhadas pela lei; deveremos considerar ainda as consequências que decorrem para o sujeito que realizou a actuação negocialmente ilícita: na sua qualificação e no regime que ela implica.<sup>1810</sup>

---

quotas] na parte em que outorga poderes de representação para a convocatória de assembleias gerais por violação de norma imperativa contida no n.º 5 daquele artigo 252º”: ponto II do Sumário).

Na doutrina alemã e italiana, v., para comuns sentidos de admissibilidade e reprovação, WOLFGANG HEFERMEHL, *sub* § 78, págs. 77 e ss, *Rdn.* 84-85, págs. 53-54, *Rdn.* 13; UWE HÜBNER, “Zur Zulässigkeit der Generalvollmacht bei Kapitalgesellschaften”, *ZHR*, 1979, págs. 1 e ss, em esp. 14 e ss (que acentua a subordinação do procurador ao órgão que confere a procuração e o respectivo poder de fiscalização dessa actividade em nome da protecção dos interesses da sociedade e dos sócios); PIETRO ABBADESSA, *La gestione dell’impresa...* cit., págs. 99-100; PAOLO GUIDA, “Sulla legittimità della nomina del procuratore generale della società di capitali”, *Riv. Not.*, 1982, II, págs. 921 e ss; FRANCO BONELLI, *Gli amministratori...* cit. 1985, págs. 100 e ss; GIUSEPPE PORTALE, “Procura generale conferita a sindaco di società per azioni e rilascio di cambiali ipotecarie di favore per altra società del gruppo (Un caso clinico)”, *BBTC*, 1987, I, págs. 340 e ss; PAOLO MONTALENTI, “LA traslazione dei poteri di gestione...”, *loc. cit.*, págs. 440-441 (aparentemente sustentando a ilicitude se o conteúdo do poder gestório transferido assenta no *policy making*); VINCENZO CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione...* cit., págs. 125 e ss (Autor que levanta a possibilidade de condicionar a legitimidade da “procuração geral” à atribuição dos poderes tipicamente conferidos ao director geral ou ao “*institutore*”); LUIGI D’ALESSANDRO, págs. 98-99 (que realça ser a proibição do esgotamento total dos poderes administrativos que impede acordos parassociais que alteram o conjunto organizativo e funcional estabelecido pela lei para o organismo societário, e que inibe cláusulas estatutárias que consintam aos administradores subdelegar completamente a terceiros os seus poderes); DARIO LATELLA, “La procura generale...”, *loc. cit.*, págs. 129 e ss (com relevo para as págs. 138 e ss, onde, entre outros pontos, se sustenta, na linha dos alemães, como Hefermehl e Hübner, a não aplicação na “procuração geral” da possibilidade de estipular a irrevogabilidade ou renunciar à faculdade de revogação, pois a indemnização decorrente de uma revogação subsequente e sem «justa causa» – v., entre nós, os arts. 265º, n.ºs 2 e 3, 1170º, 1172º, al. b), CCiv. – é um risco incompatível com a actividade de gestão empreendida pelos administradores e a correspectiva liberdade de escolhas, que podem não justificar uma revogação justificada na relação com o mandatário); MARC DINKHOFF, págs. 141 e ss (enfazizando para a *GmbH*, na linha do decidido pelo **BGH** de **18 de Outubro de 1976** [in *NJW*, 1977, págs. 199-200], a intransmissibilidade da responsabilidade pela formação e declaração da vontade do órgão); UWE W. SCHNEIDER, “Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung”, *loc. cit.*, *sub* § 35, págs. 1921-1922, *Rdn.* 17 e ss.

<sup>1810</sup> Para esta posição dogmática – que se reflectiu anteriormente no campo das deliberações ilícitas dos sócios que, nessa actuação, se podem qualificar como administradores de facto (v. *supra*, Parte II, ponto 7.1.) ou, ainda agora imediatamente atrás, no instrumento negocial que gera a relação contratual e a descrição de poderes de um director geral no seio da sociedade –, v. PAOLO MONTALENTI, “La traslazione dei poteri di gestione...”, *loc. cit.*, pág. 466 (que faz prevalecer a recuperação de efeitos, *em matéria de empresa*, de um acto nulo sobre o princípio civilístico de destruição total dos seus efeitos), e NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., págs. 125, 126.

Vimos que a validade está condicionada pelo exame dos poderes objecto da procuração – ou seja, pelo carácter *fungível* das tarefas transmitidas. Ora, se estamos no terreno da *infungibilidade* insusceptível de abdicação, o “procurador geral” *ilícito* (*falsus procurator*) está desprovido de legitimidade para gerir e representar a sociedade (por falta radical de poderes). Continuamos, portanto, a dissecar a extrapolação ou não de incumbências de natureza meramente *executiva* das directrizes emanadas do órgão detentor da faculdade de nomeação dos procuradores e mandatários (e, mais amplamente, por uma transição ilegítima de uma representação *voluntária* para uma representação de cariz *orgânico*). Pelo que, se o referido procurador efectivamente exercer os poderes *caracterizadores* da administração de facto no binómio *autonomia* (sem subordinação) e “*alta direcção*” (nas conexões necessárias) – independentemente da sorte jurídica de alguns dos actos realizados (*maxime*, negócios celebrados com terceiros) e avaliados *individualmente* <sup>1811</sup> –, é qualificável como administrador de facto. Mas, invariavelmente, somente se a *idoneidade qualificadora* do instrumento negocial para adjudicar as funções gestórias típicas e, porventura, os poderes de representação – que servem de factor acessório ou complementar – for acompanhada por um *comportamento actuante*, isto é, pela realização *em concreto* de actos de decisão e execução gestórias relevantes para a qualificação (que, além disso, terá, se existente, o valor adicional de confirmar como ilegítimamente abdicativa uma procuração de dimensão e sentido incertos ou vagos) <sup>1812, 1813</sup>

---

<sup>1811</sup> Basicamente, *enquanto não tivermos administrador de facto juridicamente relevante*, teremos, de acordo com as soluções *gerais*, a ineficácia do negócio perante terceiros, a possibilidade de ser ratificado (expressa ou tacitamente) pela sociedade (com a inerente exclusão de responsabilidade do procurador pelo eventual prejuízo sofrido pelo terceiro pela não conclusão do negócio com a sociedade) ou, se não ratificado, a imputação do negócio ainda à esfera jurídica da sociedade “representada” por aplicação dos princípios da aparência do direito e da tutela da confiança.

<sup>1812</sup> Em Itália, v. MARINA SPIOTTA, “Fallimento, amministratore di fatto...” *loc. cit.*, págs. 979- 980, para um caso – justamente criticado – de atribuição da qualidade de administrador de facto a quem foi conferida uma procuração “amplíssima”, *sem cuidar de averiguar da realização concreta de actos gestórios* (trata-se do aresto devido ao **Tribunale de Milano de 13 de Janeiro de 2006**, cit. a n. 1486); da mesma Autora v. também “Note Tribunale Milano, 21 maggio 2008”, *loc. cit.*, pág. 2742, em comentário à decisão desse **Tribunale de Milano de 21 de Maio de 2006**, na qual se responsabiliza como administrador de facto um sujeito com procuração geral “extremamente ampla” e permissiva do “exercício de poderes substancialmente equivalentes aos do administrador” e, pelo contrário, se nega tal resultado a quem é titular de uma “*delega bancaria*” enquadrada em funções executivas de um simples dependente. Antes, já agora, a **Corte di Cassazione de 3 de Julho de 1998** (*loc. cit.* a n. 343, pág. 3214) entendeu estar ausente a prova sobre o “efectivo exercício de actividade gestória”, ou seja, que a procuração tivesse assumido a função de conduzir a sociedade nas suas relações internas e externas.

### 11.3. Actuação sistemática e continuada – requisito quantitativo – e o papel da vontade

Para a definição concreta de um administrador de facto, vemos a doutrina requerer a “duração de poder” <sup>1814</sup> ou uma “duração considerável” <sup>1815</sup>, um “poder

---

Em França, é neste carril da indispensabilidade de certificar, para além de o sujeito estar munido de uma procuração geral (ou mandato), o desempenho autónomo e efectivo de funções gerais de gestão que podemos encontrar a doutrina de JEAN-MARIE MACQUERON, págs. 151 e ss, 156 e ss (exige o “uso da procuração”), JEAN-JACQUES DAIGRE, “Note Cass. com., 6 octobre 1992 – Celui qui...”, *loc. cit.*, pág. 413, JEAN-FRANÇOIS BARBIÈRI, “A propos de la qualification...”, *loc. cit.*, pág. 1311, CLAUDE CHAMPAUD/DIDER DANET, “Sociétés et autres groupements. Dirigeant de fait. Contrat de travail...”, *loc. cit.*, pág. 281, e PAUL LE CANNU, “Direction de fait...”, *loc. cit.*, págs. 9-10; na jurisprudência: **Cour de Cassation de 2 de Maio de 1977** (in *Rec. Dalloz*, 1977, Jurisprudence, pág. 448).

Também assim na Alemanha: JOACHIM MEYER-LANDRUT, *Aktiengesetz. Großkommentar cit., sub § 84*, pág. 648, *Anm.* 18, HOLGER FLEISCHER, “Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit...”, *loc. cit.*, pag. 526; na jurisprudência, para uma sociedade em que a cónjuge mulher-sócia era a gerente nominal única e o marido-sócio geria materialmente a sociedade através de uma só procuração, v. **BGH de 13 de Abril de 1994** (in *NJW*, 1994, pág. 1801, ss, com problematização do recurso à *Durchgriffshaftung* enquanto sócio: v. por todos KARSTEN SCHMIDT, “Zur Durchgriffsfestigkeit der GmbH...”, *loc. cit.*, págs. 837 e ss, em esp. págs. 840, para a correlação com a administração de facto, e 844).

<sup>1813</sup> Para a identificação de um procurador (geral ou especial) como administrador de facto pelo desenvolvimento de actividade inderrogavelmente entregue aos administradores (mesmo que uma acção excluída do pacto negocial e originada por comportamento próprio, violador dos limites impostos e “abusivo” das tarefas mandatadas), v. NORBERT REICH, pág. 1664 (assume-se como “verdadeiro dono da empresa”); GERARD NOTTÉ, *Les dirigeants de fait... cit.*, págs. 257 e ss, 295 e ss; JEAN-MARIE MACQUERON, págs. 154 e ss (destaca a “manifestação de uma substituição do administrador de direito”); GIOVANNI LO CASCIO, pág. 198 (aquele que exautora o administrador de direito pela outorga de uma procura *ad negotia* e usa a sociedade como “coisa própria” através do esquema formal da sociedade de capitais); GÜNTER KOHLMANN, págs. 725, *Rdn.* 20, 728, *Rdn.* 28 (“índice de uma administração de facto”); NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori... cit.*, págs. 80-81 e n. (14), com decisões judiciais inéditas sobre sócios maioritários-“procuradores gerais”; PAOLO CECCHI, pág. 699; DARIO LATELLA, “La procura generale...”, *loc. cit.*, pág. 137; ANNALISA POSTIGLIONE, págs. 1230, 1231; MARINA SPIOTTA, “Note Tribunale Milano, 21 maggio 2008”, *loc. cit.*, pág. 2742; ALBERTO REDEGHIERI BARONI, págs. 1526-1527. Na jurisprudência estrangeira, tem ainda interesse consultar a rejeição de um “procurador geral” como administrador de facto, tendo em conta a realização de operações jurídicas numa posição subordinada em relação ao administrador único da sociedade – **Corte d’Appello de Milano, 4 de Maio de 2001** (cit. a n. 1486) –, e, em contraponto, a admissão (feita pelo próprio) de ter actuado como administrador de facto – **Tribunale de Milano, 18 de Outubro de 2007** (cit. a n. 1486, pág. 1522). Em Portugal, destaque-se o trabalho de FILIPA TOMAZ, págs. 118, 136 e ss, sobre o “procurador da sociedade comercial” como “um administrador de facto em potência” e a conclusão de que o será se tal resultar do exercício de poderes de gestão da “alta direcção” com a autonomia própria dos administradores; v. também COUTINHO DE ABREU/ELISABETE RAMOS, pág. 41, RICARDO COSTA, FRANCISCO BISPO, pág. 62.

Na Alemanha, encontramos, no contexto de encontrar um outro enquadramento para a administração de facto, quem problematize se, havendo consentimento dos sócios para a actuação fáctica, não estaremos somente perante uma “atribuição concludente de uma procuração geral” (*konkludente Erteilung einer Generalvollmacht*), com a subsequente aplicação do material normativo geral sem pressupor a qualidade de administrador – MARC DINKHOFF, págs. 141, 146, entende que um consentimento, ainda que permanente (dos sócios, mas também dos administradores regulares), relativo à conduta não serve de concessão tácita de uma procuração geral; quando muito daí podem ser deduzidas procurações “individuais” caso a caso.

<sup>1814</sup> CLAUDE CHAMPAUD/DIDIER DANET, “Sociétés et autres groupements. Dirigeant de fait. Définition – CA Versailles, 13<sup>e</sup> ch., 6 avr. 1998”, *loc. cit.*, pág. 861.

<sup>1815</sup> ALFRED DIERLAMM, pág. 157 (v. também DIETRICH KRATSCH, págs. 524, 534).

detido de forma durável”<sup>1816</sup>, uma “actividade habitual”<sup>1817</sup>, uma “participação contínua” e um “controlo constante”<sup>1818</sup>. Por antonímia, não se considera suficiente uma participação episódica ou pontual na gestão da sociedade nem resulta bastante uma conduta temporária (“assunção com pouca duração das funções administrativas”<sup>1819</sup>) ou descontinuada da actuação administrativa. A jurisprudência estrangeira pressupõe “uma ingerência estável, que se prolongue por um relevante arco de tempo e se manifeste através do reiterado cumprimento de actos típicos do administrador”<sup>1820</sup>; solicitou “comportamentos constantes e significativos de exercício dos poderes”, com “actos autónomos e plúrimos”<sup>1821</sup>, “participação contínua” e “controlo constante”<sup>1822</sup>, que não se resumisse à prática “esporádica”<sup>1823</sup> de actos “episódicos, isolados e pouco precisos”<sup>1824</sup>; determinou que “as funções gestórias não se esgotem no cumprimento de alguns actos de natureza «heterogénea e ocasional»”<sup>1825</sup>.

*Em princípio*, a repetição de uma variedade (ou sequência) de actos de administração poderá assegurar que as funções exercidas estão relacionadas com operações que contendem com o domínio de prossecução do objecto estatutário e o interesse da sociedade<sup>1826</sup>. Aquelas formulações apontam, portanto, para a verificação de uma *actividade* de administração, enquanto um conjunto de actos coordenados e unificados no plano funcional por um escopo comum<sup>1827</sup> – ou seja, uma série de actos num plano *objectivo* de *sistematicidade* ou *reiteração* e numa

---

<sup>1816</sup> CLAUDE CHAMPAUD/DIDIER DANET, “Sociétés et autres groupements. Dirigeant de fait – Com. 5 nov. 1991”, *loc. cit.*, pág. 819; análogos: MARC DINKHOFF, pág. 15 (com alusão a “regularidade” e prolongamento no tempo); UWE H. SCHNEIDER, “§ 6 Geschäftsführer”, *loc. cit.*, pág. 398, *Rdn.* 48, ID., “Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung”, *loc. cit.*, sub § 43, pág. 2228, *Rdn.* 22.

<sup>1817</sup> YVES GUYON, “Sommaires de Jurisprudence. Sociétés em général. Dirigeant. Dirigeant de fait. Notion”, *loc. cit.*, pág. 772.

<sup>1818</sup> YVES GUYON, “Sommaires de jurisprudence. SARL. Gérant. Gérant de fait. Notion”, *loc. cit.*, págs. 629-630.

<sup>1819</sup> ALFRED DIERLAMM, pág. 157 (“por exemplo, por poucas semanas”).

<sup>1820</sup> **Corte d’Appello de Milano, 9 de Dezembro de 1994** (cit. a n. 624).

<sup>1821</sup> **Tribunale de Milano, 21 de Maio de 2008** (cit. a n. 1486).

<sup>1822</sup> **Cour d’Appel de Paris, 11 de Junho de 1987** (cit. a n. 1426).

<sup>1823</sup> **BGH, 21 de Março de 1988** (cit. a n. 1565, pág. 1789).

<sup>1824</sup> **Cour de Cassation de 26 de Outubro de 1999** (in *Bull. Joly Soc.*, 2000, págs. 149-150).

<sup>1825</sup> **Corte di Cassazione, 14 de Setembro de 1999** (cit. *supra*, ponto 11.1.2, a n. 1484).

<sup>1826</sup> DANIEL TRICOT, pág. 27.

<sup>1827</sup> NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori...* cit., pág. 226 (seguindo a noção de GIUSEPPE AULETTA, “Attività (Dir. Priv.)”, *ED*, 1958, III, pág. 981-982). Para a relação entre função e actividade administrativa juridicamente relevante na sua globalidade e ordenada teleologicamente para um resultado comum, v., desenvolvidamente, FRANCESCO CORSI, *Il concetto di amministrazione...* cit., págs. 110 e ss.

óptica *temporal* de *continuidade, habitualidade, permanência* ou *estabilidade* <sup>1828</sup>; ou conjugadamente, para utilizar o conceito integrado no art. 13º do CCom. para a qualificação do comerciante, num exercício *profissional* da actividade típica de administrador <sup>1829</sup>.

<sup>1828</sup> V. ainda, para a afirmação deste pressuposto (seja em administração de facto directa como indirecta), ALESSANDRO BORGIOI, “Amministratori di fatto e direttori generali”, *loc. cit.*, págs. 610, 613; GÉRARD NOTTÉ, *Les dirigeants de fait...* cit., págs. 129-130; ANDREW HICKS, “Advising on wrongful trading...”, *loc. cit.*, pág. 59 (exige-se um “grau de continuidade”); ALESSANDRA ROSSI VANNINI, *La responsabilità penale di amministratori e sindaci* cit., pág. 319, ID., “Una svolta...”, *loc. cit.*, pág. 211; FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, pág. 175 (“*actividade global* de direcção da empresa social, destinada a prolongar-se por um certo período de tempo”); PAOLO CECCHI, págs. 694-695; ANDREA FATTORI, “Attribuzione della qualifica...”, *loc. cit.*, pág. 932; MICHELE MOZARELLI, págs. 576, 577; ELISABETTA VALERIO, pág. 1053; JOSÉ LUIS DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., pág. 43; GUILLERMO ALCOVER GARAU, “La calificación del concurso”, *loc. cit.*, pág. 251; NATHALIE DEDESSUS-LEMOUSTIER, págs. 503, 507, PABLO GIRGADO PERANDONES, *La responsabilidad de la sociedad matriz...* cit., pág. 184; JUSTINO DUQUE DOMÍNGUEZ, “El tráfico de acciones...”, *loc. cit.*, pág. 63; MARKUS GEIßLER, págs. 1109 (exclui tarefas exercidas “por algum tempo ou esporadicamente”), 1111 (demanda “duração” e “permanência”), 1114; NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., págs. 68, 70, ID., “El concepto de administrador de hecho...”, *loc. cit.*, pág. 869; CÁNDIDO PAZ-ARES, “La responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, pág. 78; SERENELLA ROSSI, n. (22) – pág. 1073; HOLGER FLEISCHER, “Zur aktienrechtliwachen Verantwortlichkeit...”, *loc. cit.*, pág. 525; JOSÉ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, “De la calificación del concurso”, *loc. cit.*, sub art. 172, pág. 2583; LAURA HUNTER DIETZ [et all.], *American jurisprudence...* cit., pág. 257 (EUA: “*continuously exercise the functions of the office*”); WILLIAM MEADE FLETCHER, *Fletcher Cyclopedia...* cit., pág. 215 (sem que baste “*a solitary exercise of power under color of title to office*”); JOSÉ EMBID IRUJO, “La responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, pág. 2398; MIRIAM LOZANO SAIGÍ, pág. 1060; GAETANO PRESTI/MATTEO RESCIGNO, pág. 160; HARITINI MATSOPOULOU, pág. 199; JAMES O’DONOVAN, *Lender liability* cit., n. (9) – pág. 486; FILADELFO TRIBULATO, pág. 479; MÓNICA FUENTES NAHARRO, págs. 263-264; ALONSO UREBA/JUANA PULGAR EZQUERRA, págs. 27-28; ALBERTO REDEGHIERI BARONI, pág. 1526; MANUEL DÍAZ MARTÍNEZ, pág. 1021 e n. (29); ALDO DOLMETTA/ANTONELLA ALIBRANDI, pág. 415 e n. (43); ULRICH HAAS/HILDEGARD ZIEMONS, pág. 489, *Rdn.* 30; ALAIN LIENHARD, *Procédures collectives* cit., pág. 472.

Nada que a doutrina norte-americana (na transição entre o séc. IXX e o séc. XX) não depreendesse já nos tribunais: a exigência do exercício de funções “*for such a length of time*” ou “*not in a single instance only but continuously*” (CHARLES FISK BEACH, Jr., pág. 389, CHARLES ELLIOT, pág. 581, WILLIAM L. CLARK/WILLIAM L. MARSHALL, pág. 2036).

V., no nosso direito, CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da insolvência...*, Volume I cit., sub art. 6º, pág. 84; RICARDO COSTA, “Responsabilidade civil societária...”, *loc. cit.*, n. (12) – pág. 39; TÂNIA MEIRELES DA CUNHA, *Responsabilidade tributária...* cit., págs. 143-144; JOÃO SANTOS CABRAL, pág. 279; MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores...* cit., págs. 473 e ss (mas dispensando o requisito quando se aplicam os arts. 72º e ss ao “sócio controlador” que administra de facto por força da remissão do art. 80º, pois basta que o exercício de funções administrativas seja acompanhado pelo preenchimento dos requisitos (desses preceitos) necessários para a responsabilização directa do gerente – ou seja, que o sujeito pratique “o acto ilícito nas mesmas circunstâncias de imputação” como se tivesse actuado na qualidade de gerente de direito, bastando que, “em concreto, a actuação daquele sócio controlador gerasse seguramente a obrigação de indemnizar, se ele tivesse actuado na qualidade de gerente de direito”).

<sup>1829</sup> NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori...* cit., pág. 226, FILADELFO TRIBULATO, n. (29) – pág. 479.

O art. 13º, 1º, do CCom. estabelece que são comerciantes as pessoas que fazem do comércio profissão. A nossa doutrina comercialista tem preenchido a noção dessa prática profissional com definições que aqui mostram ser prestimosas: “prática habitual ou sistemática” (COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. I cit., págs. 100-101); “prática reiterada ou habitual” de quem “não se limita a praticar actos ocasionais ou isolados: realiza-os em cadeia, articuladamente e em grande número” (MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito comercial* cit., pág. 227); “actividade (sequência de actos) com continuidade ou estabilidade e um

Esta intensidade *quantitativa* – como um outro pólo de *intensidade*<sup>1830</sup> – da actuação fáctica justifica-se. Por natureza, as relações de facto estão privadas de um momento genético juridicamente determinável *a priori* e só ganham corpo no momento *funcional*; não existem enquanto há lacuna na *execução* ou *actuação* do conteúdo típico da relação de direito correspondente, execução essa a que fica alheia a constituição ou nascimento formal da relação de direito – a situação de facto imita a situação de direito na sua *função* e não na sua *génese*; em princípio, a assunção dos poderes e faculdades que contradistinguem um administrador demanda uma actividade efectivamente dinâmica e significativa desses poderes e faculdades<sup>1831</sup>. Por tal modo essa execução fortalece-se juridicamente quando perdura *dinamicamente* no tempo: a relação administrativa de facto é na sua configuração uma relação de *duração*, sendo esta que lhe dá *substância*. Pode mesmo afirmar-se, com VINCENZO FRANCESCHELLI, que a execução e uma certa duração – ou, reformulo, um certo *quantum* de factos de gestão realizados em concreto – são necessárias para o surgimento de uma relação de facto, mas acaba por ser a *intensidade da duração* que aumenta a *carga de juricidade* da relação de facto.<sup>1832</sup>

A consequência é afastarmo-nos da proeminência de um acto isolado e descontinuado ou de vários actos isolados e episódicos de intromissão ou de realização de uma operação determinada. Há quem o defenda radicalmente: *v. g.*, quando se refere que a participação episódica na indução, cooperação ou contribuição para actos singulares de *mala gestio* dos administradores, ainda que graves, possa ser equiparada ao exercício sistemático de um poder opressivo de orientação ou de controlo sobre a actividade dos órgãos de gestão legalmente designados ou de uma substituição nas funções que lhes são demandadas<sup>1833</sup>. Quando muito, “tal circunstância poderá representar um indício significativo, que

---

mínimo de densidade e organização (ainda que não continuidade perfeita e exclusividade)” (CASSIANO DOS SANTOS, *Direito comercial português*, volume I, *Dos actos de comércio às empresas: o regime dos contratos e mecanismos comerciais no direito português*, 2007, págs. 112-113).

<sup>1830</sup> NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., pág. 68 (“constatar, para os efeitos da qualificação, certa duração ou reiteração dos actos de gestão”), e “El concepto de administrador de hecho...”, *loc. cit.*, pág. 869.

<sup>1831</sup> ALESSANDRA ROSSI VANNINI, “Una svolta...”, *loc. cit.*, pág. 211.

<sup>1832</sup> VINCENZO FRANCESCHELLI, *I rapporti di fatto...* cit., págs. 222-223, 225 e ss, em esp. 231-233 (“é a execução no tempo, na sua realidade concreta, que substitui o substrato formal”). Em França, HENRI TEMPLE, pág. 59, nota que será a duração dos factos retidos (“*leitmotiv* de todas as situações de facto”) a indiciar com segurança a existência e a importância do facto material e das suas dificuldades. Criticamente: LUCA STANGHELLINI, págs. 59 e ss.

<sup>1833</sup> FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, pág. 175 e n. (136).

deverá ser todavia integrado – para o efeito da configurabilidade de uma gestão de facto – por outros elementos que provem o *carácter não isolado*”<sup>1834</sup>. Porém – em princípio, disse –, ainda que esta seja uma nota quase consensual de densificação do conceito, julgo que não é de negligenciar um comportamento *ocasional* ou *temporário* integrável no âmbito da gestão. Ou, até, *mais do que um comportamento*, realizados *com interrupções ao longo do tempo* (logo, *descontínuos*) mas *frequentes e uniformes no tipo de decisões e matérias avocadas e tratadas* na condução dos negócios sociais<sup>1835</sup>. Assim será, parece-me, desde que a sua dimensão e relevo económicos demonstrem, por um lado, a exibição clara de poder como administrador de facto – especialmente a decisão ou participação numa deliberação sobre alguma das vertentes de “alta direcção” ou a execução exógena dessas decisões ou, ainda, a influência vinculante perante o administrador de direito ou a administração instituída da sociedade dependente em “relação de domínio” – e, por outro, uma forte importância ou influência decisiva desse acto (ou conjunto de actos) na relação com o objecto social e a dimensão da sociedade, para o funcionamento e subsistência da sociedade e/ou das suas empresas – (nomeadamente em articulação com decisões de “alta direcção”) celebração de um (ou mais) mútuos bancários significativos, alienação e substituição do estabelecimento principal, cessão ou aquisição de participações em outra(s) sociedade(s), afastamento de directores e trabalhadores,

---

<sup>1834</sup> NICCOLÒ ABRIANI, *últ. ob. cit.*, n. (107) – pág. 226.

No mesmo sentido *radicalmente* excludente, v. ALESSANDRO BORGIOLO, “Amministratori di fatto e direttori generali”, *loc. cit.*, pág. 613; JOSÉ LUIS DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., pág. 44; ANNA LISA MACCARI, pág. 219 (que realça ser a continuidade de exercício um factor que impede áreas de imunidade em que o real *dominus* da função recorre instrumentalmente a delegações *ad acta* no contexto de ingerências temporárias e preordenadas); NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., pág. 70 e n. (141); JOSÉ MIGUEL EMBID IRUJO, “La responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, pág. 2398; MÓNICA FONTES NAHARRO, pág. 264; ELISA LUCAS MARTÍN, pág. 263. Em França, NATHALIE DEDESSUS-LE-MOUSTIER, pág. 507, e, parece, GÉRARD NOTTÉ, *Les dirigeants de fait...* cit., págs. 132-133 (que alega a impossibilidade de precisar um “limiar mínimo” de ingerência na gestão).

<sup>1835</sup> Para o direito inglês, JAMES O'DONOVAN, *Lender liability* cit., pág. 490 e n. (37), basta-se com a posição de administrador numa “*part-time capacity*”.

etc.<sup>1836</sup>. Chegaremos assim à dispensa de um *quantum* de factos de gestão e à *relevância* de uma actuação *expressiva* do administrador de facto<sup>1837</sup>.

\*

No caso da administração de facto indirecta – para que seja relevante –, ainda se exige a *correspectividade dos destinatários das instruções ou directivas emitidas*: a habitualidade ou sistematicidade, como regra, também é demandada para a actuação condicionada ou influenciada. Ou seja, é necessário que ao comportamento do administrador indirecto corresponda também um padrão habitual ou sistemático de comportamento obediente e/ou acatador por parte dos administradores de direito

---

<sup>1836</sup> RICARDO COSTA, “Responsabilidade civil societária...”, *loc. cit.*, n. (12) – pág. 39. Favorável ao critério excepcional do “relevo económico da actuação”, FILIPA TOMAZ, pág. 139; sensível ao relevo de actos “praticados de forma esporádica ou isolada”, que “podem adquirir uma repercussão na vida societária muito superior a uma actividade prolongada” e reflectir “uma interiorização do respectivo agente no estatuto de administrador”, JOÃO SANTOS CABRAL, págs. 279-280 (a “estabilidade na administração” não é condição *sine qua non* da qualificação como administrador de facto).

<sup>1837</sup> Alguma doutrina alemã e suíça tem realçado a necessidade de considerar intervenções pontuais e únicas, nomeadamente aquelas que prejudicam gravemente a sociedade (por ex., impedir os administradores de direito de tomar medidas de recuperação e saneamento em situações de crise), em que o elemento temporal se torna secundário: URSULA STEIN, *Das faktische Organ* cit., pág. 46 (para o exercício “pontual” de influência dos sócios maioritários e sociedades dominantes); PETER FORSTMOSER, *Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit...* cit., pág. 212 (não é necessário uma influência regular); KLAUS HOPT, *Großkommentar Aktiengesetz, §§ 92-94* cit., sub § 93, pág. 76, Rdn. 51 (aparentemente); ALEXANDER VOGEL, págs. 310-311; HOLGER FLEISCHER, “Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit...”, *loc. cit.*, pág. 525. Na jurisprudência, v. a suficiência de medidas esporádicas de gestão salientada pela decisão do **BGH de 9 de Julho de 1979** (cit. a n. 1461, pág. 1826). Em Itália, VINCENZO FERRO, “Responsabilità dell’amministratore di fatto”, *loc. cit.*, pág. 911, no entendimento de deixar de lado o administrador de facto como uma “figura ficticiamente institucional ou parainstitucional” baseada numa proposição irregular, tácita ou implícita, conclui que a “reiteração das manifestações de actividade gestória” perde importância.

Parece ir também neste sentido a doutrina de LUIS HERNANDO CEBRIÁ, págs. 140-141 (“a continuidade teria que ser vista como toda a actuação significativa do administrador de facto, no âmbito das faculdades e competências atribuídas ao órgão”), bem como, mais claramente, FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, págs. 175 e 206, e JAIME SANTOS BRIZ, “La responsabilidad civil, fiscal y penal de directivos, apoderados, administradores de hecho y liquidadores”, *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, 2000, pág. 346 (para quem, no entanto, basta que actuem de “uma forma esporádica”) – ainda que estes últimos dois Autores optem pela regulação jurídica do administrador de facto por intermédio da “gestão de negócios alheios”. Claro como água é JOSÉ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, “De la calificación del concurso”, *loc. cit.*, sub art. 172, pág. 2583, que admite “actuações isoladas e ocasionais”, tendo em atenção “as circunstâncias que rodeiam cada caso concreto”.

O primeiro destes últimos Autores (Hernando Cebriá) lança mão de um argumento estimulante: se queremos equiparar a modalidade fáctica de administrador, não se pode esquecer que o administrador de direito não precisa de realizar uma “actividade continuada” para ser responsabilizado, uma vez que para isso basta um só acto e, inclusivamente, uma cessação imediata de funções. Mas o argumento não procede nesta tarefa de legitimação do administrador: uma coisa é exigir actividade sistemática e continuada para o administrador de facto ser *qualificado* e *coberto* pela lei societária; outra é aplicar a disciplina da responsabilidade ao administrador de facto *já qualificado* por uma anterior actividade típica, caso em que, equiparado, não se lhe exige responsabilidade só se tiver realizado actividade continuada de gestão, nem a falta desta pode ser invocada como causa de exoneração de responsabilidade.



e/ou administradores de facto directos da sociedade. Sem essa tradução, a administração de facto indirecta perde significado.<sup>1838</sup>

\*\*

Seja como for, parece mais avisado que a posição ou situação de facto só apareça como resultado de uma *escolha* dos sujeitos em causa, mesmo que condicionada ou pressionada por elementos exteriores e/ou fruto mais ou menos casual das circunstâncias (inibição ou incompatibilidade para ser administrador, insolvência, temores quanto à responsabilidade decorrente da função ou do risco de destituição, litígios com os administradores formais, impedimentos e restrições contratuais depois da cessação de contratos de trabalho, superação da obrigação de não concorrência, etc.). E com ela articula-se a convicção de que a relação de facto seja produtiva de efeitos *menos intensos* ou *menores* ou até *inexistentes*. Ao darem vida, fundamentalmente, a uma relação *informal e não titulada*<sup>1839</sup>, os sujeitos mostram querer obter soluções e finalidades similares ou análogas às típicas da ordenação jurídica “de direito”, *ainda que não idênticas*. Por outras palavras, a vontade de *actuarem como administradores* (primeiro plano) *sem assumirem os efeitos jurídicos típicos* (segundo plano) da relação ou situação jurídica disciplinada pela lei. Parece inevitável que haja essa intenção (*dupla*, se se quiser), seja desde o início da conduta, seja a partir de certo ponto da série de actos da conduta. Parece ser de compreender que a imputação do estatuto de administrador deve ser feita à pessoa que tem a percepção do lugar que assume e actua em consequência dessa percepção – em suma, a pessoa que tem uma *motivação* para não ser ou não querer ser administrador de direito<sup>1840</sup>. Se essa vontade não houver – ou enquanto não se

---

<sup>1838</sup> V. *supra*, ponto 10.3.

<sup>1839</sup> Se a relação provém de um título viciado, este elemento subjectivo acaba por reduzir-se à convicção de que se dispõe da qualidade impoluta de administrador de direito e que o comportamento se encontra regido por uma relação jurídica válida e eficaz perante a lei; desde logo, não haverá intenção de evitar ou contornar a aplicação da disciplina típica. Só não será tanto assim se, ademais, se aduzir que o sujeito conhecia o vício e sabia da forte probabilidade para esse se constituir como causa de extinção do título administrativo.

<sup>1840</sup> Como defende PIERRE-OLIVIER GEHRIGER, págs. 29 e ss, onde se elenca um catálogo possível de motivos (fundadas em relações jurídicas de direito público e privadas, e, em esp., seus deveres, bem como do foro não jurídico, como razões económicas, sociais e até psicológicas).

conseguir o seu reconhecimento –, a qualificação, no processo de *equiparação ao administrador de direito*, fragiliza-se.<sup>1841</sup>

Logo, a sistematicidade e a continuidade – ou a ocasionalidade reputada como significativa – plasmam-se num elemento *subjectivo* ou *psicológico*: a *intenção* de um determinado sujeito assumir directamente a condição de administrador ou influir indirectamente na acção do(s) administrador(es) de direito, sem que para isso adquira a qualidade de administrador de direito e as vinculações que lhe subjazem, mas sem necessariamente soçobrar uma ordenação *própria* daquela conduta. Comprovar essa intenção tem o valor de denunciar, no processo de qualificação, até onde é relevante e é exigível – na regra – o *prolongamento no tempo da actuação sistemática* ou – na excepção – o *relevo acrescido da actuação ocasional ou intermitente*.

Para a identificação dessa vontade, descontada a admissão pelo próprio, jogam importante posição a valência de alguns factores acessórios, susceptíveis de

---

<sup>1841</sup> A favor da tese expendida, v., sobre a componente voluntarística das relações de facto e a sua função de suprir a falta do substrato formal da relação de direito, bem como a chamada “intenção jurídica negativa”, ROGER HOUIN, “Rapport général sur les situations de fait”, *loc. cit.*, págs. 323-324, e VINCENZO FRANCESCHELLI, *I rapporti di fatto...* cit., págs. 233-234, 281 e ss.

Em sentido que concorre (não só mas também) para a nossa posição, logo admitindo a relação jurídica de facto (*eine faktische Rechtsbeziehung*) tanto no contexto de um propósito intencional, como num outro em que os sujeitos se comportem involuntariamente e sem consciência da posição como se houvesse uma relação jurídica intacta ou acidental ou por engano (*versehentlich*), v. MARC DINKHOFF, págs. 15, 16, 103, e MARKUS GEIBLER, pág. 1107.

Antes, porém, URSULA STEIN, *Das faktische Organ* cit., pág. 116, admitia que as pessoas que assumem funções administrativas sem título não têm necessariamente consciência de actuarem como administradores. No direito suíço, PETER FORSTMOSER, “Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht”, *loc. cit.*, pág. 147, e *Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit...* cit., pág. 211, parece ir mesmo numa linha diferente, ao afastar-se da consideração das “motivações pessoais” e do “juízo próprio sobre a sua posição” e atender a pressupostos definidos sob “pontos de vista objectivos”. A mesma linha que, em França, DOMINIQUE VIDAL, págs. 203, 207, empreende quando afirma que a qualidade de *dirigeant de fait* ressuma do acesso *involuntário* à qualidade de administrador. Já em Itália, FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, pág. 184, adopta um discurso favorável, quando alude à assunção deliberada do risco associado à realização do interesse social por parte do gestor de facto. Em Espanha, JUSTINO DUQUE DOMÍNGUEZ, “El tráfico de acciones...”, *loc. cit.*, pág. 62, entende que os administradores de facto “notórios” (aqueles que aparecem perante terceiros ou no âmbito interno como efectivos administradores) manifestam com esse comportamento não só o exercício de poderes de administração como também a *vontade de actuar* como tal. No direito inglês, porém, a decisão no caso *Re Tasbian Ltd (No. 3)*, na versão do **Court of Appeal de 11 de Fevereiro de 1992** (BCC cit., pág. 364), parece desvalorizar o “motivo” da actuação em favor da “conduta” objectiva em controlar os negócios da sociedade – assim, para questionar a demanda de uma “conscious intention” como requisito da constituição de um *shadow director*, v. PEARLIE KOCH, págs. 346 e ss (também referindo a decisão australiana do **Supreme Court of New South Wales de 1995** – *Standard Chartered Bank of Australia v Antico* –, em que a sociedade dominante, que tinha indirectamente 42% do capital de uma sociedade e nomeara três dos seus administradores, fôra qualificada como *shadow director*; apontando nesta pronúncia uma típica “relação de domínio qualificado”, v. ROBYN CARROL, págs. 351 e ss, JOHN FARRAR, *Corporate governance...* cit., pág. 98).

transverberar a vontade de o sujeito se colocar no papel de administrador: o anúncio expresso da sua actuação como administrador que age e rubrica em nome da sociedade, a inacção da administração de direito, a percepção de um montante remuneratório (antes inexistente, superior à quantia auferida pela “qualidade de relação” com a sociedade, etc.), o início de frequência das reuniões do conselho (ou das próprias reuniões em assembleia dos sócios), a emissão de directivas expressas aos administradores de direito, etc.

De todo o modo, muito ainda dependerá das circunstâncias do caso. Um administrador de facto resultante da nulidade ou anulação da deliberação de eleição do sujeito como administrador de direito realiza naturalmente uma vontade de exercer a função administrativa no primeiro acto de gestão mas não tem a “segunda” intenção de escapar ao estatuto de administrador – a demanda de sistematicidade e habitualidade perde terreno, tendo em conta a confiança que o administrador deposita na regularidade da sua nomeação. Já um administrador de facto que é director geral ou procurador da sociedade poderá praticar acto ou actos administrativos sem dispor dessa convicção, tanto mais se tiver título para o fazer, e só *a posteriori* evidenciar manifestamente esse propósito, tendo em conta os abusos da sua posição e a apropriação com autonomia das funções gestórias que caracterizam a administração de facto – é nesse momento que a sistematicidade e a habitualidade se concretizam num ponto determinado de qualificação. Entre estes dois casos, depois, cada caso será um caso.<sup>1842</sup>

Com esta *sindicção volitiva* será mais fácil demonstrar que a qualidade de administrador de facto depende de um só acto expressivo, bem como, por outro lado, será mais cómodo evitar que não se saiba com alguma dose de segurança quantos actos e quanto tempo são imprescindíveis para imputar essa qualidade a uma certa pessoa. Nesta proposta, a vontade do sujeito surge como *elemento de charneira para precisar o momento até ao qual a actividade típica é pressuposto de qualificação e o momento a partir do qual a actividade desempenhada passa a ser realizada por um administrador de facto – o antes e o depois do administrador de facto legitimado.*

---

<sup>1842</sup> Na interpretação do art. 13º do CCom. para as pessoas singulares, COUTINHO DE ABREU, *últ. ob. cit.*, pág. 104, entende precisamente, em tese geral, que o início da qualidade de comerciante “se determinará pela prática do acto ou dos actos reveladores do propósito e possibilidade de certo sujeito se dedicar ao exercício habitual de uma actividade comercial”.

#### 11.4. Aceitação do comportamento pela sociedade

Por fim, surge uma última condição: o administrador de facto juridicamente relevante é aquele cuja actuação é *conhecida e/ou consentida ou, pelo menos, tolerada (sem oposição) pelos sócios (dentro ou fora da assembleia e, pelo menos, pela sua maioria) e/ou pelos administradores de direito*. Não se vê como um sujeito, conhecido ou estranho à sociedade, mas desprovido de poderes, possa realizar uma ingerência directa e/ou uma influência indirecta, de tipo reiterado e habitual, na gestão (ainda para mais se for estratégica) com a objecção e a resistência dos agentes que expressam a vontade da sociedade, *id est*, o sócio ou os sócios (como autores, em regra, pela nomeação) e/ou os administradores legítimos (se os houver) <sup>1843</sup>. <sup>1844</sup> Só a falta de confronto e de vontade de pôr cobro ao fenómeno irregular podem legitimar *a final* o administrador de facto. <sup>1845</sup>

Tanto a aceitação por parte dos sócios como por parte dos administradores formais – muitas vezes através de um *silêncio* eloquente – pressupõe a intervenção de todos eles ou, pelo menos, da maioria deles (sendo o melhor critério o da maioria em termos de exercício de direito de voto) <sup>1846</sup>. Na circunstância dos administradores

---

<sup>1843</sup> Com base neste argumento, NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., n. (124) – pág. 232, entende que a aquiescência dos administradores de direito e o seu consenso (pelo menos tácito) acaba por ser um “pressuposto implícito” desta categoria de administradores.

Por sua vez, em Espanha, ANTONIO PERDICES HUETOS, pág. 282, considera que, para este efeito, a oposição singular de um ou mais sócios (que não sejam a maioria) ao exercício da administração por um sujeito não regularmente nomeado não é suficiente para romper o “nexo de imputação” dos actos praticados à sociedade, pelo menos enquanto essa actuação de discórdia “não se traduza numa deliberação da assembleia”.

<sup>1844</sup> Na estrutura germânica de organização da anónima, devemos igualmente adicionar a aceitação por parte dos membros do conselho geral e de supervisão, sempre que a este órgão competir designar os administradores (art. 425º, n.º 1, al. a)). Todavia, não choca que, em todas as restantes situações, a tolerância e a inacção do conselho fiscal/fiscal único, da comissão auditoria e do conselho geral e de supervisão em adoptar os procedimentos legais para regularizar e corrigir o exercício fáctico das funções administrativas (v., em esp., arts. 57º, n.º 2; 375º, n.º 1; 422º, n.º 1, al. e); favorável a essa actuação do órgão fiscalizador para pôr cobro à administração de facto e repor o “funcionamento fisiológico da organização societária”: ELISABETE RAMOS, *O seguro de responsabilidade civil...* cit., págs. 154-155) sejam factores que, não podendo ser alegados em exclusividade, tornam ainda mais denso este requisito.

<sup>1845</sup> Já assim o exigia, com grande clareza, o longínquo aresto norte-americano do **Supreme Court of California**, de **21 de Dezembro de 1908** (in [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com) [1908 Cal. Lexis 389; originalmente: 154 Cal. 735; 99 P. 191]), para legitimar a convocação de uma assembleia de sócios para aumento de capital: “Persons who for nearly two years had actually held office as directors of a corporation, with the consent of the corporation, and under color of an election had exercised all the functions of such officers and were in peaceful possession as such directors of all the corporate propriety with the acquiescence of all the stockholders, are de facto directors”.

<sup>1846</sup> Um desses comportamentos pode naturalmente ser a tomada de deliberações expressas, que referi *supra*, n. 1472 (como a aprovação do relatório de gestão e das “contas de exercício” apresentados, em conjunto com os administradores de direito ou isoladamente, pelo administrador de facto). Então ressaltei que elas podem traduzir uma deliberação tácita de nomeação dos administradores; aqui estamos a

que partilham a gestão ou que se submetem à vontade dos administradores de facto ou que, simplesmente, se “demitem” das funções e se tornam omissivos e complacentes com a “ocupação” do lugar pelo administrador de facto, a alegação de desconhecimento ou de não consentimento não procede – tanto mais que há uma restrição, um condicionamento ou mesmo abdicação dos seus poderes ou da característica autonómica do exercício desses poderes. Se os administradores de direito devem aos sócios a sua designação e a sua manutenção no cargo e estão submetidos à sua fiscalização, igualmente será inverosímil que os sócios maioritários (e até os que assumem o “controlo” da sociedade) invoquem que a *distorção das funções administrativas* se produzem sem a sua aquiescência e de forma alheia à sua vontade (como se um qualquer “espontâneo” pudesse sem mais tomar as rédeas da gestão social), sobretudo nos casos em que a sociedade deixou de ter administradores ou gerentes estabelecidos e o administrador de facto ocupa o seu lugar <sup>1847</sup>. Já para não falar da *identidade entre o sócio ou sócios e a administração de facto (directa ou indirecta)*. Afora isso, a estabilização da autonomia (e da hegemonia, se for caso) dos administradores de facto, assim como a reiteração estável e duradoura da sua acção, só se poderão compreender se a enquadrarmos como um *produto da confiança* dos sócios <sup>1848</sup>.

Com isto percebe-se que, nomeadamente, a inexistência *radical* ou a *extinção e a caducidade supervenientes* de título formal pode não ser acompanhada por qualquer reconhecimento ou credenciação por parte da sociedade em relação aos actos praticados pelos sujeitos desprovidos do título. Haverá quem, em face dessa ausência, mais não serão que *usurpadores de funções* (mesmo que tenham “qualidade de

---

descortiná-las como meio através do qual se decanta o reconhecimento da actuação fáctica e se contribui para a legitimação do administrador de facto.

Não creio, todavia, que a susceptibilidade de termos deliberações tácitas de designação como administrador do gestor oficioso acabe por tornar dispensável o processo de qualificação do administrador de facto (como se aventa no direito alemão: por ex. v. ROBERT WEIMAR, “Grundprobleme und offene Fragen... (I)”, *loc. cit.*, pág. 475). Quando muito pode ser uma alternativa para encontrar um acto de nomeação, *sempre que haja* essa deliberação expressa e, mesmo assim, advirta-se que só em assuntos circunscritos essa designação tácita se logrará obter – o que deixa por resolver quase todas as outras situações. Depois, sempre direi que será quase sempre de buscar algo mais para um juízo positivo de concludência, nomeadamente a aceitação(-vontade) do administrador em assumir como administrador as decisões e actos de gestão adoptados e a actuação autónoma e sistemática – sendo esta busca muito do que substancialmente se averigua no processo de qualificação do sujeito.

<sup>1847</sup> GÜNTHER ROTH, pág. 424.

<sup>1848</sup> NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., págs. 76-77.

No direito inglês, permitiu-se que sócios ou a própria sociedade interpusessem acções para impedir um *de facto director* de actuar como administrador: GEOFFREY WALTERS, pág. 17.

relação” com a sociedade) ou sujeitos *intrusos* que se arrogam na administração da sociedade – estes não podem ser administradores de facto *para o efeito da aplicação do regime societário* <sup>1849</sup>. <sup>1850</sup>

---

<sup>1849</sup> Não era esta, como sabemos, a compreensão de TULLIO ASCARELLI, para quem o administrador “indirecto” (sócio ou terceiro) se responsabilizaria por causa do abuso da sua posição ou influência e, consequentemente, por ter usurpado (por natureza, digamos) as funções dos administradores (por ex., cfr. “Ancora in tema di imprenditore occulto”, *loc. cit.*, pág. 1174, e *supra*, ponto 5.).

<sup>1850</sup> No sentido de cobrar a exigência deste último pressuposto da administração de facto, nomeadamente para que a sociedade fique vinculada pelos seus actos e para chamar o regime de responsabilidade societária, v. (a começar pelos EUA: cfr., além do mais, as referências constantes do ponto 2. da Parte I) HOWARD SPELLMAN, pág. 21 (“*The rule does not apply to mere interlopers*”); HENRY BALLANTINE, pág. 150 (ocupação do cargo “*under some appearance or color of right*”); NORMAN LATTIN, pág. 264; ALESSANDRO BORGIOLO, “Amministratori di fatto e direttori generali”, *loc. cit.*, págs. 610-611 (fala só da não oposição do órgão administrativo e configura o requisito como “o limiar mínimo” que afasta o “usurpador”); OLIVARES JAMES, págs. 303, 305 e ss; JEAN MARIE MACQUERON, pág. 167; DANIELA PATRICELLI, pág. 3109; ROBERT PENNINGTON, *Directors’ personal liability*, 1987, pág. 25; GIANNI MIGNONE, “Nota a Trib. Torino, 5 luglio 1988”, *loc. cit.*, pág. 718 (a aquiescência do órgão social que designa, ou seja, os sócios em assembleia geral, é idónea a fundar, entre a sociedade e um sujeito, uma “relação de administração”); CHRISTOPHER L. RYAN, pág. 113 (fala dos que são *usurpers* ou *interlopers*); ALONSO UREBA, “Presupuestos de la responsabilidad social...”, *loc. cit.*, págs. 673, 674, ID., “La responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, pág. 282-283 (conhecimento e assunção pelos sócios da actividade realizada pelos administradores de facto, mesmo quando tal derive de um comportamento passivo, como a não renovação da designação cujo prazo se tenha cumprido); FRANCESCO FERRARA Jr./FRANCESCO CORSI, *Gli imprenditori...* cit. 1999, n. (5) – pág. 585 (“consenso por parte dos sócios”, visto até mediante “comportamentos passivos”), ID., *Gli imprenditori...* cit. 2006, págs. 620-621 (“consenso expresso ou tácito dos administradores” e subjugação por parte do sócio “*tiranno*”); PAOLA BALZARINI, pág. 1335; ALESSANDRA ROSSI VANNINI, “Una svolta...”, *loc. cit.*, pág. 211 (aceitar como perfeitos os actos como se fossem actos “do administrador”); LUIGI RAGAZZINI, págs. 945, 949 (um “consenso equivalente à investidura do administrador de direito”); ELISABETTA VALERIO, n. (41) – pág. 1054; ANTONIO PERDICES HUETOS, págs. 281-282; NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., págs. 75-76, 77-78, ID., “El concepto de administrador de hecho...”, *loc. cit.*, págs. 872-873; LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, “La responsabilidad concursal...”, *loc. cit.*, págs. 708, 710 (ligando o requisito com a criação ou manutenção de uma situação objectiva de aparência e eficácia vinculativa); FRANCO DI SABATO, *Diritto delle società* cit., pág. 276; JOSÉ EMBID IRUJO, “La responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, pág. 2399; JAMES COX/THOMAS LEE HAZEN, pág. 364; WILLIAM MEADE FLETCHER, *Fletcher Cyclopedia...* cit., págs. 213 e 217, mas excepcionando a regra para certas condutas de sócios a pág. 216; FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, “Ámbito subjectivo de la responsabilidad”, *loc. cit.*, pág. 62; MIRIAM LOZANO SAIGÍ, pág. 1060; NURIA FÉRNANDEZ PÉREZ, pág. 105; RICARDO COSTA, “Responsabilidade civil societária...”, *loc. cit.*, n. (12) – pág. 39; COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., pág. 102 (= COUTINHO DE ABREU/ELISABETE RAMOS, n. (69) – pág. 42); JOÃO SANTOS CABRAL, págs. 281-282 (“conferir uma aparência mínima de direito ao instituto”); MANUEL DÍAZ MARTÍNEZ, pág. 1022; MÓNICA FUENTES NAHARRO, págs. 266-267, ELISA LUCAS MARTÍN, pág. 263;

Este pressuposto – mas só, em regra, do órgão responsável em regra pela designação (*Bestellungsorgan*: sócios ou *Aufsichtsrat*) e, em primeira linha, para o sujeito que gere sem acto de nomeação (mas também para a nomeação viciada tolerada ou confiada pela sociedade) – é visto tradicionalmente na Alemanha como o mais decisivo no elenco de traços solicitados ao *faktischer* ou *tatsächlicher Geschäftsführer*: HANS GERLACH, pág. 257; JOACHIM MEYER-LANDRUT, *Aktiengesetz. Großkommentar* cit., sub § 84, pág. 648, *Anm.* 18; WOLFGANG HEFERMEHL, sub § 84, pág. 182, *Rdn.* 136, sub § 93, págs. 273-274, *Rdn.* 8; NORBERT REICH, pág. 1665; GEORG JARZEMBOWSKI, pág. 104; URSULA STEIN, *Das faktische Organ* cit., *passim*, em esp. págs. 33-34, 39-40, 116 – no entanto, em “Die Normadressaten...”, *loc. cit.*, págs. 216-217, a Autora deixa de ser tão descritiva, contrária a tese dominante (fundada na justificação para o abandono da necessidade de uma acto formal de designação) e considera “prescindível” o pressuposto, em esp. quando decifra a aplicação do dever administrativo de requerer a insolvência (a usurpação da administração contra

### 11.5. A especialidade do administrador de facto com designação invalidada

Estarão os administradores que actuaram com base em título originário (nomeadamente deliberativo) mas depois invalidado na mesma situação daqueles que actuaram sem título ou com título suspenso ou extinto?

Descortino que a resposta implica caminhar pela ladeira da *relação de organicidade promovida pela designação feita*. Houve vontade inequívoca dos órgãos e sujeitos competentes em atribuir o cargo de administrador, que não é eliminada pela irregularidade genética e interna do acto de designação; se me permite o leitor remeter para o início desta nossa digressão, houve *forma* na aquisição da posição de administração; houve, por isso, designação por quem tem competência para a fazer e, mais do que isso, aceitação pelo administrador, reflexo da sua confiança justificada na (e juízo sobre a) idoneidade da nomeação; houve constituição de uma relação orgânica – mesmo que *aparente*, na circunstância de ter sido objecto de uma acção de declaração de nulidade (pois nesta não se produzem quaisquer efeitos; o administrador assim designado é sempre de facto), ou *precária*, em face da alegação judicial da anulabilidade (pois nesta os efeitos produzem-se até que em juízo se

---

a vontade dos administradores e dos sócios coloca em perigo os interesses dos credores da mesma forma que uma actuação consentida como administrador: págs. 221, 234); GÜNTER KOHKLAMM, pág. 728, *Rdn.* 29; GÜNTER ROTH, págs. 423-424 (que vê a tolerância dos sócios como uma “espécie de ficção de nomeação”); ROBERT WEIMAR, “Grundprobleme und offene Fragen... (I)”, *loc. cit.*, págs. 473-474, 475; KLAUS HOPT, *Großkommentar Aktiengesetz, §§ 92-94 cit., sub § 93*, pág. 71, *Rdn.* 35-37 (fundamentalmente como “comportamento concludente” da aparência de membro do órgão de administração), pág. 76, *Rdn.* 50; UWE H. SCHNEIDER, “§ 6 Geschäftsführer”, *loc. cit.*, pág. 398, *Rdn.* 48; MARKUS GEIßLER, pág. 1108 (para quem a “vontade (concludente) da sociedade em transmitir a direcção empresarial a uma pessoa determinada” é a razão essencial da vigência e reconhecimento da actividade levada a cabo pelo administrador de facto); HOLGER FLEISCHER, “Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit...”, *loc. cit.*, pág. 524; HANS CRISTOPH GRIGOLEIT, págs. 115-116; HANS-CRISTOPH VOIGT, pág. 206; ULRICH HAAS/HILDEGARD ZIEMONS, pág. 489, *Rdn.* 30. Sirvam de exemplos na jurisprudência o aresto do **OLG de Düsseldorf de 25 de Novembro de 1993** (in *GmbHR*, 1994, pág. 317 e ss: ponto I do Sumário e pág. 318), do **BGH de 10 de Maio de 2000** (in *NJW*, 2000, pág. 2285, s.), e do **OLG de Karlsruhe de 7 de Março de 2006** (in *NJW*, 2006, pág. 1364, seg.). Esta sustentação é fortemente influenciada pela jurisprudência criminal do *BGH*, que sempre se notabilizou por convocar a tolerância de quem tem competência para designar os administradores (nomeadamente para os sujeitos sem nomeação): v. por todos HANS FURHMANN, págs. 142-143, 153-154.

Nem sempre, todavia, a doutrina se pôs de acordo. Por ex., no dizer de DIETRICH KRATZSCH, pág. 533, também haverá responsabilidade se houver “usurpação de facto dos poderes da administração”; para KARSTEN SCHMIDT, “Anhang § 64...”, *loc. cit.*, pág. 4215, *Rdn.* 22, a aceitação dos sócios acaba por não ser imprescindivelmente necessária, ainda que não se possam imputar os deveres legais de administrador para quem o poder da administração é assumido de forma usurpatória; para MARC DINKHOFF, pág. 95, o requisito perdeu sentido quando se sobrepõem como critério os comportamentos externos e a intensidade da influência sobre a administração; e, finalmente, o citado GÜNTER ROTH, pág. 424, tem sérias reservas em aceitar a tolerância dos sócios quando falha o conhecimento de todos ou da maioria e acaba por, também em face dos interesses do tráfico jurídico e dos credores, dar a essa tolerância um “significado secundário”. Mais claro, nomeadamente para efeitos de responsabilidade, no associar do “órgão de facto” à usurpação das funções e tarefas do órgão, sem que haja instituição ou confiança desse núcleo de competências, encontra-se, para o direito suíço, ALEXANDER VOGEL, págs. 264, 302, 303, 313-314.

julgue anulada e, se não houver anulação, o administrador nunca deixa de ser entendido como formal ou “de direito”) <sup>1851</sup> –, e, de acordo com a *normalidade*, publicidade dessa relação nas relações externas; uma vez decretada (ou reconhecida) a invalidade do acto (*maxime*, deliberativo) de designação, a anomalia constitutiva e genética da relação de administração provoca (ou apenas reconhece) um defeito *ex tunc* de legitimidade orgânica em razão da ineficácia originária da investidura.

Todavia, esse defeito não foi letal ao ponto de vedar a actuação do administrador nomeado. Este *dispunha ainda de uma legitimidade aparente ou precária* para exercer as suas funções, geralmente acrescida de uma *presunção de validade do título* conferida pela inscrição registal – o que é diferente de não dispor de qualquer legitimidade (ou dela deixar de dispor) – e de levar a cabo uma intervenção administrativa não autorizada; o que é, em suma, diferente de um desprezo absoluto em relação ao comportamento exigido pelo modelo legal; no essencial, um “não acto” (*Nicht-Akt*) de designação é, por fim, bem distinto do “acto viciado” (*fehlerhafte Akt*)<sup>1852</sup> que alavanca uma *posição jurídica justificada*, na medida em que a execução (da função) foi pretendida pelo nomeado (com a aceitação) e pela sociedade (pela designação incontestada) e *ambas as partes* – se assim podemos dizer por comodidade – partem do princípio de que as tarefas ligadas à função vão ser cumpridas e, ademais, podem ser exigidas pelo *carácter constitutivo do facto complexo da designação e aceitação* <sup>1853</sup>. Daqui resulta uma consequência de enorme relevo para este administrador de facto: desde que haja *actividade positiva* como administrador, *não precisa de passar pelo processo selectivo de legitimação (desde logo de uma actividade qualitativamente selectiva) para se alcandorar à qualidade e ao estatuto de administrador de facto relevante* <sup>1854</sup>; esse processo encontra-se sanado

---

<sup>1851</sup> Com esta dicotomia, FABRIZIO GUERRERA, “«Gestione di fatto»...”, *loc. cit.*, n. (28) – pág. 141, n. (34) – pág. 142; antes, AURELIO CANDIAN, *Nullità e annullabilità di delibere...* cit., págs. 225, 229, chama também “aparente” ao administrador de facto por causa da nulidade do acto de proposição. Também JOSÉ LUIZ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., pág. 120, fala, a propósito da deliberação nula, da geração de uma “aparência” que não pode ser totalmente desconhecida. Entre nós, PINTO FURTADO, *Deliberações de sociedades comerciais* cit., pág. 835, chama “aparente representante” ao administrador designado tanto por deliberação nula como por deliberação anulada.

<sup>1852</sup> KLAUS HOPT, *Großkommentar Aktiengesetz, §§ 92-94* cit., sub § 93, pág. 73, Rdn. 45.

<sup>1853</sup> URSULA STEIN, *Das faktische Organ* cit., págs. 116 e, essencialmente (e sendo o acto de nomeação um verdadeiro pressuposto do relevo equiparável da posição viciada do administrador: no mesmo sentido, HANS-JOACHIM MERTENS, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz* cit., sub § 93, pág. 290, Rdn. 12), 121-122, 124.

<sup>1854</sup> Porém, a partir do trânsito em julgado da decisão (ou das deliberações competentes dos órgãos sociais que declaram a anulação da deliberação nomeadora; já agora, também elas susceptíveis de



pela habilitação que a designação, ainda que posteriormente decaída pelo reconhecimento ou decretamento judicial ou orgânico-social, lhe proporcionou; e com essa habilitação do acto que o designa administrador – que realiza uma verdadeira “função de aviso” (*Warnfunktion*) para o estabelecimento de uma posição com relevo jurídico<sup>1855</sup> – equiparamo-lo ao administrador de direito, ainda que com as eventuais limitações (mormente de ordem formal, atinentes à organização e funcionamento da sociedade) que marcam o administrador de facto *caucionado* pelos requisitos de legitimação acabados de elencar<sup>1856, 1857</sup>

De outra banda, e mais em particular, não veríamos como algo mais do que pleonástica a exigência dessa legitimação. A conduta *assumida* do administrador de direito aparente ou precário naturalmente obedece à autonomia, à sistematicidade e à aceitação da sua conduta – *recte*, não estamos perante um usurpador de funções, mesmo que a validade da designação esteja a ser avaliada judicialmente<sup>1858</sup> –, que se tornaria redundante indagar – se não houve oposição à assunção efectiva de funções por parte da sociedade (seja por desconhecimento, seja até pela equivocidade do vício) e daqueles que poderiam contestar a validade do título, não há como ignorar a “base de confiança mútua” (*gegenseitige* ou *beiderseitige Vertrauensgrundlage*, na dogmática de URSULA STEIN<sup>1859</sup>) que torna este administrador de facto, como afirma

---

impugnação judicial), o sujeito pode vir a ser considerado administrador de facto se exercer as funções típicas de administração, mas *só se preencher todos os requisitos de legitimação do administrador de facto juridicamente relevante*.

<sup>1855</sup> URSULA STEIN, *últ. ob. cit.*, pág. 116 – a Autora alemã realça que esta função não existe quando terceiros assumem activamente a posição de administrador sem “base formal” e gozando da tolerância da sociedade (o que reitera a pág. 122).

<sup>1856</sup> Sobre a discussão dessas limitações, cfr. *infra*, ponto 13.2.

<sup>1857</sup> Noutro sentido parece ter ido NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., pág. 165 e n. (221), para quem a extensão das normas que regulam os poderes e os deveres dos administradores ao administrador de facto nomeado por deliberação nula ou inexistente (para o Autor, recorde-se, o administrador nomeado por deliberação anulada continua a ser administrador de direito) depende da identificação no seu comportamento dos “elementos que devem conotar a relação administrativa de facto”, nomeadamente “um comportamento positivo de gestão”. Numa linha mais próxima da advogada se coloca a tese de MARKUS GEISLER, pág. 1106, 1110-1111, para quem os pressupostos de responsabilidade do administrador com nomeação viciada têm que ser mais suaves ou diminuídos parcialmente em relação aos exigidos para o administrador de facto sem designação – nomeadamente quanto à extensão das funções assumidas.

<sup>1858</sup> MARKUS GEISLER, pág. 1110.

<sup>1859</sup> *Das faktische Organ* cit., págs. 125, 136, 140, 199.

Por isso, nesses mesmos passos (págs. 125-126, 127, 136 e ss, 199-200), a Autora germânica entendeu que a tutela da relação orgânica defeituosa terminaria (*Endzeitpunkt*) – ou nem sequer começaria – com o conhecimento do vício (tanto pelo administrador como pela sociedade – verdadeira situação de “lacuna” de regime por inexistência do órgão e sua ocupação por pessoas não designadas [págs. 149-150]; o conhecimento unilateral poderia levar a solução diferente, uma vez que a parte conhecedora ou

KLAUS HOPT, merecedor da presunção de que foi regularmente designado <sup>1860</sup> e, a meu ver, de um tratamento sensatamente diferenciado. Além disso, o elemento psicológico da vontade em actuar como administrador é absorvido pela *convicção subjectiva de que a nomeação foi válida e eficaz* (ou, pelo menos, de *invalidade duvidosa*) e que, portanto, a sua actuação é tratada como a de um administrador *regularmente nomeado ou eleito e legítimo* <sup>1861</sup> – se essa convicção não existe, o administrador deveria inclusivamente ter recusado aceitar a designação e/ou a sociedade corrigido o vício <sup>1862</sup>. Finalmente, sobra a actuação qualitativamente típica, que, sendo intrínseca ao *tipo legal* de administrador, sempre se presumiria que foi protagonizada, o que não seria fácil de ilidir tendo em conta a previsível dificuldade em reconstituir com segurança o exercício de todas as tarefas e funções realizadas e identificar com rigor a contribuição e/ou a execução da gestão relativa à “alta direcção” <sup>1863</sup>.

## 12. A redefinição extensiva do conceito de administrador e a aplicação do regime societário

### 12.1. A conjugação de um instituto jurídico e de um problema de “aplicação de normas”

Chegados aqui, parece que o administrador de facto, *objecto de uma legitimação plena*, não é necessariamente uma figura má de contornos perniciosos,

---

negligentemente ignorante não se deveria poder prevalecer de regimes favoráveis [págs. 138-139]) e, a partir desse momento, o administrador de facto só poderia intervir nos actos indispensáveis para a continuação da actividade normal da sociedade até nova nomeação regular (que recai sobre a sociedade) e somente para aquela que apenas é executada pela administração (como a convocação da assembleia de sócios e a apresentação das “contas”) – isto é, a partir do momento em que, pelo reconhecimento ou admissão do vício, não se reconhecem interesses dignos de protecção bem como a integral equiparação ao administrador regularmente constituído, o administrador ficaria sujeito a um princípio de “continuidade applicativa limitada” (*beschränkte Fortgeltung*) das normas. Noutro passo, a Autora, coerentemente, reafirma que os sujeitos nomeados vicidamente não podem ser aceites como titulares de uma posição orgânica irregular sempre que o defeito da nomeação era conhecido desde o princípio pelo órgão nomeador e pelo próprio nomeado, ainda que o exercício da função seja aceite pelo órgão competente para a designação (págs. 149-150) – é aqui que se discutiria em que medida se poderia associar os princípios de responsabilidade orgânica se houvesse que tratar a pessoa em causa como “administrador de facto”.

<sup>1860</sup> Sub § 93, pág. 73, Rdn. 44.

<sup>1861</sup> MARKUS GEIßLER, pág. 1114.

<sup>1862</sup> Cfr. *supra*, Parte II, ponto 9.

<sup>1863</sup> Claro que se não houver em concreto o exercício de qualquer tarefa administrativa, essa abstenção veda por si só a qualidade de administrador – mais uma vez cfr. *supra*, Parte II, ponto 9.

que se radique inexoravelmente no carácter *contra ius* de comportamento de quem se arroga poderes gestórios sem se munir de um acto formal de investidura. É, ao invés, uma figura benigna, que, uma vez examinada em *qualidade* e, em princípio, em *quantidade*, tem entre as suas virtudes evitar situações de vazio e/ou soluções incongruentes no hemisfério da administração e representação das sociedades *com alguma segurança applicativa*. Para essa virtude se confirmar não é suficiente que se analisem *a jusante* as consequências jurídicas de uma possível aplicação de normas do ordenamento societário a uma ou outra situação concreta em relação a determinadas figuras de administração de facto <sup>1864</sup>. Esse empreendimento confina-se ao desfilar de considerações e valorizações adicionais *na relação com a extensão de interesses tutelados pelo preceito singular* e deixa naturalmente de fora a *uniformização de um instituto jurídico* <sup>1865</sup>. O desafio era, pois, *tornar abstracto o conceito de administrador de facto juridicamente relevante* – que vai para além dessa situação concreta e da leitura de uma disciplina – e *desprendê-lo da mera condição de recurso para a definição de um princípio relativo a uma “norma única”* (sendo a mais evidente a que responsabiliza os administradores pela gestão). <sup>1866</sup>

Demos como assente que – como diz URSULA STEIN – uma “circunscrição conceptual” (*begriffliche Eingrezung*) do administrador de facto tendo em vista a convocação de uma só determinada regulação deixa de fora um entendimento global e seguro da figura <sup>1867</sup>. O administrador de facto não pode ser definido de acordo com

---

<sup>1864</sup> Era só até aqui, “com extrema cautela” e recorrendo à aplicação analógica, que um crítico da transposição da disciplina dos poderes e deveres dos administradores para quem não obtivesse uma investidura regular para a função, como foi ALESSANDRO NIGRO, “Sull’azione di responsabilità...”, *loc. cit.*, pág. 859, concedia avizinhar-se.

<sup>1865</sup> Esta insuficiência promoveu, como é bom de ver, cepticismo dogmático quanto à administração de facto, sempre que a extensão de um preceito não se ancorasse num fundamento suficientemente forte e indiscutível: veja-se, como paradigmático, o discurso (concentrado na aplicação singular da norma de responsabilidade civil societária) de JAVIER JUSTE MENCÍA, “En torno a la aplicación...”, *loc. cit.*, págs. 451 e ss, em esp. 454-455. Também refractário à ideia de o tratamento do gestor não legítimo se reconduzir à “artificiosa trituração [*frantumazione*] ou redução interpretativa do estatuto do administrador de sociedade”, v. FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, pág. 207.

<sup>1866</sup> Desta exegese retiram-se os casos de administração de facto *ope legis* (cfr. *supra*, ponto 10.1.) e, em princípio, os administradores com nomeação inválida.

<sup>1867</sup> Não obstante se reconhecer que transformar o complexo de “relações orgânicas de facto” (*tatsätliche Organverhältnisse*) num problema de aplicação de normas únicas (*Einzelnormanwendung*), através do qual (ainda que sem as desejadas uniformidade e segurança jurídica nessa aplicação) se permite a protecção dos interesses tutelados por cada uma delas (nomeadamente por extensão teleológica ou analógica), tal é mais vantajoso do que lidar com um “tópico” sem substância jurídica – v., neste sentido, a mesma URSULA STEIN, *Das faktische Organ* cit., págs. 69-70. Ainda mais clara no seu juízo é a Autora no estudo “Die Normadressaten...”, *loc. cit.*, pág. 212, quando aplicou a sua concepção à identificação dos destinatários das normas dos §§ 64 e 84 da GmbHG (agora § 15a (1), (4) e (5) da InsO) em sede de

um procedimento *fechado de conexão de factos com a norma e submissão ao domínio de aplicação da norma, tendo em conta a sua finalidade exclusiva*; o administrador de facto precisa de um processo de *legitimação* que lhe dê *substância* e o coloque por *direito próprio no regime que lhe deve ser próprio*. Por isso, *a montante*, urgia definir em que *circunstâncias tipológicas* o administrador de facto seria *relevante para o direito societário*, para depois, uma vez criada a instituição com os *denominadores comuns do “tipo” de administrador tido em conta pela lei*, retirar conclusões sobre a *aplicação desse mesmo direito societário*. Isto é, saber se, mesmo estando o sujeito actuante fora do esquema formal do *“organismo económico-patrimonial” que a sociedade é*, a ele não pode deixar de se aplicar o *“ordenamento normativo de relações”* (*corporativas*, se se quiser, remetendo para um feixe de poderes e deveres de comportamento) em que a sociedade se espraia na lei <sup>1868</sup>. Foi esta a opção: *desenvolver dogmaticamente a figura para daí retirar conclusões sobre a aplicação do direito (ou ordenamento normativo) pertinente*. <sup>1869</sup>

A mera aplicação de normas, caso a caso, quando se prefigura a razoabilidade de aplicar uma parte significativa das normas do *órgão* para um sujeito que *não é ou já não é titular do órgão*, ou seja, se o que interessa é encontrar *“ponderações globais fora da norma singular, que encontram igualmente correspondência na interpretação de todos os preceitos”* <sup>1870</sup>, não parece trazer grande vantagem. Antes sublima o melindre de, com a questão reduzida a um problema de *imputação extensiva de poderes e deveres* <sup>1871</sup>, estarmos habilitados a ampliar o arco de destinatários de uma

---

requerimento da insolvência, sempre dependente – no caso do administrador de facto – da possibilidade de conjugação entre a *“finalidade da norma”* (*Normzweck*) e as específicas características do destinatário do dever que a norma comporta.

<sup>1868</sup> Para essas duas realidades da *“organização social”*, v. PAOLO GRECO, págs. 198, ss, 237-238. Na dogmática do Autor italiano, o *“ordenamento unitário”* refere-se ao (i) *“ordenamento da titularidade das relações activas e passivas imputáveis à sociedade”*, ao (ii) *“ordenamento dos correspondentes elementos objectivos, ou seja, dos valores económicos que pertencem ao património social”* e ao (iii) *“ordenamento dos órgãos e dos comportamentos destinados a perseguir os fins sociais”* (em esp. para este, págs. 232 e ss).

<sup>1869</sup> Sobre estes caminhos na doutrina alemã para o *“órgão de facto”*, v. URSULA STEIN, *Das faktische Organ* cit., *passim*, mas são exemplares as págs. 46-47.

<sup>1870</sup> Pois aproveito justamente o raciocínio de URSULA STEIN, *últ. ob. cit.*, pág. 71.

<sup>1871</sup> Significativos nesta linha de apoio à mera *“aplicação de normas”* como mais flexível e ajustada do que a construção de um instituto jurídico (ou de uma definição única da figura) em sentido próprio: GÜNTER ROTH, pág. 432; ROBERT WEIMAR, *“Grundprobleme und offene Fragen... (I)”*, *loc. cit.*, págs. 476, 477, ID., *“Grundprobleme und offene Fragen um dem faktischen GmbH-Geschäftsführer (II)”*, *GmbHR*, 1997, pág. 543 (talvez o mais radical: o problema do administrador não designado ou designado irregularmente só pode ser resolvido em cada caso se a norma a aplicar, de acordo com a justa composição de interesses e a sua finalidade, puder ser aplicada ao administrador de facto); KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht* cit., pág. 419; UWE H. SCHNEIDER, *“§ 6 Geschäftsführer”*, *loc. cit.*, pág. 398, *Rdn.* 49; ULRICH HAAS/HILDEGARD

regra jurídica e das suas consequências, sem que se justifique cabalmente a posição em si mesma do sujeito fáctico – frisantemente no que toca às *funções orgânicas* que não podem deixar de o diferenciar – a que a norma *também se deve aplicar* <sup>1872</sup>. Parece ganhar-se pouco em extrapolar de uma aplicação extensiva de uma norma quando se *persegue o objectivo de submeter (ou excluir) a administração de facto a um conjunto amplo de normas*. <sup>1873</sup>

O que, finalmente, nos afasta da dicotomia *instituto jurídico* ou *problema de aplicação de normas* <sup>1874</sup>. Temos, isso sim, duas fases *complementares e indissociáveis* numa relação causa-efeito de um mesmo problema. Na primeira delas, definimos o “quem” (configuração *jurídico-institucional*); na segunda delas, definimos “o que” aplicar ao “quem” primeiramente seleccionado, *rectius*, legitimado: configuração *normativa*. Duas faces da mesma moeda, uma a seguir à outra, na determinação de um *estatuto global* do administrador de facto <sup>1875</sup>.

---

ZIEMONS, pág. 487, *Rdn.* 26 (e para uma crítica: MARC DINKHOFF, págs. 96, 184-185, adversário da construção de um instituto de administrador de facto e da consequente interpretação extensiva de normas aplicáveis).

<sup>1872</sup> URSULA STEIN, *últ. ob. cit.*, págs. 72-73, em discurso respeitante às normas de responsabilização dos administradores – tratar-se-ia, essencialmente, de justificar uma “responsabilidade suplementar” (*zusätzliche Verantwortlichkeit*); v. também “Die Normadressaten...”, *loc. cit.*, págs. 212, 216.

<sup>1873</sup> Claro que sempre se pode afirmar que uma figura jurídica para a qual variam intensamente os critérios de definição não promove a segurança jurídica, como salienta, criticamente, MARC DINKHOFF, págs. 109-110, 129, 184-185; o mesmo acontece, como refere o Autor, com a extensão (teleológico-racional ou analógica) de normas aplicáveis, sem que os resultados fiquem isentos de dúvidas e reservas. Porém, o caminho aqui proposto é, em vez de nos demitirmos de conferir tratamento próprio da organização social-corporativa, elencar critérios exigentes e, por isso, selectivos e mais seguros (desde logo porque não alargam sem limites a identificação da figura *relevante jussocietariamente*) na tarefa da qualificação do sujeito.

<sup>1874</sup> Ou de uma posição dogmaticamente *renunciadora*, que abdica de qualquer dos caminhos, como a de MARC DINKHOFF, págs. 14, 90, 95-96, 108, 129-130, 189-190, Autor que, perante as críticas a cada um dos termos dessa dicotomia e a falta de consenso nas matérias do “círculo de pessoas” abrangidas, das suas “características” e “pressupostos” (por ex., por quanto tempo deveriam ser executadas as tarefas de administração), assim como dos “limites de interpretação” das normas, nomeadamente, só vê alternativas credíveis na “modificação consequente” das normas aplicáveis – leia-se, a positividade normativa do administrador de facto através de uma “mudança explícita da lei” – e, até lá, no aproveitamento e aplicação do material normativo existente nas disciplinas gerais ou comuns para acudir a lacunas de regulação.

<sup>1875</sup> Em França, defendendo a existência de um verdadeiro “estatuto legal” para os administradores de facto, v. JEAN-PIERRE PIZZIO, pág. 418, ss (no direito societário, uma vez que não advogava a aplicação da noção de *gérance de fait*, por mor de uma interpretação extensiva, no domínio da responsabilidade fiscal), e BERNARD SOINNE, “*Note Cour de Cassation, 6 octobre 1981*”, *Rec. Dalloz*, 1983, *Jurisprudence*, pág. 134. Com dúvidas, pois só interessaria qualificar um sujeito como administrador de facto com o único objectivo de declarar a sua responsabilidade em razão da sua actividade, enquanto “sanção para o exercício da actividade de gestão ao arrepio dos textos”, NATHALIE DEDESSUS-LE-MOUSTIER, pág. 511.

## 12.2. A reconstrução do conceito de administrador como resposta às alternativas não societárias de configuração do administrador de facto

De todo o modo, a doutrina nem sempre viu com bons olhos a recondução dogmática da figura a um instituto pertencente ao direito societário. Tomei contacto com alguns esforços para a afastar do actor da função administrativa, nomeadamente quando alguns Autores se abalancharam a censurar através da *responsabilidade* os actos dos sujeitos desprovidos de legitimidade formal para administrar a sociedade.

ALESSANDRO BORGIOLOI, confrontado com a falta de uma norma expressa que equiparasse a posição de quem exerce de facto a função administrativa à do administrador regularmente nomeado – o que permitiria, no seu entender, ultrapassar *de plano* todos os problemas na matéria –, defendeu que o sistema normativo continha uma figura (de “*alto dirigente*”) suficientemente elástica para compreender todos aqueles que exercem de facto os poderes correspondentes ao administrador que recebeu uma designação formal: essa figura seria o *director geral* da sociedade anónima; “na prática, a exigência de uma tutela [dos administradores de facto] é limitada às hipóteses nas quais se colocam em relevo o poder de (alta gestão) da empresa social, que representa uma característica comum tanto da figura do administrador como a do director geral”<sup>1876</sup>; “a sua disciplina [do director geral] pode ser utilizada para resolver aquelas mesmas questões que têm sido mais encaradas sob o perfil do chamado administrador de facto”<sup>1877</sup>. E, com essa atribuição, assim se chamaria o art. 2396 do CCIt.<sup>1878</sup> para colmatar a lacuna normativa.

Esta interpretação – como já sabemos – teve o mérito de medrar um percurso hermenêutico eminentemente funcional do administrador de facto, assente no exercício continuado e sistemático dos poderes de “alta direcção”, sem oposição por parte do órgão administrativo de direito<sup>1879</sup>. E o Autor transalpino aproveitava-se da

---

<sup>1876</sup> ALESSANDRO BORGIOLOI, *I direttori generali...* cit., n. (202) – págs. 134-135.

<sup>1877</sup> ALESSANDRO BORGIOLOI, “Amministratori di fatto e direttori generali”, *loc. cit.*, págs. 602, 613, ID., “L’amministratore «di fatto» non fallisce”, *loc. cit.*, pág. 599.

<sup>1878</sup> [Na versão actual] «As disposições que regulam a responsabilidade dos administradores aplicam-se igualmente aos directores gerais nomeados pela assembleia ou por disposição do estatuto, em relação às funções que lhe forem confiadas, salvo as acções que possam ser exercidas com base no contrato de trabalho com a sociedade».

<sup>1879</sup> ALESSANDRO BORGIOLOI, “Amministratori di fatto e direttori generali”, *loc. cit.*, págs. 608 e ss (em esp. 610, 612-613, e n. (70)). Para a captação do mérito, v. FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, pág. 164. Por sua vez, PAOLO FERRARI BRAVO, pág. 466, não escondeu a simpatia pela tese de

teorização *não formalista* que empreendera do director geral: se o director geral se qualificava tendo por base, não elementos de natureza formal (como o *nomen iuris* que lhe fora imputado ou as formas-modalidades de nomeação), mas exclusivamente a amplitude dos poderes assumidos com ligação a elementos essencialmente funcionais e dotados de sistematicidade e continuidade<sup>1880</sup>, o administrador de facto, que se caracterizava sobre a base de análogos critérios funcionais (“exercício de certos poderes, realização de uma actividade particularmente qualificada”), acomodava-se sem mais à figura, aos requisitos e à disciplina do director geral<sup>1881</sup>. Mas, para além de reduzir o problema à imputação de responsabilidade ao sujeito fáctico<sup>1882</sup> e de menosprezar a possível (se compatível) compatibilidade da qualidade de administrador e aquela de director geral (e trabalhador subordinado)<sup>1883</sup>, a tese, nos termos em que foi esgrimida, enferma de vício argumentativo na própria origem, quando via coincidência de funções – justamente na “alta direcção” – entre director geral e administrador de facto: o que é de recusar, pois essas funções estão no âmago indelegável da função administrativa e nem sequer podem ser partilhadas pelos membros do órgão de administração com sujeitos que se relacionam num nexo de subordinação com esse mesmo órgão; se assim é, falta o âmago da *intensidade qualitativa* para o director geral ser qualificado como administrador de facto e falecem (antes e depois da qualificação) as obrigações nevrálgicas, subtraídas às competências do director geral, e, conseqüentemente, a sua responsabilidade pela respectiva violação<sup>1884</sup>. O defeito ulterior é a contradição inevitável entre a posição

---

Borgioli, que evitaria aceitar uma “excepção à regra da competência da assembleia” para designar os administradores a responsabilizar.

<sup>1880</sup> Cfr. *supra*, n. 1802.

<sup>1881</sup> ALESSANDRO BORGIOLO, *I direttori generali...* cit., n. (202) – pág. 135, “Amministratori di fatto e direttori generali”, *loc. cit.*, págs. 611-612, 613-614.

<sup>1882</sup> Crítica ajustada de GIANNI MIGNONE, “Nota a Trib. Torino, 5 luglio 1988”, *loc. cit.*, pág. 718, que realça, na sua objecção, ficar de fora a afirmação da eficácia dos actos em relação à sociedade para quem actuam.

<sup>1883</sup> Crítica, por sua vez, de GIOVANNI LO CASCIO, pág. 194, o que demonstraria “a diversidade das funções e das prestações objectivas consequentes a cada um dos cargos específicos”.

<sup>1884</sup> Crítica resultante do discurso já antes adoptado (cfr. *supra*, ponto 11.2.2.). E sublinhada por GIOVANNI LO CASCIO, pág. 194, Autor que salienta que a consequência não pode deixar de ser que as habilitações para a responsabilidade que recaem sobre o director geral não esgotam a esfera de responsabilidade do administrador de facto, LUIGI RAGAZZONI, pág. 944, ANDREA PERRONE, pág. 1404, LUIGI SALVATO, pág. 816, e MICHELE MOZZARELLI, pág. 570 e n. (20), que enfatiza que aos administradores, em contraponto ao director geral, cabe a amplitude das decisões mais importantes da organização social e da definição dos objectivos gerais da actividade empresarial da sociedade (“alta direcção”, portanto – acrescento), o que implica que a teoria de Borgioli não pode ser a base para estender ao administrador de facto todas as obrigações típicas dos administradores, com a consequente

subordinada (e em regra laboral, mesmo que superiormente qualificada) do director geral e a soberania e autonomia decisórias do administrador <sup>1885</sup>, traços estes que sempre se exigem para revestir o administrador de facto e se poderiam abdicar uma vez ele enquadrado num patamar hierarquicamente inferior à da administração. Em consequência, nos casos em que o administrador de factos e apresente num contexto em que operam também administrador ou administradores de direito, o primeiro, ao contrário do que manifestaria albergá-lo na condição de director geral, nunca pode estar, para o ser, numa posição de subordinação em relação à administração de direito <sup>1886</sup>. Assim, o administrador de facto acaba por se *degradar* numa condição que nunca poderá ser sua <sup>1887</sup>, sem que, além do mais, se encontre solução numa norma – a do *Codice Civile* – que, ao deixar de fora justamente o director geral que actua sem qualquer designação formal (o já referido director geral “de facto”), acaba por não oferecer configuração eficaz para a qualidade e os requisitos necessários de um sujeito que actua como administrador mas sem designação <sup>1888</sup>. Antes o director geral é que poderá vir a ser em concreto administrador de facto legitimado por ter em mãos uma actividade mais ampla do que aquela que lhe é típica (restrita e subordinada) e aplicar-se-lhe a disciplina que é própria do administrador formalmente encarregado da função <sup>1889</sup>.

Alguns desses defeitos são comuns à tentativa da doutrina espanhola (ALONSO UREBA, nomeadamente) em proteger a aparência criada no tráfico em face de terceiros e assegurar a vinculação da sociedade no que respeita à actuação dos administradores de facto – para isso, qualifica-o como “*factor notorio*” <sup>1890</sup> e aplica-lhe

---

responsabilidade em caso de inobservância, impedindo-se a sanção das intromissões mais graves, precisamente aquelas que dizem respeito à gestão ao mais alto nível da empresa.

<sup>1885</sup> VINCENZO FERRO, “Responsabilità dell’amministratore di fatto”, *loc. cit.*, pág. 911, FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, pág. 164, LUIGI SALVATO, pág. 816.

<sup>1886</sup> GIUSEPPE GUIZZI, “Problemi in tema di gestione...”, *loc. cit.*, pág. 24.

<sup>1887</sup> V. FRANCO BONELLI, “La responsabilità dell’amministratore di fatto”, *loc. cit.*, pág. 111; FABRIZIO GUERRERA, *últ. est. e loc. cits.*, págs. 164-165 (que, porém, acaba por ver diferenças quase imperceptíveis entre as figuras quando está em causa o “exercício de funções substanciais de direcção e gestão da empresa social”); NICCOLÒ ABRIANI, “Dalle nebbie della finzione...”, *loc. cit.*, pág. 201; LUIGI SALVATO, pág. 816.

<sup>1888</sup> Neste sentido: FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, págs. 164-165 e n. (103), GIUSEPPE GUIZZI, *últ. est. e loc. cits.*; cfr. ainda GIOVANNI LO CASCIO, pág. 194.

<sup>1889</sup> GIOVANNI LO CASCIO, pág. 194.

<sup>1890</sup> Já sabemos que o “*factor*” é equivalente ao nosso “gerente de comércio” (cfr. art. 283 do CComEsp).



o art. 286 do CComEsp.<sup>1891</sup>, degradando-o mais uma vez a uma condição incompatível e com utilidade restrita a uma só parcela de regime.<sup>1892</sup>

Ainda parcelarmente, ANTONIO PAVONE LA ROSA, GIOVANNI LO CASCIO e ANDREA PERRONE destacaram-se por subsumir a figura do administrador de facto (mas somente aquele que não dispõe de título de designação, ainda que inválido ou implícito, e gere a sociedade em face da sua posição predominante no seio da organização social ou exautorado o órgão de direito que assume uma posição de inércia) como “*sostituto del mandatario*” – que é como quem quer significar *substituto do administrador de direito* – e consequente aplicação (análoga ou extensiva) dos princípios vazados na disciplina do art. 1717 do CCIt. à actuação gestória<sup>1893</sup>. Assim, a

---

<sup>1891</sup> «Os contratos celebrados pelo *factor* de um estabelecimento ou empresa industrial ou comercial, quando notoriamente pertença a uma empresa ou sociedade conhecidas, serão considerados feitos por conta do proprietário da dita empresa ou sociedade ...».

<sup>1892</sup> V. ALONSO UREBA, “Presupuestos de la responsabilidad social...”, *loc. cit.*, págs. 673-674, ID., “La responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, pág. 282, ID., “Art. 172.3. ...”, *loc. cit.*, pág. 1440; M.<sup>a</sup> LUISA DE ARRIBA FERNÁNDEZ, pág. 454 – “o administrador de facto é, no fundo, uma nova denominação para uma figura conhecida pelo ordenamento positivo: o *factor notorio* (...), isto é, um *factor* com nomeação tácita que actua com notoriedade como tal, sem oposição do empresário”; MANUEL MARÍA SÁNCHEZ ALVAREZ, “Responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, pág. 331 (quando o administrador de facto não tem qualquer “base legal ou contratual” para desempenhar as funções típicas da administração); NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., págs. 18 e ss (para as relações da sociedade com terceiros sempre que os administradores de facto aparecem como “representantes legítimos” da pessoa jurídica), 175-176; NURIA FÉRNANDEZ PÉREZ, pág. 105; assim como LUIS FÉRNANDEZ DE LA GÁNDARA, “El régimen de responsabilidad...”, *loc. cit.*, pág. 47, assimilando (pelo menos nesta fase do seu pensamento) o administrador de facto na mesma condição do “*factor notorio*” para efeitos de, com base na aparência criada no tráfico em face de terceiros de boa fé, se aplicar o mesmo regime de responsabilidade do administrador de direito, “em congruência com o princípio de que quem exerce o poder deve submeter-se aos mecanismos de responsabilidade estabelecidos na Lei uma vez que a isenção de responsabilidade suporia nestes casos um tratamento de favor que carece de justificação suficiente” (porém, o Autor parece abandonar essa concepção em “La responsabilidad concursal...”, *loc. cit.*, págs. 709-710, a favor de uma concepção ampla de administrador). Por seu turno, JOSÉ EMBID IRUJO, “La responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, págs. 2393-2394, concorda com a utilidade desta construção – e da recepção da “doutrina da aparência jurídica” que ela encerra – na “dimensão representativa da sociedade”: “[n]o plano das relações externas, na verdade, o administrador de facto não constitui uma qualificação distinta da de *factor notorio* (...), atenta à segurança do tráfico e à protecção do terceiro de boa fé”; de todo o modo, o Autor reconhece que esse revestimento é insuficiente para contemplar a perspectiva interna de actuação do sujeito, “de pura gestão social”. Note-se, por fim, que o primeiro Autor a considerar a aplicação deste regime aos administradores de facto, no sentido de proteger a confiança legítima dos terceiros numa “relação notória”, foi, embora equivocadamente, OLIVARES JAMES, págs. 303 e ss.

<sup>1893</sup> Veja-se os seus §§ 1º – «O mandatário que, na execução do mandato, se substitui por outrem, sem ser para tal autorizado ou sem que tal seja necessário pela natureza do encargo, responde pela actuação da pessoa substituta.» –, 3º – «O mandatário responde pelas instruções que deu ao substituto.» – e 4º – «O mandante pode agir directamente contra a pessoa substituída pelo mandatário.».

Temos regime análogo, mas decorrente da remissão do art. 1165º do CCiv. – «O mandatário pode, na execução do mandato, fazer-se substituir por outrem ou servir-se de auxiliares, *nos mesmos termos em que o procurador o pode fazer.*» – para o art. 264º do mesmo CCiv. – «O procurador só pode fazer-se substituir por outrem se o representado o permitir ou se a faculdade de substituição resultar do conteúdo da procuração ou da relação jurídica que a determina» (nº 1); «Sendo autorizada a substituição, o

sociedade poderia actuar directamente sobre o terceiro “substituto” pelo ressarcimento dos danos causados na realização das funções ilegitimamente assumidas (mesmo que o terceiro tenha actuado por sua iniciativa e sem qualquer consenso da “sociedade-mandante” ou por exclusiva e não necessária iniciativa do “administrador-mandatário” – substituição não autorizada, compaginada com o administrador “usurpador” – ou, ainda, actuado fora das necessidades de execução das tarefas administrativas) e, por outro lado, também por esses danos seria responsável o administrador de direito que permitira que o terceiro realizasse essas funções<sup>1894</sup>. Não obstante essa ampliação dos dados literais da norma civilística para abraçar a administração de facto *sem título*<sup>1895</sup>, a doutrina, tanto formalista como substancialista, não apoiou esta construção não societária (e já sem aqui abordar a hoje anacrónica coincidência entre administrador e mandatário) e sua transposição (e capacidade de resposta) para a espécie do administrador de facto (mesmo que sob o ponto de vista de uma substituição *tácita*): por ser *discutível* que a ingerência abusiva e espontânea de um terceiro proporcionada por simples inércia do administrador de direito<sup>1896</sup> e sem qualquer permissão ou solicitação pudesse ser integrada, por reinterpretação da espécie tida em conta pela norma, na substituição prevista na lei (operada pelo mandatário) para fundar a pretensão directa da sociedade-mandante<sup>1897</sup>; por ser *impossível* a substituição sem mais pelo administrador de direito em face das regras formais que presidem à designação dos administrador<sup>1898</sup>; por ser *suavizada* a responsabilidade do administrador de direito sempre que houvesse uma autorização (mesmo que inválida ou tácita) da substituição por parte da sociedade-mandante, uma vez que só se alegaria *culpa in*

---

procurador só é responsável para com o representado se tiver agido com culpa na escolha do substituto ou nas instruções que deu» (n.º 3).

<sup>1894</sup> ANTONIO PAVONE LA ROSA, “Rassegna di legislazione e di giurisprudenza”, *loc. cit.*, págs. 1099-1100, e, mais desenvolvidamente, GIOVANNI LO CASCIO, págs. 199-201, e ANDREA PERRONE, pág. 1405. Antes da adesão de Lo Cascio e Perrone, já ALESSANDRO BORGIOLI, *I direttori generali...* cit., pág. 183, realçava que a regra do art. 1717 do CCIt. plasmava o princípio geral (aplicável na acção social de responsabilidade) segundo o qual responde para com o proponente (a sociedade) aquele que o proposto substituiu a si próprio, haja ou não autorização do proponente.

<sup>1895</sup> E, na opinião de FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, pág. 165, a possibilidade de resolver os “frequentes casos de delegação arbitrária das tarefas administrativas a um terceiro estranho”.

<sup>1896</sup> É expressamente esta a circunstância atendida por ANDREA PERRONE, pág. 1405, quando adere a esta doutrina.

<sup>1897</sup> GIUSEPPE RAGUSA MAGGIORE, *La responsabilità individuale...* cit., págs. 181-182, 183, FABRIZIO GUERRERA, *últ. ob. e loc. cits.*, LUIGI RAGAZZINI, pág. 944, DARIO LATELLA, “I cosiddetti rapporti contrattuali di fatto”, *loc. cit.*, pág. 4.

<sup>1898</sup> GIUSEPPE RAGUSA MAGGIORE, *últ. ob. cit.*, pág. 183.

*eligendo* (e mesmo esta, se o substituto-administrador de facto fosse indicado, pelo menos implicitamente pela sociedade-mandante, seria reduzida a uma *culpa in instruendo*)<sup>1899</sup>; por ser *incongruente* que se deixe de fora as hipóteses em que são justamente os administradores de facto a servirem-se dos administradores de direito como sua *longa manus*, ou seja, os administradores de direito a serem os *substitutos materiais* do administrador de facto indirecto ou oculto<sup>1900</sup>, bem como aquelas outras situações em que o gestor de facto actua em regime de “vacatura” do órgão de administração<sup>1901</sup>.

Não obstante, o itinerário argumentativo mais proclamado como alternativa repousa no paradigma da *negotiorum gestio*, de molde a funcionar, no que toca a quem administrara a sociedade sem dispor de um título que formalmente o legitimasse para tal, o conceito e os princípios de responsabilidade que regem a actuação do gestor de negócios alheios em face do “dono do negócio”-sociedade<sup>1902</sup>. ALESSANDRO NIGRO<sup>1903</sup>, OLIVARES JAMES<sup>1904</sup>, THEODOR BAUMS<sup>1905</sup> (com apoio

---

<sup>1899</sup> NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto... cit.*, n. (62) – pág. 209, ID., “Dalle nebbie della finzione...”, *loc. cit.*, pág. 200 e n. (72); apoiado por GIUSEPPE GUIZZI, “Problemi in tema di gestione...”, *loc. cit.*, n. (17) – pág. 25.

<sup>1900</sup> NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto... cit.*, n. (62) – págs. 209-210, ID., “Dalle nebbie della finzione...”, *loc. cit.*, págs. 200-201; apoiado por GIUSEPPE GUIZZI, *últ. est. e loc. cits.*, n. (17) – págs. 24-25.

<sup>1901</sup> FABRIZIO GUERRERA, *últ. ob. e loc. cits.*

<sup>1902</sup> Entre nós, de acordo com o art. 464º do CCiv., «[d]á-se a gestão de negócios, quando uma pessoa assume a direcção de negócio alheio no interesse e por conta do respectivo dono, sem para tal estar autorizada». Por sua vez, o art. 466º do CCiv. estatui: «O gestor responde perante o dono do negócio, tanto pelos danos a que der causa, por culpa sua, no exercício da gestão, como por aqueles que causar com a injustificada interrupção dela» (n.º 1); «Considera-se culposa a actuação do gestor, quando ele agir em desconformidade com o interesse ou a vontade, real ou presumível, do dono do negócio» (n.º 2).

<sup>1903</sup> Em “Il mandato tacito...”, *loc. cit.*, págs. 2139-2140, o Autor italiano opta pelo instituto civilístico em detrimento do mandato tácito para enquadrar a intervenção externa de um sujeito não formalmente legitimado (director geral, na espécie), que se substitui ao administrador de direito e obriga a sociedade com a realização de um acto próprio de gestão – melhor ficaria a confiança dos terceiros diligentes e melhor protegida estaria a sociedade que (por via da não ratificação: cfr. o art. 469º do nosso CCiv.) não quisesse preservar negócios, levados a cabo por pessoas ilegítimas, que não fossem efectivamente queridos (ou necessários) e eventualmente prejudiciais.

<sup>1904</sup> No seu “El torno a los administradores de hecho...”, *loc. cit.*, págs. 302-303, o Autor espanhol via na “gestão de negócios sem mandato” a solução para, quando a sociedade tinha activos e vigentes o órgão de administração, imputar à sociedade (por via da ratificação e da concorrência da “*utiliter gestum*”) a actividade dos administradores de facto sem prévia designação (e, na sua perspectiva, sem a consequente “relação de serviço” com a sociedade: cfr. págs. 286-287), solução essa que expandia igualmente para as situações de órgão “vazio” de administradores activos, com base na necessidade imperiosa de actuação (“estado de necessidade”). Ainda que timidamente, ANTONIO PERDICES HUETOS, págs. 283-284, segue aquela doutrina, mas relativiza a sua importância: porque as regras da aparência absorviam o problema das relações com terceiros; porque as relações orgânicas eram resolvidas pelo conteúdo legalmente previsto para o cargo de administrador; porque a responsabilidade civil societária esgotava a responsabilidade que lhe corresponderia como gestor oficioso.

nas considerações de WERNER FLUME sobre a imputação da diligência na actividade de administração, sem fundamento numa investidura, do sócio dominante <sup>1906</sup>), FABRIZIO GUERRERA <sup>1907</sup> e SANTOS BRIZ <sup>1908</sup>, que em comum, expressa ou implicitamente, não viam com bons olhos a constituição, *por via de facto*, de uma relação orgânica com a sociedade e a abdicação do procedimento de designação.

Pertence a Guerrera a convicção mais desenvolvida na recondução do gestor de facto (que administra sem qualquer título que formalmente o legitimasse para tanto) como gestor de negócios da sociedade, partindo do alargamento do campo da administração societária ao fenómeno da “cooperação gestória” – ao qual se reconduzem os esquemas de actuação “por conta” <sup>1909</sup> –, aparecendo depois a “gestão de negócios” como fonte autónoma e legal de obrigações (desde a mais geral de administrar com diligência e no respeito pelo interesse social até às mais específicas de não actuar em conflito de interesses, não concorrer com a sociedade, conservar a integridade do património social, não prosseguir a actividade após a dissolução ou organizar e redigir os documentos contabilísticos), sem necessidade da atribuição voluntária de poderes que justifiquem a interferência na esfera jurídica alheia. Em particular, a dimensão *programática* da função gestória casaria bem com a assunção espontânea e consciente de um compromisso para cuidar de interesses de outrem e a “gestão de negócios” bastaria para justificar (pelo menos em parte) a extensão (por interpretação teleológica, mas não generalizada) de obrigações e da responsabilidade (por conduta negligente ou desleal dos negócios da empresa), tipicamente inerente ao ofício administrativo, para os sujeitos privados de legitimidade orgânica. <sup>1910</sup>

---

<sup>1905</sup> *Der Geschäftsleitervertrag...* cit., pág. 171.

<sup>1906</sup> *Allgemeiner Teil...*, Erster Band, Zweiter Teil, *Die juristische Person* cit., págs. 88-89.

<sup>1907</sup> “Gestione «di fatto», *loc. cit.*, págs. 169 e ss.

<sup>1908</sup> “La responsabilidad civil, fiscal y penal...”, *loc. cit.*, págs. 346-347.

<sup>1909</sup> Sobre a “relação de gestão ou gestória” como fundamento explicativo de várias relações contratuais (mandato, trabalho subordinado, agência, prestação de serviços de advocacia ou mandato forense, atribuição de posição com poderes representativos, vínculo familiar, etc.), v. PEDRO ALBUQUERQUE, *A representação voluntária em direito civil (Ensaio de reconstrução dogmática)*, 2004, págs. 512 e ss.

<sup>1910</sup> V. “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, essencialmente págs. 170, 174-175, 179, 204-205, 209.

A tese de Guerrera (que deixava de fora o administrador de facto por designação inválida, equiparado nos efeitos ao administrador de direito) tinha um relevante antecedente jurisprudencial na decisão da **Corte d'Appello de Bologna de 26 de Março de 1977** (in *Giur. comm.* cit. a n. 1432, pág. 607): a aplicação da “gestão de negócios” à sociedade “não encontra dificuldades nem teóricas nem práticas”; e na hipótese *sub iudice* subsistia a *utiliter coeptum* e a ratificação da actuação do administrador de facto. E encontrou algum conforto no aresto charneira da **Corte di Cassazione de 6 de Março de 1999** (in *Giur. It.* cit. a n. 1910, pág. 773): os juízes assinalaram a afinidade da relação de administração não formal com a assunção “não autorizada” e consciente da gestão de negócios alheios e a valência sistemática do seu regime

Não obstante os seguidores <sup>1911</sup>, os obstáculos de ordem formal e substancial não se fizeram deixar de notar em face da heterogeneidade de fenomenologias ex actuação funcional. O mais significativo contende com a co-presença de administradores de direito ao lado da administração de facto. Aqui torna-se problemático reconhecer os requisitos da *absentia et inscientia domini* (associado à impossibilidade de facto ou ausência do “dono do negócio” para acudir aos seus interesses e à ignorância da intromissão <sup>1912</sup>) e da *utiliter coeptum* (utilidade inicial da gestão), que tradicionalmente se divisam (ou discutem) como predicados do instituto da “gestão de negócios” <sup>1913</sup>, mesmo naquelas situações já identificadas de afastamento da gestão ou de inércia dos administradores de direito por acção dos administradores de facto (e não só, portanto, naquelas em que os administradores de facto apenas determinam ou condicionam as escolhas dos administradores formais). E um outro respeita à qualidade do administrador de facto, que, sendo muitas vezes sócio, só uma visão exageradamente formalista da pessoa jurídica societária poderia

---

legal, já que também aqui, mesmo sem prévia relação negocial, se configuram obrigações e responsabilidades que prescindem da atribuição de poderes correspondentes por parte do titular do interesse gerido e surgem como corolário do elemento factual de intromissão na esfera jurídica de outrem (e, finalmente, ajudam a sustentar, por contiguidade, uma acção social de responsabilidade sem alusão ao binómio poder-responsabilidade: assim, NICCOLÒ ABRIANI, “Dalle nebbie della finzione...”, *loc. cit.*, pág. 197).

<sup>1911</sup> Para o lastro favorável da doutrina de Guerrera (e, portanto, da contrariedade à emancipação do administrador de facto sem título no âmbito da disciplina societária e à sua ancoragem e premissa dogmáticas e justificadoras no regime da gestão de negócios), v. ROLANDO GUIDOTTI, págs. 771-772; DARIO LATELLA, “I cosiddetti rapporti contrattuali di fatto”, *loc. cit.*, págs. 5-6 (que vê naquela última decisão da Corte di Cassazione a tentativa de valorizar o momento genético da obrigação gestória na “gestão de negócios” e uma consequente contradição do aresto em ampliar a responsabilidade do administrador de facto para além da responsabilidade do gestor de negócios); ALDO DOLMETTA/ANTONELLA ALIBRANDI, págs. 415-416 (declarando que o acto de gestão, enquanto intervenção unilateral na esfera alheia, revela sobretudo como “assunção de responsabilidade por quanto realizado”). Ao mesmo tempo, ANDREA PERRONE, pág. 1405 – adepto da tese do administrador de facto como “substituto” do administrador de direito –, não menosprezava a disciplina da responsabilidade na “gestão de negócios” em hipóteses muito particulares de inércia da assembleia na nomeação dos administradores e valorizava a elasticidade com que a doutrina civilística trabalhava o requisito da *absentia domini* (isto é, em função do “tipo” de actividade e das consequências anti-jurídicas que derivariam da omissão do interessado).

<sup>1912</sup> V. o art. 465º, al. b), do CCiv.

<sup>1913</sup> O primeiro não é tradicionalmente aceite entre nós como elemento essencial da gestão de negócio e condição da validade da gestão e da aplicabilidade dos arts. 464º e ss do CCiv.: v., desenvolvidamente, ARMINDO RIBEIRO MENDES, *A gestão de negócios no direito civil português*, 1971, 308 e ss, 312 e ss (para os restantes pressupostos legalmente exigidos, págs. 222 e ss, em esp. 231 e ss, 296 e ss, 314 e ss). Sinteticamente sobre os pressupostos legais (e, nomeadamente, para a divisão nos Autores nacionais sobre a exigibilidade da “utilidade” da gestão), v. ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, volume I cit., págs. 451 e ss, ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações* cit., págs. 475 e ss, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português. II. Direito das obrigações*, tomo III, *Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil*, 2010, págs. 81 e ss, LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, volume I cit., págs. 509 e ss, em esp. 512-513.

conduzir ao limite de reter como «negócio» ou, mais incisivamente, «interesse alheio» o negócio social gerido e identificar nele o *animus aliena negotia gerendi* (associado à intenção de agir no interesse e por conta de outrem). Em suma, sobraria o administrador de facto estranho à sociedade (ou ao seu controlo) e o administrador de facto que actua num regime de *vacatio* do órgão de administração.<sup>1914</sup>

Do exposto concluo que o valor dogmático-prático em todas estas formulações doutrinárias depende sempre do combate às imperfeições no procedimento de chamada do regime não societário de cada uma das figuras e do regime em que elas se espelham<sup>1915</sup>, para além da eliminação de todas as dificuldades lógicas e sistemáticas que esse procedimento levanta. Uma pergunta para as simbolizar: não é a relação de “cooperação gestória” um princípio reitor da administração social enquadrada pelo interesse da sociedade e dos seus deveres gerais típicos, como o cuidado e a lealdade, vertido em cooperação *intrasubjectiva* derivada da relação orgânica (e, eventualmente, na cooperação *intersubjectiva* contratualizada ou regulamentada)?

Muito menos – como outro itinerário possível – procede a importação de esquemas de compreensão que dogmaticamente caíram em desuso e, mais a mais, acabaram ultrapassados pelas respostas do *ius positum*, ficando, para o nosso estudo, concentrados tão somente no suprimento de uma relação de natureza contratual (que já vimos não ser a mais ajustada à relação entre administrador e sociedade) e indiferentes à organicidade da relação administrativa – como seria a admissibilidade de uma “relação contratual de facto”<sup>1916</sup>. Na realidade, as propostas alternativas não

---

<sup>1914</sup> Para essa ordem de observações críticas, v. NICCOLÒ ABRIANI, *últ. est. e loc. cits.*, págs. 197 e ss. Outras insuficiências no confronto da “gestão sem mandato” são também notadas por GIOVANNI VALCAVI, págs. 882-883, e NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho... cit.*, págs. 176-177.

<sup>1915</sup> Sirva de confronto os requisitos legais da “gestão de negócios”, como antes se referiu. Um deles é a falta de autorização do “dono do negócio” (art. 464<sup>o</sup> CCiv.), o que naturalmente pressupõe que não exista qualquer relação jurídica específica (legal ou convencional) entre o gestor e o *dominus* que legitime a intervenção – assim, “o gestor não poderá recorrer à gestão de negócios se estiver autorizado ou vinculado por negócio jurídico a exercer a sua intervenção (exs: procuração, mandato ou prestação de serviços), ou se a lei lhe impuser um dever específico de exercer a gestão...” (LUÍS MENEZES LEITÃO, *últ. ob. cit.*, pág. 514). Ora sabemos que nessas condições poderemos ter administradores de facto legitimados e, até, reconhecidos pela lei.

<sup>1916</sup> Foi a mesma decisão de Março de 1999 da *Cassazione Civile* que veio relembrar que as “relações contratuais de facto”, nomeadamente as que se consolidavam numa relação de “contacto social” que prescinde do contrato (enquanto acordo de vontades) e se modelam segundo o conteúdo da relação típica disciplinada pela lei, eram (como também a “gestão de negócios”) um reflexo que abonava à materialização do administrador de facto e das suas obrigações. Isto é, consubstanciava uma evidência de que nem sempre as obrigações teriam um pressuposto imprescindível na existência de uma correspondente espécie negocial, que podia não existir ou, a existir, não estar em conformidade com o modelo legal (cit. a n. 1910, pág. 773).

Lido com atenção o aresto, não parece que o tribunal supremo italiano tenha acolhido a escritura da administração de facto como “relação contratual de facto” (assim o interpreta ORESTE CIPOLLA, pág. 257), antes o tribunal se esforça por encontrar, em abono da administração de facto comnexo substancial, mais do que uma sintomatologia jurídica para o surgimento *ex re* de obrigações e fontes de responsabilidade por efeito de comportamentos de facto levados a cabo na ausência de preexistentes relações (ou vínculos) negociais em sentido estrito (neste sentido, judiciosamente, NICCOLÒ ABRIANI, *últ. est. e loc. cit.*, pág. 196). Ou, mais em geral, a administração de facto como um fenómeno mais a juntar a uma “série de fenómenos, de situações, de relações que, ainda que não sendo expressamente regulados por uma norma jurídica, se possam revelar – quase contradizendo a sua origem e mesmo a sua qualificação – produtores de efeitos jurídicos” (MARINA SPIOTTA, “Note Tribunale Milano, 21 maggio 2008”, *loc. cit.*, pág. 2742). Colocando a administração de facto a par do relevo produtor de efeitos jurídicos do “contrato de facto”, v. PAOLO CECCHI, pág. 694, e ALBERTO REDEGHIERI BARONI, pág. 1525.

De toda a maneira, se essa foi a intenção dos magistrados, a doutrina reagiu com perplexidade quanto à incongruência do *meio* – o recurso à doutrina das relações contratuais de facto – em relação ao *escopo* – a afirmação da responsabilidade contratual do terceiro usurpador em relação à sociedade –, uma vez que esse enquadramento constrange a aplicação de qualquer efeito próprio da relação contratual de referência; e seria absurdo afastar alguns desses direitos e deveres, como os de receber a remuneração, convocar a assembleia, a obrigação de prosseguir a gestão (particularmente se usurpa funções gestórias), o dever de vigiar a acção dos outros administradores (e a conseqüente responsabilidade solidária), etc.; por outro lado, a “relação contratual de facto” seria incompatível com hipóteses de dissenso ou oposição (*protestatio contraria*) por parte da sociedade à ingerência na gestão, o que teria particular significado nas actuações do “sócio de controlo” – ANDREA PERRONE, pág. 1402.

Seja como for, a categoria das *faktische Vertragsverhältnisse* ou *Schuldverhältnisse*, erigida sobre as teorizações e sucessivas reapreciações críticas de, principalmente, GÜNTHER HAUPT (*Über faktische Vertragsverhältnisse*, 1941 [e em *Festschrift der Leipziger Juristenfakultät für Dr. Heinrich Siber zum 10. April 1940*, 1943, págs. 1-37]), KARL LARENZ (“Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten”, *NJW*, 1956, págs. 1897 e ss), SPIROS SIMITIS (*Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts*, 1957), WOLFGANG SIEBERT (*Faktische Vertragsverhältnisse. Anwendlungen des Vertragsrechts in den Bereich der Daseinsvorsorge, des Gesellschaftsrechts und des Arbeitsrechts*, 1958), HEINRICH LEHMANN (“Faktische Vertragshältnisse”, *NJW*, 1958, págs. 1 e ss), JOSEF ESSER (“Gedanken zur Dogmatik der «faktischen Schuldverhältnisse»”, *AcP*, 1958/1959, págs. 88), ARTHUR NIKISCH, “Über faktischen Vertragsverhältnissen”, in *Vom deutschen zum europäischen Recht. Festschrift für Hans Dölle*, I, 1963, págs. 79 e ss), entre outros – e com forte repercussão na teoria italiana das fontes das obrigações: por ex. (para além dos estudos já usados de Franceschelli e Stanghellini), EMILIO BETTI, “Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto”, *Jus*, 1957, pág. 353 e ss, LUCIO RICCA, *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, 1965, em esp. págs. 1 e ss, 41 e ss, e GIORGIO STELLA RICHTER, “Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato”, *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, págs. 151 e ss; para um resumo, v. por todos VINCENZO FRANCESCHELLI, “Rapporti contrattuali di fatto: un cinquantenario”, *Contratti*, 1993, pág. 705 e ss, onde o Autor defende a vitalidade da teoria (mais do que para desvalorizar o dogma da vontade na formação do contrato) para justificar as relações que actuam no plano social sem a necessária referência à existência preventiva de um acto causador determinável no seu conteúdo –, nunca se serviu da figura do administrador de facto para se sustentar com veemência (ao contrário do que aconteceu com a “sociedade de facto” e a “relação de trabalho de facto”) nem essa figura ocupou um papel central na construção da categoria (*ex professo* assim: FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, págs. 134-135). Além do mais, a teoria caiu em declínio tendo em conta que não chegou a adquirir um substrato unitário e muitas das questões a que aspirava dar resposta são susceptíveis de serem resolvidas com recurso à “declaração negocial tácita” por comportamento concludente, à configuração de responsabilidade por *culpa in contrahendo* e pelo uso hermenêutico adequado de procedimentos analógicos dos regimes positivos (para já não falar da irretroactividade *ex lege* da invalidade) – neste sentido, v. PETER LAMBRECHT, *Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis. Entstehung, Rezeption und Niedergang*, 1994, págs. 124 e ss (desenvolvadamente), 163-164 (em resumo final), KARL LARENZ/MANFRED WOLF, págs. 578 e ss, HANS BROX/WOLF-DIETRICH WALKER, *Allgemeines Schuldrecht*, 2004, págs. 51 e ss; FABRIZIO GUERRERA, *ibid.*, págs. 136-137, DARIO LATELLA, “I cosiddetti rapporti contrattuali di fatto”, *loc. cit.*, pág. 3.

Entre nós, dando conta das refrações da teoria e sua recente decadência-rejeição ou, pelo menos, significativo menor âmbito de aplicação como fonte autónoma de obrigações, v., pelo menos, RUI DE ALARCÃO, *A confirmação...*, vol. I cit., n. (111) – pág. 82, ID., *Direito das obrigações cit.*, págs. 126 e ss; CARLOS

conseguem ignorar que a *gestão típica e efectiva* é o traço necessariamente identificador do administrador informal em resultado da conjugação com o modelo de administrador atendido pela lei, nem conseguem ultrapassar satisfatoriamente o desafio de aplicação ao *extraneus* do estatuto societário da administração – a tarefa hermenêutica irrecusável – por caminhos não societários. Ao invés, não parece inviável entender, sem mais distorções, que a relação jurídica entre sociedade, sócios, terceiros e administradores de facto obedece, *uma vez realizada a qualificação legitimadora* (ou identificada a *admissibilidade legal* de administração fora dos modos de designação), à natureza e às características que são próprias da relação administrativa de direito. Assim se dispensa a qualificação dos administradores de facto como sujeitos que não são administradores da sociedade para, como parece ser o escopo das dogmáticas alternativas, obviar à “impossibilidade” de trazer directamente à colação a disciplina do administrador. Pois bem – conclua-se –, *é justamente essa disciplina que se procura quando se qualifica o sujeito como administrador de facto e é justamente essa a disciplina que essas dogmáticas não logram suplantar em definitivo.*

Tal não impede, porém, que à relação com o administrador de facto (como, aliás, à relação com o administrador de direito) se apliquem, subsidiariamente e em geral, as normas pertinentes do direito civil (arts. 3º do CCom. e 2º do CSC <sup>1917</sup>) e, em especial, as do «mandato» (com representação) e, até (se plausível no caso concreto), da «gestão de negócios», para resolver os casos omissos (nos limites da analogia e

---

MOTA PINTO, *Cessão da posição contratual*, 1982, n. (3) – págs. 256 e ss, em esp. 260-261 (com acolhimento para os “abastecimentos vitais do tráfico de massas” do vínculo dos “comportamentos sociais típicos”, vislumbrando no negócio jurídico e na relação contratual fáctica os “dois tipos de manifestações da autonomia privada”); MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil* cit., págs. 555 e ss, 641 e ss (entusiasta da valia dogmática e aplicativa a pág. 645 para os “contactos sociais típicos, próprios do tráfego nacional de massas” e as “situações contratuais de facto, como a dos fornecimentos de serviços essenciais, antes de celebrado o contrato respectivo, ou da subsistência de certos efeitos, não obstante a nulidade ou, até, inexistência dos contratos que lhe estejam na origem...”), ID., *Tratado de direito civil português. II. Direito das obrigações*, tomo II, *Contratos. Negócios unilaterais*, 2010, págs. 631 e ss, em esp. 649 (restritivo agora e reservando-as para o domínio da “paracontratualidade”); ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, volume I cit., págs. 220 e ss; ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações* cit., págs. 222 e ss, em esp. 226-227; HEINRICH HÖRSTER, págs. 470 e ss; LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, volume I cit., págs. 525 e ss (rejeição total).

<sup>1917</sup> O art. 3º do CCom. manda decidir subsidiariamente com recurso ao direito civil, enquanto o art. 2º do CSC manda aplicar subsidiariamente apenas as «normas do Código Civil sobre o contrato de sociedade». Mas também por esta via se pode chegar à disciplina civil do mandato, uma vez que nessas encontram-se remissões para as «regras» ou «normas do mandato»: cfr. arts. 164º, n.º 1, 986º, n.º 3, 987º, n.º 1 (a mais clara e incisiva: «Aos direitos e obrigações dos administradores são aplicáveis as normas do mandato»), do CCiv.



tendo em vista completar o regime particular, de modo que tal não contrarie a natureza especial da relação de administração <sup>1918</sup>). Porém, o mais importante é viabilizar que essa aplicação possa ter o seu terreno de eleição na actuação do sujeito que *administra de facto mas não se pode considerar ou não logra considerar-se administrador de facto jussocietariamente relevante* – isto é, em todo o arco de ocorrência de *factos de administração não legítima que não são atribuídos a um administrador de facto legitimado* <sup>1919</sup>. É para esta actuação *não societária*, prévia à qualificação do sujeito como administrador de facto, que se justifica essencialmente a chamada de um regime *não societário* (onde se integra, também, o regime comum da responsabilidade negocial <sup>1920</sup> e, como parâmetro geral da censura à violação ilícita e culposa da esfera jurídica de outrem, da responsabilidade extra-negocial por factos ilícitos).

Uma concepção mais simples e pragmática se deve pensar como não sendo de todo despropositada: um administrador de facto é, acima de tudo, *um administrador*<sup>1921</sup>. Um administrador que se vê na superação da rigidez dos esquemas

---

<sup>1918</sup> Para a aplicação do regime do mandato à relação de administração, v. RAÚL VENTURA, *Sociedades comerciais: dissolução e liquidação* cit., págs. 128-129; FERRER CORREIA, *Lições de direito comercial*, vol. II cit., págs. 322, 331-332 (o art. 987º, n.º 1, do CCiv. “converteu tal orientação, entre nós, em solução do direito positivo”); PINTO FURTADO, *Código Comercial anotado*, volume II, tomo I cits., sub art. 171º, págs. 315-316; BRITO CORREIA, *Os administradores de sociedades anónimas* cit., págs. 805 e ss, para quem se deverá privilegiar o regime do «mandato comercial» (arts. 231º e ss do CCom.) antes de se recorrer ao regime civilístico (arts. 1157º e ss do CCiv.); e na realidade, poderá ver-se aí acerto, não tanto pelo facto de a remissão do Código Civil se fazer indistintamente para o mandato (como determina o art. 2º do CSC) e dever atender-se primeiro a disposições da lei comercial, mas acima de tudo porque o art. 3º do CCom. – sem colocar em causa a especialidade da norma do CSC –, antes de recorrer ao direito civil, ordena que as «questões sobre direitos e obrigações comerciais» sejam resolvidas «pelos casos análogos» previstos em «lei comercial»; JOÃO LABAREDA, “A cessação da relação de administração”, *loc. cit.*, pág. 147 (pela via da configuração da administração como “prestação de serviço”, quer quando para ela falte, em absoluto, a regulamentação específica da lei, quer para a integração de lacunas *legis*, quando lhes está prescrito um regime particular); ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Os poderes de representação...* cit., n. (101) – pág. 59; PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de gestão...* cit., págs. 156-157. Sobre a aplicação da lei civil às relações e matérias comerciais, v. VASCO LOBO XAVIER, *Direito comercial. Sumários das lições ao 3º ano jurídico, 1977-78*, págs. 12 e ss (mas, a pág. 17, com rejeição de uma precedência formal a favor das normas mercantis na leitura do art. 3º do CCom. e a preferência pela norma que regule hipóteses com “verdadeira afinidade substancial com o caso omissio”), 20-21; COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. I cit., págs. 32 e ss.

<sup>1919</sup> Regime esse que poderá surpreender, em particular, as situações de administração de facto não tolerada ou aceite pela sociedade (“não autorizada”, portanto, nos termos do art. 464º do CCiv.), ou aqueles outros actos episódicos de administração de facto, que espoletarão a disciplina de deveres e responsabilidade do “gestor”-administrador de facto não legitimado, assim como de obrigações e aprovação do “dono do negócio”-sociedade.

<sup>1920</sup> Particularmente incisiva para os agentes privados de investidura orgânica mas que actuam, em primeira instância, com base num vínculo contratual de colaboração autónoma ou subordinada para com a sociedade (desde o “director geral” ou “sectorial” e o trabalhador subordinado até ao mandatário ou ao agente comercial).

<sup>1921</sup> YVES REINHARD/ISABELLE BON-GARCIN, pág. 55.

jurídicos, na busca da justiça substancial e se justifica como fenómeno enquadrado pelo direito. Um administrador que adquire uma *posição orgânica*, ainda que fora da normatividade que caracteriza o momento genético dos modos de designação previstos na lei e, portanto, de acordo com a forma típica do seu surgimento<sup>1922</sup>. Ou melhor, abstraindo da *forma legalmente prevista* e atendendo à tomada em mãos de uma *função*. Acontece que, uma vez vestido o figurino da legitimação (ou o do reconhecimento legal), a estrutura e a função (entre administrador de direito e administrador de facto) equivalem-se e a identidade de natureza aponta para a edificação de um *agrupamento de categorias* de administradores. Não dispõe de argumentação plausível – mesmo que se possa sempre arguir a sombra da insegurança jurídica no estabelecimento de um conceito amplo e redefinido de administrador<sup>1923</sup> – excluir do *plano da acção societária* a figura que nela encontra a sua própria *densidade societária*. E mesmo se encontramos no administrador de facto matizes ou compartimentos que implicam diferenças de regime, essa repartição explica-se pela diferença entre as formas de *explicitação* da administração de facto e, em última análise, não dizem respeito à sua natureza não societária (desde logo, difícil de entender quando há título, ainda que viciado, a fundar a actuação de um sujeito convicto da sua legitimidade). Logo, é nessa inalienável natureza que reside o *centro de gravidade* do instituto jurídico – reconhecido (actualisticamente) ou legitimado.

Na realidade, essa legitimação – e desta curei, acima de tudo – é *funcional e gizada com referência ao centro de atribuições e competências orgânicas em que se move o administrador*, atendendo a que o sujeito desempenha comprovadamente as funções e os poderes conexos de administração. E é essa legitimação que dá *conteúdo* ao conceito de administrador de facto, porque o próprio conceito de administrador é determinado pelo conteúdo que dá sentido à sua regulação – é um *conceito determinado pela função*<sup>1924</sup>. Sendo assim, essa relação de sentido entre o conceito e a

---

Neste sentido se vislumbram STEPHEN GRIFFIN, “Problems in the identification...”, *loc. cit.*, pág. 56, quando sustenta uma “definição unificada” de *ordinary director*, e JESÚS QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil...* cit., pág. 353, quando refere que o administrador, ainda que de facto, sempre “actua como administrador”.

<sup>1922</sup> JESÚS QUIJANO GONZÁLEZ, *últ. ob. e loc. cit.*

<sup>1923</sup> Por ex. (para além de cfr. *supra*, n. 274): LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, “La responsabilidad concursal...”, *loc. cit.*, pág. 710, HANS-JOACHIM MERTENS, “Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung”, *loc. cit.*, sub § 43, pág. 253, *Rdn.* 7.

<sup>1924</sup> KARL LARENZ, *Metodologia da ciência do direito cit.*, págs. 586-587.

regulação continua a ser o instrumento para identificar, mesmo que num nexos de abreviação formal, o administrador de facto e a permitir a sua inclusão no conceito. E é ainda o conceito de administrador – como conceito determinado pela função que a sua regulação giza – que serve, como induz KARL LARENZ, para “garantir adentro de um complexo de regulação determinado a aplicação equitativa daquelas normas jurídicas em cujo conteúdo estão implícitos como elemento da previsão ou também da consequência jurídica”<sup>1925</sup>. É a posição funcional em que se concretiza a relação orgânica de administração que permite expandir o conceito de administrador – para além do *modo-acto de designação* do administrador *pleno iure* – e, em resultado, alargar a interpretação e a aplicação das disposições pertinentes à relação de administração a quem gere de facto, directamente ou por interposto administrador de direito (ou até de facto), os assuntos e os negócios da sociedade (*faktischer Geschäftsleiter*)<sup>1926</sup>. Este é o azimute para conduzir a uma equiparação e à *igualdade tendencial de tratamento* que ela comporta<sup>1927</sup> dentro do conceito de administrador.

O que faz confessar que a qualificação como administrador de facto *juridicamente relevante* e a redefinição extensiva da categoria de administrador – sem colocar em causa a autonomia das duas espécies e as suas idiossincrasias – *não implicam uma relação de igualdade plena com a correspondente figura de direito*, que dispense a tarefa de seleccionar as normas aplicáveis aos administradores de facto (e o respectivo sentido) tendo por base o tal parâmetro funcional e a sua *legitimação em concreto*. Porém, sem essa qualificação, não há exegese normativa no *regime do administrador*.

Logo, distancio-me da doutrina que retira da impossibilidade de transposição integral e imediata da disciplina dos administradores de direito para os administradores de facto um alegado “equivoco conceitual” de assimilar ambas as figuras numa só categoria de administrador e, com isso, ampliar a noção de

---

<sup>1925</sup> *Últ. ob. cit.*, pág. 587.

<sup>1926</sup> No direito alemão, aproveitem-se as considerações de HANS-JOACHIM MERTENS, “Die Geschäftsführungshaftung...”, *loc. cit.*, pág. 465-466, PETER ULMER, “Der Gläubigerschutz im faktischen...”, *loc. cit.*, págs. 413 e ss, em esp. 414-415, KLAUS HOPT, *Großkommentar Aktiengesetz, §§ 92-94 cit., sub § 93*, pág. 71, *Rdn.* 34; no âmbito da autonomização da posição orgânica do administrador em relação às vicissitudes da “relação de serviço”, v. ainda THEODOR BAUMS, págs. 154-155, 175 (mas sem resultados coerentes na matéria da responsabilidade, tendo em conta o carácter fundador da relação que é atribuído ao contrato entre sociedade e administrador: v. *supra*, n. 1288, *infra*, n. 2193).

<sup>1927</sup> Enfatizando este ponto, v. YVES REINHARD/ISABELLE BON-GARCIN, pág. 54.

administrador <sup>1928</sup>. Ou daquela outra que parece fazer depender a admissibilidade de uma relação orgânica “de facto” pela impossibilidade de existir uma equiparação indiscriminada de tratamento entre o administrador de direito e o administrador ilegítimo, pois este, remetido para uma posição sem possibilidade de fundamento reconstrutivo unitário, se esgotaria em operações hermenêuticas de qualificação e de interpretação extensiva ou analógica de normas <sup>1929</sup>. A figura do administrador de facto esgotar-se-ia como *técnica sancionatória* para prevenir a violação de regras imperativas no desenvolvimento da actividade de administração <sup>1930</sup> e *instrumento-premissa para a extensão de uma parte da disciplina ditada para a gestão social – ou um método preventivo da desaplicação fraudulenta de normas fundamentais para a administração correcta das sociedades – e nada mais (ou pouco mais) em sede de equiparação com os administradores regularmente nomeados* <sup>1931</sup>.

Não julgo cair num equívoco.

Antes diviso que essa linha acaba, *contraditoriamente*, por inutilizar em parte deveras eloquente o alcance dogmático de não se considerar indefectível a designação formal para identificar os sujeitos a quem se imputam as funções e as responsabilidades gestórias <sup>1932</sup> e, de outra banda, a individualização dos critérios de identificação e aplicação da disciplina societária a esses sujeitos que ilegitimamente exercem tarefas análogas às dos administradores formalmente legítimos: por um lado, rejeita a *ampliação* da noção de administrador ainda que esses critérios se preencham; por outra via, e paralelamente, adopta a *ampliação* das obrigações (nomeadamente estas) que incumbem *ex lege* sobre os membros componentes do órgão administrativo, sempre que eles se preencham; por fim, se não se encontrarem em concreto esses critérios, entende-se que o sujeito poderá ficar sob o jugo da disciplina civilística comum, mas ainda por causa da exclusão daquela que era *prima facie* aplicável, ou seja, a disciplina que *regula o administrador* <sup>1933</sup>. Na verdade, não estamos só perante um percurso *mediato* com o fim de fazer aplicar ou não um

---

<sup>1928</sup> NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., págs. 210-211, 266-267, PAOLO MONTALENTI/NICCOLÒ ABRIANI, pág. 591, FILADELFO TRIBULATO, págs. 475-476, MICHELE MOZARELLI, pág. 574, JOSÉ LUIZ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., pág. 132.

<sup>1929</sup> FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, págs. 205-206, 207, 209.

<sup>1930</sup> NICCOLÒ ABRIANI, *últ. ob. cit.*, pág. 210.

<sup>1931</sup> NICCOLÒ ABRIANI, *últ. ob. cit.*, págs. 210-211, PAOLO MONTALENTI/NICCOLÒ ABRIANI, pág. 591, JOSÉ LUIZ DÍAZ ECHEGARAY, *últ. ob. e loc. cit.*

<sup>1932</sup> Cfr. NICCOLÒ ABRIANI, *últ. ob. cit.*, págs. 215-216.

<sup>1933</sup> Cfr. NICCOLÒ ABRIANI, “Dalle nebbie della finzione...”, *loc. cit.*, págs. 188-189.

regime, em maior ou menor medida; estamos perante um percurso *imediato* de *acreditação jurídica* de um sujeito que, não obstante apresentar uma conduta *materialmente* típica fora dos esquemas formais impostos pela lei, se assimila, nesse percurso, a quem cumpre os esquemas da lei.

No fim, como há muito CASTANHEIRA NEVES frisou, estamos perante *duas juridicidades*, ainda que *divergentes na índole dos seus fundamentos* – uma juridicidade que é “formal e antecipadamente reconhecida” e “legamente positiva” (*no administrador de direito* – por isso dito na literatura germânica como o administrador “verdadeiro” ou “próprio”, o *echte Geschäftsführer* <sup>1934</sup>); uma outra juridicidade, própria das relações ou instituições que “emergem de uma sua autónoma constituição na vida social”, “mas em que as determinações do formal direito positivo não encontram directa aplicação ou encontram mesmo inequívoco desvio ou contradição”, relações ou instituições essas que (como é *no administrador de facto*) “em si mesmas exibem e impõe” essa juridicidade “concreta e real”, ainda que distinta do que resultaria dos princípios e critérios normativos positivos <sup>1935</sup>. A medida da *assimilação e determinação normativas* do administrador de facto é, em suma, um derivado de uma objectivação da *juridicidade do administrador de facto legitimado* e, assim, um problema ulterior, que não contamina a elevação *ontológica* do sujeito a figura jurídica como *pressuposto* dessa assimilação.

Nem esta elevação – a propósito – fica sem sentido se o legislador entender *normativizar a equiparação do administrador de facto* neste ou naquele regime através de uma *cláusula de equivalência*. Por isso, se se entender inserir no sistema uma ou mais revisões das normas existentes para colocar a fórmula «de facto» junto ao «administrador» <sup>1936</sup>, ou introduzir normas *ad hoc* (de carácter remissivo) <sup>1937</sup> tendo como protagonista o «administrador de facto», essa intervenção terá o condão de afastar a tarefa de identificar a parte do estatuto do administrador de direito que se aplica ao administrador não formal e eliminar toda e qualquer incerteza nesse desiderato de *aplicação daquela ou daquelas normas*. Porém, subsiste o problema de

---

<sup>1934</sup> Por ex.: GÜNTHER ROTH, pág. 422, HANS CRISTOPH GRIGOLEIT, pág. 278.

<sup>1935</sup> *Questão-de-facto – Questão-de-direito...* cit., págs. 36 e ss (= “A distinção entre a questão-de-facto e a questão de direito...”, *loc. cit.*, págs. 507 e ss).

<sup>1936</sup> Por ex., alteravam-se os art. 72º, n.º 1, 78º, n.º 1, e 79º, n.º 1, e passariam estes a determinar que «os gerentes ou administradores, mesmo que de facto, respondem...».

<sup>1937</sup> Acrescentando, por ex., um número aos arts. 260º e 409º que rezasse assim: «*Vinculam igualmente a sociedade nos termos previstos no n.º 1 os actos praticados por gerente ou administrador de facto*».

identificar o sujeito como administrador de facto através do concurso dos seus pressupostos de revelância e, por maioria de razão, de aplicação dessas normas em que se equivale *ex professo* a administração de direito e de facto. O instituto do administrador de facto *jussocietariamente relevante* resiste para além da aplicação de normas singulares também porque, se houver normas singulares que recolham expressamente o «administrador de facto», a aplicação destas ao administrador de facto depende de estarmos perante o *administrador de facto jussocietariamente relevante*.

Serve ainda esta última ideia para fechar o círculo argumentativo e compreender que o administrador de facto *legitimado* (ou *reconhecido* pela lei) se revela *sempre no plano da “relação orgânica especial”* (*organschaftsliche Sonderrechtsbeziehung*) entre aquele que administra e a sociedade, justamente porque essa relação se pode ainda observar no exercício das competências próprias do órgão de administração, particularmente dirigidas para a direcção da empresa social<sup>1938</sup>. Uma vez que lhe falta, por natureza, o relacionamento com o *acto-modo* de designação (ou um relacionamento perfeito, digamos, se esse existiu) e o eventual contrato relativo ao exercício da administração (que se celebra com os administradores formalmente constituídos enquanto tais e com os administradores de direito representantes da sociedade), assim como o igualmente eventual “regulamento interno” de administração (elaborado e deliberado pelos administradores de direito)<sup>1939</sup>, é só nesse plano que o administrador de facto se problematiza e se autonomiza – haja ou não menção legislativa explícita –, pois *só nesse plano se liberta da falta de legitimidade*. E revela-se, na falta ou imperfeição do acto ou modo de designação (enquanto fundamento dessa relação orgânica no *modelo legal*), quando esse acto fundador se encontra *positivamente suprido pela cumulação dos pressupostos qualificadores do administrador de facto* (ou pela sua admissibilidade *ope legis*)<sup>1940</sup>; de tal sorte que, mais do que identificar o sujeito que administra de

---

<sup>1938</sup> Para essa denominação e precisão, cfr. UWE H. SCHNEIDER, “Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung”, *loc. cit.*, sub § 43, pág. 2226, Rdn. 14. Para a identificação dos deveres orgânicos dos administradores, fiscalizados pelo princípio da responsabilidade, no espectro de uma *Sonderverhältnis* (“relação especial”), v., no direito suíço, JEAN NICOLAS DRUEY, pág. 81.

<sup>1939</sup> Para estes três planos de análise, v. *supra*, Parte II, ponto 8.1.1.

<sup>1940</sup> Contra, no direito alemão: ROBERT WEIMAR, “Grundprobleme und offene Fragen... (I)”, *loc. cit.*, pág. 477, para quem a busca de um instituto jurídico em detrimento da exegese da norma a aplicar ao administrador de facto teria a vantagem de não empreender um “esforço duvidoso” de substituição das características jurídicas do acto de nomeação.

facto, interessa descobrir ainda um *título executivo-funcional e não formal*, instruído com esses pressupostos (ou *legal*, na hipótese dos administradores de facto *ope legis*), para investir o sujeito na condição de administrador. Ora, é precisamente nesse plano que, como se notabiliza dogmaticamente HOLGER FLEISCHER, não custa admitir a *especialidade* do administrador assim construído e da relação assim constituída – uma *subespecialidade*, se quisermos; uma *relação ou situação especial por força de direcção fáctica* (*Sonderverbindung kraft tatsächlicher Leitung*)<sup>1941</sup>.

\*

Se assim é, em síntese, a relação orgânica de administrador baseia-se numa fonte *bivalente*, a formal e a fáctica; enquanto a primeira – o “acto de designação” – atribui um *cargo ou ofício formal* com estatuto feito de poderes e deveres, a segunda – a verificação positiva dos *requisitos de legitimação* e da *previsão legal* – atribui uma *qualidade*, igualmente com estatuto (ainda que não integralmente coincidente com o estatuto de quem foi designado, a não ser no administrador de facto *ope legis*).

Terei agora que completar o que escrevi.

A propósito do administrador de direito, disse: “a relação de administração é relação *orgânica* (*primeiro plano*) que tem como *fonte* um dos modos de designação para o exercício do cargo no órgão da sociedade, condicionado à aceitação (expressa ou tácita) do designado”.

Aqui chegados, em relação ao administrador *redefinido* – tanto de direito como de facto –, é altura de concluir.

A relação de administração é relação *orgânica* (*primeiro plano*) que tem como *fonte e título* (1) um dos *modos de designação* para o exercício do cargo no órgão da sociedade, condicionado à aceitação (expressa ou tácita) do *administrador de direito*

---

<sup>1941</sup> HOLGER FLEISCHER, “Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit...”, *loc. cit.*, págs. 523-524, 528.

Favorável à “relação jurídica especial” entre o sujeito actuante e a sociedade na falta de um acto de designação, HANS-CRISTOPH VOIGT, págs. 200-201. No mesmo sentido para o direito espanhol, JOSÉ EMBID IRUJO, “La responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, pág. 2402, que situa o administrador de facto (directo) num “plano de especialidade dentro do direito das sociedades” que, não obstante, “não transcende as fronteiras da função de administração *em cujo âmbito adquire pleno sentido*” (sublinhado da minha responsabilidade).

Frontalmente contra, pois não é suficiente um conjunto de “circunstâncias de facto” (*tatsächliche Umstände*) para construir uma “relação jurídica especial”, v. UWE HÜFFER, *sub* § 93, pág. 500, *Rdn.* 12; aparentemente adversos, mas vergados pela orientação da jurisprudência, FRIEDRICH KÜBLER/HANS-DIETER ASSMANN, pág. 211.

designado, (2) e o *reconhecimento legal* ou o *curso dos requisitos de legitimação do administrador de facto* <sup>1942</sup>.

### 12.3. A composição de um órgão “material” ou “de facto”

Poderíamos sustentar, por fim, que esta ampliação só cobrará sentido se for plausível a individualidade de um *órgão de facto*, constituído pelos administradores *impuros, ainda que legitimados*, numa perspectiva *intrassubjectiva e funcional* de órgão <sup>1943</sup>. <sup>1944</sup> Estaríamos, desse modo, a importar para o nosso direito uma *conquista* de outras paragens – refiro-me ao direito suíço, que se notabilizou por adoptar (pelo menos) uma noção *dupla* de (posição de) órgão (*Organstellung*), especialmente quando se invocava o direito societário da responsabilidade dos administradores. Para este efeito, ao lado do órgão de administração “*formal*”, correspondente à pessoa ou pessoas que são nomeadas regularmente membros do conselho de administração e como tal, em princípio, anunciados no exterior através do registo e publicação dessa nomeação, independentemente do exercício efectivo das tarefas inerentes à função e da influência real sobre o destino da sociedade, a doutrina e a jurisprudência desse país implantaram e estabilizaram uma outra modalidade de órgão, constituído por todos aqueles que não são eleitos formalmente

---

<sup>1942</sup> Que, recorde-se, não se solicitam para o administrador de facto com designação invalidada. Logo, os efeitos que se preservam depois da declaração de invalidade estão abrangidos ainda pela relação orgânica que se funda no modo de designação inválido.

<sup>1943</sup> Em Espanha, mais mitigadamente e no encalce da idoneidade das teorias “organicistas” da relação administrador-sociedade para responder à configuração da administração fáctica, NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., pág. 92, vê na “aparência de posição orgânica” o fundamento para admitir no administrador de facto um órgão da sociedade, “já que os actos que realiza e as suas consequências jurídicas se imputam à sociedade”. Mas essa qualificação como órgão teria *efeitos limitados* (principalmente de vinculação em face de terceiros e responsabilidade), “porquanto as suas competências não são as próprias do órgão legalmente estabelecido, ao não vir configurado como estabelecem a lei e os estatutos”. No âmbito da responsabilidade nas estruturas grupais de sociedades, JOSÉ EMBID IRUJO, *Grupos...* cit., págs. 141-142, 260, simpatiza com o desenho de um conceito *material* e não meramente formal de órgão, a fim de abranger a actuação de todas as pessoas que pertencem ao “círculo de controlo” do grupo e não estão adstritos formalmente a qualquer órgão de administração (nomeadamente da sociedade dominante) e emitem instruções à dominante.

Em Itália, o formalista GIUSEPPE RAGUSA MAGGIORE, “Note *Bundesgerichtshof*, 28 giugno 1966”, *loc. cit.*, págs. 237-238, *La responsabilità individuale...* cit., págs. 157-158, fez depender a admissibilidade de um administrador de facto não titulado da existência de um “órgão de facto”; como não encontrava demonstrado em sentido positivo o quesito sobre a natureza da relação entre sociedade e administrador como “relação orgânica”, concluía, *a maiori ad minus*, pela impossibilidade dessa configuração (pelo que aquele que se ingere na administração respondia pessoalmente pelos danos causados a terceiros).

<sup>1944</sup> Isto é, na dicotomia entre “características estruturais” do órgão (“compenetração ou identificação do órgão na ou com a pessoa colectiva”) e “características funcionais” do órgão, salientada por ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, pág. 263, considerando-o como “instrumento de imputação directa de manifestações de vontade, de actos, à pessoa colectiva”.



como titulares do órgão e, mesmo assim, participam de uma forma efectiva, decisiva e com autonomia na formação da vontade da pessoa jurídica no que toca às matérias fundamentais da gestão e executam tarefas de administração – o órgão *em sentido material* ou *de facto* <sup>1945</sup>.

Tendo em conta a ampliação do conceito de administrador a considerar pela lei (ou interiorizado pela lei, objecto de uma interpretação actualista) e a inerente aquisição de uma qualidade orgânica – enquanto estatuto de direitos e deveres, assim como de competências no exercício da função – a que o administrador *titular ou membro* do órgão está associado, poderíamos ver essa como uma boa solução. Seja como for, essa organicidade por equiparação e o respectivo órgão de facto *ou material* só seria possível para o administrador de facto uma vez filtrado e colocado no patamar do *juridicamente relevante*, que verdadeiramente dirige a sociedade como se de um administrador de direito se tratasse.

A esse órgão poderíamos corresponder a função de *alargamento do estatuto do administrador* (desde logo o da responsabilidade). Todavia, não vejo que se possa adoptar esse passo se a sociedade continuar a usufruir de membros *em plenitude de funções* no órgão de administração *de direito*. Enquanto o ou os administradores de facto jussocietariamente considerados actuarem em conjugação com administrador ou administradores de direito ou, mesmo que estes últimos sejam meramente subordinados ou reactivos ao exercício de influência do administrador de facto

---

<sup>1945</sup> Com diálogos e alusões doutriniais e jurisprudenciais, v. PIERRE-OLIVIER GEHRIGER, págs. 14 e ss, MAX ALBERS-SCHÖNBERG, págs. 43-44, ANDREAS VON PLANTA, pág. 82, JEAN NICOLAS DRUEY, págs. 77, 78-79, 79-80, PETER FORSTMOSER, “Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht”, *loc. cit.*, págs. 128-129, 131, 132, ID., *Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit...* *cit.*, págs. 208, 209-210, ARTHUR MEYER-HAYOZ/PETER FORSTMOSER, págs. 46-47.

Numa outra perspectiva, ALEXANDER VOGEL, págs. 263 e ss, 265 e ss, diferencia entre o “órgão material”, composto por todos aqueles que, por iniciativa dos administradores formais, exercem funções administrativas, seja por acto interno de “delegação” (aparentemente, apenas não orgânica, por não pertencerem ao *Verwaltungsrat*), seja por nomeação directa, na pessoa de directores, trabalhadores, procuradores, etc., que beneficiam da transferência de competências típicas do órgão num “caso concreto” (a págs. 302, sumaria-se, para o “órgão material”, a existência de uma nomeação e uma transmissão de tarefas do órgão), e o “órgão de facto”, que não dispõe de título ou acto legitimador de tais funções e, por isso, é composto por pessoas que não se encontram encarregados para o seu desempenho por qualquer acto interno ou decisão da sociedade e que se caracterizam por, mesmo assim, executarem em concreto funções e tarefas típicas do órgão; em suma, segundo o Autor, ainda estaríamos nesse “órgão material” perante um grupo de pessoas que poderia ser integrado num conceito amplo de “órgão formal” (que, em sentido estrito, se compõe dos que exercem funções descritas pelas normas legais).

No direito português, ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito das sociedades...* *cit.*, pág. 314, alude ao administrador de facto como “ilustração” do fenómeno dos *órgãos fácticos* – “aquelas situações em que as competências próprias de um determinado órgão social deixaram de ser exercidas pelos respectivos membros para passarem a radicar ‘de facto’ numa ou mais pessoas exteriores ou estranhas ao próprio órgão”.

indirecto, não podemos desconhecer que o órgão formal de administração tem uma composição subjectiva que nutre a sua organicidade, pois ainda actua. De tal modo que, como defendi, o administrador de facto beneficia *apenas* de uma organicidade *impura* – para efeitos da sua qualificação e do seu estatuto e, assim, ainda incluível na organicidade prevista na lei. Nessas hipóteses não vemos como ter *dois órgãos*: o de *direito*, configurado como regra e na origem da sociedade, e o *de facto* ou *material*, sendo este visto ulteriormente sempre que houvesse que responder positivamente à relevância jurídica do administrador de facto. O que vejo é, isso sim, esses administradores de facto juridicamente legitimados – uma vez concluído objectivamente o processo de legitimação e a partir desse momento – a fazerem parte, como *novos membros*, do órgão de direito <sup>1946</sup>.

Porém, teremos que requestionar o ponto se (i) não existem administradores formais no órgão – por ex., porque não foram nomeados novos administradores ou todos os administradores renunciaram ou foram destituídos – e a gestão (e, até, representação) é exercida em exclusivo por um ou mais terceiros-administradores de facto <sup>1947</sup> ou se (ii) os administradores de direito se tornaram absolutamente omissivos por terem sido excluídos das funções pelos administradores de facto – *substituição total*, portanto, na sua classe mais óbvia –, e esses últimos levam a cabo uma verdadeira *supressão* do órgão de administração e representação da sociedade. A amplitude da lacuna nestas circunstâncias é consideravelmente mais ampla, uma vez que a organização social está inabilitada para actuar de acordo com o figurino legal e

---

<sup>1946</sup> Aparentemente favorável: NICCOLÒ ABRIANI, “Dalle nebbie della finzione...”, *loc. cit.*, n. (100) – pág. 208. Céptico sobre a configuração do gestor não legitimado como órgão “de facto”, nomeadamente por não ver ganhos apreciáveis no plano da protecção do tráfico jurídico para as situações de actuação representativa do gestor sem título e do administrador invalidamente nomeado, FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, pág. 148.

<sup>1947</sup> Esta é uma das situações (fora do princípio do “afastamento do órgão”) em que URSULA STEIN, *Das faktische Organ* cit., págs. 149 e ss, em esp. 151, 191 e ss, identifica a necessidade (ainda que com várias reservas) de estender a responsabilidade orgânica a esses administradores de facto por não existir membros no órgão de direito (*Fehlen eines Organs*) e, portanto, faltar o destinatário da norma (*Normadressat*). Uma das reservas encontra-se justamente (em alternativa à imputação de consequências na esfera das pessoas activas na função de administrador) na possibilidade de os lesados encontrarem uma fonte de responsabilidade na omissão dos sócios em nomear os administradores, ou alguns deles evitarem a nomeação dos sujeitos propostos para a administração. (A Autora, como sabemos, também aduz neste grupo de casos, em que pode haver “lacuna de responsabilidade”, o órgão composto por administradores com designação viciada, em que o vício é do conhecimento recíproco do órgão nomeador e do sujeito nomeado, e não se pode recorrer ao regime legal como se fosse administrador regularmente nomeado.)

Esta possibilidade não é admitida nos EUA, em que, como princípio geral, não pode considerar-se a administração de facto se não houver administrador de direito: NORMAN LATTIN, pág. 264, WILLIAM MEADE FLETCHER, *Fletcher Cyclopedia...* cit., págs. 222-223, LAURA HUNTER DIETZ [et all.], *American jurisprudence...* cit., pág. 257.

transmutou-se num autêntico vazio corporativo, em que aqueles que seriam à partida responsáveis nada ou pouco fazem para lhes ser imputada responsabilidade; mais do que imputar várias consequências jurídicas decorrente da aplicação de um estatuto normativo, aqui é inevitável ajuizar da transmissão da posição jurídica inerente ao próprio órgão de administração *em toda a sua extensão* ao administrador de facto <sup>1948</sup>.

Para esses casos, na verdade, as ponderações já não são apenas as de permitir que os interesses protegidos pelas normas, alargadas ao administrador de facto, se vejam cabalmente tutelados e defendidos em caso de violação *por sujeitos adicionais*. Acima de tudo, deseja-se proporcionar a *defesa da estrutura organizatória da sociedade* <sup>1949</sup> e a *manutenção das funções administrativas necessárias (e até imprescindíveis) dessa mesma sociedade* <sup>1950</sup>. Ou seja, na lacuna prevista em tais circunstâncias, só o ou os administradores de facto nutrem com substrato pessoal o *órgão-função dotado de uma certa esfera de competências, só por ele(s) mobilizáveis no centro de atribuição de um conjunto de faculdades e deveres* – ou “centro institucionalizado de poderes funcionais” com o fim primordial de formar e/ou exprimir vontade juridicamente imputável à sociedade <sup>1951</sup> – em que o órgão de administração subsiste, independentemente das suas condições em concreto <sup>1952</sup>. Ainda por outras palavras, nessas circunstâncias só a ele(s) coube e cabe institucionalizar essa função (que se desdobra em certos poderes e deveres) no órgão, enquanto *estrutura criada para que a sociedade possa atingir a finalidade para que é criada* <sup>1953</sup>. Se o administrador de facto é (além do mais, a título voluntário) verdadeiramente o *único “portador de organicidade”* <sup>1954</sup> – ou seja, *o único que suporta o seu círculo de competências* – e essa organicidade *se purificou* (pela inexistência ou

---

<sup>1948</sup> URSULA STEIN, *últ. ob. cit.*, págs. 75-76, 95, 198, GÜNTHER ROTH, págs. 423-424.

<sup>1949</sup> URSULA STEIN, *últ. ob. e locs. cit.*

<sup>1950</sup> Neste sentido, MARC DINKHOFF, págs. 26 (que exemplifica com a convocação de assembleia geral e inscrições necessárias no registo comercial), e 63 (falta de um administrador “legal”).

<sup>1951</sup> Entre outros, v. na nossa doutrina RAÚL VENTURA, *Sociedades comerciais: dissolução e liquidação* cit., págs. 135 e ss, FERRER CORREIA, *Lições de direito comercial*, vol. II cit., págs. 319-320, BRITO CORREIA, *Direito comercial*, 3º volume, *Deliberações dos sócios* cit., pág. 5 (“centro estruturado”), ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, pág. 264, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Os poderes de representação...* cit., n. (84) – pág. 49, COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II cit., pág. 57.

<sup>1952</sup> Para as formulações usadas, v. RICARDO COSTA, *A sociedade por quotas unipessoal...* cit., págs. 556-557 (ainda que para a assembleia geral enquanto órgão na SQU).

<sup>1953</sup> Para este efeito, v. a dogmática de RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas. Comentário...*, volume III cit., *sub art. 252º*, pág. 31.

<sup>1954</sup> FERRER CORREIA, *Lições de direito comercial*, vol. II cit., pág. 329, ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, pág. 264 – com influência do velho escrito de GIANCARLO FRÈ, *L’organo amministrativo...* cit., págs. 9-10, que se referia ao “*portatore della qualità di organo*”.

inacção de administradores de direito), então já parece justificar-se o alinhamento de um órgão *de facto* ou *material*. Um órgão que ocupa o lugar de um órgão de direito *que deixou de ter administradores para actuar (mesmo que existam), tendo em conta que são só os administradores de facto que encabeçam a realização da função para a qual o órgão foi desenhado* <sup>1955, 1956</sup>

Para este resultado dogmático ajuda a resolução de alguns dos preceitos que consagram, em meu parecer, a administração de facto *com reconhecimento legal*. Desde logo, o art. 391º, n.º 4, que mantém em funções o órgão – que já não é integrado por administradores de direito, por extinção temporal do cargo – composto por administradores de facto até nova designação. E ainda o nosso conhecido art. 253º, n.ºs 1 e 2, no que toca à regulação da sociedade por quotas: substituição dos gerentes, todos com falta definitiva ou temporária (aqui num quadro mais restrito de urgência), por todos os sócios quotistas. Defendo que estamos perante administradores de facto *ope legis* que, de acordo com o critério antes proposto, *constituem órgão de facto*. A este podem ainda acrescentar-se outros administradores de facto, mas que, sendo não sócios, terão que passar pelo processo de legitimação para se integrarem no órgão material. Por outro lado, se a sociedade por quotas continuar a ter gerentes mas estes forem afastados da gestão por administrador de facto directo, este, ao invés, não deixa de constituir órgão, mas apenas se se elevar à pose de administrador *legitimado* pelo procedimento material de qualificação (logo, não beneficiando da aquisição da qualidade fáctica proporcionada imediatamente pela lei).

Ora, é para os membros do *órgão de administração de facto* que, em sede de problematização das normas a aplicar, se deverá ponderar imputar mais do que se imputa ao administrador de facto *não orgânico* ou *aparentemente orgânico (todos os outros)*. Algo mais que se encontra na posição *integral* de administrador de direito *orgânico (rectius, em normas aplicáveis ao status de administrador mas que se excluem da aplicação-regra nos restantes administradores de facto)* e que nos

---

<sup>1955</sup> Ainda RAÚL VENTURA, *últ. ob. e loc. cit.*

<sup>1956</sup> Foi neste sentido que a jurisprudência italiana tomou posição quanto ao levantamento de um “órgão de facto” – aludo ao **Tribunale de Milano em 21 de Maio de 2008** (cit. a n. 1486, pág. 2741), que delineou essa configuração tanto para as situações de “ausência” como também de “inércia” do “órgão legal”.

Nos EUA, encontrei uma (antiga) referência (entre outras mais ou menos implícitas) perspicuamente nítida quanto à aceitação de um *de facto board* integral (*entire board*), em que nenhum dos seus membros é administrador de direito: WILLIAM GRANGE, pág. 377, exemplificando, em 1935, com a invalidação procedimental da eleição dos administradores.

permitirá, depois, exigir-lhe uma responsabilidade por comportamento omissivo e/ou inadimplemento *acrescida* em relação ao estatuto do administrador de facto *legitimado mas em situação de não organicidade*.<sup>1957</sup>

---

<sup>1957</sup> É visível nesta opção o influxo da doutrina monográfica alemã, que desenhou duas funções essenciais para a justificação do tratamento do administrador de facto – URSULA STEIN, *últ. ob. cit.*, págs. 71 e ss, 94-95, 115, 198; problematizador e dubitativo: MARC DINKHOFF, págs. 25-26; apoiante na doutrina italiana: ANDREA PERRONE, n. (12) – pág. 1402.

Por um lado, a função de “estabelecimento” ou de “substituição do órgão” (*Organsetzung*), pensada para a falta de sujeitos no órgão legal (nomeadamente pela caducidade do título ou ausência de actuação efectiva) e para as nomeações viciadas – propensa ao desenvolvimento dogmático de um instituto jurídico habilitado a resolver lacunas de organização.

Por outro, a função de “alargamento de responsabilidade” (*Verantwortlichkeitserweiterung*), pensada para todos os restantes casos em que não é necessário justificar uma posição de órgão em si mesmo (porque a sociedade tem membros nomeados legalmente e em funções) mas antes decidir a responsabilidade adicional de um “não destinatário” de uma regra jurídica (aplicação da norma de “órgão” a um “não-órgão”), razão pela qual se manteria predisposta unicamente para salvaguardar o administrador de facto como um “conceito de aplicação de normas” (em vez de um instituto jurídico definido).



## **Capítulo 2.º**

### **O perfil aplicativo**

**SUMÁRIO:** 13. O estatuto do administrador de facto. 13.1. Os critérios gerais para a determinação do estatuto do administrador de facto legitimado. 13.2. A actuação do administrador de facto com designação invalidada. 13.3. Contéudo do estatuto. 13.4. Excepções ao estatuto geral. — 14. A representação da sociedade por administrador de facto e a diferença para o administrador de direito aparente. 14.1. Actuação representativa do administrador de facto legitimado e do administrador de facto reconhecido na lei. 14.2. Actuação do representante aparente. — 15. Actuação funcional do administrador de facto e disciplina da responsabilidade civil societária dos administradores. 15.1. Razões da aplicação. 15.2. A ineptidão do artigo 80<sup>o</sup> como norma fundadora de responsabilização do administrador de facto.



### 13. O estatuto do administrador de facto

#### 13.1. Os critérios gerais para a determinação do estatuto do administrador de facto legitimado

É no fôlego último da investigação que cabe saber da *atitude* da disciplina da *função administrativa* no que toca à actuação do administrador de facto, o que nos dará a *medida verdadeira* da equiparação *normativa* do administrador de facto ao administrador de direito <sup>1958</sup>.

A primeira tendência é proteger os interesses colocados em crise pela actuação dos administradores de facto através de um alargamento *indiscriminado e genérico* de todo o regime de posições activas e passivas que incumbem *ex lege* (ou por força da organização desenhada nos estatutos) ao administrador de direito, sem ter em conta as limitações inerentes à organização e ao funcionamento das sociedades comerciais. Digamos que se procederia a uma transferência *acrítica* desse regime para o *estatuto* do administrador de facto como se tal fosse em absoluto evidente. <sup>1959</sup>

Em alternativa, porém, uma operação deste cariz envolve – em vez de um nexo de transposição – um nexo de *adaptação* <sup>1960</sup> e uma indagação sobre a *natureza* das normas – ou, *rectius*, de várias das normas – que regulam a actividade dos administradores: “se elas têm natureza «formal», quer dizer que se aplicam só no pressuposto de uma investidura (regular) na função”, ou se “têm natureza «substancial», e, assim, também disciplinam o fenómeno independentemente da posição oficial de quem age”. Num outro sentido: o administrador de facto, uma vez qualificado, goza de um *estatuto* semelhante ao administrador de direito (a erigir, aliás, a partir do conteúdo do estatuto do congénere formal) ou essa qualificação gera apenas a *aplicação* de certos e determinados regimes jurídicos?

Como vimos, a tendência para equiparar as situações de facto às correspondentes situações de direito é acompanhada pela acentuação da

---

<sup>1958</sup> PIERRE-OLIVIER GEHRIGER, pág. 84.

<sup>1959</sup> É uma tendência que pode ser vista em alguma doutrina alemã e que, a bem dizer, acabou por tornar aí menos credível e aturada a consistência da figura do administrador de facto e a serem prosseguidos sem continuidade os esforços para atingir o respectivo ajuste dogmático e promover a segurança jurídica na sua aplicação – v., para exemplos, os discursos de HANS-JOACHIM MERTENS, “Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung”, *loc. cit.*, sub § 43, pág. 253, Rdn. 7, e WOLFGANG ZÖLLNER/ULRICH NOACK, “Abschnitt Drei. Vertretung und Geschäftsführung”, *loc. cit.*, sub § 43, págs. 878-879, Rdn. 2-3.

<sup>1960</sup> JOSÉ EMBID IRUJO, “La responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, pág. 2411.

“imperfeição” que assiste às primeiras. E, por consequência, pela dificuldade em ver genericamente a nota da plenitude na convocação do regime predisposto para os administradores legítimos (os actores da situação de direito).

E com razão, suponho.

Numa apropinuação geral, “é de duvidar que a área da disciplina do administrador regular combine perfeitamente com aquela do administrador de facto”. Ao invés, mais razoável será entender que se tratará de uma disciplina “complexivamente análoga (mas por isto não idêntica, em tudo e por tudo) à da relação «de direito»”. Parece bondoso pressentir que, em atenção à circunstância de a qualidade de administrador comportar poderes não só em ordem à *gestão da empresa social* mas também à *organização e funcionamento societários* (aqui estará a justificação para o seu “relevo formal”), a identidade e a diversidade de regulamentação dependerão, em última análise, do *objecto* que cada uma das disposições é dirigida a regular: isto é, se nele prevalecem os aspectos substanciais ou os formais.<sup>1961</sup> E esta delimitação parece ser a fulcral<sup>1962</sup>: se a posição de administrador de facto jussocietariamente relevante é permitida – ou, melhor, gerada – por comportamentos funcionais *específicos no campo substancial da administração gestonária*, excluindo-se o relevo da administração *técnica* de organização e funcionamento da sociedade nesse processo *genético*, uma vez adquirida essa qualidade não será coerente, em princípio, permitir-lhe que vá mais longe e imputar-lhe um *círculo de poderes e deveres fora das áreas em que a sua actuação foi causa da sua legitimação*. Isto é, não podemos alargar à posição jurídica do administrador de facto o *domínio normativo no qual se encontram as tarefas e as funções de funcionamento da organização societária, correspondentes às “situações puramente organizativas”*<sup>1963</sup>. *Se elas não servem para qualificar o administrador de facto, uma vez qualificado não poderá o administrador de facto apropriar-se delas ou elas serem imputadas na sua esfera jurídica enquanto administrador*<sup>1964</sup>.

---

<sup>1961</sup> Neste sentido, v. ALESSANDRO BORGIOIOLI, “Amministratori di fatto e direttori generali”, *loc. cit.*, págs. 613-614, ID., “L’amministratore «di fatto» non fallisce”, *loc. cit.*, págs. 597-598, 599, 600.

<sup>1962</sup> Já antes o assinalai: RICARDO COSTA, “Responsabilidade civil societária...”, *loc. cit.*, págs. 40-41. Concordante: FERREIRA GOMES, pág. 156.

<sup>1963</sup> Na terminologia de MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português*, II, *Direito das obrigações*, tomo I, *Introdução. Sistemas e direito europeu das obrigações. Dogmática geral*, 2009, pág. 440.

<sup>1964</sup> Em Itália, esta parece ser uma delimitação há muito interiorizada e aceite. FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, pág. 138 e n. (22), aceita que o administrador de facto concorra para o exercício da gestão da empresa social, no âmbito da prossecução do interesse social e da satisfação

Em conclusão, não se pode estender ao gestor de facto os preceitos formais que prescrevem e orientam a organização e funcionamento da “dinâmica interna da actividade social” e da “dialéctica interorgânica”<sup>1965</sup>, condicionados e, por regra, excluídos, ainda pelo defeito de legitimidade do estatuto do administrador de facto<sup>1966</sup>, que não resiste à *natureza exclusiva e indelegável de poderes conexonados com o perfil de competências do administrador de direito*; se tal acontecer, em princípio, teremos que medir o vício decorrente dessa ilegitimidade (não sanada pela legitimação do agente) e integrá-lo, se for caso disso, na *validade* do acto social praticado por si ou com a sua participação<sup>1967</sup>.

---

dos interesses coenvolvidos na realização do contrato de sociedade – assumindo essa gestão “relevante autónomo na perspectiva da relação gestória com a sociedade” – e exclui da sua esfera as atribuições de “relevante organizativo” – ou da “dinâmica infra-organizativa da sociedade” ou de “situações jurídicas «internas» de produção da acção societária; depois, v. as págs. 168, onde se reduz o estatuto fáctico às “obrigações gestórias em sentido estrito”, 180-181, 183, 184, 191 (quanto à cooperação no procedimento de aprovação do “balanço”), 197 (para a convocação da assembleia de sócios perante causas dissolutórias), 207-209. Depois dele, no mesmo sentido, GIUSEPPE GUIZZI, “Problemi in tema di gestione...”, *loc. cit.*, n. (20) – pág. 26, e FILADELFO TRIBULATO, págs. 475-476 e n. (20). Antes, ALESSANDRO BORGIOIOLI, “L’amministratore di fatto non fallisce”, *loc. cit.*, págs. 599-600, 607 (que segui em texto); FRANCO BONELLI, “La responsabilità dell’amministratore di fatto”, *loc. cit.*, n. (13) – pág. 112, que restringia ao administrador de facto as obrigações que regulam e disciplinam o desenvolvimento da “actividade de gestão”; NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori...* cit., págs. 268-269 (distinguindo entre o “aspecto substancial” da gestão e os “deveres cujo cumprimento postula necessariamente uma investidura regular”). Contra essa demarcação de regras que superintendem a “gestão social correcta”, “sem excepção ou justificação de qualquer tipo”, porém, v. ANDREA FATTORI, “Amministrazione di fatto e azione...”, *loc. cit.*, pág. 256.

No mesmo sentido de apenas convocar para a condição de administrador as normas substanciais e deixar de lado aquelas outras de carácter formal, próprias ou intrínsecas ao administrador “legalmente designado”, v., no direito espanhol, PABLO GIRGADO PERANDONES, *La responsabilidad de la sociedad matriz...* cit., pág. 189; JOSÉ LUIS DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., págs. 152-153; NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., págs. 188-189 (em conjugação com as págs. 61 e ss), EMBID IRUJO, “La responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, pág. 2411 (no âmbito da sua proposta de *redução teleológica* das normas relativas aos deveres próprios dos administradores de direito, como o da convocação das assembleias gerais e de elaboração das contas anuais), JOSÉ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, “De la calificación del concurso”, *loc. cit.*, sub art. 172, pág. 2585, MIRIAM LOZANO SAIGÍ, pág. 1075, MARÍA JOSÉ VERDÚ CAÑETE, pág. 135, ESTEBAN ASTARLOA, pág. 62, e, a pretexto da convocatória das assembleias de sócios, JAVIER JUSTE MENCÍA, “En torno a la aplicación...”, *loc. cit.*, pág. 455, ANTONIO PERDICES HUETOS, pág. 282, FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, “Ámbito subjetivo de la responsabilidad”, *loc. cit.*, pág. 67.

Para uma posição similar no campo dos deveres do “órgão de facto” e para a convocação do direito ou regime da responsabilidade societária, v., na Suíça, PETER FORSTMOSER, “Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht”, *loc. cit.*, págs. 136-137, 139.

Nos EUA, é neste contexto que percebemos que os administradores de facto não possam cooptar administradores de direito para preencher vagas: entre outros, v. WILLIAM COOK, págs. 2937-2938; NORMAN LATTIN, pág. 264 (sendo os administradores cooptados nada mais do que também *de facto directors*); WILLIAM MEADE FLETCHER, *Fletcher Cyclopedia...* cit., pág. 225.

<sup>1965</sup> FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, pág. 183.

<sup>1966</sup> Para elucidação, v. os exemplos considerados para desenvolvimento dos pontos seguintes 13.2. e 13.3.

<sup>1967</sup> Pode acontecer que sejam os administradores de direito (formalmente investidos mas substituídos e geralmente inertes ou instrumentalizados pelo administrador de facto indirecto no exercício das suas funções) a assumir a paternidade dos actos realizados pelos administradores de facto. Se assim for,

### 13.2. Actuação do administrador de facto com designação invalidada

Sabendo já que tal limitação não serve – melhor, nenhuma limitação serve – ao administrador de facto *ope legis*, pergunta-se se o mesmo quadro de soluções se pode defender automaticamente para o administrador de facto com designação invalidada. O ponto de partida é diferente: enquanto que no administrador de facto legitimado a interrogação pretende saber qual o regime que se aplica *a partir do momento em que se adquire a qualidade de administrador de facto por intermédio do processo de legitimação*, agora a interpelação é aclarar qual o regime que se aplica *desde a designação aceite até ao momento de invalidação transitada em julgado do acto de designação*. Por outras palavras, decidir da sorte do agir do administrador entre a investidura e a invalidação, não obstante a invalidade genética ditada pela desconformidade para com a regularidade de gestação do instituto *típico* <sup>1968</sup>.

Para esse desígnio teremos que nos situar no campo da *acção produzida na organização colectiva societária*, em face da prestação de actividade de cooperação instaurada com a sociedade sob a capa de uma designação que se veio a manifestar impotente (originária ou supervenientemente) para legitimar essa actividade, tendo em vista esclarecer se é admissível ou não contestar a eliminação dos efeitos produzidos no “ordenamento jurídico violado” <sup>1969</sup> e aferir a *imputabilidade* dessa acção supervenientemente ilegítima <sup>1970</sup>.

\*

Na sua projecção *externa*, o art. 61<sup>o</sup>, n.º 2, esclarece a eficácia dos negócios celebrados pelo administrador de facto com designação invalidada: «A declaração de nulidade ou a anulação não prejudica os direitos adquiridos de boa fé por terceiros, com fundamento em actos praticados em execução da deliberação; o conhecimento da nulidade ou da anulabilidade exclui a boa fé» <sup>1971</sup>. Ao referir-se aos «direitos adquiridos» o preceito abrange os efeitos constituídos ao abrigo de relações jurídicas

---

a anomalia será suprida e o vício não obstaculizará a validade do acto – neste sentido, a pretexto da validade das deliberações de aprovação do “balanço social”, v. FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, pág. 191, e, a pretexto da convocação das assembleias de sócios (neste caso com proposta para serem convocadas), v. NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho... cit.*, pág. 195.

<sup>1968</sup> VINCENZO FRANCESCHELLI, *I rapporti di fatto... cit.*, págs. 120 e ss, em esp. 123-124.

<sup>1969</sup> FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, pág. 142.

<sup>1970</sup> Relembre-se o ponto 4. da Parte I.

<sup>1971</sup> Reflexo do princípio geral associativo: «A anulação das deliberações da assembleia não prejudica os direitos que terceiro de boa fé haja adquirido em execução das deliberações anuladas» (art. 179<sup>o</sup> do CCiv.).

que terceiros concluíram com os administradores invalidamente designados, contando que a actuação dos administradores com quem se relacionaram não estava ferida na sua fonte <sup>1972</sup>. Logo, os negócios celebrados pelos administradores de facto, por efeito de designação invalidada (ainda que meramente confirmativa da nulidade originária), são *negócios imputados à sociedade* <sup>1973</sup>, indiferentes à invalidade do título, desde que os terceiros que são partes nesses negócios, no momento da respectiva conclusão, estivessem razoavelmente crentes na validade da deliberação

---

<sup>1972</sup> V. (também para o conceito de “terceiro” previsto nesta norma) VASCO LOBO XAVIER, *Anulação de deliberação social...* cit., n. (85) – pág. 336, n. (76) – págs. 426-427, ID., “Suspensão de deliberações sociais ditas «já executadas»...”, *loc. cit.*, págs. 380-381, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Os poderes de representação...* cit., págs. 155 e ss, COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II cit., págs. 540-541, ID., “Artigo 61º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord.: J. M. Coutinho de Abreu, volume I (Artigos 1.º a 84.º), 2010, pág. 704, PINTO FURTADO, *Deliberações de sociedades comerciais* cit., págs. 825 e ss, em esp. 834-835 (“Estarão neste caso, por ex., os [direitos adquiridos] de um *estranho*, que negociou com um aparente *representante* da *sociedade*, no pressuposto de que terá sido validamente investido na titularidade do *cargo social* e desconhecendo, inclusivamente, a existência da decisão judicial que declarou *nula*, ou *anulou* a *deliberação* de designação para a titularidade do *cargo*”).

É uma solução que, além do mais, está em linha com o art. 52º, n.º 2, que preserva a eficácia dos negócios jurídicos concluídos em nome de sociedade cujo contrato fundador tenha sido declarado nulo ou anulado e que poderiam ser retroactivamente afectados por essa invalidação (v. por todos CAROLINA CUNHA, “Art. 52º”, *loc. cit.*, pág. 634), assim como as soluções ditas pelos arts. 192º, n.º 4, 260º, n.ºs 2 e 3 e 409º, n.ºs 2 e 3.

<sup>1973</sup> Parece que assim é se a designação invalidada dos administradores que celebraram os actos dos quais resultam os direitos de terceiros tiver sido registada e publicada (arts. 3º, al. *m*), 15º, n.º 1, 70º, n.º 1, al. *a*), 14º, n.º 2, CRCom.; 168º, n.º 1, *a contrario sensu*, e n.º 2, CSC), pois a eficácia perante terceiros dos negócios concluídos necessita da aparência registal anterior *como administrador* (v. arts. 11º e 12º do CRCom.). Em sentido contrário, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Os poderes de representação...* cit., págs. 163-164.

Lá fora, em esp. no enquadramento da administração de facto por título viciado, destacando o efeito externo derivado da publicidade registal para a imputação da actividade à sociedade e a inoponibilidade em face de terceiros da carência de poderes representativos por força da invalidade da designação, v. JOACHIM MEYER-LANDRUT, *Aktiengesetz. Großkommentar* cit., sub § 84, pág. 649, *Anm.* 19, WOLFGANG HEFERMEHL, sub § 84, págs. 179-180, em esp. *Rdn.* 131, HANS-JOACHIM MERTENS, “Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung”, in MAX HACHENBURG, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) – Großkommentar*, Zweiter Band: §§ 13-52, 1979, sub § 35, pág. 24, *Rdn.* 61 (mais claro que em “Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung”, *loc. cit.* 1997, sub § 35, págs. 17-18, *Rdn.* 41), URSULA STEIN, *Das faktische Organ* cit., pág. 100, ROBERT WEIMAR, “Grundprobleme und offene Fragen... (I)”, *loc. cit.*, pág. 477, HOLGER ALTMETPEN/GÜNTHER ROTH, sub § 6, págs. 146-147, *Rdn.* 23-24 – os alemães recorrendo ao § 15 do HGB; NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., pág. 169 e n. (233), FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, n. (46) – pág. 146 (sem deixar de recorrer à tutela da aparência de poderes representativos se faltar o pressuposto da inscrição registal, a págs. 147-148, na linha, aliás, de VINCENZO CALANDRA BUONAURA, *Potere di gestione...* cit., pág. 137); OLIVARES JAMES, págs. 296, 300-301. Entre nós, BRITO CORREIA, *Os administradores de sociedades anónimas* cit., págs. 144-145, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *ibid.*, págs. 137 e ss (com indicações estrangeiras e análise do art. 8º da Primeira Directiva), 164, 166-167. Aparentemente restringindo essa imputação até ao momento do registo da acção de nulidade ou de anulação do acto de designação do “administrador de facto ilegítimo” (aquele que se encontra em funções “por via de um acto nulo ou anulado”), v. MENEZES CORDEIRO, “Capítulo VII – Responsabilidade civil...”, *loc. cit.*, pág. 276, anot. 40; no entanto, para o Autor, a sociedade sempre poderá ficar vinculada, para o momento posterior, nos termos que regem a “representação institucional”, derivada por analogia do art. 23º do DL n.º 178/86 (regime da agência) – v. *infra*, 14.2.

nomeadora do administrador representante da sociedade ou ignorassem (de forma não leviana) a invalidade da deliberação<sup>1974</sup>; só são prejudicados os terceiros que conhecessem efectivamente a invalidade, não bastando um estado não censurável de cognoscibilidade. Ainda assim, a má fé não impossibilita essa imputação: bastará que a sociedade não invoque a ineficácia do negócio, o que se compatibilizará com a atitude de aceitação da actividade do administrador e, ademais, com a adequação, razoabilidade e vantagem desse mesmo negócio para a sociedade.<sup>1975</sup>

\*\*

Quanto à projecção *interna* da sua actividade (mormente a propulsora e a decisória, mormente aquela que não vem a desembocar em relações negociais com terceiros), não temos uma regulamentação específica para as consequências do vício da designação. O pior cenário é a invalidade de todos os actos que pressupuseram e

---

<sup>1974</sup> COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II cit., pág. 541, ID., “Artigo 61º”, *loc. cit.*, pág. 704, que (recorrendo ao “forte paralelismo” dos n.ºs 2 e 3 dos arts. 260º e 409º) assinala que ajuda a provar a má fé do terceiro o facto de, antes da conclusão do negócio, ter sido feito o registo de procedimento cautelar de suspensão da deliberação ou de acção de declaração de nulidade ou de anulação, ou das respectivas decisões finais (tendo em conta o art. 9º, als. e) e h), do CRCom.). Por seu turno, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “Artigo 168º”, *loc. cit.*, págs. 721-722 (mais detalhadamente, antes, em *Poderes de representação...* cit., págs. 160 e ss), considera que a boa fé do terceiro não é excluída por já estar efectuado o registo da acção de declaração de nulidade ou de anulação da deliberação social no momento em que tem lugar o acto de execução, pois esse registo não faz sequer presumir o conhecimento da causa de nulidade ou anulabilidade da deliberação – desde logo, também, porque o art. 168º, n.º 2, parece demonstrar que nas relações com terceiros o registo não faz presumir que estes últimos têm conhecimento dos factos sujeitos a registo e publicação”; antes, também, “o registo da acção deve ser visto como um elemento a tomar em conta na apreciação da boa fé do terceiro”. No mesmo sentido, PINTO FURTADO, *últ. ob. cit.*, pág. 833: o registo da acção como “importante elemento de prova do conhecimento pelo terceiro”. Assim, exige-se aos terceiros o “desconhecimento não culposo”, não se tutelando em termos societários a confiança de “quem, apenas com violação de deveres de cuidado e de informação e com culpa, se tenha colocado em situação de desconhecimento”: MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Comerciais anotado...* cit., sub art. 61º, pág. 244, anot. 4.

A este propósito, v. ainda o art. 22º, n.º 4, do CRCom.: «A declaração de nulidade do registo não prejudica os direitos adquiridos a título oneroso por terceiro de boa fé, se o registo dos correspondentes factos for anterior ao registo da acção de nulidade».

<sup>1975</sup> Em particular para a conjugação do art. 61º, n.º 2, com o art. 168º, n.º 2, v. ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Os poderes de representação...* cit., pág. 159 – “[...] a decisão a declarar a nulidade ou a anular a deliberação social que designou os administradores é oponível, após a publicação, a quaisquer terceiros que tenham adquirido direitos com base em actos de execução da referida deliberação. Aquela decisão não afectará os actos anteriores ao momento em que a decisão se torna oponível a terceiros se estes estavam de boa fé quando aquele acto teve lugar. O n.º 2 do artigo 168º do CSC define o momento a partir do qual a decisão que declara a nulidade ou anula a deliberação se torna oponível a terceiros, mas o n.º 2 do artigo 68º do mesmo código regula os termos em que os direitos de terceiros podem ser acautelados se adquiridos com base em actos de execução da deliberação que tenham ocorrido antes do momento em que a decisão judicial se lhes tornou oponível. (...) Os terceiros podem, por isso, invocar a tutela conferida pelo n.º 2 do artigo 61º se adquiriram os direitos em causa através de um acto de execução que teve lugar antes de a decisão judicial se lhes tornar oponível”.

assentaram na validade (aparente ou precária) da designação, sendo aqueles actos sociais internos *afectados em cadeia* pela vicissitude do título <sup>1976</sup>, no que seria o resultado da aplicação do art. 61º, n.º 1 (ou do princípio que lhe está subjacente). O cenário mais benigno é, ao invés, amparar a persistência dos efeitos (ou, pelo menos, de certos efeitos) dessa actuação, tornando-se invulneráveis à falta de legitimidade do administrador de facto derivada da declaração de nulidade ou da anulação da deliberação. Segundo a doutrina, perfila-se uma contraposição entre o interesse dos sócios e dos órgãos sociais em contestar e remover a legitimidade aparente ou precária do sujeito designado e, no reverso da medalha, o interesse em preservar o funcionamento e a actuação do organismo administrativo (e dos outros órgãos cuja actuação se relaciona com a acção dos administradores) e a estabilidade dos processos decisórios realizados e (quase sempre) consolidados, em benefício *imediato* da estabilidade (sem prejuízos de maior) da organização social e dos actos protagonizados pelo administrador designado e, por isso, do interesse social e benefício *mediato* de sócios, terceiros, da tutela da confiança dos intervenientes <sup>1977</sup> e da segurança do tráfico económico <sup>1978</sup>. Nos autores alemães (mesmo para quem não faz ingressar estes administradores no complexo fáctico da administração), estes últimos interesses ganharam predominância e o resultado foi a aceitação pura e simplesmente em atribuir a tais administradores o estatuto (nomeadamente obrigacional e para a convocação de responsabilidade) do administrador de direito e, em consequência, admitir que a execução do cargo administrativo se consolidasse tal como se a relação de administração fosse validamente constituída e não houvesse quaisquer consequências para o passado <sup>1979</sup>.

---

<sup>1976</sup> PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais* cit., pág. 643.

<sup>1977</sup> Recorde-se BAPTISTA MACHADO, “Tutela da confiança e «venire contra factum proprium»”, *Obra dispersa*, vol. I, 1991, págs. 375-376: “... na hipótese de, por força do princípio da tutela da confiança, se vir a conferir a um negócio nulo efeitos iguais àqueles que o negócio teria se fosse válido, esses efeitos, apesar de tudo, devem ser havidos como efeitos *ex lege*, valendo o negócio nulo agora como *simplex facto* gerador de um estado ou situação de confiança”.

<sup>1978</sup> FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, págs. 148-149.

<sup>1979</sup> Desenvolvidamente (e com diálogos doutrinários), v. a principal defensora URSULA STEIN, *Das faktische Organ* cit., págs. 104-105, 105-106, 107-108, 109, 110-111, 112, 114, 116-117, 117-118, 119-120, 126, 128-129 (com um elenco das suas ilimitadas possibilidades de actuação: participação e voto no órgão, prestar e receber informação, convocar assembleia de sócios e nela participar, elaborar as contas anuais do exercício), 139 e ss, 199. V., no mesmo sentido que se fez dominante (entre outros), ERNST-JOACHIM MESTMÄCKER, pág. 212, NORBERT REICH, pág. 1666 (defendendo a igualação para o passado, ainda que salvaguardando correcções), ADOLF BAUMBACH/ALFRED HUECK/GÖTZ HUECK, *sub* § 93, pág. 289, *Rdn. 2*, WOLFGANG HEFERMEHL, *sub* § 93, pág. 273, *Rdn. 8*, GEORG JARZEMBOWSKI, págs. 103 e ss, em esp. 105, THEODOR BAUMS, págs. 174-175, 176, HANS-JOACHIM MERTENS, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz* cit.,

O que dizer dessa preferência?

A favor da conservação dos actos e efeitos da *relação gestória* (que não abarca todo o relevo da relação orgânica, note-se) podem, *in primis*, ajudar os sinais do *ordenamento jurídico no seu todo* para situações cuja regulação merece ser aqui alvitrada: *v. g.*, o art. 122º, n.º 1, do CT impõe que “[o] contrato de trabalho declarado nulo ou anulado *produz efeitos como válido* em relação ao tempo em que seja executado <sup>1980</sup>; o art. 134º do CPA diz, no seu n.º 1, que «[o] acto nulo não produz quaisquer efeitos, independentemente da declaração de nulidade», mas tal «não prejudica a possibilidade de atribuição de certos efeitos jurídicos a situações de facto decorrentes de actos nulos, por força do simples decurso do tempo, de harmonia com

---

*sub* § 93, pág. 290, *Rdn.* 11, ROBERT WEIMAR, “Grundprobleme und offene Fragen... (I)”, *loc. cit.*, págs. 476, 477, KLAUS HOPT, *Großkommentar Aktiengesetz, §§ 92-94 cit., sub* § 93, pág. 73, *Rdn.* 44, MARKUS GEIßLER, pág. 1106 (e, em complemento, págs. 1110-1111), HANS CRISTOPH GRIGOLEIT, pág. 277, THOMAS RAISER/RÜDIGER VEIL, pág. 506, UWE H. SCHNEIDER, “Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung”, *loc. cit., sub* § 43, pág. 2228, *Rdn.* 22, UWE HÜFFER, *sub* § 93, pág. 500, *Rdn.* 12, WOLFGANG ZÖLLNER/ULRICH NOACK, “Abschnitt Drei. Vertretung und Geschäftsführung”, *loc. cit., sub* § 43, pág. 879, *Rdn.* 2.

Em sentido contrário (e minoritário) à “posição especial” (*Sonderstellung*) do administrador com nomeação viciada e ao respectivo tratamento como “administrador regular” (*ordnungsmäßiger Geschäftsführer*), mesmo durante o tempo em que o defeito fosse desconhecido, e, conseqüentemente, favorável à ilimitada ineficácia *ex tunc* da deliberação, *v.* MARC DINKHOFF, págs. 183-184 (e 137-138).

Para o direito italiano, encontramos em FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, págs. 145, 153, um defensor da conservação tendencial da actividade social realizada com o concurso do sujeito carente de legitimação orgânica (seja por invalidade da nomeação, seja, parece, mesmo por falta dela). Também ANDREA PERRONE, n. (12) – pág. 1402, sustenta aqui uma atribuição substancial das funções gestórias que não está fora da equiparação ao administrador regularmente nomeado. Antes, no mesmo sentido, GIOVANNI LO CASCIO, pág. 196, advogara a inidoneidade da nulidade e da anulabilidade das nomeações dos administradores para afectar o *princípio de referência* dos actos realizados pelo órgão à entidade que administram, desde que a sociedade não tivesse a iniciativa de invocar os vícios e, assim, implicitamente manifestasse o entendimento de se aproveitar da actuação gestória.

<sup>1980</sup> De acordo com PEDRO ROMANO MARTINEZ, *Direito do trabalho cit.*, pág. 476, “[o] legislador, não obstante reconhecer as consequências da invalidade negocial, *fictiona a validade* do contrato de trabalho no período em que ele foi executado. Esta ficção de validade permite concluir que o contrato de trabalho inválido, durante o tempo em que foi executado, consubstancia uma relação contratual de facto” (sublinhei). Assim, na leitura de ANTÓNIO MONTEIRO FERNANDES, págs. 343-344, a solução legal consiste em “fazer funcionar a invalidade somente *para futuro*, deixando portanto incólumes os efeitos que o contrato tenha produzido até à correspondente declaração”.

Em Itália, norma equivalente (mas menos ampla, pois não se permite a produção de efeitos quando «a nulidade derive da ilicitude do objecto ou da causa» do contrato de trabalho): art. 2126 do CCIt.) é aplicável analogicamente ao “administrador-dependente”, isto é, para os administradores que, nos limites em que tal seja admissível, levem a cabo uma prestação laboral subordinada (concomitante e em função do seu cargo administrativo) e tão-só para os perfis com ela conexions – assim o sustenta FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, págs. 143-144, sem que a (outra) relação de “cooperação gestória” tipicamente administrativa possa aproveitar do âmbito operativo da norma (logo, por ex., através desse caminho de extensão analógica, o administrador invalidamente nomeado não poderá socorrer-se desse reconhecimento para reivindicar o pagamento da remuneração acordada ou o ressarcimento do prejuízo de uma destituição sem justa causa).



os princípios gerais de direito» (n.º 3) <sup>1981</sup>. Mais especificamente para o espaço de actuação de sociedades, verifica-se, com interesse, que a responsabilidade contra-ordenacional das entidades submetidas ao RGICSF não é afastada pela «invalidade» e pela «ineficácia jurídicas dos actos em que se funde a relação entre o agente individual e o ente colectivo» (art. 203º, n.ºs 1 e 3) e o mesmo tipo de responsabilidade das pessoas singulares que sejam membros de órgãos sociais das pessoas colectivas submetidas ao RJASegR ou nelas exerçam funções de administração não é igualmente precludida pelas mesmas invalidade e ineficácias jurídicas dos actos fundadores das suas relações com a pessoa colectiva (art. 202º, n.ºs 4 e 5). Estas injunções acabam por patrocinar a produção de efeitos (em maior ou menor grau) tendo em conta a *auto-suficiência da execução do facto* para remediar a deficiência originária do título fundante da actividade realizada e das relações negociais derivadas – uma preposição que poderia ser transportada para a relação de administração executada mas viciada na sua origem <sup>1982</sup>.

Por outro lado, se virmos a relação de administração como uma relação (obrigacional, nomeadamente) de *execução continuada* (mesmo que durante o tempo em que se encontra balizada), ela estará por direito próprio na categoria das relações(-prestações) *duradouras*: a sua actividade típica (complexa, estável,

---

<sup>1981</sup> São os chamados “efeitos putativos” do acto administrativo nulo, “derivados do decurso do tempo, ou seja, os que resultam da efectivação prática dos efeitos do acto nulo por um período prolongado de tempo” ou “ligados a outros factores de estabilidade das relações sociais, como os da protecção da confiança, da boa fé, do *suum cuique tribuere*, da igualdade, do não locupletamento, e até da realização do interesse público” – v., por todos, MÁRIO ESTEVES DE OLIVEIRA/PEDRO GONÇALVES/J. PACHECO DE AMORIM, *Código do Procedimento Administrativo comentado*, 1997 (reimp. 2006), sub art. 134º, págs. 654-655 (mas nunca se poderá assacar efeitos putativos favoráveis ao particular “nos casos de coacção ou crime, ou até, simplesmente, de dolo ou má fé do interessado”). Antes, para os “agentes putativos” (“os indivíduos que em circunstâncias normais exercem funções administrativas de maneira a serem reputados em geral como agentes regulares, apesar de não estarem validamente providos nos respectivos cargos”), MARCELLO CAETANO, *Manual de direito administrativo*, tomo II, *Agentes e bens – Serviços públicos – Polícia – Garantias – Processo administrativo*, 1973 (?), reimp. 2004, págs. 645, 646 e ss (“a segurança exige que se reconheça a validade dos actos praticados pelos agentes putativos, quando estes hajam procedido no exercício das suas funções de acordo com a lei”).

<sup>1982</sup> Na doutrina alemã, URSULA STEIN dissecou a sociedade e o contrato de trabalho gerados por acto inválido, no sentido de solidificar um princípio geral de conservação das relações jurídicas de continuidade ou permanência (*Dauerrechtsverhältnisse, Dauerrechtsbeziehungen*) e executadas que se pudesse transpor para o “órgão de facto”. Concluiu pela improcedência (para além de não se encontrar um verdadeiro modelo estrutural para uma “teoria geral da eficácia parcial, temporária ou limitada de relações jurídicas de duração executadas”), atendendo às especialidades e interesses de protecção de cada uma dessas relações e à respectiva inadequação funcional para medir as relações orgânicas de facto – v. *Das faktische Organ* cit., págs. 58 e ss, em esp. 59-60, 66-68, 117, 126-127, 197. Favorável à invalidade de princípios retirados de uma “relação por designação viciada” (*fehlerhafte Bestellungsverhältnisse*) e de um fundamento geral de “reconhecimento limitado” dessas relações, v. MARC DINKHOFF, págs. 135 e ss, em esp. 137-138.

relativamente indeterminada mas desejavelmente sem rupturas) projecta-se num período de tempo mais ou menos prolongado e consiste numa série coordenada e contínua de actos (de *facere*, essencialmente, mas também de *non facere*)<sup>1983</sup>. Ora, as relações de execução duradoura e continuada beneficiam aquando dos respectivos eventos extintivos-resolutivos de bloqueio legal ao efeito retroactivo e de um esforço de *preservação*: o art. 434º, n.º 2, do CCiv. determina que a resolução dos contratos<sup>1984</sup> de execução continuada ou periódica não abrange as prestações efectuadas, excepto se entre estas e a causa de resolução existir um vínculo que legitime a resolução de todas elas; o mesmo regime se aplica à condição resolutiva aposta a um contrato de execução continuada ou periódica (art. 277º, n.º 1, CCiv.). Segundo a doutrina, o decurso do tempo (ou duração temporal) determina o conteúdo e a conformação global da prestação e não apenas o momento em que esta deve ser realizada, pelo que o tempo em que a relação vigora constitui o direito às prestações recebidas, tornando-as independentes das prestações que venham a ser realizadas no futuro; acresce a impossibilidade (em regra, pois estaremos perante benefícios irreversíveis) de devolver ou restituir o que foi prestado e entregue.<sup>1985</sup> Se este princípio de ordem geral – até como reflexo do princípio de *aproveitamento e conservação dos negócios jurídicos*<sup>1986</sup> ou do *favor negotii*<sup>1987</sup> – for de transportar sem mais para as prestações conexas à relação gestória (como relação de execução continuada ou “de duração”), inquinada pelos vícios do título do administrador, igualmente se poderia sustar a automática e integral repristinação da situação

---

<sup>1983</sup> FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, pág. 144 (que não dá relevo à actividade de abstenção).

Em face da maneira da sua realização global durante um período temporal, sobre as prestações debitórias *duradouras e de execução continuada* (em oposição às de execução periódica ou repetida), v., entre outros (mas com outras referências de suporte), ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, volume I cit., págs. 92 e ss, ALMEIDA COSTA, *Direito das obrigações* cit., págs. 699-700, LUÍS MENEZES LEITÃO, *Direito das obrigações*, volume I cit., págs. 137-138, MENEZES CORDEIRO, *Tratado de direito civil português. II. Direito das obrigações*, tomo I cit., págs. 523-524, ss.

<sup>1984</sup> Relembre-se o art. 433º do CCiv.: «Na falta de disposição especial, a resolução é equiparada, quanto aos seus efeitos, à nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico...».

<sup>1985</sup> ANTUNES VARELA, *últ. ob. cit.*, págs. 92, 95, HEINRICH HÖRSTER, *A parte geral do Código Civil português. Teoria geral do direito civil*, 1992, pág. 472, MENEZES CORDEIRO, *últ. ob. cit.*, pág. 536 (que ainda defende uma interpretação restritiva do art. 289º, aplicável à restituição por declaração de nulidade ou anulação), LUÍS MENEZES LEITÃO, *últ. ob. cit.*, pág. 140.

<sup>1986</sup> HEINRICH HÖRSTER, pág. 595, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil. Teoria geral*, vol. II, *Acções e factos jurídicos*, 1999, pág. 348.

<sup>1987</sup> PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria geral... cit.*, págs. 755 e ss (princípio “impulsionado pelo valor ético-jurídico intrínseco do agir negocial privado e orienta o exercício jurídico no sentido da limitação da invalidade, do aproveitamento do possível no acto e no negócio jurídico”).

anterior à designação do administrador e patrocinar a aplicação da regulamentação substancialmente conforme àquela que seria resultante da constituição válida dessa relação <sup>1988</sup>.

Em parte, estes princípios merecem ser aproveitados em termos *sistemáticos*, tendo em conta que os conceitos normativos da nulidade e da anulabilidade se podem moldar nos seus *efeitos* às situações a que se aplicam <sup>1989</sup>, mas sem que lhes possamos conferir um valor acriticamente universal que não tenha em conta a devida articulação com a *especialidade do título invalidado e a actividade que esse mesmo título impulsiona*. Por isso, não creio que se possa ignorar sem mais e *in totum* a invalidade originária do título. A resolução não pode ignorar que estamos também perante um administrador de facto (ainda que sem necessidade de provar afirmativamente o crivo da legitimação) e que a equiparação do administrador de facto legitimado com o administrador de direito é parcial (em princípio) – dela faz parte a *acreditação de todos os actos assentes no exercício dos poderes gestórios respeitantes à administração-exploração da empresa social*. E não vejo razões para empreender aqui uma diferença. A *intervenção sobre os recursos patrimoniais, humanos e produtivos* que constitui o instrumento para a prossecução da actividade social é – podemos mesmo dizer – uma função que se abstrai em grande medida da aparelhagem organizatória da sociedade e da titularidade estrita dos membros dessa aparelhagem. Corresponde a uma conduta que assume um valor *autónomo no círculo de prossecução do objecto social* em relação à qualidade frustrada de administrador de direito e, por tal razão, devemos mantê-la impenetrável pelas eventuais anomalias do

---

<sup>1988</sup> Favorável, FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, págs. 144-145.

Contra, em geral, uma vez que o recurso à categoria das *rapporti di durata* provaria demasiado, já que necessário se tornaria demonstrar que o instituto da nulidade não se aplica a essas relações, VINCENZO FRANCESCHELLI, *I rapporti di fatto...* cit., págs. 188 e ss (embora se reconheça a actividade do administrador de facto como “relação de duração” a págs. 231). Porém, no sentido de se admitir um princípio geral de irretroactividade de efeitos da resolução ou da invalidade dos contratos inerentes a essas “relações de duração”, v. GIORGIO STELLA RICHTER, pág. 172 e ss, em esp. 175-176 e 178, bem como um princípio de *recuperação* do acto nulo, enquanto “facto histórico que faz parte de uma *fattispecie* complexa em conjunto com o comportamento executivo”, de onde se retirariam efeitos análogos aos do acto válido em caso de execução prolongada no tempo, v. FRANCESCO GAZZONI, *Manuale di diritto privato*, 1998, págs. 812-813. Para as condições de reconhecimento da execução efectiva dos efeitos realizados pelos contratos viciados em *Dauerschuldverhältnisse*, v., para o direito alemão, KARL LARENZ/MANFRED WOLF, págs. 797 e ss (em esp., inexistência de ilegalidades ou imoralidades grosseiras e vantagens indevidas obtidas por fraude e ameaça).

<sup>1989</sup> Neste sentido: RUI DE ALARCÃO, *A confirmação...*, vol. I cit., n. (111) – pág. 82, ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, volume I cit., pág. 222.

título constitutivo da relação administrativa <sup>1990</sup>. Tal actuação, que se transformou em definitivo e *a posteriori* numa *actuação de facto*, fica necessariamente preservada por força da qualidade de administrador de facto (independentemente de desencadear efeitos externos e se preservar o resultado dessa actuação endógena nas relações com terceiros), o que lhe dá naturalmente uma *valência societária* e, por isso, uma *sedimentação na esfera do ente social*; são assim, pela sua própria *natureza*, esses actos *conservados e indiferentes à invalidação do título administrativo*, através da pertinente e justificada interpretação *restritiva* do art. 61º, n.º 1 – o preceito a quem cabe limitar o efeito destrutivo da invalidação desse título e conferir relevância jurídico-negocial a essa actuação de administração gestonária e empresarial.

Já quanto aos actos praticados e à contribuição para os processos deliberativos e colegiais no exercício da actuação *formal* e de *organização* da administração – que vão desde a convocação (ou requerimento de convocação) de uma assembleia geral de sócios e a elaboração e submissão aos sócios do relatório de gestão e dos documentos contabilístico-financeiros até à escolha do presidente do órgão de administração, a cooptação de administradores substitutos e a delegação orgânica de poderes –, não parece, todavia, que possamos deixar de dar *primazia* (mesmo que *relativizada*) à *contestação da legitimidade* do administrador de facto (=administrador de direito aparente por mor do título nulo) ou do administrador de direito precário cujo título decaiu (=administrador de facto por mor do título anulado com efeitos retroactivos). Vimos que, em princípio, não fazem parte dos poderes do administrador de facto legitimado, nem servem para legitimar a conduta de um administrador de facto: *são poderes subjectivamente exclusivos e indelegáveis do administrador; pertencem ao reduto inexpugnável das competências do administrador enquanto órgão; a salvaguarda da distribuição funcional interorgânica não permite, em regra, que o conjunto de funções estritamente orgânicas seja apropriado ou realizado por outros que não os titulares desse mesmo órgão*. Extrapolando para os administradores de facto por nomeação invalidada, diríamos que essa esfera de poderes e funções da relação orgânica *não consegue resistir às referidas anomalias* e à

---

<sup>1990</sup> E também às contrapartidas principais dessa conduta no plano intersubjectivo com a sociedade – por aqui se evitará a aplicação do art. 61º, n.º 1, no que respeita à restituição da remuneração e outros benefícios patrimoniais deliberados ou acordados com a sociedade (no conjunto de uma tutela dos interesses da pessoa invalidamente designada que seriam paralisados pela consequência *ex tunc*: para esta ponderação, v. URSULA STEIN, *Das faktische Organ* cit., págs. 141-142).

aplicação do regime geral das consequências da invalidade da nomeação do administrador.

Logo, a falta de competência (e carência de poderes, ainda que supervenientemente certificados) do administrador terá que ser analisada sob o prisma da repercussão da retroactividade das causas de invalidade e daí serem retiradas consequências da anomalia *subjectiva* para a *validade final* dos actos *societários* para os quais contribuiu o acto *do administrador*, tendo em conta o contágio desse acto ilegítimo na *realização das funções e competências dos órgãos sem limitações* <sup>1991</sup> e a disciplina de sanção dos vícios. Em particular <sup>1992</sup>, interessará conferir:

- (i) o papel *prodrómico* do sujeito no domínio do *iter* formativo necessário para o funcionamento e actividade *regular e esclarecido* dos órgãos (exemplos: convocar a assembleia de sócios ou a reunião da administração ou da gerência; proporcionar a informação preparatória da assembleia deliberativa dos sócios <sup>1993</sup>);
- (ii) a contribuição no domínio do *conteúdo propositivo, informativo e documental* das matérias deliberadas nesses ou noutros órgãos (exemplos: elaboração dos documentos contabilísticos e relatório de gestão a aprovar pelos sócios e apresentação de proposta de aplicação de resultados <sup>1994</sup>; elaboração do projecto de deliberação de aumento do capital a submeter ao órgão de fiscalização <sup>1995</sup>; elaboração do «relatório escrito» justificativo da limitação ou supressão do direito de preferência dos sócios em aumento do capital social <sup>1996</sup>; elaboração e apresentação aos sócios de propostas que visem o saneamento financeiro da sociedade com perda de metade do capital social em assembleia convocada para o efeito <sup>1997</sup>;

---

<sup>1991</sup> URSULA STEIN, *Das faktische Organ* cit., pág. 104.

<sup>1992</sup> E aproveitando as reflexões do comportamento do administrador de facto com designação invalidada na “actividade endo-organizativa” ou “assuntos internos” da sociedade a cargo de URSULA STEIN, *últ. ob. cit.*, págs. 100 e ss, e FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, págs. 148 e ss.

<sup>1993</sup> V. arts. 214º, n.º 2, *in fine*, 263º, n.ºs 1, e 4, 289º, 58º, n.ºs 1, al. c), e 4, 518º, 519º.

<sup>1994</sup> V. art. 65º, n.ºs 4 e 5, 66º, n.º 5, em esp. al. f).

<sup>1995</sup> V. art. 456º, n.º 3.

<sup>1996</sup> V. art. 460º, n.º 5.

<sup>1997</sup> V. art. 35º, n.º 1, *in fine*: «(...) a fim de nela [assembleia] se informar os sócios da situação e de estes tomarem as medidas julgadas convenientes». Sobre esta faculdade, v. PAULO TARSO DOMINGUES, *Variações sobre o capital social* cit., pág. 355.

elaboração dos projectos de fusão e de cisão <sup>1998</sup> e do «relatório justificativo» da transformação <sup>1999</sup>); <sup>2000</sup>

- (iii) a *participação* nas assembleias dos sócios <sup>2001</sup>, com concurso para a discussão de matérias submetidas a votação e na apresentação de propostas de deliberação, especialmente se influenciando com relevo o sentido de voto e, por isso, as escolhas do órgão deliberante;
- (iv) a *participação* directa na discussão e aprovação das deliberações colegiais do órgão de administração ou na *adoção* das decisões enquanto único sujeito que gere a sociedade.

Sabemos que muitos dos actos sociais finais, com intervenção dos administradores aparentes ou precários, sofrerão, por tal circunstância, do vício da anulabilidade (como regra geral de invalidade das deliberações sociais). E o decurso do seu curto prazo de invocação sanará esse mesmo vício. Mesmo assim, a *lógica sensivelmente geométrica* que nos orientou estará *materialmente* disponível para ceder. Como assevera PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “a lógica jurídica não é apenas formal, é uma lógica material que, na concretização, não prescinde da mediação da natureza das coisas; mais do que uma lógica da racionalidade é uma lógica da razoabilidade”<sup>2002</sup>. Será que, nessa outra lógica, não poderemos ignorar a falta de legitimidade formal na disponibilização de informações preliminares aos sócios ou na elaboração (em esp. se conjunta com o administradores de direito) dos documentos contabilísticos? Ou na participação nas assembleias de sócios ou nas reuniões do órgão de administração? Ou na elaboração de propostas para serem discutidas e votadas pelos sócios ou pelos administradores de direito? Isto é, será que teremos que discutir a validade dos actos orgânicos sempre que tenham estado *intermediariamente* em acção *actos que se traduzem em comportamentos não estritamente vinculados à qualidade e posição funcional de administrador*? Isto é, sempre que não estejamos perante actos administrativos *absolutamente infungíveis*? Se assim for de entender, então, colocaremos uma espécie de primeiro “dique” contra

---

<sup>1998</sup> V. arts. 98º, n.º 1, e 119º.

<sup>1999</sup> V. art. 132º, n.º 1.

<sup>2000</sup> É para estas duas vertentes que FABRIZIO GUERRERA, *La responsabilità “deliberativa”...* cit., págs. 249, 381, fala, com propriedade, de *tarefas preparatórias, informativas e instrutórias* do encaminhamento e desenvolvimento do procedimento deliberativo da assembleia dos sócios.

<sup>2001</sup> V. art. 379º, n.º 4.

<sup>2002</sup> *A participação social...* cit., pág. 191.

a “avalancha”<sup>2003</sup> dos efeitos retroactivos da invalidação do título administrativo sobre tais actos e chegaremos a um princípio mais denso de *conservação máxima* dos actos e decisões da sociedade para os quais contribuíram os administradores de facto por força de designação invalidada e, portanto, a uma equiparação mais ampla com a conduta de um administrador com designação válida e originariamente eficaz.

Ultrapassado este crivo, numa segunda fase, cada uma dessas quatro frentes de *possível invalidação consequencial* será confrontada com as regras comuns de invalidação (legitimidade, interesse em agir, prazos, vícios de conteúdo ou vícios de procedimento, testes de “relevância” dos vícios de procedimento<sup>2004</sup>, necessidade dos votos invalidados para formar a maioria necessária, teste da “resistência” nas deliberações abusivas, etc.). É nesta fase que estas regras podem ser fiscalizadas e, mesmo aqui, poderá *obstar-se a esse decaimento* – nomeadamente se as pessoas que vierem a invocar o vício consequencial não tiverem arguido ou promovido intrassocietariamente a invalidade e tolerado sem oposição a actividade do administrador de facto. Como se viu, a aceitação e tolerância do comportamento não é pressuposto para o reconhecimento do administrador actuante, mas será fundamento para a inalegabilidade do vício e o impedimento (por abuso de direito: *venire contra factum proprium*<sup>2005</sup>) da invocação por quem pretenda obter um resultado (-vantagem) depois de um comportamento anteriormente contraditório e, sem justificação plausível para a incompatibilidade, violador da confiança que gerara sobre a estabilidade da designação do administrador e dos efeitos do seu agir na esfera corporativa<sup>2006</sup>.

---

<sup>2003</sup> Nas sugestivas palavras de HEINRICH HÖRSTER, pág. 601.

<sup>2004</sup> COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II cit., págs. 547 e ss.

<sup>2005</sup> V. art. 266<sup>o</sup>-A do CPC.

<sup>2006</sup> Sobre o abuso de impugnação das deliberações sociais e as suas consequências (para além da improcedência da acção, com destaque para a litigância de má fé), com as alusões da doutrina comparada e informação jurisprudencial, v. COUTINHO DE ABREU, “Abusos de minoria”, *Problemas do direito das sociedades*, 2002, pág. 66, ID., *Curso...*, vol. II cit., págs. 578-579; MENEZES CORDEIRO, *Direito das sociedades*, I volume cit., pág. 808 (acções abusivas ocorrem “por defrontar a confiança ou a materialidade subjacente” e se apresentarem “contrárias à boa fé”), ID., *Litigância de má fé, abuso do direito de acção e culpa in agendo*, 2006, *passim*, em esp. págs. 83 e ss, 91 e ss, 149 e ss; e, mais desenvolvidamente, PEDRO ALBUQUERQUE, *Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo – A responsabilidade por pedido infundado de declaração da situação de insolvência ou indevida apresentação por parte do devedor*, 2006, págs. 67 e ss, em esp. 89-90 e 93-94.

Em geral sobre a proibição do *venire contra factum proprium* como reflexo da tutela da confiança e da expectativa legítima de um comportamento no contexto da boa fé objectiva: MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, 1983 (reimp. 2007), págs. 742 e ss, em esp. 755 e ss, ID., *Tratado de direito civil português. I. Parte geral*, tomo IV cit., págs. 275 e ss, em esp. 285 e ss, 290, 293-294; COUTINHO DE ABREU, *Do abuso de direito...* cit., págs. 59-60; BAPTISTA MACHADO, “Tutela da confiança...”, *loc. cit.*, págs. 384 e ss, 396 e ss;

### 13.3. Contéudo do estatuto

Antes de tudo o mais, porém, importa questionar se a administração de facto só faz surgir *consequências negativas* – ter deveres, ser responsável – ou a relação de facto é igualmente grávida de *direitos, com os seus poderes e faculdades*. Isto é, se essa qualidade apenas importa efeitos *negativos e constrangedores*, pois só estes justificariam uma assimilação da administração de facto na administração configurada pela lei – em suma, uma “extensão selectiva” limitada às consequências jurídicas negativas decorrentes da equiparação à administração de direito, em nome do “bom funcionamento da ordem jurídica”<sup>2007</sup> e, até, da sua “expulsão do sistema”<sup>2008</sup> – ou também se alarga para o usufruto de efeitos *positivos*. Poderá aduzir-se que essas posições activas apenas podem ser garantidas para os administradores nomeados e com título regular e vigente. Quem, eventualmente com vantagem, não se deixa nomear administrador formal (e não se vê inscrito como tal no registo comercial) ou continua a gerir a sociedade após ter perdido (ou ver suspenso) o título de administrador oficial teria *apenas* que sofrer as *desvantagens* desse estado, sob pena de se produzir uma subversão inaceitável das regras de nomeação dos administradores e um incentivo ao desenvolvimento da administração de facto por força de uma actividade empresarial realizada fora do quadro legal<sup>2009</sup>.

Aparentemente, todavia, esse argumento, do que já vimos ser a confecção de um estatuto meramente *repressivo* ou “*correctivo*”<sup>2010</sup>, apenas se responsabiliza por um *quinhão do problema de regime*. Pela minha parte, depois do trajecto que nos trouxe até aqui, não servirá para inviabilizar uma resposta positiva. Repare-se que é a assunção de uma posição de *poder efectivo e real* que transforma o nosso sujeito em administrador de facto juridicamente relevante, precisamente por este ter

---

CAPELO DE SOUSA, pág. 212; PAULO MOTA PINTO, “Sobre a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) no direito civil”, *BFD*, 2003, págs. 276-277, ss, 302 e ss, 311, 321-322; CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil* cit., págs. 402 e ss, em esp. 409-413 (“O juízo do *venire* apenas é formulável *ex post*, no termo e como resultado de uma comparação de condutas que se sucederam mas que não são harmónicas entre si. Somente o comportamento posterior do sujeito consuma o *venire*.”); PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria geral...* cit., págs. 273-274.

<sup>2007</sup> LAURENT LEVENEUR, pág. 92.

<sup>2008</sup> NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., pág. 278.

<sup>2009</sup> Neste sentido, PIERRE-OLIVIER GEHRIGER, pág. 84, LAURENT LEVENEUR, págs. 83 e ss, em esp. 85, 90-91 (com destaque para a n. (40)), 92, NATHALIE DEDESSUS-LE-MOUSTIER, págs. 501, 514-515, 516. No direito inglês, ROBERT PENNINGTON, *Company law* cit., pág. 647, quanto à categoria de *shadow director*, apenas lhe imputa deveres, responsabilidades e proibições, de tal modo que tal pessoa não adquire direitos ou poderes em conexão com a gestão da sociedade.

<sup>2010</sup> NURIA LATORRE CHINER, “El concepto de administrador de hecho...”, *loc. cit.*, pág. 864.



conseguido realizar em grande parte aquilo que conseguiria se fosse administrador de direito, ainda que sem ostentar esta última condição. Na verdade, o seu *processo de legitimação* funda-se no relevo do *poder-dever principal de gerir a sociedade, acrescido de elementos de filtragem rigorosa* da figura, que acarretará, a partir da sua qualificação, a permissão para reivindicar direitos inerentes ao estatuto de administrador, como uma espécie de *correspectividade legítima* em relação à sua conduta. Assim, no pólo activo, não me recuso a afirmar os *direitos* associados à administração gestonária que permitiram essa mesma qualificação – selectiva, relembro novamente –, como a faculdade de participar nas reuniões da gerência ou do conselho de administração (e, assim, assegurar, se for o caso, os quóruns constitutivo e deliberativo <sup>2011</sup>) e contribuir validamente para a formação das deliberações respectivas, a exigência de remuneração pelo exercício da actividade típica (arts. 192º, n.º 5, 255º, 399º, 429º) <sup>2012</sup> e a faculdade de não ser afastado (pela destituição) sem justos motivos (ou a receber indemnização pelos prejuízos sofridos pela falta de causa para a destituição ou o “afastamento” equivalente substancialmente a destituição) <sup>2013</sup>.

De todo o modo, não escondo ser evidente que a grande carga da qualidade de administrador de facto ainda será *obligacional*, tendo em conta que a expansão do conceito de administrador até aos limites do administrador de facto relevante permite que esses deveres de cariz societário adquiram “valor efectivo” (*Wirklichkeitswert*) <sup>2014</sup> e sejam objecto, em todas as circunstâncias de realização da actividade social, de um juízo para efeitos de *avaliação do seu cumprimento e, se for*

---

<sup>2011</sup> Cfr. art. 410º, n.ºs 4 e 7.

<sup>2012</sup> É uma admissão bem aceite na mais recente evolução do hemisfério norte-americano, desde que o sujeito actue legitimado sob uma “aparente autoridade” e acreditando de boa fé que está investido no cargo; mas não será de aceitar se estivermos perante um “*mere usurper or intruder into the office*”, mesmo que tenha realizado quaisquer serviços para a sociedade – JAMES BALLANTINE, págs. 150-151, JAMES COX/THOMAS LEE HAZEN, pág. 366; e o precedente criado pelo caso *Daniel B. Waterman vs The Chicago and Iowa Railroad Company*, correspondente à decisão de **18 de Janeiro de 1892** do **Supreme Court of Illinois** (in [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com) [1892 Ill. Lexis 1196; originalmente: 139 Ill. 658: 29 N.E. 689]).

Contra o reconhecimento por parte do administrador de facto da mesma remuneração percebida pelo administrador de direito, v. LAURENT LEVENEUR, pág. 87 e n. (25) (nota onde o Autor precisa que a sua posição não obvie a que o sujeito qualificado como administrador de facto receba a remuneração a que tem direito em razão da outra qualidade que acumula na relação com a sociedade, como seja a de trabalhador assalariado).

<sup>2013</sup> Ao invés, no direito dos EUA, faz-se referência a “*proper proceedings*” para afastar o administrador de facto: WILLIAM MEADE FLETCHER, *Fletcher Cyclopedic...* cit., págs. 223, 233, LAURA HUNTER DIETZ [et all.], *American jurisprudence* cit., pág. 256.

<sup>2014</sup> PIERRE-OLIVIER GEHRIGER, pág. 168.

caso, *consequente responsabilidade*. Assim se reflecte a concepção de que as obrigações (legais, em primeira instância) dos administradores são, em grande parte, mais do que cumprimentos previstos para sujeitos com uma determinada “veste formal”, regras que disciplinam o *desenvolvimento correcto* da gestão da sociedade *independentemente da qualificação formal do sujeito* que a realiza e da *posição de quem realiza essa actividade de gestão* <sup>2015</sup>. Seja qual for o título que escorre a obrigação gestória (formal ou fáctico), a prestação exigida ao gestor é sempre a mesma, reconduzida ao dever de realizar uma actividade que, por cuidadosa e leal, se mostre *funcionalmente adequada* a salvaguardar e a valorizar o interesse administrado. Mas sem que – lembro novamente – tal implique que todas essas obrigações se alarguem *in totum* aos administradores de facto e que estes se equiparem na íntegra para esse resultado aos administradores de direito.

Como assinala a nossa doutrina, “os administradores têm ‘poderes-função’, poderes-deveres, gerem no interesse da sociedade, têm os poderes necessários para promover este interesse” <sup>2016</sup>. Na parcela obrigacional, os deveres dos administradores e gerentes são orientados pela relação *fiduciária* que a gestão de bens e interesses alheios do ente jurídico social implica <sup>2017</sup>. Por

---

<sup>2015</sup> É uma das marcas que notabilizou a doutrina (generalizadamente seguida pelos Autores italianos) de FRANCO BONELLI: “La responsabilità dell’amministratore di fatto”, *loc. cit.*, pág. 112, “La prima sentenza...”, *loc. cit.*, pág. 186, “Imprese collegate (o di gruppo)...”, *loc. cit.*, pág. 582, *La responsabilità...* *cit.*, págs. 404-405. Apoiante no direito espanhol: ANTONIO PERDICES HUETOS, pág. 282. Em igual sentido de “extensão geral” dos deveres do administrador ao sócio que assume globalmente as funções de administração, v., no direito alemão, HANS CRISTOPH GRIGOLEIT, págs. 117-118; ainda UWE H. SCHNEIDER, “Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung”, *loc. cit.*, *sub* § 43, págs. 2231-2232, *Rdn.* 26.

<sup>2016</sup> COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...* *cit.*, n. (38) – pág. 25. Antes, RAÚL VENTURA/BRITO CORREIA, pág. 101, VASCO LOBO XAVIER, *Anulação de deliberação social...* *cit.*, págs. 341-342 e n. (90), n. (101) – págs. 360-361, BRITO CORREIA, *Os administradores de sociedades anónimas cit.*, *passim*, em esp. págs. 461, 469, 495.

Sobre este “poder-dever de desenvolver a actividade genérica de gerir a empresa social”, v. ELISABETE RAMOS, *Responsabilidade civil dos administradores...* *cit.*, págs. 65-66, 77 e ss; na jurisprudência, v., mais recentemente, o Ac. da **Relação de Évora de 17 de Março de 2010** (in *CJ*, 2010, II, pág. 243, ss, em esp. ponto I do Sumário e pág. 245).

<sup>2017</sup> Particularmente elucidativos entre nós, CALVÃO DA SILVA, “«Corporate governance»...”, *loc. cit.*, pág. 53; PEDRO CAETANO NUNES, “Concorrência e oportunidades de negócio societárias – Estudo comparativo sobre o dever de lealdade dos administradores de sociedades anónimas”, *Corporate governance*, 2006, pág. 89; CARNEIRO DA FRADA, “A *business judgment rule*...”, *loc. cit.*, págs. 207, 209, ss; MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Comerciais anotado...* *cit.*, *sub* art. 64<sup>o</sup>, pág. 243 (“especialistas fiduciários, que gerem bens alheios”); PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “Responsabilidade civil dos gestores das sociedades comerciais”, *DSR*, 2009, vol. 1, pág. 12, ss (frisando a relação de *agency* entre os administradores e a sociedade *principal*), págs. 31-32, *ID.*, “*Business judgment rule*, deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa e o artigo 64.<sup>o</sup> do Código das Sociedades Comerciais”, *DSR*, 2009, vol. 2, págs. 61, 63; VÂNIA MAGALHÃES, pág. 395, SOUSA GIÃO, “Conflitos de interesses entre administradores e os

natureza, essa gestão implica a assunção de riscos para tornar possível a obtenção de lucros. O risco, que se associa à inovação e à criatividade, é um elemento natural e intrínseco das decisões empresariais, que favorecem o interesse social e, assim, beneficiam a sociedade e os sócios (as possibilidades de ganho derivadas de uma escolha arriscada são quase sempre mais consideráveis do que as derivadas de uma escolha menos arriscada) <sup>2018</sup>. Mas essa assunção deve estar balizada desde logo pelo quadro de obrigações que devem nortear a actuação dos administradores <sup>2019</sup>. Por isso, esses deveres emergem fundamentalmente da relação *interna* do administrador com a sociedade, ainda que possam ter reflexos (nomeadamente a sua omissão ou cumprimento defeituoso) na relação *externa* com outros sujeitos (credores, Estado, sócios, trabalhadores e outros terceiros especialmente interessados). <sup>2020</sup>

Os deveres impostos aos administradores para o *exercício correcto* da administração começam por ser, como actividade, o dever *típico e principal* de administrar e representar a sociedade – correspectivo passivo dos *poderes típicos, e normativizados, da função de administrador*, previstos nos arts. 192º, n.º 1, 252º, n.º 1, 405º, 431º, n.os 1 e 2 <sup>2021</sup>. Este dever genérico apenas encontra densidade,

---

accionistas na sociedade anónima: os negócios com a sociedade e a remuneração dos administradores”, *Conflito de interesses no direito societário e financeiro. Um balanço a partir da crise financeira*, 2010, págs. 217-218, 223 e ss.

<sup>2018</sup> V. RAÚL VENTURA/BRITO CORREIA, págs. 94-95 e n. (169), PEDRO CAETANO NUNES, *Responsabilidade civil dos administradores perante os accionistas*, 2001, p. 92, CALVÃO DA SILVA, *últ. est. e loc. cit.*, pág. 55, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “*Business judgment rule*, deveres de cuidado...”, *loc. cit.*, págs. 61-62, COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., págs. 22 e 39.

<sup>2019</sup> V. CARNEIRO DA FRADA, *Direito civil. Responsabilidade civil. O método do caso*, 2006, pág. 121.

<sup>2020</sup> Para desenvolvimento destas relações, v. por todos PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “*Business judgment rule*, deveres de cuidado...”, *loc. cit.*, pp. 60-61.

<sup>2021</sup> Recusando transportar para aqui a classificação dos deveres em que se analisa civilisticamente a “relação obrigacional complexa” e, por isso, desde logo, conceber um “dever principal de prestação” na tarefa de “administrar”, COUTINHO DE ABREU, “Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social”, *Reformas do Código das Sociedades*, 2007, n. (44) – págs. 29-30 (= *Responsabilidade civil...* cit., n. (69) – p. 35-36): entre outra argumentação, “os deveres de cuidado e de lealdade não jogam bem, parece, num esquema radial de dever principal-deveres acessórios, secundários, laterais, etc. ...”; este esquema é adoptado por ANA PERESTRELO OLIVEIRA, *A responsabilidade civil dos administradores...* cit., pág. 105 e n. (271), VÂNIA MAGALHÃES, n. (78) – p. 398, TRIGO DOS REIS, “Os deveres de lealdade dos administradores de sociedades comerciais”, *CadOD*, 2009, n. (106) – págs. 314, 344-345, 414.

No sentido do texto, ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, págs. 173-174; AGOSTINHO MACHADO, págs. 37, 55; GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização de sociedades...* cit., pág. 44; CARNEIRO DA FRADA, “*A business judgment rule...*”, *loc. cit.*, págs. 206-207, no contexto de os poderes dos administradores serem funcionais e ordenarem-se ao cumprimento da obrigação de administrar; ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, pág. 256; BRUNO FERREIRA, “Os deveres de cuidado dos administradores e gerentes (Análise dos deveres de cuidado em Portugal e nos Estados Unidos da América fora das situações de disputa sobre controlo societário)”, *RDS* n.º 3, 2009, pág. 707, ss; FERREIRA GOMES, págs. 159-160; MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “O dever de os administradores não aproveitarem, para si ou para terceiros, oportunidades de negócios societárias”, *RCEJ*, 2011, pág. 25. Para a teorização do “dever de gestão” como um “dever primário de prestação” (modalidade de prestação de serviço tal como prevista no art. 1154º do CCiv.), determinado pela diligência exigida, pelo objecto social e pelos interesses a prosseguir (variáveis que “integram a norma

pela sua indeterminação e amplitude, com a identificação de deveres *gerais de conduta, indeterminados e fiduciários* <sup>2022</sup>, que, ainda que *sem conteúdo específico*, concretizam o dever típico nas *escolhas de gestão* e asseguram a sua realização no *modo de empreender a gestão* <sup>2023</sup>. São dois estes deveres *fundamentais* <sup>2024</sup>, elencados agora nas alíneas *a)* e *b)* do art. 64.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 1: o *dever de cuidado* (ou *diligência em sentido estrito* <sup>2025</sup>) e o *dever de lealdade*. Produto dos direitos anglo-saxónicos (*duty of care, duty of loyalty*) <sup>2026</sup>, representam *padrões abstractos de comportamento* que conformam caso a caso, como *normação da conduta devida*, a actuação dos administradores e gerentes *no exercício das suas funções* <sup>2027</sup>. Da sua

---

jurídica impositiva da prestação de gestão dos administradores” delineada nos arts. 64.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 1, al. *a)*, 405.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 1 e 431.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 1), v. PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de gestão...* cit., págs. 469, 470 e ss, Autor que o autonomiza do dever de lealdade (pág. 524, ss).

<sup>2022</sup> Etiqueta dogmática dominante entre nós: entre outros, CALVÃO DA SILVA, *últ. est. e loc. cits.*, pág. 51, ss, GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *últ. ob. cit.*, pág. 43, ss, PEDRO CAETANO NUNES, “Concorrência e oportunidades de negócio societárias...”, *loc. cit.*, pág. 89, PAULO CÂMARA, “O governo das sociedades e os deveres fiduciários”, *Jornadas «Sociedades abertas, valores mobiliários e intermediação financeira»*, 2007, pág. 163, ss, FÁTIMA GOMES, “Reflexões em torno dos deveres fundamentais dos membros dos órgãos de gestão (e fiscalização) das sociedades comerciais à luz da nova redacção do artigo 64.<sup>o</sup> do CSC”, *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais. Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho*, Volume II, *Vária*, 2007, pág. 568, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “*Business judgment rule*, deveres de cuidado...”, *loc. cit.*, pp. 63, 65.

A influência é manifestamente norte-americana e inglesa, marcada pela relação entre *principal e agent* (ROBERT CLARK, págs. 113-114, 114-115): entre outros, v., para os EUA, ROBERT HAMILTON, *The law of corporations...* cit., págs. 235, 444-445, JAMES COX/THOMAS LEE HAZEN, págs. 476-477, WILLIAM KLEIN/JOHN COFFEE, Jr., pág. 132; para Inglaterra, EILÍS FERRAN, págs. 122 e ss, 154, 156-157, PAUL DAVIES, *Gower and Davies’ principles...* cit., págs. 380-381, BRENDA HANNIGAN, págs. 189, 190-191, 200-201, ROBERT PENNINGTON, *Company law* cit., pág. 709.

<sup>2023</sup> ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito das sociedades...* cit., pág. 325.

<sup>2024</sup> Assim são denominados na epígrafe do art. 64.<sup>o</sup> e por alguma doutrina: entre outros, GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *últ. ob. cit.*, pág. 42, ss, MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, I volume cit., pág. 798, ss, TRIGO DOS REIS, pág. 312, n. (106) – pág. 314, p. 316, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “*Business judgment rule*, deveres de cuidado...”, *loc. cit.*, pág. 57, ss.

<sup>2025</sup> COUTINHO DE ABREU, “Deveres de cuidado e de lealdade...”, *loc. cit.*, p. 18 (= *Responsabilidade civil...* cit., pág. 16).

<sup>2026</sup> Aproveitarei, nos EUA, WILLIAM CARY/MELVIN EISENBERG, *Cases and materials...* cit., págs. 381 e ss, 416 e ss, J. S. COVINGTON Jr., *Basic law of corporations*, 1989, págs. 170 e ss, MELVIN EISENBERG, “Obblighi e responsabilità degli amministratori e dei funzionari delle società nel diritto americano”, *Giur. comm.*, 1992, págs. 617 e ss, 626 e ss, AMERICAN LAW INSTITUTE, *Principles of corporate governance...* cit., págs. 134 e ss, 138 e ss, 199 e ss, 325 e ss (para os “*controlling shareholders*”), ROBERT HAMILTON, *Cases and materials...* cit., págs. 747 e ss, 848 e ss, STEPHEN BAINBRIDGE, *Corporation law and economics* cit., págs. 242 e ss, 307 e ss, JAMES COX/THOMAS LEE HAZEN, págs. 478 e ss, 488 e ss, 515 e ss; e, para o Reino Unido, EILÍS FERRAN, págs. 157 e ss, 206 e ss, JOHN LOWRY/ALAN DIGNAM, págs. 298 e ss, 324 e ss, BRENDA HANNIGAN, págs. 225 e ss, 297 e ss (com a sistematização típica dos EUA).

Essencialmente, entre nós, v. ELISABETE RAMOS, “Debates actuais em torno da responsabilidade e da protecção dos administradores. Surtos de influência anglo-saxónica”, *BFD*, 2008, pág. 597, ss, TRIGO DOS REIS, págs. 282, ss, 312, ss, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “Responsabilidade civil...”, *loc. cit.*, págs. 18-19, ID., “*Business judgment rule*, deveres de cuidado...”, *loc. cit.*, págs. 42-43, 45 e ss, 50-51, 58-59, PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de gestão...* cit., págs. 248 e ss.

<sup>2027</sup> V., também com notícia sobre a história e as influências do art. 64.<sup>o</sup>, cuja origem se encontra entre nós no art. 17.<sup>o</sup>, n.<sup>o</sup> 1, do DL 49 381, de 15/11/1969 (fiscalização e administração da sociedade anónima), MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, I volume cit., pág. 799, ss, págs. 809, 810-

concretização resultarão (sub)deveres mais específicos, que recortam *o espaço de (i)licitude da conduta dos administradores*.

Em segundo lugar, destacam-se os deveres que resultam *de forma específica e imediata* da lei (não só societária), os chamados deveres *legais específicos ou vinculados*. Este é o espaço da administração em que não existe *discricionariedade* na acção administrativa <sup>2028</sup>, pois é imposta uma actuação ou uma omissão concreta <sup>2029</sup>. Alguns exemplos (respeitando à sua actuação individual e/ou actuando colegialmente): não celebrar actos e negócios jurídicos que desrespeitem o intuito lucrativo da sociedade (art. 6º, n.ºs 1 a 3); não ultrapassar o objecto da sociedade (art. 6º, n.º 4); não distribuir aos sócios bens que não possam ser distribuídos ou, sendo, não tenha sido autorizada (em princípio, pelos sócios): arts. 31º, ss, 514º; convocar ou requerer a convocação de assembleia geral na hipótese de perda de metade do capital social (art. 35º); elaborar e submeter à apreciação dos sócios o relatório de gestão (com proposta de aplicação de resultados), as contas do exercício e demais documentos de prestação de contas (arts. 65º, n.º 1, 66º, n.º 5, em esp. al. *f*), 263º, 451º; 186º, n.ºs 3, al. *b*), e, implicitamente, n.º 2, al. *h*), CIRE); promover a realização das entradas em dinheiro diferidas (arts. 203º, ss, 285º e 286º, 509º); não adquirir para a sociedade acções ou quotas próprias (nos termos dos arts. 316º, 319º, n.º 2, 323º, n.º 4, 325º, n.º 2, 220º, 510º); não destruir, danificar, inutilizar, ocultar, sonegar ou fazer desaparecer, no todo ou em parte considerável, o património social (arts. 186º, n.º 2, al. *a*), CIRE; 227º, n.º 1, al. *a*), 227º-A, n.º 1, CP); não criar ou agravar

---

811, 820, ss, COUTINHO DE ABREU, “Deveres de cuidado e de lealdade...”, *loc. cit.*, pág. 17 e ss, ENGRÁCIA ANTUNES, *últ. ob. cit.*, pág. 325. Para que conste, o aludido art. 17º, n.º 1, estatuiu: «Os administradores da sociedade são obrigados a empregar a diligência de um gestor criterioso e ordenado».

Do dever de diligência (em sentido amplo) constante do originário art. 64º desprendiam-se já os dois mencionados deveres gerais, isto é, juntar-se-ia pelo menos o dever de lealdade ao dever de diligência em sentido estrito: ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, pág. 187, ss (“dever de não actuar em conflito de interesses” com a sociedade, implicado pelo dever de actuar no interesse da sociedade), RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas. Comentário...*, volume III *cit.*, sub art. 259º, pág. 150, SOARES DA SILVA, “Responsabilidade civil dos administradores de sociedades: os deveres gerais e os princípios da *corporate governance*”, *ROA*, 1997, pág. 616, VAZ PINTO/KEEL PEREIRA, *A responsabilidade civil dos administradores de sociedades comerciais*, 2001, pág. 14, GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *últ. ob. cit.*, pág. 43, COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...* *cit.*, pág. 16 e n. (39) – p. 25; na jurisprudência, v. a sentença da **3.ª Vara Cível de Lisboa** (1.ª Secção), de **27 de Outubro de 2003** (proc. n.º 208/99) – o “caso Multidifusão” (pode ver-se uma síntese em RICARDO COSTA, “Responsabilidade dos administradores...”, *loc. cit.*, pág. 61) –, n. 49 (in CAETANO NUNES, “Sentença da 3.ª vara Cível de Lisboa de 27.10.2003 – Dever de gestão e *business judgment rule*”, *Corporate Governance*, 2006, pág. 9, ss, a pág. 37), e o Ac. da **Relação do Porto de 5 de Fevereiro de 2009** (in [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), processo 0835545, ponto III do Sumário).

<sup>2028</sup> Sobre a discricionariedade como “limite de concretização normativa do dever de gestão”, v. PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de gestão...* *cit.*, págs. 496 e ss.

<sup>2029</sup> CARNEIRO DA FRADA, *Direito civil...* *cit.*, pág. 121, COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...* *cit.*, pág. 12, ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito das sociedades...* *cit.*, págs. 324-325, PEDRO CAETANO NUNES, *últ. ob. cit.*, pág. 476, ss (“imposições normativas de prestação de serviço de conteúdo específico” enquanto “aspectos parcelares do dever de gestão”).

artificialmente passivos ou prejuízos ou reduzir lucros (arts. 186º, n.º 2, al. b), 1.ª parte, CIRE; 227º, n.º 1, al. c), CP), nem cometer actos de prodigalidade, despesas manifestamente exageradas e especulações ruinosas, aptas a criar estado de insolvência (art. 228º, n.º 1, al. a), CP); não revender ou entregar em pagamento mercadorias compradas a crédito por preço sensivelmente inferior ao corrente, antes de satisfazer a obrigação (arts. 186º, n.º 2, al. c), CIRE; 227º, n.º 1, al. d), CP); manter contabilidade organizada, abstendo-se de elaborar uma contabilidade fictícia ou uma dupla contabilidade ou a prática de irregularidades (diminuição fictícia do activo, dissimulação de bens, invocação de dívidas supostas, reconhecimento de créditos fictícios, nomeadamente incitando terceiros a apresentá-los, apresentação de balanço falso, destruição ou ocultação de documentos contabilísticos) com prejuízo relevante para compreensão da situação patrimonial e financeira da sociedade, em esp. através da simulação de uma situação patrimonial inferior à realidade (arts. 186º, n.º 2, al. h), CIRE; 227º, n.º 1, al. b), CP); cumprir os deveres de apresentação e de colaboração inerentes a processo de insolvência (arts. 83º, n.º 4, em referência aos n.ºs 1 a 3, e 186º, n.º 2, al. i), do CIRE); não favorecer credores em detrimento de outros conhecendo a situação de insolvência actual ou iminente da sociedade (art. 229º, n.º 1, CP); não dar execução a deliberações nulas (ou até anuláveis, em determinadas circunstâncias) do órgão de administração (como expressão desse princípio para a nulidade, arts. 412º, n.º 4, 433º, n.º 1; v. ainda o art. 24º, n.º 3, do CVM); proceder à substituição dos administradores que “falem definitivamente” no seio do órgão plural de administração (art. 393º); informar as autorizações concedidas para a celebração de negócios entre a sociedade e os seus administradores (art. 397º, 4); requerer em tempo a declaração de insolvência da sociedade (nos termos dos arts. 18º e 19º, 186º, n.º 3, al. a), do CIRE; v. ainda o art. 228º, n.º 1, al. b), em conjugação com o art. 12º, n.º 1, do CP <sup>2030</sup>); providenciar actos de registo, publicações, comunicações, informações e relatórios respeitantes às sociedades (v. art. 29º, 1, do CRCom., e várias actuações no relacionamento com a CMVM: por ex., para as “sociedades abertas”, v. arts. 16º e 17º do CVM; v. ainda o art. 186º, n.º 3, al. b), do CIRE); elaborar e subscrever declarações e (outros) relatórios (para o aumento de capital, a fusão, a cisão e a transformação, v. arts. 93º, 98º, 99º, 102º, 107º, 119º, 120º, 132º); efectuar o registo em acta das deliberações por voto escrito (art. 247º, n.º 5); cumprir as obrigações de que a sociedade é devedora em

---

<sup>2030</sup> Como em todos os outros casos referidos aos arts. 227º, 227º-A e 229º do CP.

relação à Administração Fiscal e à Segurança Social (nomeadamente, v. arts. 32º e 22º-24º da LGT e 6º-8 do RGIT).<sup>2031</sup>

Finalmente, cabe ainda fazer referência a deveres específicos *não legais*. Neles encontramos os deveres «contratuais» a que alude o art. 72º, n.º 1: incluem-se os deveres encontrados nos estatutos da sociedade (*estatutários*) e nos contratos “de administração ou de gerência” (se os houver).

Não podemos ignorar ainda o dever (*estatutário* ou *legal*) de cumprir as deliberações de outros órgãos (a começar pelas deliberações da colectividade de sócios ou do sócio), nos termos, desde logo, dos arts. 259º e 405º, n.º 1 (e v. também os arts. 72º, n.º 5, 412º, n.º 4, e 24º, n.º 3, do CVM). Assim como, eventualmente, a obrigação de cumprir as condutas consignadas no “regulamento interno” da administração, desde que elas não se sobreponham nem desrespeitem os deveres desentranhados da lei e/ou dos estatutos sociais<sup>2032, 2033</sup>

Em segundo lugar, devemos perceber se os deveres (mas também os direitos) são justificados legalmente ou, também, estatutariamente e contratualmente. Não vislumbro argumentos ponderosos para não permitir alargar para os administradores de facto os direitos e as obrigações que decorrem expressamente do pacto social ou de um eventual “regulamento da administração”<sup>2034</sup>, pois, para além da lei e, em particular, dos deveres legais gerais e específicos nela inscritos, ainda nos estamos a referir a posições *orgânicas gerais* do administrador, que podem ir naturalmente para além do administrador de direito *em benefício do funcionamento do órgão e do escopo social*. Porém, se estivermos a aludir a posições resultantes de um “contrato de administração” ou “de gerência” celebrado *individualmente* para aquele ou aqueles administradores de direito da sociedade, não parece que as possamos extrapolar para os administradores de facto: dizem respeito à *relação*

---

<sup>2031</sup> V., entre outros, SOARES DA SILVA, págs. 613-614, MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, I volume cit., págs. 925-926, COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., pág. 12, ss, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “*Business judgment rule*, deveres de cuidado...”, *loc. cit.*, pág. 65, ss, ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito das sociedades...* cit., págs. 323-324.

<sup>2032</sup> V. por todos ENGRÁCIA ANTUNES, “O regimento do órgão de administração”, *loc. cit.*, págs. 86, 88, 93-94.

<sup>2033</sup> Segui de perto percurso anteriormente feito: RICARDO COSTA, “Art. 64º”, *loc. cit.*, págs. 726 e ss, ID., “Deveres gerais dos administradores e «gestor criterioso e ordenado»”, *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, 2011, págs. 159 e ss.

<sup>2034</sup> Cujas regras vinculam não só os administradores que o aprovaram mas todos os que forem ulteriormente administradores da sociedade – justamente defendendo a vigência do “regulamento” independentemente das alterações da composição ou substrato pessoal do órgão, cfr. ENGRÁCIA ANTUNES, *últ. est. e loc. cit.*, pág. 91.

*intersubjectiva entre a sociedade e os administradores de direito formalmente instituídos.*<sup>2035</sup> Aqui permite-se fazer uma primeira depuração entre o administrador de facto da sociedade e o seu administrador de direito *concreto*.

Numa terceira consideração, haverá no campo da lei um catálogo de normas que pressupõe a aptidão formal do sujeito que exerce a administração diferente de um outro catálogo (integrado no anterior mas de circunferência com menor diâmetro) em que prevalece o aspecto substancial da administração ou do estatuto de administrador. É esse catálogo de *poderes e obrigações de cariz administrativo-organizatório* que está, em princípio – como defendi antes –, fora do programa dos administradores de facto juridicamente relevantes<sup>2036</sup>. Com interesse imediato para o discurso, sirvam de exemplo as competências de convocar a assembleia nas sociedades por quotas, em nome colectivo e em comandita simples (arts. 248º, n.º 3, 189º, n.º 1, 474º) – ainda que se possa admitir que o *administrador de facto* possa, *como sócio ou conjunto de sócios*, requerer a convocação nos termos do art. 375º, n.ºs 1 (indirectamente por via da influência sobre os órgãos sociais) e 2 (que atribui o direito a uma minoria de sócios que detenha 5% ou mais do capital social), poderes que são de qualquer sócio na sociedade por quotas por força do art. 248º, n.º 2<sup>2037</sup> – e de elaborar e submeter à apreciação dos sócios o relatório de gestão, as contas do exercício e demais documentos de prestação de contas.

Esta opção implica que, nesse domínio formal das prescrições de carácter procedimental e organizativo (administração *técnica*), o administrador de facto continua a ser, em princípio, mesmo que legitimado, um agente privado de legitimidade orgânica, de tal modo que, desnutrido da titularidade dessas competências, não pode operar validamente nesse ordenamento de produção da acção corporativa<sup>2038</sup>. O que, em última instância, não precluirá que a actividade por ele realizada – ou realizada com a sua contribuição ou por sua iniciativa – não possa ser, sob determinadas

---

<sup>2035</sup> Para esta aplicação restritiva no direito alemão, v. MARC DINKHOFF, págs. 115-116.

<sup>2036</sup> Assim como dos administradores de facto por efeito de designação invalidada: cfr. *supra*, Parte I, ponto 9.

<sup>2037</sup> Sobre o ponto, v. MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Comerciais anotado...* cit., sub art. 248º, pág. 730, anot. 6, e desde que o sócio justifique a sua pretensão.

Ainda se considere o poder de determinar a “ordem de trabalhos” dessas assembleias e, assim, as deliberações a tomar (art. 377º, n.º 5, al. e); quanto ao requerimento de convocação, cfr. arts. 375º, n.º 3, e 378º). Aqui refiro-me ao que poderá ser chamado de poder ou função *propulsora* ou de *impulso* da actividade deliberativa dos sócios.

<sup>2038</sup> O que já assinalai igualmente a propósito do administrador de facto por efeito de designação invalidada.



condições (societárias e/ou civis), no todo ou em parte, conservada e produtora de efeitos directos na esfera jurídica da sociedade.<sup>2039</sup>

Assim (aproveitando os exemplos anteriores), as deliberações aprovadas em assembleia geral cujo aviso convocatório foi assinado por gerente de facto de uma sociedade por quotas – feridas de nulidade por força dos arts. 56º, n.º 1, al. a), e n.º 2, e 248º, n.º 3 – ou, mais em particular, as que aprovam os «documentos de prestação de contas» elaborados, assinados e apresentados aos sócios pelos administradores de facto, isoladamente ou em concurso com os administradores de direito – feridas de anulabilidade por força do arts. 58º, n.º 1, al. a), 69º, n.º 1, 65º, n.ºs 1, 3, 4, 376º, n.º 2. No primeiro caso, a nulidade da deliberação tomada em «assembleia não convocada» é suprida se «os sócios ausentes e não representantes ou não participantes na deliberação por escrito tiverem posteriormente dado por escrito o seu assentimento à deliberação» (art. 56º, n.º 3) – o que serve de *convalidação* dessa mesma deliberação –, ou se os sócios a *renovarem* por outra deliberação sem enfermar do vício da deliberação nula e, até, com eficácia retroactiva (art. 62º, n.º 1), ou se se verificarem os pressupostos de validade de uma deliberação tomada em *assembleia universal* (arts. 56º, n.º 1, al. a), 2.ª parte, 54º, n.º 1, 2ª parte, e n.º 2).<sup>2040</sup> No segundo caso, a anulabilidade supre-se se decorrer o período de tempo imposto por lei para a acção anulatória (art. 59º, n.º 2) ou se os sócios a *renovarem* por nova deliberação (art. 62º, n.º 2). Em ambos os casos, o direito de impugnação dos sujeitos autores nas

---

<sup>2039</sup> FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, pág. 138.

<sup>2040</sup> A doutrina alemã tem sido maleável no que respeita à legitimidade de o administrador de facto convocar a assembleia dos sócios, empreendendo uma interpretação extensiva dos §§ 49 (1) da GmbHG, 92 (1) e 121 (2) da AktGesetz (se a actuação for conhecida ou consentida pelos sócios ou pelo *Aufsichtsrat*) ou, pelo menos, aceitando (em particular para a anónima) que o administrador nomeado incorrectamente e/ou inscrito no registo comercial o faça: v., com a indicação de outras referências, WOLFGANG HEFERMEHL, *sub* § 92, pág. 260, *Rdn.* 2, URSULA STEIN, *Das faktische Organ* cit., págs. 76 e ss, 81 e ss (sustenta-se uma solução eventualmente menos restrita na *GmbH* tendo em conta a maior abrangência das relações internas e a ligação mais próxima entre sócios e administração), 103, HANS-JOACHIM MERTENS, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz* cit., *sub* § 92, pág. 267, *Rdn.* 21, KARSTEN SCHMIDT/CRISTOPH SEIBT, págs. 2864-2865, *Rdn.* 5, WOLFGANG ZÖLLNER, “§ 49. Einberufung der Versammlung”, in ADOLF BAUMBACH/ALFRED HUECK, *GmbH-Gesetz: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, 2010, pág. 1202, *Rdn.* 3.

Porém, minoritariamente, MARC DINKHOFF, págs. 155 e ss, para a sociedade de responsabilidade limitada, recusa-se, em princípio, a alinhar nessa corrente de obviar à falta de competência e à nulidade das deliberações pela circunstância de ser o gerente de facto a convocar a assembleia. Em particular, considera que a autorização para a convocatória não pode ser deduzida da eventual inscrição como gerente no registo: “Porque à convocação, como simples medida interna da sociedade, não podem ser aplicados os princípios da publicidade registal”. No entanto, admite que a convocação seja regular mesmo quando assim levada a cabo se o gerente de facto beneficiar de os estatutos alargarem o núcleo de pessoas com legitimidade para o fazer ou admitirem que o gerente de direito possa delegar essa faculdade num terceiro (e, ainda que com algumas reservas, se beneficiar da transmissão do “acto formal” de convocar a assembleia através de uma procuração).

acções judiciais prestar-se-á a ser afastado por força do recurso ao *abuso de direito* (art. 334º do CCiv.), se apoiado em *venire contra factum proprium* de sócios, administradores de direito ou terceiros (como credores sociais e trabalhadores) que *admitiram, reconheceram ou toleraram a actuação gestonária que legitimou os administradores de facto*.

\*\*

Por oposição, poderemos ver, no restante catálogo de obrigações da esfera gestonária, um raio alargado de *disposições aplicáveis ao administrador de facto*.

Em primeiro lugar, destacam-se os *deveres legais gerais de cuidado e de lealdade*, norteados na sua execução (ainda que com diferentes encaixes) pelo padrão normativo do «gestor criterioso e ordenado» (art. 64º, n.º 1, als. a) e b))<sup>2041</sup>. Logo,

---

<sup>2041</sup> RICARDO COSTA, “Responsabilidade civil societária...”, *loc. cit.*, pág. 41, ID., “Art. 64º”, *loc. cit.*, pág. 730, ID., “Deveres gerais dos administradores...”, *loc. cit.*, pág. 157. E parece mesmo ser algo que se afigura consensual na doutrina que se pronunciou sobre o tema: COUTINHO DE ABREU/ELISABETE RAMOS, pág. 43 (= COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., p. 104) – “... eles administram; devem por isso igualmente *cumprir as regras da correcta administração*, sob pena de arcarem com as respectivas *responsabilidades*”; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *D&O insurance* cit., pág. 33; VÂNIA MAGALHÃES, pág. 384 e n. (18); ADELAIDE MENEZES LEITÃO, “Responsabilidade dos administradores para com a sociedade e os credores sociais pela violação de normas de protecção”, *RDS* n.º 3, 2009, pág. 660; FERREIRA GOMES, pág. 155.

Lá fora: PIERRE-OLIVIER GEHRIGER, págs. 86-87 (louvando-se no “poder de direcção” [*Leitungsmacht*] do “órgão de facto”); FRANCO BONELLI, “La responsabilità dell’amministratore di fatto”, *loc. cit.*, pág. 186 (com menção expressa ao dever de não actuar em conflito de interesses); JAMES O’DONOVAN, “Banks as shadow directors”, *loc. cit.*, pág. 286 (destacando o dever de evitar conflitos entre os seus direitos e os seus interesses próprios); MANUEL MARÍA SÁNCHEZ ALVAREZ, “Responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, pág. 329 (para o art. 127 da LSAE, actual art. 225 da LSCE: dever de administração diligente); ALEXANDER VOGEL, pág. 265; NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., págs. 274-275; FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, págs. 179 e ss (ainda que vendo o administrador de facto como “gestor de negócios” e fundamentalmente, por isso, nas hipóteses de continuidade da gestão até à “plena reactivação funcional dos órgãos da sociedade”) – em referência ao “núcleo da obrigação gestória”, isto é, os deveres de diligência e de correcção inerentes à sua actuação, cuja determinação dependeria da “natureza económica do negócio gerido” e do “regime jurídico da actividade no qual se insere”, e com expressa menção à “obrigação geral de não assumir posições em conflito de interesses em relação à sociedade administrada”; EILÍS FERRAN, págs. 155-156; GIUSEPPE GUIZZI, “Problemi in tema di gestione...”, *loc. cit.*, pág. 27; MICHELE MOZZARELLI, pág. 573 (“a disciplina ditada para o *desenvolvimento correcto* da actividade de gestão tem carácter *material* e é portanto aplicável a quem, dotado ou não de investidura regular, administre a sociedade”); ANTONIO PERDICES HUETOS, pág. 282 (quando especifica em concreto o *deber de fidelidad*); JOSÉ LUIZ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., pág. 152; NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., págs. 188, 189; JOHN LOWRY/ALAN DIGNAM, pág. 263; BRENDA HANNIGAN, págs. 140, 143; PAUL DAVIES, *Gower and Davies’ principles...* cit., pág. 379; MIRIAM LOZANO SAIGÍ, pág. 1072; UWE H. SCHNEIDER, “Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung”, *loc. cit.*, sub § 43, pág. 2232, *Rdn.* 27; HANS-CRISTOPH VOIGT, págs. 197, 205-206 (na tradução do princípio da correlação entre “poder de influência” e responsabilidade). Com algumas restrições, para o “dever de sigilo” extraído do dever de lealdade (nomeadamente para os cargos de direcção-não administradores), v. ESPERANZA GALLEGÓ SÁNCHEZ, págs. 998 e ss. Com críticas e refutação

também, um *parâmetro* de apreciação de ilicitude e de culpa (na violação desses deveres) mais qualificado do que o “bom pai de família” do regime comum da responsabilidade <sup>2042</sup>. Esta convocação – e seus reflexos no *quantum* de responsabilidade – será *diferenciada* em razão da *compatibilidade das manifestações desses deveres legais com a espécie (e subespécie) de administrador de facto em causa no caso concreto* <sup>2043</sup>. Em tese geral, por ex., teremos menos a exigir no campo do dever de cuidado ao administrador de facto indirecto do que ao administrador de facto que actua na primeira pessoa e o inverso se passará nas manifestações do dever de lealdade; para o administrador de facto directo que “prolonga” as suas funções enquanto o título está suspenso ou se extinguiu devemos ser mais exigentes no campo do dever de lealdade, conhecida que é a *área de conflito de interesses* da sociedade <sup>2044</sup>, do que para o administrador de facto directo que nunca dispôs de título administrativo ou ao administrador de facto na sombra; ao administrador de facto indirecto que transforma em marioneta acrílica o administrador de direito

---

da extensão dos “deveres orgânicos” da *GmbH*, nomeadamente quando se trata de sócios, v. MARC DINKHOFF, págs. 116 e ss, 161 e ss, 165, 188.

Nos EUA, a tradição de imputar os deveres fiduciários do *de jure director* e, por consequência, de impossibilitar a condição fáctica como meio de excepcionar as acções de responsabilidade (*mismanagement*) a favor da sociedade e credores é clara como água, pelo menos desde o início do séc. XX: (sempre com jurisprudência) WILLIAM L. CLARK/WILLIAM L. MARSHALL, pág. 2036, JAMES HART PURDY, págs. 1095-1096, ARTHUR MACHEN, Jr., pág. 1227, WILLIAM COOK, pág. 2939, HOWARD SPELLMAN, págs. 21, 22, HENRY BALLANTINE, pág. 149; NORMAN LATTIN, págs. 264, 265, JAMES COX/THOMAS LEE HAZEN, pág. 365, LAURA HUNTER DIETZ [et all.], *American jurisprudence...* cit., pág. 257, WILLIAM MEADE FLETCHER, *Fletcher Cyclopedia...* cit., pág. 234. Exemplificativo dessa longevidade é o caso *McKeehan vs Pacific Finance Corporation*, do **District Court of Appeal da California**, em pronúncia de **9 de Fevereiro de 1932** (in *P.2d*, 1932, volume 8, pág. 213, ss, em esp. 215-216): aquele que é designado administrador sem ser *stockholder*, como exigido, é *de facto director*, que, como tal, “*must perform the duties enjoined by law with the same fidelity as a regularly elected director and is subject to the same statutory liability for any failure of duty occurring during the time when he is assuming to act as a director*”. Outras bem significativas foram as decididas pelo **District Court de Northern Mariana Islands**, em **21 de Outubro de 1981** (in *F.Supp.*, 1982, volume 525, pág. 1033, ss), com enfoque na violação do dever de lealdade, e pelo **United States Court of Appeals** no caso *Waymon Leon Howard vs United States of America*, de **12 de Agosto de 1983** (in *F.2d*, 1984, volume 711, pág. 729, ss), por inobservância do pagamento de obrigações fiscais.

<sup>2042</sup> RICARDO COSTA, “Artigo 64<sup>o</sup>”, *loc. cit.*, págs. 733 e ss, 748-749.

<sup>2043</sup> Confrontando-se com essa diferenciação para o sócio maioritário, conforme se coloque na posição de órgão numa “dimensão plena” e cumpra ele próprio as tarefas da administração ou apenas interfira através de “medidas singulares” em “situações especiais”, v. URSULA STEIN, *Das faktische Organ* cit., págs. 178-179.

<sup>2044</sup> Tanto mais que não será irrazoável, mesmo fora da administração de facto, exigir ao ex-administrador de uma sociedade (com título extinto) o cumprimento *ex post* de “deveres orgânicos mínimos de lealdade” em relação à sua antiga sociedade, nomeadamente na preparação e exploração de actividades concorrentes e no aproveitamento de oportunidades de negócios conhecidas anteriormente. Neste sentido, v. ÁNGEL FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, “Deber de lealtad del administrador cesado (Observación a la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 18 de septiembre de 1997)”, *RGD*, 1999, págs. 3099 e ss, Autor que encontra justificação para essa vinculação pelo “emprego de meios ou capacidades pertencentes à entidade a que [o administrador] se tinha vinculado”.

ainda actuante devemos solicitar um mais aturado grau de cumprimento do cuidado demandado do que aquele que é configurável para o administrador de facto indirecto que influencia a vontade do administrador de direito mas este preserva em certa medida a sua vontade de decisão e/ou execução; etc.

O *dever geral de cuidado* consiste na obrigação de os administradores cumprirem com diligência as obrigações derivadas do seu ofício-função, de acordo com o máximo interesse da sociedade e com o cuidado que se espera de uma pessoa medianamente prudente em circunstâncias e situações similares<sup>2045</sup>. Tal obrigação implica que “os administradores hão-de aplicar nas actividades de organização, decisão e controlo societários o tempo, esforço e conhecimento requeridos pela natureza das funções, as competências específicas e as circunstâncias”<sup>2046</sup>.

Como genérico que é, este dever necessita de ser explicitado. Para o cumprimento do dever de cuidado, a lei manda atender à «disponibilidade», à «competência técnica» e ao «conhecimento da actividade» *adequados às suas funções*. Em rigor, essas não são as verdadeiras manifestações autonomizáveis do dever de cuidado<sup>2047</sup> ou, se assim se admitem, são imperfeitas e insuficientes<sup>2048</sup>. Melhor será entendermos que a lei avança algumas das *circunstâncias exigíveis* – verdadeiramente *qualidades* – *ao modo como as verdadeiras manifestações do dever de cuidado devem ser realizadas, contribuindo (também subjectivamente) para a avaliação das decisões dos administradores*<sup>2049</sup>. A *qualificação* destas

---

<sup>2045</sup> RICARDO COSTA, “Responsabilidade dos administradores...”, *loc. cit.*, págs. 58-59.

<sup>2046</sup> COUTINHO DE ABREU, “Deveres de cuidado e de lealdade...”, *loc. cit.*, pág. 19 (= *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., pág. 18); o conceito foi seguido pelo Ac. da **Relação do Porto de 5 de Fevereiro de 2009** (cit. a n. 2027). Outras considerações pertinentes sobre o dever geral de cuidado em CALVÃO DA SILVA, *últ. est. e loc. cits.*, pág. 53, GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *últ. ob. cit.*, págs. 45-46, CARNEIRO DA FRADA, “A *business judgment rule*...”, *loc. cit.*, págs. 207-208, PAULO CÂMARA, “O governo das sociedades e os deveres fiduciários”, *loc. cit.*, págs. 167-168.

<sup>2047</sup> Nem podem ser, por isso, verdadeiros deveres (ou subdeveres) próprios do estatuto do administrador, como sustentam CARNEIRO DA FRADA, “A *business judgment rule*...”, *loc. cit.*, pág. 208 (enquanto “descrições do comportamento objectivamente exigível do administrador”), PAULO CÂMARA, *últ. est. e loc. cits.*, págs. 167, 169, MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, I volume cit., págs. 835, 838, 931, ID., *Código das Sociedades Comerciais anotado...* cit., sub art. 64º, pág. 244, ELISABETE RAMOS, “Debates actuais...”, *loc. cit.*, pág. 629, BRUNO FERREIRA, págs. 711, 719-720 (só para o “dever de disponibilidade”), TRIGO DOS REIS, págs. 314-315 (também para o “dever de disponibilidade”, ainda que o associe à lealdade, e ainda para um “dever mínimo de perícia”).

<sup>2048</sup> COUTINHO DE ABREU, “Deveres de cuidado e de lealdade...”, *loc. cit.*, pág. 20 (= *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., pág. 19).

<sup>2049</sup> Em sentido próximo, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “Responsabilidade civil...”, *loc. cit.*, pág. 18, ID., “*Business judgment rule*, deveres de cuidado...”, *loc. cit.*, pág. 63; FÁTIMA GOMES, pág. 562 e ss, referindo-se neste traço dogmático a “pressupostos de verificação” do dever de cuidado e a “situações que podem desencadear a verificação do incumprimento do dever de cuidado”; BRUNO FERREIRA, pág. 712

qualidades previstas na lei residem no facto de serem essenciais na densificação do padrão do «gestor criterioso e ordenado» – veja-se que o art. 64º, n.º 1, al. a), localiza tal padrão no âmbito dessas qualidades legalmente reivindicadas.

Na concretização do dever de cuidado, interessa, todavia e para além delas, outras *circunstâncias*, que *assistirão a análise em concreto do comportamento do administrador*: o tipo, objecto e dimensão da sociedade; o sector económico da actividade societária <sup>2050</sup>; a natureza e a importância(-amplitude) da decisão e/ou negócio e o seu enquadramento na gestão corrente ou na gestão extraordinária; o tempo disponível para obter a informação e para tomar a decisão; os custos de obtenção da informação; a confiança dos administradores naqueles que examinaram o assunto e o apresentaram no conselho; o estado da actividade da empresa social naquele momento; o número de decisões que foi necessário tomar naquele período; os comportamentos normalmente adoptados naquele género de situações; a experiência do administrador; as funções do administrador (executivas ou não, delegadas ou não) e a sua especialidade técnica, etc. <sup>2051</sup>.

As principais *manifestações* (ou *subdeveres*) do dever de cuidado consistem no (i) dever de controlar, ou vigiar, a organização e a condução da actividade da sociedade, as suas políticas, práticas, etc.; no (ii) dever de se informar e de realizar uma investigação sobre a atendibilidade das informações que são adquiridas e que podem ser causa de danos, seja por via dos normais sistemas de vigilância, seja por vias ocasionais (produzindo informação ou solicitando-a por sua iniciativa) – estes dois subdeveres podem muitas vezes

---

(“elementos que auxiliam a determinação do grau de cuidado a que estão sujeitos os administradores”, “como critérios de determinação da actuação negligente em concreto”); FERNANDES DE OLIVEIRA, págs. 273-274. De todo o modo, sobre as circunstâncias indicadas pela lei, v. PAULO CÂMARA, *últ. est. e loc. cit.*, págs. 168 e ss, VÂNIA MAGALHÃES, págs. 387 e ss, BRUNO FERREIRA, págs. 718 e ss.

<sup>2050</sup> Veja-se o art. 75º do RGICSF, quando refere que os administradores das instituições de crédito “devem proceder nas suas funções com a diligência de um gestor criterioso e ordenado, de acordo com o princípio da repartição de riscos e da segurança das aplicações”.

<sup>2051</sup> V. RAÚL VENTURA/BRITO CORREIA, págs. 95, 99-100, ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, pág. 176, PEDRO CAETANO NUNES, *Responsabilidade civil... cit.*, pág. 91, ELISABETE RAMOS, *Responsabilidade civil dos administradores... cit.*, n. 165 – pág. 83, págs. 88-89, AGOSTINHO MACHADO, págs. 90 e ss (distinguindo entre “circunstâncias concretas e objectivas relacionadas com a sociedade”, “circunstâncias concretas e pessoais do administrador”, “circunstâncias objectivas do acto ou operação realizada pelo administrador” e “actuações anteriores do administrador, contemporâneas e posteriores ao acto ou operação”), COUTINHO DE ABREU, “Deveres de cuidado e de lealdade...”, *loc. cit.*, págs. 20, 22 (= *Responsabilidade civil dos administradores... cit.*, págs. 19, 24), RICARDO COSTA, “Responsabilidade dos administradores...”, *loc. cit.*, pág. 83, ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, pág. 257, MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Comerciais anotado... cit.*, sub art. 64º, pág. 244, BRUNO FERREIRA, pág. 731, ss; TRIGO DOS REIS, págs. 333-334 (que se refere a “tipos sociais intermédios” entre a bitola legal e as circunstâncias concretas do agente), PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “*Business judgment rule*, deveres de cuidado...”, *loc. cit.*, págs. 63-64, ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito das sociedades... cit.*, pág. 326.

conjugar-se de uma forma muito estrita e até absorverem-se em hipóteses concretas enquanto subdever (global e uno) de *controlar e vigiar a evolução económico-financeira da sociedade e o desempenho dos gestores* (não só administradores)<sup>2052</sup>, *em geral* sobre a actuação dos restantes administradores<sup>2053</sup>, trabalhadores e colaboradores com funções de gestão, *em especial* na relação entre administradores não executivos e administradores executivos<sup>2054</sup>; no (iii) dever de se comportar razoavelmente no *iter* de formação de uma decisão, obtendo a informação suficiente para o habilitar a tomar uma boa decisão (*obtenção razoável de informação no processo de tomada de decisão*); no (iv) dever de *tomar decisões substancialmente razoáveis*, dentro de um catálogo mais ou menos discricionário de alternativas possíveis e adequadas<sup>2055</sup>.<sup>2056-2057</sup>

---

<sup>2052</sup> Daqui podem resultar obrigações relevantes: por ex., nos órgãos plurais de administração, a de preparar e participar nas reuniões (assim, COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., pág. 20). O seu alcance, depois, será fulcral para acertar a interpretação de outros normativos: no caso, a ausência do administrador como causa de exclusão de responsabilidade do administrador, nos termos do art. 72º, n.º 3.

<sup>2053</sup> V., antes do CSC, o Ac. do STJ de 19 de Novembro de 1987 (in *BMJ* n.º 371, 1987, pág. 473, ss, a págs. 478 e 479).

<sup>2054</sup> V. o nosso conhecido art. 407º, 8, 2.ª parte.

Nesta sede, como dever *instrumental* que incumbe ao presidente da comissão executiva para o cumprimento do subdever de controlo e vigilância dos administradores não executivos, note-se a obrigação de “assegurar que seja prestada toda a informação aos demais membros do conselho de administração relativamente à actividade e às deliberações da comissão executiva” (art. 407º, n.º 6, al. a)) – sobre o regime, v. ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Administradores-delegados...* cit., págs. 49-50.

Quando há essa relação e delegação de poderes administrativos, nomeadamente através de comissão executiva, SOARES DA SILVA, págs. 623-624, avançou que o dever de vigilância (“acompanhar e vigiar a gestão da sociedade”) constituiria o “conteúdo mínimo” do dever de cuidado(-diligência). Em sentido próximo, antes, ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, pág. 180, defendeu que o dever de administrar com diligência se atenuava para os administradores delegantes, “reduzindo-se ao dever de vigilância geral e de intervenção”. Especificamente sobre essas duas facetas do dever de vigilância, entre outros, v. RAÚL VENTURA/BRITO CORREIA, pág. 417, RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas. Comentário...*, volume III cit., sub art. 259º, págs. 151-152, NOGUEIRA SERENS, *Notas sobre a sociedade anónima* cit., pág. 78, ELISABETE RAMOS, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., págs. 89, 115, ss, 120, ss, PEDRO MAIA, *Função e funcionamento...* cit., págs. 273 e ss, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “A responsabilidade dos membros...”, *loc. cit.*, pág. 375 e ss, BRUNO FERREIRA, pág. 714 e ss, FERNANDES DE OLIVEIRA, pág. 274.

<sup>2055</sup> GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização de sociedades...* cit., págs. 43-44, parece equivaler estas duas últimas manifestações a um “dever de diligência” reservado para o cumprimento da função administrativa de acordo com as *legis artis*, fundado no lastro normativo do anterior art. 64.º e com perímetro menos amplo que o dever de cuidado, que aspira a uma actuação em conformidade com os vários interesses, nomeadamente os de terceiros, susceptíveis de serem lesados pela conduta do administrador. Em sentido próximo, VÂNIA MAGALHÃES, pág. 392.

<sup>2056</sup> V., essencialmente e com mais desenvolvimentos, AGOSTINHO MACHADO, págs. 93 e ss, COUTINHO DE ABREU, “Deveres de cuidado e de lealdade...”, *loc. cit.*, págs. 20 e ss (= *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., pág. 19 e ss), RICARDO COSTA, “Responsabilidade dos administradores...”, *loc. cit.*, págs. 59-60, 84, BRUNO FERREIRA, págs. 711, 712 e ss (que classifica os deveres de cuidado em duas categorias: a) os que dizem respeito à tomada de decisões; b) os que estão desligados da tomada de decisões de gestão, relacionados com o acompanhamento da actividade da sociedade). Nesta linha, ainda que não integralmente, VAZ PINTO/KEEL PEREIRA, pág. 14, ELISABETE RAMOS, “Debates actuais...”, *loc. cit.*, pág. 630, ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, pág. 257, VÂNIA MAGALHÃES, pág. 390, ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito das sociedades...* cit., pág. 325; com mais variações, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “*Business*

Nas palavras da CMVM, a al. a) do art. 64º, n.º 1, divide-se em duas partes: na primeira temos uma “cláusula geral de actuação cuidadosa”<sup>2058</sup>; na segunda dispõe-se o “critério de actuação diligente que serve de bitola do cumprimento daquela”<sup>2059</sup>. Esse é a “diligência de um gestor criterioso e ordenado”: é à luz deste parâmetro de *esforço e procedimento*<sup>2060</sup> que, *imediatamente*, as *manifestações* do dever de cuidado – mormente, o dever de tomar decisões razoáveis – se realizam, com o fito de verificar se um administrador foi *cuidadoso em concreto na gestão social*<sup>2061</sup>.

Na anterior formulação do art. 64º, o critério do «gestor criterioso e ordenado» surgia – parece – como uma bitola *objectiva* de esforço e diligência sobre *como fazer* na execução (ou omissão) de tarefas concretas de administração<sup>2062</sup>. Assim continuará para a medida de *exigência* no cumprimento do dever geral de cuidado imposto ao administrador e, se for o caso, de uma corresponde *ilicitude* por incumprimento do dever<sup>2063</sup>.

---

*judgment rule*, deveres de cuidado...”, *loc. cit.*, págs. 65 e ss, Autor que leva a cabo uma distinção entre os “deveres fundamentais de gestão” e os “deveres operacionais de gestão” (que podem ocupar o lugar dos nossos subdeveres), destacando aqui, depois de uma enumeração de possíveis decisões discricionárias e propícias à “prossecação do lucro dentro do objecto social”, o “dever de razoabilidade” e o “dever de controlo” da actividade e funcionamento da sociedade (em esp. 69 e ss).

Destaque-se a precisão de Coutinho de Abreu no que tange ao último dos subdeveres: “os administradores estão obrigados a: (a) *não dissipar (ou esbanjar) o património social*; (b) *evitar riscos desmedidos*” (com exemplos).

Para uma avaliação do dever de razoabilidade na tomada de decisões, v. ainda o Ac. da **Relação do Porto de 5 de Fevereiro de 2009** (cit. a n. 2027).

<sup>2057</sup> ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, págs. 256-257, defende que o dever de cuidado manifesta-se “logo no momento da aceitação das funções de administração”: “as pessoas nomeadas para o cargo de administrador devem verificar, antes da aceitação, se reúnem a competência técnica e disponibilidade para assegurar as funções para que foram designados”, sob pena de se verificar culpa *in acceptando*. Em sentido próximo, CARNEIRO DA FRADA, *Direito civil...* cit., pág. 120, VAZ TRIGO/KEEL PEREIRA, pág. 13, TRIGO DOS REIS, pág. 315; contra: PAULO CÂMARA, “O governo das sociedades e os deveres fiduciários”, *loc. cit.*, pág. 172 (“uma exigência a ser sindicada no exercício do mandato, em função do desempenho manifestado”, ao invés da “avaliação prévia ao início do mandato” associada ao art. 414.º, 3).

<sup>2058</sup> Cfr., para a anterior redacção, COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., pág. 17.

<sup>2059</sup> *Respostas à consulta pública n.º 1/2006 sobre alterações ao Código das Sociedades Comerciais*, www.cmvm.pt, ponto 2.º, A – Temas gerais/Deveres e responsabilidade dos titulares dos órgãos sociais.

<sup>2060</sup> RAÚL VENTURA/BRITO CORREIA, pág. 95, ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, pág. 174, ELISABETE RAMOS, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., pág. 80, AGOSTINHO MACHADO, págs. 65-66, MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, I volume cit., págs. 810-811.

<sup>2061</sup> Portanto, uma diligência em sentido *normativo*: “o grau de esforço exigível para determinar e executar a conduta que representa o cumprimento de um dever” (PESSOA JORGE, *Ensaio sobre os pressupostos...* cit., pág. 76). Todavia, o art. 64º, n.º 1, al. a), cruza essa diligência com “qualidades ou estados subjectivos” (como é assinalado por TRIGO DOS REIS, n. (150) – pág. 331) e não deixa de atender às circunstâncias concretas em que se move o administrador.

<sup>2062</sup> RICARDO COSTA, “Responsabilidade dos administradores...”, *loc. cit.*, pág. 78; em complemento, MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, I volume cit., págs. 811, 839.

<sup>2063</sup> Este mesmo critério geral de diligência surge no regime da responsabilidade dos administradores emergente da fusão de sociedades: art. 114º, n.º 1. Repare-se que a lei estabelece um

Simultaneamente, fornecia o padrão geral para ajuizar da *culpa* (*em abstracto* <sup>2064</sup>) relativa ao comportamento do administrador, imputando censura ou reprovação à possibilidade de poder ter actuado de maneira diferente, de acordo com as circunstâncias concretas e em função desse critério mais exigente do «gestor criterioso e ordenado». Mais exigente porque, em vez do critério comum civilístico da diligência de “um bom pai de família”, homem normal e medianamente cuidadoso e prudente, temos no art. 64<sup>o</sup> – agora: n.º 1, al. a) –, quanto à imputação *subjectiva* do acto ao agente, uma bitola que nos remete para, nas palavras de RAÚL VENTURA, “um gestor dotado de certas qualidades” <sup>2065</sup>. <sup>2066</sup>

Apesar do *aggiornamento* da lei <sup>2067</sup>, esta *duplicidade* deve continuar a ser aceite com o actual preceito. <sup>2068</sup>

---

comportamento devido em relação às variáveis de “verificação da situação patrimonial das sociedades” e de “conclusão da fusão”: um sinal demonstrativo do desempenho da bitola em sede de ilicitude.

<sup>2064</sup> Cfr. arts. 487<sup>o</sup>, n.º 2, e 799<sup>o</sup>, n.º 2, do CCiv. Na doutrina, por todos, ELISABETE RAMOS, “Aspectos substantivos da responsabilidade civil dos membros do órgão de administração perante a sociedade”, *BFD*, 1997, págs. 230-231, COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., pág. 24 e n. (36).

<sup>2065</sup> *Sociedades por quotas. Comentário...*, vol. III cit., sub art. 259<sup>o</sup>, pág. 149.

Neste afastamento do padrão geral civilístico, FÁTIMA GOMES, pág. 563, fala do “modelo de um comerciante experiente”. Em sentido adverso, fazendo corresponder, na anterior redacção do art. 64<sup>o</sup>, o “gestor criterioso e ordenado” ao modelo correspondente ao “bom pai de família” em sede de direito societário, VAZ PINTO/KEEL PEREIRA, págs. 12, 16.

<sup>2066</sup> RICARDO COSTA, “Responsabilidade dos administradores...”, *loc. cit.*, pág. 78.

<sup>2067</sup> PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “Responsabilidade civil...”, *loc. cit.*, pág. 18.

<sup>2068</sup> Evoluindo contra os tradicionais (e actuais) entendimentos de se ver o art. 64<sup>o</sup> como reflexivo de ilicitude *ou* de culpa, v. as posições *cumulativas* de CARNEIRO DA FRADA, *Direito civil...* cit., pág. 119 – “(...) o art. 64 contém um critério, não apenas de culpa, mas, desde logo, de *ilicitude*” –, “A responsabilidade dos administradores na insolvência”, *loc. cit.*, pág. 677, ID., “A *business judgment rule...*”, *loc. cit.*, págs. 204-205, TÂNIA MEIRELES DA CUNHA, *Da responsabilidade dos gestores...* cit., págs. 41-42, COUTINHO DE ABREU, “Deveres de cuidado e de lealdade...”, *loc. cit.*, pág. 30 (= *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., pág. 24), RICARDO COSTA, “Responsabilidade dos administradores...”, *loc. cit.*, págs. 78-79, ID., “Art. 64<sup>o</sup>”, *loc. cit.*, págs. 748 e ss), FÁTIMA GOMES, n. (24) – págs. 563-564 (aparentemente), FERNANDES DE OLIVEIRA, pág. 290 (também aparentemente). No mesmo sentido, a sentença da 3.<sup>a</sup> Vara Cível de Lisboa, cit. a n. 2027, que, em relação à concretização operada pelo art. 64<sup>o</sup>, afirmou ser esta “uma matéria que respeita igualmente ao juízo de ilicitude e não uma matéria relativa apenas à culpa”, “uma bitola de diligência, relativa à concretização da ilicitude e à culpa” (PEDRO CAETANO NUNES, “Sentença...”, *loc. cit.*, págs. 32, 34-35).

O critério do “gestor criterioso e ordenado” foi importado pelo DL n.º 49 381 de 1969 (art. 17<sup>o</sup>, n.º 1), da fórmula legal do § 93 (1) da AktGesetz alemã, que remete para a diligência de um “gerente de negócios ordenado e consciencioso” (RAÚL VENTURA/BRITO CORREIA, págs. 97, 411). Na doutrina desse país, é dominante considerar que o padrão legal de diligência fornece um critério objectivo de ilicitude e um critério subjectivo de culpa: como exemplos, cfr. HANS-JOACHIM MERTENS, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz* cit., sub § 93, págs. 289-290, *Rdn.* 7, THOMAS RAISER/RÜDIGER VEIL, págs. 159-169, UWE HÜFFER, sub § 93, págs. 492-493, *Rdn.* 3a.

Entre nós, no campo da (i)licitude do gestor, v., em esp., RAÚL VENTURA /BRITO CORREIA, págs. 96-97; BRITO CORREIA, *Os administradores de sociedades anónimas* cit., págs. 596-597; PEDRO CAETANO NUNES, *Responsabilidade civil...* cit., págs. 90-91, ID., *Dever de gestão...* cit., págs. 480-481 (a diligência do «gestor criterioso e ordenado» constitui “elemento da norma que impõe o dever primário de prestação – o dever de gestão”); PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “Responsabilidade civil...”, *loc. cit.*, págs. 19-20, ID., “*Business judgment rule*, deveres de cuidado...”, *loc. cit.*, pág. 57; no campo da circunscrição de culpa, v.



Seja para a ilicitude, seja para o juízo de culpa, o administrador *qualificado* apontado pela lei pressupõe uma certa profissionalização e especialização próprias da classe dos gestores, uma competência assente em habilitações técnicas e profissionais (ainda que a lei não exija qualquer capacidade técnica ou académica particular ou experiência profissional para o exercício do cargo, excepto para certas categorias de sociedades) <sup>2069, 2070</sup>

Para esses juízos de conformidade com o “padrão de diligência especialmente reforçado” <sup>2071</sup> do «gestor criterioso e ordenado» devem ser consideradas as *qualidades legais* e as *circunstâncias* <sup>2072</sup> que são mobilizáveis para *determinar e densificar em concreto* o cumprimento de cada uma das manifestações do dever de cuidado <sup>2073</sup>. A começar, portanto, pelos “critérios de concretização” (como são denominados por PEDRO PAIS DE VASCONCELOS <sup>2074</sup>) expressamente fornecidos pelo CSC; a saber, a disponibilidade, a competência técnica e o conhecimento da actividade social adequados às funções <sup>2075</sup>. Neste sentido, o «gestor criterioso e ordenado» será, em primeira linha, o administrador *qualificado e medianamente* disponível, competente tecnicamente (o que acentua

---

ANTUNES VARELA, “Acórdão de 31 de Março de 1993 – Anotação”, *RLJ* n.ºs 3829-3836, 1993-1994, pág. 315, ELISABETE RAMOS, “Aspectos substantivos...”, *loc. cit.*, pág. 228, ss, VAZ PINTO/KEEL PEREIRA, pág. 12, ss, em esp. 15-16, CALVÃO DA SILVA, “«Corporate governance»...”, *loc. cit.*, págs. 53-54, ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, pág. 259 – que, para o efeito da “culpabilidade”, autonomiza um dever de diligência no seio dos deveres de cuidado –, ARMANDO TRIUNFANTE, *Código das Sociedades Comerciais anotado cit., sub art.* 64.º, págs. 60-61, PAULO CÂMARA, “O governo das sociedades e os deveres fiduciários”, *loc. cit.*, pág. 171, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, pág. 664, 667, ss, MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, I volume *cit.*, apesar de, a págs. 809-810, 839, configurar a “bitola de diligência” como regra de conduta (ainda que incompleta, porque o seu conteúdo útil precisa necessita da conjugação com outras normas; logo, “parte de uma regra de conduta”) que, violada, dá azo a ilicitude, sem que se refira a uma bitola de culpa – no que é seguido por TRIGO DOS REIS, pág. 331 e ss –, conclui *a final* pela dupla função do critério legal: a bitola de diligência “reporta-se ao conjunto” em que, no que toca à responsabilidade obrigacional do art. 72.º, 1, “culpa’ e ‘ilicitude’ surgem incidíveis” (págs. 926-927 e, ainda, n. (2600) – pág. 928).

<sup>2069</sup> V. RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas. Comentário...*, volume III *cit.*, *sub art.* 259º, págs. 149-150, ELISABETE RAMOS, *Responsabilidade civil dos administradores...* *cit.*, págs. 82 e ss., COUTINHO DE ABREU/ELISABETE RAMOS, págs. 26-27 (e n. (31)), RICARDO COSTA, “Responsabilidade dos administradores...”, *loc. cit.*, pág. 78.

<sup>2070</sup> O mesmo para o administrador da insolvência: cfr. art. 59º, n.º 1, 2.ª parte, do CIRE.

<sup>2071</sup> ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito das sociedades...* *cit.*, pág. 326.

<sup>2072</sup> Já anteriormente aludidas exemplificativamente.

<sup>2073</sup> Assim, ENGRÁCIA ANTUNES, *últ. ob. e loc. cits.* Antes do CSC, RAÚL VENTURA/BRITO CORREIA, págs. 99-100, consideravam que o modelo de diligência pode ser “matizado com a consideração de mais ou menos circunstâncias exteriores ao agente”.

<sup>2074</sup> PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “Responsabilidade civil...”, *loc. cit.*, p. 18. No mesmo trilho, BRUNO FERREIRA, págs. 731, 736, 737 (“critérios adicionais de determinação do padrão de actuação” ou do “padrão de conduta” do administrador).

<sup>2075</sup> Que se pode entender que relevarão mais para o pressuposto da culpa: neste sentido, no que respeita à “competência técnica”, v. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...* *cit.*, págs. 23-24. Sobre esta circunstância, v., ademais, ELISABETE RAMOS, *Responsabilidade civil dos administradores...* *cit.*, pág. 92, ss (“perícia” vs “imperícia”), VÂNIA MAGALHÃES, págs. 388-389, BRUNO FERREIRA, pág. 732-733, TRIGO DOS REIS, pág. 315.

a ideia de profissionalização <sup>2076</sup>) e conhecedor da actividade <sup>2077</sup>, mediado pelas circunstâncias em que uma certa decisão foi tomada <sup>2078</sup>. <sup>2079</sup> Isto é, a avaliação objectiva e subjectiva do acto (ou omissão) do administrador é feita de acordo com a diligência exigível a um “gestor criterioso e ordenado” colocado nas circunstâncias concretas em que actuou e confrontado com as qualidades que revelou de acordo com o exigível – a administração lícita e não culposa é aquela que um administrador “criterioso e ordenado”, colocado na posição concreta do administrador real, realizaria. <sup>2080</sup>

Todavia, não pode o administrador exonerar-se de se balizar pelo interesse social (interesse comum a todos os sócios enquanto tais na realização do máximo lucro através da actividade da sociedade <sup>2081</sup>) e pelos «interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores», delineados na al. b) do art. 64º, n.º 1 – que hoje desembocam no «interesse da sociedade» (mais extenso <sup>2082</sup> e, por isso, pluralista<sup>2083</sup> e de pendor institucionalista <sup>2084</sup>) que orienta a actuação dos

---

<sup>2076</sup> VÂNIA MAGALHÃES, pág. 388.

<sup>2077</sup> Uma expressa *refracção normativa* destas qualidades encontra-se hoje no art. 423.º-B, 4, 1.ª parte, para os administradores-audidores da comissão de auditoria de sociedades anónimas com estrutura monística (art. 278.º, n.º 1, al. c)) cotadas em bolsa – “um membro que tenha curso superior adequado ao exercício das suas funções e conhecimentos em auditoria ou contabilidade”.

<sup>2078</sup> V., neste contexto, o Ac. da **Relação do Porto de 5 de Fevereiro de 2009** (cit. a n. 2027).

<sup>2079</sup> V. desenvolvimentos em ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, págs. 177 e ss, ELISABETE RAMOS, *últ. ob. cit.*, págs. 87 e ss, e, já com a nova feição do art. 64º, PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de gestão... cit.*, págs. 482-483 (“uma diligência correspondente às exigências do tráfico profissional para essas funções”).

<sup>2080</sup> Por todos, v. ELISABETE RAMOS, “Aspectos substantivos...”, *loc. cit.*, pág. 230. Na jurisprudência, v. os Acs. da **Relação do Porto de 10 de Outubro de 2005** (in *CJ*, 2005, IV, pág. 210, ss), a pág. 213, do **STJ de 9 de Maio de 2006** (in *CJ/STJ*, 2006, II, pág. 73, ss), ponto II do Sumário e pág. 75, da **Relação de Lisboa de 2 de Outubro de 2008** (in *www.dgsi.pt*, processo 2254/2008-2, ponto 4 do Sumário), do **STJ de 28 de Abril de 2009** (in *www.dgsi.pt*, processo 09A0346), e da **Relação de Lisboa de 18 de Março de 2010** (in *www.dgsi.pt*, processo 10309/08-2).

<sup>2081</sup> RAÚL VENTURA/BRITO CORREIA, pág. 102, VASCO LOBO XAVIER, *Anulação de deliberação social... cit.*, n. (116) – pág. 242, RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas. Comentário...*, volume III *cit.*, *sub art.* 259º, págs. 150-151, COUTINHO DE ABREU, *Da empresarialidade... cit.*, págs. 226, 228. Para desenvolvimentos sobre o complexo tema, v. BRITO CORREIA, *Direito comercial*, 2.º volume, *Sociedades comerciais cit.*, pág. 32, ss., PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social... cit.*, pág. 319 e ss, CASSIANO DOS SANTOS, *Estrutura associativa... cit.*, pág. 372 e ss, COUTINHO DE ABREU, “Deveres de cuidado e de lealdade...”, *loc. cit.*, pág. 31 e ss (= *Curso...*, vol. II *cit.*, págs. 291 e ss).

<sup>2082</sup> PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *últ. ob. cit.*, págs. 321 e ss, GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização de sociedades... cit.*, pág. 45, COUTINHO DE ABREU, “Deveres de cuidado e de lealdade...”, *loc. cit.*, pág. 35 (= *Curso...*, vol. II *cit.*, pág. 296), FÁTIMA GOMES, págs. 565-566, PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais cit.*, págs. 500-501, TÂNIA MEIRELES DA CUNHA, *Da responsabilidade dos gestores... cit.*, págs. 44 e ss, em esp. 47-48. A doutrina divide-se: numa concepção diversa, v. CASSIANO DOS SANTOS, *Estrutura associativa... cit.*, n. (631) – pág. 375, pág. 394 e n. (675), n. 678 – pág. 396, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Cláusulas do contrato de sociedade... cit.*, pág. 636, ARMANDO TRIUNFANTE, *Código das Sociedades Comerciais anotado cit.*, *sub art.* 64º, pág. 62 e ss, PAULO CÂMARA, “O governo das sociedades e os deveres fiduciários”, *loc. cit.*, pág. 174, VÂNIA MAGALHÃES, págs. 408 e ss.

<sup>2083</sup> PEDRO CAETANO NUNES, *últ. ob. cit.*, págs. 487-489, 491.

administradores. De modo que a deslocação da pauta para a *órbita do dever geral de lealdade* não obsta a esse compromisso *essencial da actuação fiduciária* do administrador no campo dos deveres de cuidado<sup>2085, 2086</sup>

Segundo o *dever geral de lealdade*, por seu turno, os administradores, no exercício das suas funções, devem considerar e intentar em exclusivo o interesse da sociedade, com a correspectiva obrigação de omitirem comportamentos que visem a realização de outros interesses, próprios e/ou alheios<sup>2087</sup>. Conduta desleal é aquela que promove ou potencia, de forma directa ou indirecta, situações de benefício ou proveito próprio dos administradores (ou de terceiros, por si influenciados, ou de familiares), em prejuízo ou sem consideração pelo conjunto dos interesses diversos atinentes à sociedade, neles se englobando desde logo os interesses comuns de sócios enquanto tais, e também os de trabalhadores e (particularmente com a actual versão do art. 64.º, n.º 1) demais *stakeholders* relacionados com a sociedade<sup>2088</sup>.

Reconduzir o dever de lealdade dos administradores e gerentes ao princípio geral da boa fé (art. 762.º, n.º 2, CCiv.)<sup>2089</sup> não será a via mais completa,

<sup>2084</sup> COUTINHO DE ABREU, “Deveres de cuidado e de lealdade...”, *loc. cit.*, págs. 34-35 (= *Curso...*, vol. II cit., págs. 295-296), ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, pág. 110.

<sup>2085</sup> GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização de sociedades...* cit., pág. 44, CARNEIRO DA FRADA, “A *business judgment rule...*”, *loc. cit.*, págs. 207-208, 216-217, MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, I volume cit., pág. 839, PAULO CÂMARA, *últ. est. e loc. cits.*, pág. 178, VÂNIA MAGALHÃES, pág. 392, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, págs. 665-666 (no âmbito de uma “interpretação conjunta” de ambas as alíneas do art. 64.º, n.º 1), TRIGO DOS REIS, pág. 334, FERREIRA GOMES, págs. 161-162, 162-163; Ac. da **Relação do Porto de 5 de Fevereiro de 2009** (cit. a n. 2027).

Carneiro da Frada, a pág. 212 e ss, vai mais longe: como o dever de lealdade “não é graduável”, “não é passível de ponderações” de acordo com os interesses da al. b) do art. 64.º, n.º 1; logo, a ponderação desses interesses diz respeito somente aos deveres de cuidado aludidos na al. a) do preceito. Nesse mesmo sentido crítico e interpretativo, MENEZES CORDEIRO, *ibid.*, págs. 822-823, 831.

<sup>2086</sup> Palmilhei RICARDO COSTA, “Art. 64.º”, *loc. cit.*, págs. 730 e ss, ID., “Deveres gerais dos administradores...”, *loc. cit.*, págs. 165 e ss.

<sup>2087</sup> Sigo a definição de teor *positivo* de COUTINHO DE ABREU, “Deveres de cuidado e de lealdade...”, *loc. cit.*, pág. 22, ID., *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., pág. 25 (já seguido pela Relação do Porto, no ac. cit. a n. 2027), não obstante o dever comportar, “pela negativa”, “uma proibição geral de actuação em conflito de interesses” (ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito das sociedades...* cit., pág. 327); realçando este conteúdo, PEDRO CAETANO NUNES, “Concorrência e oportunidades de negócio societárias...”, *loc. cit.*, pág. 90, MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, I volume cit., pág. 826, PAULO CÂMARA, “O governo das sociedades e os deveres fiduciários”, *loc. cit.*, págs. 172-173, VÂNIA MAGALHÃES, pág. 399, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “O dever de os administradores...”, *loc. cit.*, págs. 26-27.

<sup>2088</sup> Sigo desta feita o enunciado concentrado no *comportamento violador da lealdade*, que se pode encontrar em FÁTIMA GOMES, pág. 566. Numa

<sup>2089</sup> CALVÃO DA SILVA, “«Corporate governance...», *loc. cit.*, págs. 53 e 57 (e com a confiança ou *fiducia* exigida), GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *Fiscalização de sociedades...* cit., pág. 43, MENEZES CORDEIRO, *últ. ob. cit.*, págs. 828, 831 (mas atente-se, a págs. 829 e 830, na alusão simultânea à confiança e à relação fiduciária), ID., *Código das Sociedades Comerciais anotado...* cit., sub art. 64.º, pág. 244, ANA PERESTRELO OLIVEIRA, *A responsabilidade civil dos administradores...* cit., pág. 127, e – o mais desenvolvido – TRIGO DOS REIS, pág. 342, ss (em esp., n. (199) – pág. 346), também com recurso à confiança e à relação especial de *fidúcia*, 378, s., 412, ss.

vista a sua extensão e manifestações em que se precipita. Antes se pode configurar a já vista relação fiduciária – e a *confiança especial que lhe subjaz* – que se estabelece entre a sociedade e o administrador como o fundamento adequado: gera o imperativo de prosseguir (como regra e em primeira linha) o fim (lucrativo) que os sócios perseguem quando constituem a sociedade, enquanto instrumento que esta é para a consecução desse fim e a correspondente satisfação do interesse social.<sup>2090</sup>

Algumas das suas manifestações encontram *correspondência na lei* e traduzem *deveres específicos(-vinculados)*<sup>2091</sup>: pelo menos, (i) não realizar certos negócios com a sociedade (arts. 397º, n.º 1, 428º) ou, afora estes, sem consentimento da sociedade (arts. 397º, n.os 2 e 5, 428.º), (ii) não exercer actividade concorrente com a da sociedade, desde que não haja autorização da sociedade (arts. 254º, n.º 1, 398º, n.º 3, 428º), (iii) não votar nas deliberações do órgão de administração sobre assuntos em que tenha, por conta própria ou de terceiro, interesse em conflito com o da sociedade (art. 410º, n.º 6), (iv) não celebrar negócios “ruinosos” em seu proveito ou no de pessoas com eles especialmente relacionadas (arts. 186º, n.º 2, al. b), 2.ª parte, 49º, CIRE); (v) dispor dos bens sociais em proveito pessoal ou de terceiros (art. 186º, n.º 2, al. d), CIRE); (vi) exercer, a coberto da personalidade jurídica da sociedade, uma actividade em proveito pessoal ou de terceiros e em prejuízo da sociedade, *maxime* da sua empresa (art. 186º, n.º 2, al. e), CIRE); (vii) fazer do crédito ou dos bens da sociedade uso contrário ao interesse social, em proveito pessoal ou de terceiros, designadamente para favorecer outra sociedade na qual tenham interesse directo ou indirecto (art. 186º, n.º 2, al. f), CIRE); (viii) prosseguir uma exploração deficitária da sociedade, no seu interesse pessoal ou de terceiro, com conhecimento ou cognoscibilidade da grande probabilidade de conduzirem a sociedade a uma situação de insolvência (art. 186º, n.º 2, al. g), CIRE)<sup>2092</sup>; (ix) não

---

<sup>2090</sup> V., em esp., CARNEIRO DA FRADA, “A *business judgment rule*...”, *loc. cit.*, págs. 209-210, que distingue o dever de lealdade do dever de cuidado por aquele representar “um efeito imediato e directo da natureza da relação” fiduciária e, portanto, como “consequência de uma valoração heterónoma (*ex lege*) da ordem jurídica”, 211-212 (também em “A responsabilidade dos administradores na insolvência”, *loc. cit.*, pág. 680); COUTINHO DE ABREU, “Deveres de cuidado e de lealdade...”, *loc. cit.*, n. (16) – pág. 23; VÂNIA MAGALHÃES, págs. 397-398, n. (133) – pág. 413. PEDRO CAETANO NUNES, “Concorrência e oportunidades de negócio societárias...”, *loc. cit.*, pág. 87, ss, parece adoptar uma posição heterogénea: parte da boa fé, considera a tutela da confiança e sedimenta-a na relação fiduciária entre administrador e sociedade (nesta linha também se situará ADELAIDE MENEZES LEITÃO, págs. 664-665); evoluindo, o mesmo PEDRO CAETANO NUNES, em *Dever de gestão...* cit., págs. 524 e ss, deixa cair a valência da confiança e fixa-se num fundamento ético, convocado no âmbito de uma relação obrigacional.

<sup>2091</sup> Deveres de lealdade “em sentido impróprio”, assim são designados por TRIGO DOS REIS, págs. 369-370.

<sup>2092</sup> Grande parte dos comportamentos de administradores previstos pelo n.º 2 do art. 186º do CIRE («insolvência culposa») correspondem, por isso, a manifestações *normativas e específicas* do dever de

“abusar” de informação “não pública” e privilegiada da sociedade (arts. 449º e 450º, 378º do CVM), e (x) ser neutral perante ofertas públicas de aquisição (arts. 181º, nº 2, al. d), e 182º, nº 1, do CVM) <sup>2093</sup>.

Mas outras manifestações são delineadas por mor da lealdade exigida aos administradores: (xi) não usufruir vantagens de terceiros ligadas à celebração de negócios da sociedade com esses terceiros (as conhecidas “luvas”, “comissões” ou “gratificações”), (xii) não aproveitar as oportunidades negociais da sociedade para seu proveito ou de outras pessoas, especialmente a si ligadas, salvo consentimento válido da sociedade, (xiii) não utilizar meios ou informações próprios da sociedade para daí retirar proveitos, sem contrapartida para a sociedade <sup>2094</sup>, e (xiv) guardar sigilo das informações e documentos reservados da sociedade. <sup>2095</sup>

---

lealdade, porque “reveladoras de que os administradores aproveitaram indevidamente em benefício próprio (ou de terceiros que lhes são próximos) bens ou recursos da sociedade” (ELISABETE RAMOS, “Insolvência da sociedade...”, *loc. cit.*, pág. 484); no mesmo sentido, CATARINA SERRA, “*Decoctor ergo fraudator?...*”, *loc. cit.*, pág. 65.

Mais lato, CARNEIRO DA FRADA, “A responsabilidade dos administradores na insolvência”, *loc. cit.*, págs. 694, 696 e 698, reconhece que as disposições dos n.ºs 2 e 3 do art. 186º do CIRE (que já antes mobilizei no elenco dos deveres legais específicos do administrador) exemplificam “deveres de conduta” passíveis de serem desentranhados em concretização dos arts. 64º, 72º, 78º e 79º do CSC, com a singularidade de (mesmo que possam, como uma espécie de *tipos* mistos, corresponder tanto a desrespeito do dever de lealdade como do dever de “boa administração”) estabelecerem positivamente um “conjunto de *deveres (tidos como típica e genericamente) preventivos de insolvências*”. Seja como for, o Autor confirma que a “maior parte das previsões respeita porém a infracções do dever de fidelidade”: o CIRE contém, “provavelmente, a mais detalhada especificação deste dever que o direito legislado conhece” (pág. 695).

<sup>2093</sup> Desenvolvidamente, também para o alcance do regime jurídico destas matérias e aplicação em outros tipos sociais, ILÍDIO DUARTE RODRIGUES, pág. 187, ss, PEDRO CAETANO NUNES, “Concorrência e oportunidades de negócio societárias...”, *loc. cit.*, pág. 92, ss, COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., pág. 27, ss, TRIGO DOS REIS, pág. 369, ss, 373, ss, 395, ss.

<sup>2094</sup> Estas manifestações podem encontrar tradução particular nos comportamentos tipificados nas als. do art. 186º, nº 2, do CIRE.

<sup>2095</sup> Detalhadamente, v. PEDRO CAETANO NUNES, “Concorrência e oportunidades de negócio societárias...”, *loc. cit.*, pág. 100, ss, AGOSTINHO MACHADO, págs. 144 e ss, 162 e ss, COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., págs. 31 e ss. Para outras “listagens”, GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *últ. ob. cit.*, pág. 50, CARNEIRO DA FRADA, “*A business judgment rule...*”, *loc. cit.*, pág. 215, MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, I volume cit., págs. 827, ss, 831, ID., *Código das Sociedades Comerciais anotado...* cit., sub art. 64.º, pág. 244, ARMANDO TRIUNFANTE, *Código das Sociedades Comerciais anotado* cit., sub art. 64º, pág. 60, ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, pág. 261, ss, VÂNIA MAGALHÃES, pág. 399, TRIGO DOS REIS, pág. 378, ss, 403, ss (após extinta a relação de administração com a sociedade), MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “O dever de os administradores...”, *loc. cit.*, págs. 27-28, 30 e ss (muito desenvolvidamente, também no diálogo com os direitos estrangeiros, para o “dever de não apropriação de oportunidades de negócio societárias”). Para um desenvolvimento destes padrões essenciais de “conflito de interesses” do administrador com a sociedade, a começar pelo “*personal self-dealing*” e a acabar no “*use of corporate information and control*”, v. KLAUS HOPT, “Self-dealing and use of corporate opportunity and information: regulating directors’ conflicts of interest”, *Corporate governance and directors’ liabilities. Legal, economic and sociological analyses on corporate social responsibility*, 1985, págs. 287 e ss.

Na nossa jurisprudência, o Ac. da **Relação de Lisboa de 16 de Julho de 2009** (in *www.dgsi.pt*, processo 977/06.2TYLSB.L1-2) considerou que o único gerente de uma sociedade por quotas, ao atribuir a

Para o cumprimento do dever geral de lealdade para com o «interesse da sociedade», a lei manda *atender* aos «interesses de longo prazo dos sócios» e *ponderar* «os interesses de outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade, tais como os seus trabalhadores, clientes e credores»<sup>2096</sup>. Esta ponderação é essencialmente relevante nas manifestações *não legais* do dever de lealdade (como é nos subdeveres de cuidado).

Trata-se de uma norma com uma *extensão considerável de interesses*. Daqui resulta que o «interesse da sociedade» previsto no art. 64º, n.º 1, inscreve-se na *conjugação dos interesses dos sócios enquanto tais (comuns a todos eles, não extrassociais nem de ordem conjuntural) com os de outros sujeitos ligados à sociedade*<sup>2097</sup>. No entanto, a doutrina dominante tem pugnado pela *hierarquização* destes interesses quando o administrador-«gestor criterioso e ordenado» avalia o «interesse da sociedade»<sup>2098</sup>: em plano *principal ou prevalecente*, os interesses dos sócios, que não se esgotem no curto prazo (numa perspectiva de “investimento não especulativo”<sup>2099</sup>); em plano *secundário*, os interesses dos restantes sujeitos<sup>2100</sup>, ainda que a sua sobrevalorização indevida e prejudicial para a sociedade possa permitir a exclusão ou limitação da responsabilidade dos administradores perante a sociedade<sup>2101</sup>.

---

si próprio (sem deliberação social: art. 255º, n.º 1) aumento de remuneração pelo exercício da gerência e dos prémios de gerência, viola o dever de lealdade decorrente do art. 64º.

<sup>2096</sup> Para o exame (crítico) de cada uma destas categorias de interesses particulares, v. COUTINHO DE ABREU, “Deveres de cuidado e de lealdade...”, *loc. cit.*, págs. 40 e ss (= *Curso...*, vol. II cit., págs. 302 e ss).

<sup>2097</sup> COUTINHO DE ABREU, “Deveres de cuidado e de lealdade...”, *loc. cit.*, pág. 43 (= *Curso...*, vol. II cit., pág. 306).

<sup>2098</sup> Contrários: CARNEIRO DA FRADA, “A *business judgment rule*...”, *loc. cit.*, págs. 212-213, MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, I volume cit., pág. 822 (v. ainda *supra*, n. 2085).

<sup>2099</sup> PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “Responsabilidade civil...”, *loc. cit.*, pág. 20. V. ainda ARMANDO TRIUNFANTE, *Código das Sociedades Comerciais anotado cit., sub art. 64º*, pág. 64, PAULO CÂMARA, “O governo das sociedades e os deveres fiduciários”, *loc. cit.*, págs. 175-176, ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, pág. 111, TRIGO DOS REIS, págs. 339-340, PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de gestão... cit.*, pág. 491.

<sup>2100</sup> CALVÃO DA SILVA, “«Corporate governance»...”, *loc. cit.*, pág. 57; COUTINHO DE ABREU, “Deveres de cuidado e de lealdade...”, *loc. cit.*, págs. 43 e ss (= *Curso...*, vol. II cit., págs. 306 e ss), com exemplos de resolução de antagonismo de interesses e sua fundamentação; MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, I volume cit., págs. 822-823 (aparentemente); ARMANDO TRIUNFANTE, *últ. ob. e loc. cit.*, pág. 65, PAULO CÂMARA, *últ. est. e loc. cit.*, pág. 174; CARNEIRO DA FRADA, “A *business judgment rule*...”, *loc. cit.*, pág. 216 (só para os deveres de cuidado); FERNANDES DE OLIVEIRA, pág. 264; VÂNIA MAGALHÃES, pág. 412, ss; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “*Business judgment rule*, deveres de cuidado...”, *loc. cit.*, pág. 75; SOUSA GIÃO, págs. 230 e ss; TÂNIA MEIRELES DA CUNHA, *Da responsabilidade dos gestores... cit.*, págs. 53-54; PEDRO CAETANO NUNES, *Dever de gestão... cit.*, págs. 491, 495. Para a anterior redacção, BRITO CORREIA, *Direito comercial*, 2.º volume cit., pág. 54 e ss.

<sup>2101</sup> COUTINHO DE ABREU, “Deveres de cuidado e de lealdade...”, *loc. cit.*, págs. 45-46 (= *Curso...*, vol. II cit., pág. 309-310), com crítica ao regime legal: institucionalismo *moderado* e *inconsequente*, “os interesses dos sócios pesam muito mais, a falta de (ou deficiente) ponderação dos interesses dos não-sócios praticamente não tem sanção”; CARNEIRO DA FRADA, “A *business judgment rule*...”, *loc. cit.*, pág. 217; PEDRO CAETANO NUNES, *últ. ob. cit.*, pág. 495. Antes: VASCO LOBO XAVIER, *Relatório sobre o programa, os*

Neste contexto, a doutrina tem opinado que o padrão do «gestor criterioso e ordenado» é de convocar para a avaliação do cumprimento de todos os deveres dos administradores – neles incluindo o dever de lealdade, “explicando a intensidade requerida na sua execução” <sup>2102</sup>. Porém, é de julgar que esse padrão tem menor espaço e relevo no cumprimento do dever que o art. 64º, n.º 1, al. b), nos fornece – se quisermos, melhor, tem *um outro recheio* no que respeita ao dever de lealdade.

Em primeiro lugar, nas manifestações *legais*, em rigor, não estamos necessitados do «gestor criterioso e ordenado»; estamos perante deveres *vinculados* e não cláusulas gerais demandantes de concretização.

Em segundo lugar, o dever de lealdade, nas suas manifestações *não legais*, pode implicar escolhas (desde logo, agir ou não agir num cenário de *conflito de interesses*), mesmo de alcance *relativo*, que podem ainda ser *balizadas* pelo “tipo” de administrador concebido pela lei <sup>2103</sup>: por ex., perante uma “oportunidade de negócio”, o “administrador-tipo” <sup>2104</sup> deve informar-se sobre a existência de interesse objectivo e efectivo da sociedade nela ou se a sociedade já está envolvida em negociações para a conclusão do negócio respectivo; ou conhecer necessariamente que a maquinaria que utiliza gratuitamente numa obra própria pertence à sociedade. Nestas hipóteses, a convocação das *qualidades* inerentes ao «gestor criterioso e ordenado» e das *circunstâncias* em que ele deve ser examinado em concreto <sup>2105</sup> (por ex., a dimensão da sociedade, ser administrador executivo ou não executivo <sup>2106</sup>, ser administrador em exclusividade ou não, etc.) fazem (o seu) sentido <sup>2107</sup>.

De todo o modo, não podemos deixar de empreender a seguinte *precisão(-limitação)*: o dever de lealdade não admite ponderações, enquanto não está disponível para fragmentações derivadas de escolhas do administrador, entre o «interesse da sociedade» e o interesse próprio e/ou de terceiros – aqui, é um

---

*conteúdos e os métodos do ensino de uma disciplina de direito comercial (Curso complementar)*, 1986, n. (26) – pág. 29.

<sup>2102</sup> MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito das sociedades*, I volume cit., pág. 839, ADELAIDE MENEZES LEITÃO, págs. 665-666, 668-669, BRUNO FERREIRA, pág. 736. Para uma confirmação desse relacionamento, v. o art. 75º do RGICSF, uma vez que o “gestor criterioso e ordenado” nas instituições de crédito deve “ter em conta o interesse dos depositantes, dos investidores, dos demais credores e de todos os clientes em geral”.

<sup>2103</sup> TRIGO DOS REIS, pág. 334.

<sup>2104</sup> ELISABETE RAMOS, “Aspectos substantivos...”, *loc. cit.*, pág. 230.

<sup>2105</sup> Neste sentido, TRIGO DOS REIS, pág. 366, ss.

<sup>2106</sup> Para uma diferente extensão do dever de lealdade de acordo com esta circunstância, PEDRO CAETANO NUNES, “Concorrência e oportunidades de negócio societárias...”, *loc. cit.*, págs. 91-92, TRIGO DOS REIS, pág. 367.

<sup>2107</sup> TRIGO DOS REIS, pág. 334.

dever absoluto <sup>2108</sup>. Não se pode falar aqui de autonomia e discricionariedade *próprias* do administrador, que sempre seriam *assaz relativas (ou inexistentes)*<sup>2109</sup>, ou, em alternativa, remetidas tão-só para a *escolha* da decisão entre os interesses oponíveis. O que deixa pouco (residual ou nenhum) lugar para a diligência *qualificada do tipo legal de administrador*, particularmente nas manifestações *omissivas ou proibidoras* do dever de lealdade (por ex., quando se analisa a percepção de “comissões negociais” indevidas).

Seja como for, a sua transposição para o campo da lealdade envolve, *no mínimo e como diferencial*, que o administrador «criterioso e ordenado» da sociedade é aquele que *a gere para o fim correspondente à maximização do interesse social* <sup>2110</sup> e *à concordância possível com os interesses dos stakeholders* (particularmente, credores, trabalhadores, clientes e outros especialmente interessados <sup>2111</sup> – a lista não é taxativa <sup>2112</sup>) <sup>2113, 2114-2115</sup>

Também ao administrador de facto jussocietariamente relevante se devem imputar as obrigações legais *específicas e vinculadas*, apostas para o *correcto exercício da actividade gestonária*: não infringir as cláusulas do contrato social e as

---

<sup>2108</sup> RICARDO COSTA, “Responsabilidade dos administradores...”, *loc. cit.*, pág. 69. É aqui que poderemos ver substancialmente (ainda que não tão rigidamente) a doutrina de CARNEIRO DA FRADA, *Direito civil... cit.*, págs. 120-121 (dever de cumprimento estrito), ID., “A *business judgment rule...*”, *loc. cit.*, págs. 212-213 (v. *supra*, n. 2085); neste sentido, FERREIRA GOMES, págs. 167-168.

<sup>2109</sup> Pelo menos assim deveria ser. Porém, com tantos interesses a considerar, difusos e conflituantes, frisa com perspicácia COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II *cit.*, págs. 301-302, que “*maior será a discricionariedade dos administradores*” e “*menor a controlabilidade da sua actuação*”. O que significa que mais difícil será densificar a bitola do «gestor criterioso e ordenado» no campo da lealdade devida.

<sup>2110</sup> Era esta a concepção (adaptada ao dever de lealdade) de RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas. Comentário...*, volume III *cit.*, *sub art.* 259<sup>o</sup>, pág. 150.

<sup>2111</sup> Defendendo o alargamento do elenco dos “sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade”, com recurso ao conceito de *interesse especial* na sociedade – “ou porque a afectam, ou porque são por ela afectadas” –, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “Responsabilidade civil...”, *loc. cit.*, págs. 20-21. Neste entendimento, v. igualmente CARNEIRO DA FRADA, “A *business judgment rule...*”, *loc. cit.*, págs. 217-218, PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais cit.*, págs. 500, 501. Antes, FÁTIMA GOMES, pág. 566, aludia a “potenciais interessados no desenvolvimento da actividade societária para além dos seus sócios e trabalhadores”, aos “demais sujeitos potencialmente afectados pelas decisões societárias”.

<sup>2112</sup> ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, pág. 260, pugna por outros interesses *difusos* socialmente reconhecidos, como a protecção do ambiente; assim também CARNEIRO DA FRADA, “A *business judgment rule...*”, *loc. cit.*, pág. 217, PAULO OLAVO CUNHA, *últ. ob. cit.*, pág. 500 (refere-se à “conduta ambiental da sociedade”).

<sup>2113</sup> Neste sentido podemos compreender PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “*Business judgment rule*, deveres de cuidado...”, *loc. cit.*, pág. 64, quando vê a menção aos interesses da al. b) do n.º 1 como a “explicitação do modo como o dever de lealdade deve ser cumprido”.

<sup>2114</sup> Cfr., do mesmo passo, “Art. 64<sup>o</sup>”, *loc. cit.*, págs. 742 e ss, ID., “Deveres gerais dos administradores...”, *loc. cit.*, págs. 178 e ss.

<sup>2115</sup> Finalmente, para a diferente articulação do conteúdo responsabilizador do incumprimento dos deveres de cuidado e de lealdade com a causa de exclusão de responsabilidade prevista no art. 72<sup>o</sup>, n.º 2, v. RICARDO COSTA, “Art. 64<sup>o</sup>”, *loc. cit.*, págs. 737 e ss, 747-748 (= “Deveres gerais dos administradores...”, *loc. cit.*, págs. 173 e ss, 184-185).



deliberações sociais que delimitem o objecto social ou proíbam a prática de determinados actos; não praticar negócios que violem a especialidade do fim social; respeitar os princípios de garantia do “capital social” <sup>2116</sup>, no sentido de não dar execução a deliberações sociais que infrinjam as normas dos arts. 32º (distribuição de bens aos sócios) e 33º (distribuição de lucros e de reservas impostas por lei ou pelo contrato de sociedade), tal como se determina no art. 31º, n.º 2 <sup>2117</sup>; não exercer actividade concorrente com a da sociedade, por conta própria ou alheia (arts. 254º, em esp. o n.º 5, 2.ª parte, 398º, n.º 3, 428º) <sup>2118</sup>; proibição de celebrar com a sociedade os negócios em conflito de interesses referidos no art. 397º, n.º 1 (obter empréstimos ou crédito, fazer pagamentos por sua conta, obter garantias a obrigações suas – não se deverão incluir os adiantamentos de remunerações) <sup>2119</sup>; proibição de dar execução a deliberações sociais nulas e, em certas circunstâncias, anuláveis, bem como as deliberações nulas ou anuladas de “sociedade aberta” (nas circunstâncias referidas do art. 24º, n.º 3, do CVM); incluir informação correcta da sociedade oferente em prospecto relativo a oferta pública de valores mobiliários (arts. 149º, n.º 1, al. b), 135º, CVM) <sup>2120</sup>; actuar com boa fé e lealdade no decurso de uma “oferta pública de aquisição” (em relação à sociedade visada: art. 181º, n.º 2, al. d), CVM); etc.

Poderemos ainda conjecturar a alegação de obrigações derivadas da *simultânea qualidade de sócio* (seja este administrador de facto directo ou indirecto):

---

<sup>2116</sup> UWE H. SCHNEIDER, “Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung”, *loc. cit.*, sub § 43, págs. 2231-2232, *Rdn.* 26.

<sup>2117</sup> Mas cada disposição deste lote deve ser objecto de um *check-up* em concreto: nesta circunstância, por ex., a falta de forma obviará à aplicação do n.º 3 e à legitimidade para requerer inquérito judicial, em nome da sociedade, para verificação das distribuições ilícitas.

<sup>2118</sup> Favoráveis: FRANCO BONELLI, “La responsabilità dell’amministratore di fatto”, *loc. cit.*, pág. 186; NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., pág. 269; FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, pág. 183 (por interpretação extensiva ou analógica); JOSÉ LUIS DÍAZ ECHEGARAY, págs. 152-153; NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., pág. 189; JAVIER PAGADOR LÓPEZ/MANUEL PINO ABAD, “La exclusión del socio mayoritario en las sociedades de responsabilidad limitada bipersonales”, *RDM*, 2008, pág. 1283; ALBERTO REDEGHIERI BARONI, pág. 1526.

<sup>2119</sup> Neste sentido, para a aplicação do art. 229, n.º 1, da LSCE, cfr. LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Derecho de sociedades*, volumen I cit., pág. 693. Em geral para a obtenção de empréstimos e garantias da sociedade, v. NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., págs. 269-270, seguido por NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., pág. 189.

Mas este não é de todo um impedimento novo. No início do séc. XX, o norte-americano ARTHUR MACHEN, Jr., págs. 1227-1228, equiparava o *de facto director* ao *de jure director* para o submeter à “mesma incapacidade de contratar com a sociedade”.

<sup>2120</sup> Para a defesa da “responsabilidade pelas indicações no prospecto” relativo à emissão de acções, obrigações ou outros títulos, em face da inclusão de informações inexactas, equívocas ou em desconformidade com as exigências legais, para o administrador de facto (nomeadamente indirecto, “instigador” de “testa-de-ferro”), v., no contexto do art. 752 do Código das Obrigações suíço, PIERRE-OLIVIER GEHRIGER, págs. 115-116.

por ex., o impedimento de voto para matérias em que se encontre em conflito de interesses (arts. 251º, 384º, n.ºs 6 e 7), desde logo para deliberações que têm por objecto o exercício da acção social de responsabilidade contra si (cfr. art. 75º, n.º 3) <sup>2121</sup>. Assim como *deveres assentes em inibições pessoais derivadas da lei ou do contrato*: por ex., a interdição para, na falta de cláusula estatutária permissiva, os gerentes de sociedades por quotas poderem ser representantes voluntários dos quotistas na participação e voto nas assembleias, a não ser que sejam cônjuge, ascendente, descendente ou consócio na sociedade (art. 249º, n.º 5) <sup>2122</sup>.

### **13.4. Excepções ao estatuto geral**

Em determinadas hipóteses, julgo que há interesses que demandam aduzir excepções ao quadro geral *dicotómico* no estatuto do administrador de facto relevante.

Se o administrador de facto é *ope legis*, não há razão evidente para cercear poderes e deveres no transporte migratório da posição de administrador para o sujeito fático. Mais uma vez julgo que o art. 253º nos dá uma indicação bem sugestiva. Os poderes e deveres assumidos pelos sócios, no caso de “falta definitiva” – o que mais interessa – são todos os que pertencem aos gerentes que os sócios substituem. Se todos esses poderes dos gerentes são necessários para a vida da sociedade, todos eles continuam a sê-lo se a sociedade for gerida por sócios <sup>2123</sup>. *Por maioria de razão* também assim será para os restantes administradores de facto acreditados pela lei.

Se, por outro lado, o administrador de facto é *legitimado e tem posição orgânica*, porque não existem administradores de direito em exercício de funções ou porque os administradores de direito foram suprimidos e não realizam qualquer actuação no seu âmbito funcional, porventura é de afirmar a transferência global do estatuto legal do administrador de direito *na íntegra*, sob pena de prejuízo considerável para os interesses de funcionamento da sociedade, mas, igualmente, de credores sociais e outros relacionados com a sociedade.

---

<sup>2121</sup> NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., pág. 286.

<sup>2122</sup> No âmbito do art. 2372, § 4º, do CCIt. (que não permite conferir a representação dos sócios aos «membros do órgão administrativo»), v. NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., pág. 287.

<sup>2123</sup> RAÚL VENTURA, *Sociedades por quotas. Comentário...*, volume III cit., sub art. 253º, pág. 47.

Finalmente, mesmo para o administrador de facto *legitimado mas sem posição orgânica* – e, por maioria de razão, para o administrador de facto *com designação invalidada* aquando do juízo retroactivo da sua actividade –, poderá ainda gizar-se a aplicação de certas disciplinas para a quais se encontra desprovido de legitimidade formal, atendendo à promoção da eficácia das regras de organização em situações-limite de *insucesso económico* da empresa social gerida por quem *administra de facto* ou de *salvaguarda dos conteúdos da posição da socialidade*. Ou seja, sempre que o exercício de tais deveres (ou poderes-deveres) implique a *prevenção de danos possíveis ou iminentes para a sustentação da sociedade ou, em casos terminais ou contados, para a defesa dos interesses de sócios, credores sociais e curso fluente do tráfico jurídico em geral*.<sup>2124</sup>

Para estes efeitos, incluo aqui o poder-dever de convocar ou requerer a convocação de assembleia de sócios para a discussão de matérias importantes para a vida e a subsistência da sociedade (arts. 248º, n.º 3, 375º, n.º 1), cujo exemplo mais premente é a que respeita à obrigação de o fazer perante uma situação de «perda de metade do capital social» (art. 35º, n.º 1), destinada à informação dos sócios e adopção das medidas convenientes, uma vez apreendida (nomeadamente através das “contas” da sociedade) a referida “perda grave” (ou, como defende a doutrina, “uma situação de desequilíbrio patrimonial com carácter estrutural”<sup>2125</sup>)<sup>2126</sup>; o poder-dever de, enquanto representante da «entidade comercial»-sociedade, requerer a dissolução administrativa em situações manifestas de ilegalidade e/ou de impossibilidade de prossecução da actividade social (arts. 142º, n.º 1, als. a) a d), 4º, n.º 1, als. a) a f), RJPADL (e 270º-C, n.os 1 e 2), bem como o poder de convocar ou

---

<sup>2124</sup> V., anteriormente, as minhas interrogações em “Responsabilidade civil societária...”, *loc. cit.*, pág. 43.

<sup>2125</sup> PAULO TARSO DOMINGUES, “Artigo 35º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord.: J. M. Coutinho de Abreu, volume I (Arts. 1º a 84º), 2010, págs. 522-523.

<sup>2126</sup> A violação tem repercussão no âmbito criminal: v. o art. 523º do CSC. Na Alemanha, a aplicação do análogo § 84 da GmbHG ao gerente de facto é discutida: v. por todos, com referências, DETLEF KLEINDIEK, “Verletzung der Verlustanzeigespflicht. § 84”, in MARCUS LUTTER/PETER HOMMELHOFF, *GmbH-Gesetz Kommentar*, 2009, págs. 1655-1656, Rdn. 6-7.

Na doutrina italiana, a obrigação de os administradores não realizarem “novas operações” e prosseguirem a gestão com efeitos limitados depois da verificação de uma situação de dissolução, nomeadamente por efeito da perda do capital social (v., expressamente, o anterior art. 2449 e, implicitamente, o actual art. 2486 do CCIt., que limita a gestão aos fins da conservação da integridade e do valor do património social), foi estendida aos administradores de facto, em nome da conservação da garantia patrimonial de terceiros perante um estado de possível liquidação do ente: NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., págs. 270 e ss, FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, págs. 195 e ss.

requerer a convocação da assembleia de sócios para deliberar a dissolução nessas mesmas situações, para os efeitos do art. 142º, n.º 3<sup>2127</sup>; o dever de levar a cabo a

---

<sup>2127</sup> A estes propósitos, refira-se que uma das implicações da figura do administrador de facto consiste, para o direito espanhol, na abrangência da responsabilidade solidária dos administradores (entre si e com a sociedade) para com os credores pelas dívidas sociais posteriores à ocorrência de causa legal de dissolução sempre que não cumpram a obrigação de convocar a assembleia de sócios no prazo de dois meses, a fim de adoptarem deliberação de dissolução ou remoção da causa (logo, para as causas de dissolução deliberada: art. 363 da LSCE), assim como dos administradores que não requeiram a dissolução judicial ou, se for o caso, a insolvência da sociedade, no prazo de dois meses a contar da data prevista para a realização da assembleia, se esta não se realizou, ou desde o dia da realização da assembleia, se a deliberação aí adoptada tiver sido contrária à dissolução ou à insolvência ou não tiver sido removida a causa dissolutória e a sociedade continua – art. 367, n.º 1, da LSCE (anteriores arts. 262, n.º 5, LSAE, e 105, n.º 5, LSRLE), em conjugação com os arts. 365, n.º 1 (dever de convocação da assembleia), e 366, n.º 2 (dever de requerer a dissolução judicial). Entre essas causas destacam-se as “perdas sociais” ou “patrimoniais qualificadas” que reduzam o património líquido a um valor inferior a metade do capital social (art. 363, n.º 1, al. d), LSCE), tendo em conta que, nessa situação (geralmente de insolvência iminente), cobra maior justificação que os administradores não continuem a celebrar novos compromissos com terceiros. Sobre este regime, designadamente para o encadeamento com a responsabilidade civil societária dos administradores e o dever de requerer a insolvência previsto nos arts. 2, n.º 3, e 5, n.º 1, da LConcE, v. FRANCISCO VICENT CHULIÁ, “Responsabilidad de los administradores en sociedades no operativas”, *DN*, 1993, págs. 1 e ss, em esp. 7 e ss; GAUDENCIO ESTEBAN VELASCO, “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución”, *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Méndez*, tomo II, *Sociedades mercantiles*, 1996, págs. 1706 e ss; LUIS SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, “La responsabilidad por deudas de los administradores de sociedad anónima”, *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Méndez*, tomo II, *Sociedades mercantiles*, 1996, págs. 2481 e ss; GUILLERMO ALCOVER GARAU, “La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima por las deudas sociales ex artículo 262.5 y los procedimientos concursales”, *RdS*, 1997, págs. 265 e ss (então crítico da sanção e do regime jurídico da responsabilidade: em resumo e abonando a sua revogação, págs. 270-271); mais desenvolvidamente, FERNANDO CERDÁ ALBERO, *Administradores, insolvencia y disolución por perdidas*, 2000, em esp. 99 e ss, 115 e ss, e FERNANDO MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, “Deberes y responsabilidad de los administradores ante la insolvencia de las Sociedades de Capital”, *RdS*, 2005, págs. 101 e ss, 105 e ss, ID., “Responsabilidad de los administradores de sociedades de capital por no promoción de la disolución o el concurso (sobre la retroactividad de la reforma de los arts. 262.5 LSA; 105.5 LSRL)”, *Derecho de sociedades. I. Comentarios a la jurisprudencia*, Volumen II, 2010, págs. 2134 e ss.

A doutrina espanhola tem ensaiado a imputação de tal responsabilidade aos administradores de facto, o que passa, mesmo que não expressamente referido, pela respectiva imputação dos deveres de requerimento-solicitação *formais* que a norma pressupõe: neste sentido, EMILIO BELTRÁN SÁNCHEZ, “La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causas de disolución”, *AC*, 1997, pág. 62, JOSÉ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, “La responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, pág. 82, ÁNGEL ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, “Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de capital como consecuencia de pérdidas”, *Derecho de sociedades. Libro homenaje al Professor Fernando Sánchez Calero*, Volumen II, 2002, pág. 1440; neste sentido, v. as decisões da **AP de La Coruña**, de **17 de Janeiro de 2000** (*AC* cit. a n. 1548), e do **TS**, de **7 de Maio de 2007** (in [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)).

No entanto, outra corrente bem visível de Autores não admite excepcionar para esse efeito a falta de legitimidade dos administradores de facto para a prática de tais actos (sob pena de se tolerar um evidente prejuízo para terceiros, amparados pelo normativo, à custa de argumentos de ordem formal), mas ajuíza ser de aplicar o princípio de diligência no exercício do cargo a que se equipara organicamente para dar cumprimento à norma e estender-lhes a responsabilidade no âmbito da dissolução e insolvência: ANTONIO PERDICES HUETOS, págs. 282-283, considera que devem dar conhecimento aos sócios dos pressupostos de dissolução, propor a celebração de assembleia universal ou, em geral, remover os obstáculos que impeçam o cumprimento da norma; JOSÉ LUIZ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho... cit.*, págs. 153, 188-189; NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho... cit.*, págs. 190 e ss,

«iniciativa da apresentação à insolvência» da sociedade em tempo, depois de conhecida a situação de insolvência (arts. 6º, n.º 1, *a*), 18º, n.º 1, 19º, CIRE <sup>2128</sup>) <sup>2129</sup>.

em esp. 195-196, opina que a falta de competência do gestor fáctico para convocar a assembleia não impede a proposta de tal convocatória aos administradores de direito e o requerimento judicial da dissolução, perante o fracasso da assembleia convocada para deliberar a dissolução, enquanto «interessado» (e parte legítima de acordo com o actual art. 366, n.º 1, da LSCE) e vinculado efectivamente a um “dever” de cumprimento desse requerimento (nos termos do actual art. 366, n.º 2), ID., “El concepto de administrador de hecho...”; *loc. cit.*, págs. 895 e ss, onde se confirma a responsabilidade como meio de dissuadir a realização de novos compromissos quando a sociedade não se encontra no seu melhor estado e, ademais, se acrescenta a via alternativa para se instar a insolvência pelos administradores de facto que se encontra no art. 3, n.º 3, da LConcE, em que são partes legítimas «*miembros o integrantes que sean personalmente responsables (...) de las deudas de la sociedad*» (à luz dos agora em vigor arts. 367º, n.º 1, da LSCE e 172bis da LConcE [responsabilidade em caso de *concurso culpable*]); FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, “Ámbito subjetivo de la responsabilidad”, *loc. cit.*, págs. 66 e ss (sublinha a possibilidade de se dirigir ao juiz quando não existam administradores de direito); MIRIAM LOZANO SAIGÍ, págs. 1076 e ss (exige-se-lhes que realizem “os actos necessários para preservar a situação patrimonial da sociedade e para sejam adoptadas pelos órgãos competentes as medidas necessárias para superar a causa de dissolução, deliberar a dissolução ou, se proceder, requerer a insolvência”), Autora que, ainda que seguindo no essencial as propostas de Latorre Chiner, vê na natureza formal dos deveres legais em causa um “autêntico obstáculo”. Minoritário – se o administrador de facto não pode respeitar deveres que “legalmente não podem ser assumidos por pessoa que não seja o administrador autêntico”, a ele não pode ser assacada responsabilidade pelo incumprimento de tais deveres de promoção da dissolução –, JAVIER JUSTE MENCÍA, “En torno a la aplicación...”, *loc. cit.*, pág. 455; seguido por IGNACIO ARROYO MARTÍNEZ, “Artículo 133. Comentario”, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Coordinadores: Ignacio Arroyo/José Miguel Embid, volumen II, 2001, pág. 1415, e MARÍA JOSÉ VERDÚ CAÑETE, pág. 135. Também excluindo os administradores de facto, mas tendo em conta o “carácter especial desta responsabilidade” e o seu alheamento dos preceitos da responsabilidade civil societária, FERNANDO SÁNCHEZ CALERO, *Los administradores...* cit., pág. 435.

<sup>2128</sup> A Lei n.º 16/2012, que levou a cabo a última revisão do CIRE, peca, no contexto global de referência à administração de facto (v., nomeadamente, a nova al. *b*) do art. 23º, n.º 2 [identificação dos administradores de direito e de facto na petição inicial]), por não ter enriquecido a al. *a*) do art. 6º, n.º 1, com os administradores de facto. A doutrina, como sabemos, não se inibe de defender essa extensão (v. *supra*, Parte I, 3.4.) e, por consequência, incluir o administrador de facto na órbita do dever de apresentar a sociedade à insolvência: CARVALHO FERNANDES/JOÃO LABAREDA, *Código da insolvência...*, Volume I cit., *sub art.* 6º, pág. 84, e *sub art.* 19º, pág. 126 (necessidade de compaginar o art. 19º com o art. 6º, n.º 1, al. *b*), do CIRE), CARNEIRO DA FRADA, “A responsabilidade dos administradores na insolvência”, *loc. cit.*, pág. 656.

<sup>2129</sup> Na Alemanha, a identificação do administrador de facto passou em medida fundamental, por iniciativa jurisprudencial e aceitação doutrinal, pela extensão desse poder de requerer a insolvência e do cumprimento atempado do dever (*Insolvenzantragspflicht*) nos termos do § 15a (1) da InsO, depois de verificada a incapacidade de liquidar os débitos sociais (*Zahlungsunfähigkeit*) ou de endividamento excessivo (*Überschuldung*), e, sendo essa uma “norma legal de protecção”, a sua submissão ao ressarcimento dos prejuízos, resultantes dessa abstenção ou cumprimento tardio, na suficiência da massa da insolvência (*Konkursverschleppungshaftung*, *Insolvenzverschleppungshaftung*), que se mobiliza não só perante os danos produzidos em relação a credores antigos (com créditos prévios à insolvência: *Altgläubiger*), mas também os gerados na esfera dos credores que obtiveram créditos quando já estavam verificadas as condições para o requerimento da situação de insolvência da sociedade devedora (*Neugläubiger*) – em geral, sobre esta responsabilidade, v., desenvolvidamente, DANIEL FRINGS, *Die zivil- und strafrechtliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers in der Insolvenz*, 2008, págs. 129 e ss. Também se defende alargar ao administrador de facto a responsabilidade perante a sociedade pelos pagamentos feitos depois de a sociedade ficar incapaz de pagar ou excessivamente endividada, a não ser que se tenha usado da diligência exigível ao gestor: §§ 69 GmbHG, 92 (2) AktGesetz, nos termos “pós-MoMig”, independentemente (como refere a doutrina) de se ter observado ou não a obrigação de apresentar a sociedade à insolvência. Suficientemente elucidativos (e algumas vezes fundamentando-se na analogia) são ECKARD REHBINDER, “Zehn Jahre Rechtsprechung...”, *loc. cit.*, pág. 584; URSULA STEIN, “Die Normadressaten...”, *loc. cit.*, págs. 230-231, 232, 233-234, 235, 236, 237, desde que estejamos perante sujeitos capazes de cumprimento do dever de requerer em tempo a

insolvência, por força da relação com a sociedade e a informação a que têm acesso sobre a respectiva situação e a sua possibilidade de recuperação e da assunção de poder de decisão e/ou influência semelhante aos administradores sobre o destino da sociedade (destacam-se, por isso, os sócios únicos, os sócios maioritários e as sociedades dominantes em relações interssocietárias de domínio), especialmente num quadro de afastamento ou “eliminação” da acção do ou dos administradores de direito (que deixam, por isso, de constituir garante legal do cumprimento do dever); GÜNTHER ROTH, em esp. págs. 422, 427-428, 432-433 (sublinhando a “função de domínio”, em detrimento da “função de órgão”, para justificar o alargamento da responsabilidade para quem transfere o risco do sucesso empresarial para os credores, concentrando-se também no “sócio empresário”); ROBERT WEIMAR, “Grundprobleme und offene Fragen... (I)”, *loc. cit.*, pág. 479; MARKUS GEISLER, pág. 1113; HOLGER FLEISCHER, “Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit...”, *loc. cit.*, pág. 528 (conjugando o *direito insolvencial* de requerimento com o *dever societário* de requerer sem demora culposa); LUTZ STROHN, pág. 593; DETLEF KLEINDIEK, “Haftung für Zahlungen nach Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung. § 64”, págs. 1477-1478, *Rdn.* 6, pág. 1488, *Rdn.* 23, e “Anhang zu § 64. Insolvenzantragspflicht; Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz”, págs. 1520-1521, *Rdn.* 49, in MARCUS LUTTER/PETER HOMMELHOFF, *GmbH-Gesetz Kommentar*, 2009; JÖRG NERLICH, “§ 64 Haftung für Zahlungen nach Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung”, *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, 2010, pág. 1848, *Rdn.* 16; KARSTEN SCHMIDT, “§ 64 Haftung für Zahlungen nach Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung”, *Scholz Kommentar zum GmbH-Gesetz mit Anhang Konzernrecht*, III. Band, §§ 53-85, Nachtrag MoMiG, bearbeitet von Georg Bitter [et alii], 2010, pág. 4178, *Rdn.* 43, pág. 4187, *Rdn.* 67, e “Anhang § 64...”, *loc. cit.*, págs. 4214 e ss, *Rdn.* 22 e ss (com destaque para o sócio “shadow director”); KARSTEN SCHMIDT/GEORG BITTER, “Vorbemerkungen Vor § 64. Insolvenz der GmbH und GmbH & Co. KG”, *Scholz Kommentar zum GmbH-Gesetz mit Anhang Konzernrecht*, III. Band, §§ 53-85, Nachtrag MoMiG, bearbeitet von Georg Bitter [et alii], 2010, pág. 4106, *Rdn.* 66. Entre os mais significativos arestos comentados e apontados pela doutrina, também para a responsabilidade criminal aplicada pelo incumprimento do *Insolvenzantragspflicht* por força do § 84 (1), n.º 2, da GmbHG, agora prevista no § 15a (4) e (5) da InsO, v. **BGH de 22 de Setembro de 1982** (in *NJW*, 1983, págs. 240-241), de **21 de Março de 1988** (inúmeras vezes aqui referido, cit. pela primeira vez a n. 1565), de **11 de Julho de 2005** (in *ZIP*, 2005, pág. 1550, ss); **OLG de Düsseldorf de 16 de Outubro de 1987** (in *NJW*, 1988, págs. 3166-3167), **BayObLG de 20 de Fevereiro de 1997** (cit. a n. 1644) e **OLG de Tübingen de 28 de Novembro de 2001** (in *GmbHR*, 2002, pág. 112 e ss). Com reservas várias à adequação da finalidade de protecção creditícia da norma de requerimento, que recai sobre o representante legal da sociedade, para com a abrangência do administrador de facto, v. MARC DINKHOFF, págs. 104 e ss (nomeadamente para sujeitos com possibilidades de influência alargada na administração), que opta, em regra, por restringir tal dever ao administrador regularmente designado, mas admite que o sócio maioritário-administrador de facto tem o poder de requerer a insolvência na falta de administrador de direito (pág. 159).

A mesma extensão do poder-dever de espoletar a insolvência se defende no direito italiano, pela pena de FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, págs. 198-199 (cfr. arts. 6, 217, 1º §, al. 4), e 224 da LFI.), sempre que a “crise financeira da sociedade se revele irreversível”, em homenagem à sua “capacidade de se aperceber do perfilar da insolvência e de prevenir o agravamento das repercussões das dificuldades financeiras”. Em França, aparentemente no mesmo sentido, na relação entre a obrigação de declarar o “estado de cessação de pagamentos” e as medidas de recuperação, v. JEAN-FRANÇOIS BARBIÈRI, “Imputation d’une direction de fait...”, *loc. cit.*, págs. 600-601. Porém, contra no direito espanhol, MARÍA MORILLAS JARILLO, “Sociedades em situación concursal y normas de conducta de sus administradores”, *Estudios sobre la Ley Concursal – Libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo II, *Los órganos del concurso. Efectos de la declaración del concurso sobre el deudor*, 2004, págs. 2142, 2144, uma vez que, por carecerem os administradores de facto de “nomeação válida, vigente e inscrita”, o requerimento não deve ser aceite judicialmente.

Entre nós, já tinha indiciado resposta positiva em RICARDO COSTA, “Responsabilidade civil societária...”, *loc. cit.*, pág. 43. Por sua vez, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores... cit.*, n. (200) – pág. 488, entende (ainda que o art. 19º do CIRE não o faça expressamente) que o art. 186º, n.º 3, al. a), do CIRE justifica a extensão ao administrador de facto do dever de apresentação da sociedade à insolvência; posição relevante para quem sustenta com denodo a efectivação da responsabilidade civil dos gerentes e administradores pela não apresentação ou apresentação tardia à insolvência, “a fim de serem ressarcidos os danos que desse comportamento negligente resultem para os credores sociais, nomeadamente, no âmbito da aplicação do disposto no artigo 78º, n.º 1, do CSC”, ou seja, “pela diminuição da massa patrimonial que

-<sup>2130</sup>; o poder-dever de elaborar e apresentar anualmente o relatório de gestão e as “contas” da sociedade, o que pressupõe a organização da contabilidade <sup>2131</sup> e o cumprimento da obrigação registal subsequente; o dever de prestar informações (em algumas das suas vertentes) aos sócios interessados, nomeadamente quando partilha a gestão com os administradores de direito em situação de *predominância* ou quando se ocupa exclusivamente dos assuntos objecto da informação ou quando é “administrador delegado de facto” ou, ainda, quando forem membros de “órgãos de facto”, por inexistência ou afastamento dos administradores de direito (arts. 214<sup>o</sup>, n.ºs 1, 2, *in fine*, 3 e 7, 290<sup>o</sup>, 291<sup>o</sup>). *Ainda que não tenha legitimidade formal* para tais actos e funções, o administrador de facto em tais condições terá *legitimação substancial* para os levar a cabo, sob pena de omissão censurável à luz do critério do «gestor criterioso e ordenado» e arcar com as consequências em sede de responsabilidade<sup>2132</sup>.

---

veio a ser a massa insolvente” (págs. 505-506). Mais próxima no tempo, a Autora resume o seu pensamento em “O capital social...”, *loc. cit.*, pág. 74: “a tutela dos credores de sociedade subcapitalizada deve realizar-se (...) através da responsabilização dos administradores e gerentes, de direito *e de facto*, particularmente no que toca à inobservância do dever de apresentação pontual da sociedade à insolvência; e, consequentemente, do rigoroso apuramento das consequências que podem advir da respectiva violação” (destaquei). Desenvolvidamente sobre esta responsabilidade, realçando-se, na senda do direito tudesco, a diferença entre os credores sociais “antigos” e os “novos” (protegidos pelos arts. 78<sup>o</sup> e 79<sup>o</sup>), conforme a posição creditícia se adquiriu antes ou depois do momento em que o pedido de declaração de insolvência devia ter sido feito, v. CARNEIRO DA FRADA, *últ. est. e loc. cits.*, págs. 665-666, 699 e ss (a ideia básica é a de que “não deve ser consentido a uma empresa insolvente continuar a participar activamente na vida económica, sob pena de daí resultarem graves prejuízos para os que nela intervêm”, de tal modo que se possam ressarcir “os prejuízos derivados para os credores da diminuição do património resultante da não apresentação (atempada) à insolvência e, portanto, da diminuição daquela quota na massa da insolvência que a cada credor caberia se o dever tivesse sido cumprido”); MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, “A responsabilidade dos administradores na crise da empresa”, *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, 2011, págs. 393-394, 394 e ss, em esp. 397, 401 e ss; COUTINHO DE ABREU, “Subcapitalização de sociedade e desconsideração da personalidade jurídica”, *Capital social livre e acções sem valor nominal*, 2011, págs. 40-41. Por último, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “Contrato de sociedade...”, *loc. cit.*, págs. 146-147, considera que “[t]ambém pode ser convocado o regime do CIRE, na medida em que se entenda que o administrador de facto pode ser responsabilizado por não ter cumprido o dever de apresentação da sociedade à insolvência”.

<sup>2130</sup> Sobre a conjugação deste regime com a disciplina do art. 35<sup>o</sup>, v. COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II cit., n. (21) – pág. 452: nomeadamente, “[s]e a sociedade com perda de metade do capital estiver em situação de insolvência, por impossibilidade de cumprir as suas obrigações vencidas (art. 3<sup>o</sup>, 1, do CIRE), a administração continua com os deveres estabelecidos no art. 35<sup>o</sup> do CSC; mas, se sócios não adoptarem atempadamente medidas superadoras da situação de insolvência (ou não deliberarem a dissolução da sociedade), a administração tem o dever de apresentar a sociedade à insolvência (arts. 18<sup>o</sup>, 1, 19<sup>o</sup> do CIRE)”.

<sup>2131</sup> Desenvolvidamente (ainda que em referência aos princípios da “gestão de negócios”): FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, págs. 185 e ss.

<sup>2132</sup> Em termos de responsabilidade penal societária e contra-ordenacional, v. os arts. 515<sup>o</sup>, 518<sup>o</sup>, 519<sup>o</sup>, 520<sup>o</sup>, 523<sup>o</sup> e 528<sup>o</sup>.

Neste âmbito de excepções entrarão igualmente, pela *identidade substancial* de razões, os actos dos administradores cuja nomeação seja declarada nula ou anulada.

A equiparação já conhecida que o CIRE cristaliza entre administrador de direito e administrador de facto é notoriamente amiga desta interpretação. Nos termos do art. 186º, n.º 3, para o efeito de insolvência culposa, a lei presume (*iuris tantum*) a existência de «culpa grave» quando os administradores de direito ou *de facto* não tenham cumprido o «dever de requerer a declaração de insolvência» e a «obrigação de elaborar as contas anuais, no prazo legal, de submetê-las à devida fiscalização ou de as depositar na conservatória do registo comercial» – justamente depreende o CIRE que estas obrigações formais e organizatórias da administração técnica se encontram na esfera jurídica do administrador de facto, tal como se encontram *ex lege* para o administrador de direito. Compreensão essa, já agora, que igualmente transparece no art. 186º, n.º 2 (presunções *iuris et de iure* de culpa qualificada dos administradores de direito ou de facto): refiro-me à al. h), que indica indistintamente para ambas as espécies de administrador o incumprimento da «obrigação de manter contabilidade organizada»<sup>2133</sup>.

#### **14. A representação externa da sociedade por administrador de facto e o confronto com o representante aparente**

No que toca à representação da sociedade em face de terceiros e à imputação de actos celebrados em seu nome por sujeitos que não podemos qualificar como administradores de direito – isto é, designados pelos modos típicos –, a resposta passa pela diferenciação de *dois momentos*, que são as nossas duas hipóteses de apreciação: (i) depois de termos qualificado o sujeito como administrador de facto<sup>2134</sup> (ou ele ser administrador de facto reconhecido na lei); (ii) antes de o termos qualificado ou ter sido possível qualificá-lo como administrador de facto<sup>2135</sup>.

---

<sup>2133</sup> Ou «mantido uma contabilidade fictícia ou uma dupla contabilidade ou praticado irregularidade com prejuízo relevante para a compreensão da situação patrimonial e financeira do devedor».

<sup>2134</sup> Mesmo que, para isso, apenas tenhamos recorrido a “factores” respeitantes à gestão interna da sociedade (ainda que representativos), sem qualquer acto ou actos de representação da sociedade na relação com terceiros.

<sup>2135</sup> Parece ser para estes casos que DANIEL TRICOT, pág. 24, e MARIE-JEANNE CAMPANA, pág. 41, identificam a categoria do “*dirigeant de fait apparent*”, aquele que, sem ser administrador de direito



#### **14.1. Actuação representativa do administrador de facto legitimado e do administrador de facto reconhecido na lei**

A disciplina societária em matéria de representação é norteadada pelo desígnio de oferecer protecção excelsa aos terceiros que se relacionam com a sociedade, confiantes na legitimidade e na suficiência de poderes de quem se investe no exterior como actuante orgânico em nome da sociedade. Por isso, ao direito societário *capitalístico* não é estranha a eventual eficácia de actos realizados em contravenção de «limitações constantes do contrato social ou resultantes de deliberações dos sócios» (arts. 260º, n.º 1, 409º, n.º 1, 431º, n.º 3, 478º), actos que produzirão efeitos externos à luz de um princípio de ilimitação dos poderes representativos dos gerentes e administradores, desde que ajam no quadro definido na lei e o acto não despreste a especialidade do fim determinante da capacidade jurídica de gozo. Deste modo, entre o interesse de a sociedade não se vincular fora da observância das limitações colocadas pelos estatutos (nomeadamente o círculo do seu objecto) ou por deliberações dos sócios e o interesse de terceiros, “a quem não é exigível uma indagação completa e uma interpretação exaustiva dos estatutos ou de deliberações tomadas”, o CSC, nos tipos sociais abrangidos por aqueles preceitos <sup>2136</sup>, “optou decididamente pelo último [no seguimento do art. 9º, n.º 1, da 1.ª Directiva do Conselho, de 9 de Março de 1968], garantindo-lhe canais seguros de efectivação” <sup>2137</sup>.

Em termos amplos, poderemos fundar nesse princípio de *inoponibilidade* a condição de o sujeito que administra-representa não dispor de título formal existente ou vigente, desde que actuante em circunstâncias *qualificadas* de administração de facto: o administrador de facto directo, uma vez legitimado (na lei ou em procedimento probatório, tanto para ser directo e/ou indirecto), pode vincular a sociedade como qualquer outro administrador de direito, com o qual, enquanto titular também de relação orgânica com a sociedade, se equipara para este efeito se atingir esse patamar de integração no *esquema de produção da acção societária*. <sup>2138</sup>

---

regularmente investido, simplesmente aparece como administrador aos olhos de terceiros mas sem que essa aparência seja corroborada por “actos positivos e reais de gestão” que lhe confirmam o estatuto de administrador de facto “efectivo”; também contra a introdução da “teoria da aparência” quando não se exerce qualquer actividade de gestão, PHILIPPE MERLE, “Règlement judiciaire...”, *loc. cit.*, pág. 465.

<sup>2136</sup> A ponderação diferente chega, no que toca às limitações resultantes do objecto social, o art. 192º, n.ºs 2 e 3 (sociedades em nome colectivo e sociedades em comandita simples [art. 474º]).

<sup>2137</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO/CARNEIRO DA FRADA, pág. 54.

<sup>2138</sup> JESÚS QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil...* cit., pág. 353, ao considerar que a relação orgânica se estabelece também quando, em virtude da aparência, se “exercem eficazmente as funções que

Seja como administrador de facto que se *acrescenta* aos administradores de direito, seja como membro de *órgão de facto* <sup>2139</sup>.

O nexó de imputação dos seus actos à sociedade sublinha-se na aceitação e/ou tolerância manifestada por parte do ente social <sup>2140</sup>: o administrador de facto com legitimação jussocietária é aceite pela sociedade e não actua como um qualquer usurpador de funções, mero representante sem poderes ou *falsus procurator* <sup>2141</sup>, nomeadamente quando o órgão formal de administração não está desprovido de titulares ou os tem activos; ainda mais se vê como óbvia a solução quando a actuação anterior (conducente à legitimação do sujeito) fôra, totalmente ou em parte, aprovada através de ratificação (deliberativa ou tácita) do acto ou actos pela gerência ou pelo conselho de administração (seja nos termos gerais do art. 268º, n.º 1, *in fine*, seja até nos termos especiais, analogicamente invocados, do art. 19º, n.º 1) ou, se o acto celebrado tivesse sido decidido ou autorizado previamente pelos sócios, por sua deliberação (expressa ou tácita) <sup>2142-2143, 2144-2145</sup>

---

compõem essa posição, encontra o fundamento para que o administrador, ainda que de facto, *mas que actua como administrador*, vincula a sociedade nas relações concluídas com terceiros (tal como o administrador que beneficia da aparência derivada de uma designação viciada).

<sup>2139</sup> V. *supra*, 12.3.

<sup>2140</sup> E, por maioria de razão, na incorporação actualista do administrador de facto *ope legis*.

<sup>2141</sup> COUTINHO DE ABREU/ELISABETE RAMOS, n. (69) – pág. 42, COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., pág. 102: “(...) e porque os sócios e/ou os administradores de direito conhecem e toleram o comportamento deles (estão fora de causa os meros usurpadores das funções de administrador)”; JOSÉ ALVES MOREIRA, págs. 90-91, sublinhando que pretender a não vinculação sempre que há convivência dos sócios na actuação configuraria um caso de abuso de direito.

<sup>2142</sup> V., *a contrario sensu*, os arts. 260º, n.º 2, e 409º, n.º 2, parte final, quanto à (in)oponibilidade das limitações de poderes resultantes do objecto social.

<sup>2143</sup> Em Itália, alguma doutrina – ALDO SCHERMI, “Annotazione sull’amministratore di fatto...”, *loc. cit.*, pág. 82 – apenas admitia o reconhecimento da actividade administrativa realizada pelo terceiro “estranho à organização societária” através de ratificação do “órgão societário primário” (a assembleia de sócios), enquanto órgão legítimo para a nomeação dos administradores – assim se procedia à “inserção sucessiva, com efeito *ex tunc*, destes na organização societária enquanto órgão administrativo com o conferimento, retroactivo, dos relativos poderes-deveres”. No mesmo sentido para o direito espanhol, OLIVARES JAMES, págs. 306 e ss, 321, por deliberação expressa ou tácita, que pressuponha claramente a vontade de aceitar determinadas pessoas como administradores ou, pelo menos, a sua actividade como tais (mas também permitindo que a essa aceitação provenha de sócio unipessoal ou dos sócios que são todos administradores). Entre nós, VASCO LOBO XAVIER, *Anulação de deliberação social...* cit., n. (119) – pág. 472, admitia, antes de existir a prescrição do CSC, que a própria assembleia geral – portanto, os sócios – viesse a ratificar “a gestão exercida pelas pessoas que *de facto* estiveram a ocupar os lugares de administradores” (depois de esgotado temporalmente o “mandato”).

<sup>2144</sup> Realçando essa tolerância ou aquiescência ou consentimento (ainda que implícito) como requisito (cumulativo, se quisermos, com a qualificação do sujeito como administrador de facto) da imputação dos actos à sociedade e da confiança dos terceiros numa relação notória, v. OLIVARES JAMES, págs. 303 e ss, GIANNI MIGNONE, “Nota a Trib. Torino, 5 luglio 1988”, *loc. cit.*, pág. 718, ANTONIO PERDICES HUETOS, págs. 281-282, NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., pág. 60, 77-78, ID., “El concepto de administrador de hecho...”, *loc. cit.*, pág. 873, FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, “Ámbito subjetivo

Afora isso, aos terceiros – sujeitos cuja esfera deve ser protegida em várzea privilegiada naquelas condições – não interessa o motivo pelo qual um sujeito assume (de direito ou de facto) uma determinada posição jurídica, mas o *facto objectivo da assunção de um determinado tipo de actividade (caracterizada pelo exercício de poderes de gestão particularmente qualificados)*. Aos terceiros pouco importará, ainda, sob qual veste tenha sido realizada uma determinada actividade gestória, mas antes que tal essa actividade tenha sido realizada *por um determinado sujeito e em determinadas condições*.<sup>2146</sup> E que essas condições exprimam que a declaração de

---

de la responsabilidad”, *loc. cit.*, pág. 61, LUIS FÉRNANDEZ DE LA GÁNDARA, “La responsabilidad concursal...”, *loc. cit.*, pág. 708. Entre nós, mais céptico sobre o relevo da aparência em face de interesses oponíveis aos de terceiros e de ordem pública na administração de facto por designação invalidada, v., no sentido de uma análise “casuística”, JOSÉ ALVES MOREIRA, págs. 77 e ss, 84 e ss, 90, 93-94, 108.

Por sua vez, a doutrina britânica recusa os casos de usurpação sem mais, ou seja, só há vinculação se aquele que não tem nomeação ou sofre de vício na nomeação é considerado pela sociedade como estando autorizado a agir e o terceiro de boa fé não tem conhecimento ou não teve possibilidade de conhecer a irregularidade da sua posição: ROBERT PENNINGTON, *Directors’ personal liability cit.*, págs. 26 e ss, ID., *Company law cit.*, págs. 133 e ss CHRISTOPHER L. RYAN, pág. 16 (“a person who is deemed to be a director” pode ter autoridade implícita ou ostensiva mas o usurpador não terá em absoluto qualquer autoridade e não pode vincular a sociedade); GEOFFREY WALTERS, pág. 17; MICHAEL FORDE, págs. 139-149. Segue-se ainda o velho *leading case* “*Morris v. Kanssen and others*”, decidido pela **House of Lords** de **22 de Março de 1946** (in *Law Rep. AC*, 1946, pág. 459 e ss, em esp. págs. 471-472), em que se ajuizou a impertinência de uma “usurpação fraudulenta de autoridade” no cargo de administrador. De todo o modo, a doutrina salienta a utilidade da regra imposta pela sec. 285 do CAct 1985 – actual sec. 161, § (1), a), do CAct 2006 –, segundo a qual se preserva a eficácia dos actos de uma pessoa actuando como administrador mesmo que se descubra supervenientemente que houvera vício na sua designação (como também, actualmente, se for “*disqualified from holding office*”, se o tiver feito depois de caducado o título ou se não estivesse “*entitled*” para votar na matéria em questão: als. b) a d)).

<sup>2145</sup> Também neste sentido se vislumbra, no direito administrativo, a imputação aos entes públicos dos actos praticados por um *funcionário* ou *agente de facto* (o particular que assume sem investidura regular as funções públicas em circunstâncias excepcionais de não funcionamento regular e falência do aparelho administrativo). De acordo com ROGÉRIO SOARES, *Direito administrativo*, 1978, págs. 26-27, 28, a ordem jurídica teria que aceitar o concurso de agentes não titulados *desde que não fossem qualificados como usurpadores* e, portanto, com a “aceitação pelos órgãos titulados da Administração do benefício positivo do serviço de facto” (inclusivamente emitindo-se “disposições genéricas a reconhecerem em globo o funcionamento de facto de serviços públicos”). Antes, no mesmo sentido, MARCELLO CAETANO, pág. 644, identificava no “agente de facto” *necessário* a possibilidade de ser considerado equiparado ao “agente de direito”, enquanto durasse a situação extraordinária e as suas acções se inspirassem no interesse público ou geral, mas só se se tratasse de “indivíduo aceite pacífica e publicamente como agente administrativo” e, portanto, não fosse usurpador.

Também é neste trilho que vemos a doutrina estrangeira a pronunciar-se, ainda que se admita que a usurpação, como acto espontâneo de um privado que se substitui, em estado de necessidade, à administração pública, possa ser imputada segundo os critérios da *negotiorum gestio* – BRUNO CAVALLO, “Profilo storicistico di una metodica organizzatoria, *Il funzionario di fatto*, 2005, págs. 5-6, 13 e ss –, e não se olvide que, mesmo que tais actos usurpatórios não produzam em regra efeitos fora da esfera jurídica pública, se possam considerar os resultados materiais consolidados (“regra do facto consumado”) – DANIELE PORENA, “L’usurpatore di pubbliche funzioni”, *Il funzionario di fatto*, 2005, págs. 51 e ss, em esp. 59-60.

<sup>2146</sup> ALESSANDRO BORGIOI, “Amministratori di fatto e direttori generali”, *loc. cit.*, pág. 612 e n. (74).

vontade emitida pelo seu contraente é feita como se fosse própria da sociedade para quem esse contraente actua, deixando de estar *isolada no seu exclusivo círculo de interesses e/ou protestada pela sociedade*; logo, é de presumir que existe poder de representação quando se outorga a condição de administrador de facto. Nessas condições, o critério legal da *designação formal* deve ser substituído pelo critério qualitativo da *pertinência* à organização societária e à acção de produção societária. Razão pela qual não se deve exigir aos terceiros – nessas condições, repita-se – que tomem diligências acrescidas de informação relativas ao ónus de controlar a qualidade e a legitimidade de quem age, uma vez investido pela lei ou munido facticamente de uma natureza tipicamente administrativa, em nome da sociedade.

Por sua vez, como se fez voz corrente na *common law* dos EUA – em que, recorde, foi aproveitada a *de facto doctrine* precisamente para responder a um problema de vinculação corporativa <sup>2147</sup>–, esta é a atitude que melhor defende o interesse privado da conservação da aparelhagem corporativa com o fim de actuar o objecto da sociedade, mas, acima de tudo, o interesse público da segurança do tráfico jurídico e a viabilização prática da tutela das pessoas que negociam com a sociedade, acreditando estar a sociedade bem representada (*apparent authority*) sob certas *condições de legitimação* (desde logo, a actuação equivalente à de administrador); por isso, não é de exigir a tais *innocent persons* a comprovação de quem se lhes apresenta como representante orgânico da sociedade como uma espécie de *condição prévia* para a eficácia do negócio. <sup>2148</sup> A sociedade deve ficar vinculada ao reflexo externo perante

---

<sup>2147</sup> Longínquo no estudo, é certo, mas v. *supra*, ponto 2. da Parte I.

<sup>2148</sup> A *de facto director doctrine* surge nos EUA, como resumiu em 1946 ROBERT STEVENS, no seu *Handbook on the law of private corporations*, págs. 742, ss, para *conferir segurança à contratação* com as sociedades, mesmo quando esta é representada por quem age no domínio legítimo dos administradores de direito mas, por ex., sem qualificação formal, ou com eleição ilegal, ou depois de se ter esgotado o tempo do seu “cargo”, ter renunciado ou ter sido destituído. Antes, HOWARD CARTER WESTWOOD, “Resignation of corporate officers”, *VirginiaLRev*, 1936, págs. 533, destacava a migração de contexto dos *public officers* para tutelar os interesses de terceiros e prover “*assurance of reliability*”.

V., como confirmação *ad abundantiam* (para além do já aludido e citado no ponto 2. da Parte I), HENRY BALLANTINE, págs. 148-149; NORMAN LATTIN, págs. 263-264; HARRY HENN/JOHN ALEXANDER, *Laws of corporations and other business enterprises*, 1983, pág. 562; JAMES COX/THOMAS LEE HAZEN, págs. 365-366; LAURA HUNTER DIETZ [et all.], *American jurisprudence...* cit., pág. 257; WILLIAM MEADE FLETCHER, *Fletcher Cyclopedic...* cit., págs. 220-221, 221-222 (para a actuação de administradores cuja nomeação ou eleição esteja viciada ou que se tornem supervenientemente *disqualified*), 223-224, 226 e ss (a não ser que todas as partes saibam que o sujeito que actua não age como administrador de direito, o que não acontece quando a própria sociedade tolera a actuação ou que, conhecendo-a, não utilizou os seus poderes para obstaculizar a sua conduta ou prevenir essa mesma actuação).

Na jurisprudência (nomeadamente) da segunda metade do séc. XX (continuando a assimilar *directors* e *officers* de facto), assinalem-se os casos *Re Pearl Co.*, do **District Court da Pennsylvania**, de **24**

terceiros que a sua tolerância ou aceitação transmite acerca da sua própria organização, sem por isso poder recorrer à condição fáctica do sujeito (nomeadamente com recurso ao *principle of estoppel*), mesmo que os responsáveis (sócios e/ou administradores de direito) por essa imagem não estejam plenamente conscientes de que esse seu comportamento servirá para precluir a argumentação de falta ou limitação de poderes de quem contrata em nome da sociedade sem estar habilitado oficialmente como administrador.<sup>2149</sup> Se a sociedade quiser invocar, ainda assim, que tal aceitação fáctica não encontra reflexo externo *formal* no registo comercial (e sucessiva publicação) e é, por isso, oponível a terceiros a ausência da qualidade de administrador, sempre o terceiro se poderá defender com a dispensa de registo para a aquisição da qualidade de administrador de facto relevante como para a assunção de administrador de facto *ope legis*. Mesmo que assim se considerasse (alargando o âmbito de aplicação do art. 3º, n.º 1, al. m), do CRCCom.), o terceiro poderia prevalecer-se de uma designação (ainda que fáctica ou *ex vi legis*) não registada e não publicada, nos termos do art. 168º, n.º 1: como se viu<sup>2150</sup>, o registo não tem efeito constitutivo do acto gerador da condição de administrador de direito; muito menos terá do procedimento ou da determinação legal que atribui a qualidade de administrador de facto.

---

**de Janeiro de 1940** (in *F.Supp.*, 1940, volume 30, pág. 964, ss); *Drob et al. vs National Memorial Park, Inc., et al.*, do **Court of Chancery of Delaware**, de **13 de Março de 1945** (in *A.2d*, 1945, volume 41, pág. 589); *Blair et al. vs Bishop's Restaurants, Inc.*, do **Supreme Court of Oklahoma** (in *P.2d*, 1950, volume 217, pág. 161, ss); *Martin vs Miller, Bean vs Same, Fox vs Same*, do **Supreme Court of Michigan**, de **13 de Abril de 1953** (in [www.lexisnexis.com](http://www.lexisnexis.com) [1953 *Mich. Lexis* 476; originalmente: 336 *Mich.* 265; 57 *N.W.2d* 878]); *Benjamin W. Morse vs Fall River Line Pier, Inc.*, proferida em **2 de Abril de 1963** pelo **Supreme Judicial Court of Massachusetts** (in *N.E.2d*, 1963, volume 189, pág. 512, ss); *Sarah Levin vs 37th Street Drug & Liquors, Inc.*, do **Appellate Court of Illinois**, de **12 de Dezembro de 1968** (in *N.E.2d*, 1969, volume 243, pág. 504, ss); *Rodney L. Wolff vs Arctic Bowl, Inc.*, do Supreme Court of Alaska, de **16 de Fevereiro de 1977** (in *P.2d*, 1977, volume 560, pág. 758, ss, em esp. 764-765 e n. (7)), que confirma a tendência de não reconhecer a *de facto doctrine* para atribuir autoridade em “*internal disputes*” – neste sentido, para reivindicações de sócios, v. *Richard Baggett, Jeanette Baggett, and Roger Eulberg vs Cyclops Medical System, Inc.*, em **17 de Março de 1997** no **Court of Appeal of Utah** (in *P.2d*, 1997, volume 935, pág. 1265, ss); *Austin Lake Estates Recreation Club, Inc., et al., vs Ila B. Maberry*, do **Court of Appeals of Texas**, de **1 de Setembro de 1982** (in *S.W.2d*, 1983, volume 638, pág. 649, ss).

<sup>2149</sup> É por isso decisiva, ainda nos EUA, a demonstração de uma “*apparent*” ou “*ostensible authority*” outorgada pela conduta aquiescente da sociedade, que leva uma pessoa razoável a supor e a confiar que o sujeito tem os poderes com que se assume para actuar em seu nome e a realizar o negócio(-vinculação). Sobre esse conceito, v., sumariamente, ROBERT CLARK, págs. 116-117, e ROBERT HAMILTON/RICHARD BOOTH, *Corporations*, 2006, págs. 562-563, e, com vários desenvolvimentos e farta jurisprudência, WILLIAM MEADE FLETCHER, *Fletcher Cyclopedia...* cit., págs. 377 e ss, em esp. 401 e ss; para a importância no direito inglês, v. por todos BRENDA HANNIGAN, págs. 186 e ss.

<sup>2150</sup> V. *supra*, Parte II, ponto 9.

Consequentemente, tal administrador de facto submete-se, uma vez fazendo parte do *conjunto orgânico de direito (se plural)* ou constituindo por si só ou com outros administradores de facto o *centro orgânico fáctico de imputação da sociedade*, às mesmas regras legais e estatutárias (mesmo que, nas palavras de CASSIANO SANTOS, só tenham “eficácia intrassocietária” <sup>2151</sup>) que respeitam à *extensão ou conteúdo dos poderes representativos* e ao *modo de exercício* de representação daquela sociedade.

Por ex., se a sociedade, que tem cinco administradores de direito, necessita da intervenção de três administradores para se obrigar, os negócios celebrados são eficazes perante ela se o negócio for concluído por dois administradores de direito e um administrador de facto legitimado ou, na falta de administradores de direito, por três administradores de facto legitimados <sup>2152</sup>. Assim, o carácter fáctico da posição não pode ser causa de oponibilidade da sociedade – que consentira antes ou aplica a lei – para alegar a ineficácia do acto. Porém, se o método de representação exigir nominalmente a presença de um dos administradores de direito e, cumpridas as determinações legais de publicidade, oponível a terceiros <sup>2153</sup>, a intervenção do ou dos administradores de facto, mesmo que sucedânea de um ou outros administradores de direito, não é suficiente para suprir a exigência estatutária para a sociedade se encontrar vinculada nesse acto (em geral ou em especial).

Por ex., se a sociedade se vincula, em geral ou para certos negócios ou espécies negociais, por administradores ou gerentes delegados (arts. 261º, n.º 2, 408º, n.º 2 [em referência ao art. 407º, n.ºs 3 e 4]), também os administradores delegados de facto contribuirão ou actuarão suficientemente para que os negócios sejam eficazes perante a sociedade.

Ainda outro(s) exemplo(s): se se trata de alienação ou oneração de quotas próprias, dependente *legalmente* de deliberação dos sócios quotistas (art. 246º, n.º 1, al. b)), ou de trespasse de estabelecimento, dependente *estatutariamente* de deliberação também dos sócios quotistas (art. 246º, n.º 2, al. c)), ou ainda se se trata

---

<sup>2151</sup> *Estrutura associativa...* cit., pág. 301.

<sup>2152</sup> Parece ser de afastar o princípio no caso dos administradores de facto *ope legis* previstos na situação do art. 253º, n.ºs 1 e 2, pelo menos nos casos em que o número de sócios é à partida inferior ao número de gerentes “vinculantes”; a representação seria então necessariamente disjuntiva.

<sup>2153</sup> V., ainda que sem posições coincidentes para a sociedade por quotas e para a sociedade anónima, ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Os poderes de representação...* cit., págs. 223 e ss, n. (406) – pág. 226, JOÃO ESPÍRITO SANTO, págs. 480-481, 487 e ss (difusamente), COUTINHO DE ABREU, *Curso...*, vol. II cit., págs. 595-596.

da aquisição e venda de imóveis, dependente *estatutariamente* de deliberação dos accionistas ou do conselho geral de supervisão (arts. 405º, n.º 1, 442º, n.º 1), os administradores de facto não têm o poder autónomo de realizarem aqueles actos ou contribuir para a realização daqueles actos, que, sem as deliberações fundadoras, não são eficazes relativamente à sociedade.

Para esta hipótese – com as suas sub-hipóteses – de imputação *não conta o agir do administrador de facto indirecto*, que, por definição, não exerce qualquer função de representação nem tem relações com os terceiros das quais resultem um problema de referência à sociedade dos actos realizados. *Só conta o administrador de facto directo, enquanto tal*; mesmo que também continue a ser indirecto ou venha também a ser indirecto, só interessa, depois de qualificado, a sua cumulativa actuação gestionária na primeira pessoa.<sup>2154</sup>

Implícita está, por isso, a convicção que, para efeitos de aquisição da qualidade que torna a pessoa equiparada ao administrador de direito, não importa que a legitimação tenha sido feita de acordo com os trâmites exigidos para a administração de facto indirecta. Ou seja: a qualificação como administrador de facto directo e/ou indirecto é o passaporte para a capacidade de representação vinculante como administrador de facto directo.

#### **14.2. Actuação do representante aparente da sociedade**

Enquanto não podemos qualificar o sujeito como administrador de facto – ou durante o período em que o sujeito se mune de um exercício que poderá (ou não) desembocar na qualificação como administrador de facto –, temos *actuação representativa sem poderes* (se o seu estatuto não lhe atribui quaisquer poderes de vinculação ou se o instrumento representativo for nulo ou anulado) ou *actuação representativa com poderes limitados* (se o seu estatuto – director geral, “gerente de comércio”, mandatário, procurador, trabalhador subordinado, agente comercial, etc. -,

---

<sup>2154</sup> COUTINHO DE ABREU/ELISABETE RAMOS, pág. 42 e n. (68): “os administradores na sombra (...) não exercem directamente funções de gestão, dirigem antes os administradores de direito que as desempenham. Claro que também não exercem funções de representação” (= COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., pág. 101 e n. (194); JOSÉ ALVES MOREIRA, págs. 70, 75-76, 93; MENEZES CORDEIRO, “Capítulo VII – Responsabilidade civil...”, *loc. cit.*, pág. 276, anot. 42 (para o administrador de facto *stricto sensu* que “[n]ão representa a sociedade uma vez que não age por ela”). Lá fora: FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, n. (48) – pág. 147, FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, “Ámbito subjetivo de la responsabilidad”, *loc. cit.*, pág. 61.

ainda que diferente do de administrador, lhe permite realizar funções de gestão representativa).<sup>2155</sup>

Neste último caso, é a sociedade que se obriga, *no âmbito dos poderes* que os sujeitos não administradores dispõem para vincular a sociedade – atribuídos seja por via deliberativa (dos sócios e/ou do órgão de administração), seja por via negocial, seja por via da lei (*maxime*, o art. 115º, n.º 3, do CT). Mas não se obriga por força da actuação como administrador de direito, a não ser que possa cumular essa qualidade e estatuto com a do título com que actua e actue enquanto tal, ou assuma a qualidade de administrador de facto juridicamente relevante. Se actua em *excesso de poderes*, o acto será ineficaz em relação à sociedade.

Nos restantes casos, em que não existe título ou relação para actuar no plano externo da sociedade, os vínculos alegadamente assumidos por conta e, eventualmente, no interesse da sociedade não se imputam à sociedade *na medida em que o sujeito não se mune de título (mesmo que título administrativo inválido) que os leve a serem realizados em nome da sociedade*. Em certos casos, aliás, é a própria lei a ditar que, fora do princípio da ineficácia pura e simples em qualquer das esferas jurídicas envolvidas, quem fica obrigado e responde é o sujeito actuante *em nome próprio*: no caso da subscrição dos cheques e dos negócios cambiários por sujeito sem poderes ou com excesso de poderes, encontram aplicação os arts. 8º da LULLiv<sup>2156</sup> e 11º da LUCH<sup>2157</sup>. Noutros casos, a actuação é considerada *ex lege* em nome próprio, mas o sujeito é obrigado a transferir para a sociedade os direitos adquiridos: assim no «mandato sem representação» por força do art. 1181º, n.º 1, do CCiv. Em geral, no

---

<sup>2155</sup> Entre nós, este é, redutoramente, o único cenário ponderado por PAULO OLAVO CUNHA, *Direito das sociedades comerciais* cit., pág. 509, de molde que à sociedade nunca podem ser imputados os efeitos dos actos praticados em seu nome e em manifesto excesso de poderes por *este* administrador de facto.

<sup>2156</sup> CAROLINA CUNHA, “Vinculação cambiária de sociedades: algumas questões”, *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais – Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, volume I, *Congresso Empresas e Sociedades*, 2007, pág. 390 (“a sociedade, uma vez demandada, poderá excepcionar (mesmo perante terceiros) a ausência de poderes do sujeito que agiu”); ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Títulos de crédito e valores mobiliários*, Parte I – *Títulos de crédito*, Vol. I, I. *Dos títulos de crédito em geral. II. A letra*, 2008, págs. 50-51 (“Não parece de excluir que possa ter lugar a ratificação da representação sem poderes”).

No direito italiano, GIUSEPPE PORTALE, “Procura generale...”, *loc. cit.*, pág. 349, PIETRO ABBADESSA, “Procura generale conferita a sindaco di società per azioni e rilascio di cambiali ipotecarie di favore per altra società del gruppo (un caso clinico)”, *BBT*, 1987, págs. 353-354.

<sup>2157</sup> PAULO OLAVO CUNHA, *Cheque e convenção de cheque*, 2009, pág. 697: “impondo a lei que as obrigações cambiárias inscritas no cheque sejam válidas, mesmo que o sacador ou um endossante não tenha poderes para vincular um alegado representante (cfr. art. 10º da LUCH), devem os efeitos da deficiente representação ser imputados ao pretense representante, que fica pessoalmente obrigado pela subscrição cambiária...”).



entanto, a ineficácia pode ser suprida pela ratificação (mesmo que tácita) se o órgão de administração do *dominus* se apropria do negócio concluído pelo falso representante, nos termos comuns (ainda que analogicamente invocados) do art. 268º do CCiv.<sup>2158</sup>.

A previsão do remédio ratificante não deverá ser, porém, a única alternativa para a *configuração societária* dos negócios celebrados, fora da órbita jurídico-vinculante legítima ou legitimada da sociedade, por agentes desprovidos de legitimidade ou legitimação orgânica ou negocial<sup>2159</sup>. Suponhamos que o *representante sem poderes* ou *com poderes negociais limitados* estipula activamente no exterior perante terceiros com a declaração ou a invocação de que o faz para a sociedade e/ou em nome da sociedade *como verdadeiro administrador*, mas *fora dos poderes representativos, que pura e simplesmente não tem ou para além dos poderes que tem – por não ser administrador –*, ou estipula no contexto de uma “impressão” de que ocupa a função de administrador, mas nada faz para esclarecer e/ou contrariar essa “impressão” gerada junto de terceiros por ela não corresponder à falta de relação administrativa ou à verdadeira relação jurídica com a sociedade; e, ademais, que os terceiros *confiam justificadamente* nessa declaração ou invocação ou “impressão” de alegada actuação na veste de posição orgânica na administração formal. Estaremos perante o administrador “*por proclamação*” ou “*por manifestação*” sublinhada no direito suíço (*Organstellung infolge Kundgabe, Organ durch Kundgabe*)<sup>2160</sup>, aproveitada no direito alemão como administrador “*por força da aparência jurídica*” (*Vorstandsmitglieder kraft Rechtsscheins*)<sup>2161</sup> e, em Itália, visto como o administrador ou representante “*apparente*”<sup>2162</sup>.<sup>2163</sup> Poderão também aqui

---

<sup>2158</sup> ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *Os poderes de representação...* cit., págs. 150-151.

Para a aplicação analógica do art. 268º aos negócios celebrados em representação de pessoas colectivas, sem os necessários poderes, PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria geral...* cit., págs. 336-337, CARLOS MOTA PINTO, *Teoria geral...* cit., pág. 549 e n. (758).

<sup>2159</sup> Sobre a representação e a legitimação que ela envolve, v. PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *últ. ob. cit.*, págs. 320-321.

<sup>2160</sup> PETER FORSTMOSER, “Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht”, *loc. cit.*, págs. 131, 134-135, ID., *Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit...* cit., págs. 214-215, ALEXANDER VOGEL, págs. 266 e, desenvolvidamente, 330 e ss.

<sup>2161</sup> HOLGER FLEISCHER, “Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit...”, *loc. cit.*, pág. 518 – são responsáveis perante terceiros de boa fé aqueles que provocam e lhes é imputável a aparência.

<sup>2162</sup> NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., págs. 17 e ss. Seguidores em Espanha: JOSÉ LUIZ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., págs. 44-45, NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., págs. 58, 59.

<sup>2163</sup> Caso diferente – como já dei conta *supra*, Parte II, ponto 9. – é o do sujeito que actua com título inválido (nomeadamente nulo) ou actua depois de ver o seu título caducado, extinto ou suspenso:

os terceiros serem susceptíveis de beneficiarem de uma protecção para o seu negócio pela confiança na aparência criada no tráfico e reinvidicarem a estabilidade das relações jurídicas instauradas com a sociedade? <sup>2164</sup>

Não é fácil resolver os conflitos de interesses que emergem. Por um lado, a sociedade poderá ou deverá querer impedir a eficácia na sua esfera jurídica do negócio celebrado sem poderes para tal ou para além dos poderes conferidos, desencorando-se situações de representação indevida por ser ilegítima. Por seu turno, o terceiro que negociou com o *sujeito aparentemente legítimo* (mas *não legitimado*) desejará inconciliar-se com essa pretensão e fazer com que o negócio produza os efeitos correspondentes à sua legítima expectativa de que estava perante um sujeito que era detentor de poderes representativos ou suficientes poderes representativos (portanto, de boa fé), o que, naturalmente, coincidirá com a tutela do comércio jurídico, que julga importante a crença sobre os poderes de representação dos participantes no tráfico. Finalmente, o sujeito actuante quererá esta vinculação – coincidente com o interesse do terceiro –, de maneira que não seja ele o titular a título

---

independentemente da confiança suscitada junto de terceiros (de boa fé) sobre a qualidade e estatuto de administrador de direito daquele que aparece como tal no plano da *realidade publicitária*, “a vinculação é certa se a designação dos administradores ainda estiver registada” (COUTINHO DE ABREU/ELISABETE RAMOS, n. (69) – pág. 42, COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., pág. 102), nos termos dos arts. 3º, n.º 1, al. m), 11º, 14º, n.ºs 1 e 2, 15º, n.º 1, 70º, n.º 1, al. a), do CRCCom., e 168º, n.ºs 1 e 2, do CSC; a sociedade não se pode prevalecer, quanto a eles, dessa invalidade ou cessação (definitiva ou temporária) perante terceiros enquanto esses factos não forem registados e publicados (v. ainda ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, *últ. ob. cit.*, pág. 151). Por isso, estaremos perante situações de *aparentes administradores de direito*, distintos dos *representantes aparentes que se proclamam administradores* mas sem qualquer aparência registal.

<sup>2164</sup> Sobre diferentes compreensões dogmáticas da *aparência jurídica* e pressupostos de relevância de direitos e posições jurídicas criados com base nessa aparência (nomeadamente para efeitos de responsabilidade), v. JEAN CALAIS-AULOY, *Essai sur la notion d'apparence en droit commercial*, 1961, *passim*, em esp. págs. 173 e ss; CLAUS-WILHELM CANARIS, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, 1971, *passim*, mas é proveitoso consultar essencialmente as págs. 9 e ss, 28 e ss, 526 e ss; JOSÉ ENRIQUE BUSTOS PECHE, *La doctrina de la apariencia jurídica*, 1999, *passim*, em esp. págs. 40 e ss, 68 e ss.

Entre nós, v. (depois do estudo precursor de PESSOA JORGE, *A protecção jurídica da aparência no direito civil português*, 1951-1952), entre os que aderiram ou problematizaram a tutela da aparência (geralmente em conjunto com a protecção da confiança em sentido amplo e a integração do abuso de direito), CARLOS MOTA PINTO, *Teoria geral...* cit., pág. 127 (essa “relevância jurídica pode levar a *atribuir efeitos jurídicos* a uma situação tão-só aparente, ou ficar-se, como sucederá normalmente, por criar a *obrigação de indemnização* pela frustração das legítimas expectativas”); RITA AMARAL CABRAL, “A teoria da aparência e a relação jurídica cambiária”, *ROA*, 1984, págs. 628 e ss, PAULO MOTA PINTO, “Aparência de poderes de representação e tutela de terceiros. Reflexão a propósito do artigo 23º do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho”, *BFD*, 1993, *passim*, em esp. págs. 601-602 e n. (23), n. (39) – pág. 612, n. (41) – págs. 614-615, 619 e ss, 635-638; CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança...* cit., págs. 44 e ss (a tutela da aparência coloca “o sujeito na posição que lhe assistiria se o facto aparente fosse real, reconhecendo-lhe uma eficácia jurídica equivalente”); PEDRO ALBUQUERQUE, *A representação voluntária...* cit., *passim*, em esp. págs. 992 e ss, 1002 e ss, n. (1713) – pág. 1013.

próprio dos direitos e obrigações do negócio e de tal forma que se exonere de responsabilidades em face do terceiro e da sociedade (nomeadamente por não cumprimento de deveres assentes em eventual relação jurídica que está na fundação dos poderes representativos que tenham sido ultrapassados).

O ordenamento jurídico comercial oferece um preceito que faz um equilíbrio prudente destes interesses no ajuste da *apparentia iuris*. Trata-se, no regime jurídico do contrato de agência, do art. 23º, n.º 1, do DL n.º 178/86, que regula a “representação aparente”: «O negócio celebrado por uma agente sem poderes de representação é eficaz perante o principal *se tiverem existido razões ponderosas, objectivamente apreciadas, tendo em conta as circunstâncias do caso, que justifiquem a confiança do terceiro de boa fé na legitimidade do agente*, desde que o principal *tenha igualmente contribuído para fundar a confiança do terceiro*». Ou seja, exige-se, quanto ao terceiro, um requisito subjectivo de confiança na legitimidade da contraparte e um requisito objectivo de essa confiança se fundar em «razões ponderosas» mostradas pelo caso concreto, e, quanto ao “principal”, um requisito (ainda) subjectivo de a confiança do terceiro se basear (ainda que eventualmente não só mas também) no seu próprio comportamento, activo ou omissivo <sup>2165</sup>.

Excogita-se, na doutrina de PINTO MONTEIRO, que esta regra “será de *alargar* a todos os contratos de cooperação ou de colaboração” “ou até aos contratos de gestão em geral” ou, ainda “à generalidade dos casos em que esteja presente a mesma razão de ser” <sup>2166</sup>; advoga-se, com bondade, o mesmo alargamento *praeter legem* “por forma a proporcionar a necessária segurança do tráfico jurídico nas relações (comerciais) entre as empresas e terceiros”, domínio onde a “observância efectiva da divisão interna de funções e poderes por parte das pessoas e departamentos” das “organizações empresariais internamente diferenciadas” não é sempre facilmente cognoscível e controlável pelos terceiros, “*ultrapassando o requisito da legitimação*

---

<sup>2165</sup> PINTO MONTEIRO, *Contrato de agência...* cit., págs. 116-117, PAULO MOTA PINTO, “Aparência de poderes de representação e tutela de terceiros. Reflexão a propósito do artigo 23º do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho”, *BFD*, 1993, págs. 587-588, MENEZES CORDEIRO, *Manual de direito comercial* cit., pág. 667 (“A hipótese mais simples será a de o agente, com conhecimento e sem reacção do principal, se proclamar publicamente seu representante”: sublinhei).

<sup>2166</sup> *Contrato de agência...* cit., págs. 117-118.

Neste sentido, também MARIA HELENA BRITO, *A representação nos contratos internacionais. Um contributo para o estudo do princípio da coerência em direito internacional privado*, 1999, págs. 133 e ss, em esp. 137, 139 (aplicação do regime do art. 23º no âmbito dos “contratos de cooperação ou até, de modo mais rigoroso, no âmbito dos contratos de cooperação auxiliar, de que o contrato de agência constitui, nesta matéria, o paradigma”).

*negocial do representante pelo representado*”<sup>2167</sup>; apadrinha-se um princípio de “procuração” ou “representação institucional” *ex bona fide*, por analogia com aquele art. 23º, “sempre que o representante se integre numa organização em termos de fazer crer, junto do *bonus pater familias*, na efectiva existência de poderes de representação”<sup>2168, 2169</sup>

Sendo assim, em primeira linha, o interesse da sociedade em não se ver vinculada prevalece, uma vez que sobre ela não pode correr integralmente o risco da circulação no tráfico jurídico de um representante sem poderes ou sem poderes bastantes, por muito que tal custe à segurança e à certeza ambicionadas pelo comércio jurídico; à sociedade deve assistir a possibilidade de, para além da não ratificação<sup>2170</sup>, obstar à produção de efeitos *não autorizados* na sua esfera jurídica. Mas já acontece a vinculação se – em *comunhão de razões* para com o processo de legitimação do administrador de facto – for a própria sociedade a contribuir para criar, manter ou não desfazer a situação de aparência (pois conhece a conduta), aceitando, apoiando ou tolerando o exercício *prima facie* ilegítimo de poderes representativos, levando à dedução da contraparte sobre a efectiva existência de legitimidade para representar a sociedade<sup>2171</sup>. E ainda se a sociedade, mesmo que não conhecendo a actuação do representante ilegítimo, não usou da diligência exigível no tráfico para acautelar ou impedir a situação cognoscível, designadamente quando falamos do comportamento de sujeitos relacionados com a sociedade ou

---

<sup>2167</sup> OLIVEIRA ASCENSÃO/CARNEIRO DA FRADA, págs. 58-59, com recurso ainda ao ditame do art. 259º do CCom. para os poderes representativos dos «caixeiros».

Porém, v., restritivamente, OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito civil. Teoria geral*, vol. II cit., págs. 240-241.

<sup>2168</sup> MENEZES CORDEIRO, *últ. ob. cit.*, págs. 571-572, ID., “Capítulo VII – Responsabilidade civil...”, *loc. cit.*, pág. 276.

<sup>2169</sup> Nestes sentidos ou próximos (nomeadamente como princípio de analogia para o campo de interesses do direito comercial), v. ainda PAULO MOTA PINTO, *últ. est. e loc. cits.*, págs. 641 e ss; CARNEIRO DA FRADA, *últ. ob. cit.*, n. (41) – págs. 58 e ss (“é comportável pela letra do preceito que apenas lhe seja *imputável* a criação de uma situação de *risco acrescido* de surgirem situações enganosas para terceiros”); PEDRO ALBUQUERQUE, *últ. ob. cit.*, n. (1669) – págs. 995 e ss, n. (1712) – págs. 1011, 1012, e, essencialmente, págs. 1054 e ss (aplicável a “situação merecedora de qualificação diversa mas igualmente susceptível de criar no espírito do terceiro uma convicção acerca da existência de poderes de representação na titularidade do auxiliar do falso representado”, capaz mesmo de ser o art. 23º “um caso de *Anscheinsvollmacht* aplicável ao *ius civile*”) e n. (1816); CARLOS MOTA PINTO, *Teoria geral... cit.*, pág. 551; CASSIANO DOS SANTOS, *Direito comercial português*, volume I cit., pág. 51.

<sup>2170</sup> De todo o modo, não será implausível reflectir sobre a aplicação analógica do art. 22º, n.º 2, do mesmo DL n.º 178/86: «Considera-se o negócio ratificado se a outra parte, logo que tenha conhecimento da sua celebração e do conteúdo essencial do mesmo, não manifestar ao terceiro de boa fé, no prazo de cinco dias a contar daquele conhecimento, a sua oposição ao negócio».

<sup>2171</sup> PETER FORSTMOSER, “Der Organbegriff in aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht”, *loc. cit.*, pág. 135, ID., *Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit... cit.*, pág. 214.

subordinados ao poder de direcção e controlo da sociedade (*maxime*, do seu órgão de administração). <sup>2172</sup> *Id est*, se houver uma *conduta societária que permita ser causa*

---

<sup>2172</sup> Estas duas possibilidades encontram-se sensivelmente radicadas, por essa ordem, nas figuras da “procuração tolerada” (*Duldungsvollmacht*) e da “procuração aparente” (*Anscheinsvollmacht*) do direito alemão – v., por todos, KARL LARENZ/MANFRED WOLF, págs. 893 e ss, CLAUS-WILHELM CANARIS, *Handelsrecht*, 2006, págs. 242 e ss, –, que a doutrina portuguesa recolheu e analisou: MENEZES CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil* cit., n. (147) – pág. 1245, ID., *Manual de direito comercial* cit., págs. 569 e ss (recusando, para a articulação com o art. 266º do CCiv., essas categorias, supridas pela aplicação do abuso do direito); HEINRICH HÖRSTER, n. (36) – pág. 484 (precludidas, em esp. a última, pelo art. 457º do CCiv.); PAULO MOTA PINTO, “Aparência de poderes de representação...”, *loc. cit.*, págs. 619 e ss; MARIA HELENA BRITO, *últ. ob. cit.*, págs. 125 e ss; CARLOS MOTA PINTO, *Teoria geral...* cit., págs. 550-551; PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Teoria geral...* cit., págs. 343 e ss; CARNEIRO DA FRADA, *últ. ob. cit.*, n. (40) – págs. 49 e ss; PEDRO ALBUQUERQUE, *últ. ob. cit.*, págs. 1008 (muito desenvolvidamente, em esp. ns. (1712), (1715), (1716)).

A doutrina alemã aplicou a representação “tolerada” e/ou “aparente” para a imputação dos negócios do administrador de facto sem título (ou com título inválido registado): v. JOACHIM MEYER-LANDRUT, *Aktiengesetz. Großkommentar* cit., sub § 84, pág. 649, *Anm.* 19, WOLFGANG HEFERMEHL, sub § 84, pág. 180, *Rdn.* 131, GEORG JARZEMBOWSKI, págs. 102-103, URSULA STEIN, *Das faktische Organ* cit., pág. 100, HANS-JOACHIM MERTENS, “Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung”, *loc. cit.* 1997, sub § 35, pág. 18, *Rdn.* 41; no entanto, considerando inconveniente a aplicação da *Duldungsvollmacht* na ausência de título, nomeadamente quando voluntariamente se coloca um “testa-de-ferro” à frente da administração, v. ROBERT WEIMAR, “Grundprobleme und offene Fragen... (I)”, *loc. cit.*, pág. 477 (mas já se viu que a administração de facto indirecta não coloca uma questão de referência à sociedade dos actos realizados).

Em Itália, circunscritamente para o “representante aparente” que não é administrador de facto, por não ter actuado com “aqueles requisitos de continuidade e independência” que a figura pressupõe, v. NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., págs. 18-19, 19-20 – se a sociedade concorreu para determinar nos terceiros a “confiança razoável” na subsistência dos poderes representativos, a sociedade fica obrigada. Em França, LAURENT LEVENEUR, págs. 86-87, não via na qualidade de administrador de facto a solução para vincular a sociedade pelos actos praticados sem poderes; desde que os terceiros demonstrassem que tinham sido “induzidos em erro” sobre a administração de direito de quem se lhes apresentou como interlocutor, essa vinculação seria o resultado da “força criadora autónoma da teoria da aparência”. Recorrendo à figura do “mandatário aparente” para tutelar a confiança de terceiros na vinculação da sociedade, v., em França, MARIE-JEANNE CAMPANA, pág. 41 (sobre o assunto, v., na nossa doutrina, PEDRO ALBUQUERQUE, *A representação voluntária...* cit., págs. 1022 e ss).

No entanto, fora do administrador tão-só “aparente”, a existência de uma aparência que justifique a confiança de uma pessoa normalmente diligente, integrada pelo concurso do “representado” para a legitimação aparente e pela subsequente convicção do terceiro em relação à subsistência dessa legitimação, é admitida como via para regular a imputação de efeitos do “agir por conta” da sociedade em verdadeiros casos de administração de facto: DARIO LATELLA, “La procura generale...”, *loc. cit.*, pág. 145 e n. (67) – pág. 146; assim parece sustentar igualmente MICHELE MOZZARELLI, pág. 579. Também FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, págs. 147, recorre aos “princípios de tutela da confiança culposamente provocada na aparente legitimação do agente” para a vinculação externa da sociedade, desde que não se pudesse aplicar o regime da gestão de negócios (art. 2031, 1º §, CCIt.) por falta do requisito de *utiliter coeptum* para a sociedade. Nesta mesma linha se encontra, para o direito espanhol, NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., págs. 20 e ss, 59-60, que encontra na doutrina da aparência jurídica (juntamente com a configuração do administrador de facto como “*factor notorio*”) a solução para vincular a sociedade pelos negócios celebrados com terceiros de boa fé (“confiando na dita aparência, contrataram com a sociedade”) por gestores “oficiosos” sem poderes suficientes, desde que a situação “apareça em face de todos, pelo menos em face dos terceiros que se relacionam com a sociedade, como uma realidade válida, cumprindo-se assim o requisito da verosimilhança”, acrescida do conhecimento e conhecimento dos actos realizados (“sanam a falta de poderes do administrador de facto”); mas sem que resolva ou abranja a repercussão da actividade em termos de *imputação de responsabilidade pelo exercício dessa actividade* (“a teoria da aparência jurídica não colmata as necessidades que a doutrina do administrador de facto é chamada a cobrir”: mais desenvolvidamente sobre esta insuficiência, v. págs. 175-176); também LUIS

*plausível de reconhecimento excepcional de efeitos jurídicos a uma situação infundada que, por si só, não os poderia gerar*, tendo em conta o risco da própria organização e exploração empresarial. No entanto, se o comportamento dos sócios e/ou dos administradores de direito da sociedade é equívoco ou contraditório e admite mais do que um significado e/ou o facto registal é dúbio (por ter havido registo provisório da designação como administrador <sup>2173</sup>), a confiança(-crença) depositada pelo terceiro na situação desfasada da realidade não se encontrará justificada na medida certa: a actuação não é imputável à sociedade mas antes à negligência do terceiro (uma vez que não se preveniu de acordo com a regra de conduta decorrente do art. 260º do CCiv.).

A esse estado subjectivo devem acrescer, na linha da doutrina suíça, circunstâncias ou indícios *especiais* que abonam a suposição do terceiro sobre a *verosimilhança* da existência de poderes suficientes de vinculação no tráfico jurídico – em termos de a situação aparente poder corresponder à *situação real* e tornar consistente uma situação jurídica *ab initio* inexistente <sup>2174</sup> – e, assim, a dispensabilidade de realizar o ónus de investigar a legitimação vinculante das pessoas com quem contrata, porque legitimamente confia na situação *aparente* e

---

FÉRNANDEZ DE LA GÁNDARA, “La responsabilidad concursal...”, *loc. cit.*, pág. 710, ID., *Derecho de sociedades*, volumen I cit., pág. 772, e MIRIAM LOZANO SAIGÍ, págs. 1075-1076 (“no âmbito externo a vinculação da sociedade em face de terceiros pela actuação do administrador de facto notório justifica-se pela protecção do terceiro de boa fé no tráfico jurídico desde que o administrador de facto cria a aparência de estar investido de *autoridade suficiente* para actuar em nome e representação da sociedade”). Em sentido diferente, enquanto colocava sérias reservas ao recurso da teoria da aparência (ou do “mandato aparente”) para proteger os terceiros em face de “actuações ilegais” e estimular a “direcção indevida das sociedades”, GÉRARD NOTTÉ, *Les dirigeants de fait...* cit., págs. 20 e ss, em esp. 22, 342 e ss (“não se pode esquecer que o administrador de facto se encontra numa situação ilegítima, que um terceiro verdadeiramente diligente e avisado poderia descobrir”).

<sup>2173</sup> Cfr. arts. 49º e 52º do CRCCom.

<sup>2174</sup> É precisamente com base em “circunstâncias especiais” (*besondere Umstände*) que o suíço ALEXANDER VOGEL, págs. 330-331, ancora a conclusão dos terceiros de boa fé sobre a existência de uma posição de órgão e poderes para o exercício das tarefas-funções do órgão de administração. Em sentido mais genérico, v. ainda PETER FORSTMOSER, “Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeit”, *loc. cit.*, págs. 134-135, ID., *Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit...* cit., pág. 214, Autor que se refere a uma “forma de consideração objectiva” quanto ao exercício das funções orgânicas de acordo com a aparência.

Segundo Vogel, tais circunstâncias podem ter três origens: (i) as declarações do sujeito, seja através de contacto directo (escrito ou oral) junto do terceiro ou através de exteriorização em face de um “público relativamente definido” (clientes potenciais, investidores, fornecedores, etc.) – v. ainda as págs. 336-337, para a dedução de confiança nessas comunicações, expressas ou concludentes; (ii) as manifestações da sociedade em questão ou de sociedade a si ligada, em contacto directo ou indirecto; (ii) os comportamentos do próprio sujeito, tendo em conta que leva a cabo uma actuação que normalmente, no ponto de vista dos terceiros, apenas é exercida pelo órgão de administração. Assim, conclui, é de excluir o administrador “por proclamação” se tais circunstâncias apontam para funções relativas a quadros inferiores ao da administração formal.

efeitos que lhe são favoráveis <sup>2175</sup>) <sup>2176</sup>: v. g., a habitualidade com que o administrador-representante aparente se relaciona com o terceiro; a disposição anterior de poderes representativos (por já ter sido administrador, procurador, mandatário, etc.); a titularidade de poderes para outros negócios; a condição de administrador que coexiste com administradores delegados ou comissão executiva com poderes representativos <sup>2177</sup>; a simultânea qualidade de sócio maioritário, etc.<sup>2178</sup> De todo o modo, o terceiro não poderá ver a sociedade vinculada se, mais uma vez de acordo com as circunstâncias do caso, se concluir que conhecia ou devia conhecer a ausência de legitimidade ou a legitimidade bastante para o acto e, não tendo chamado a si os passos necessários para esclarecer a situação, mesmo assim (ou seja, negligentemente), contratou <sup>2179</sup>. <sup>2180</sup>

## 15. Actuação funcional do administrador de facto e disciplina da responsabilidade civil societária dos administradores

### 15.1. Razões da aplicação

O direito das sociedades comerciais regula expressamente a responsabilidade dos «gerentes, administradores ou directores» por *gestão ilícita e culposa*. O modelo normativo encontra-se fixado nos arts. 72º a 79º do CSC e é *comum* aos vários tipos

---

<sup>2175</sup> Ou seja, a “boa fé subjectiva própria de uma pessoa a qual, sem violar deveres de cuidado e de indagação que ao caso caibam, ignore estar a violar posições alheias”: PEDRO ALBUQUERQUE, *últ. ob. cit.*, n. (1816) – pág. 1058.

<sup>2176</sup> Ainda segundo ALEXANDER VOGEL, págs. 332-333 (mas também 334-335, quando individualiza o dano fundador de responsabilidade na esfera jurídica de quem confia na posição de órgão), estão aqui implicados o exame e a confirmação da confiança dos terceiros (*Vertrauensbetätigung*), que passa nomeadamente pela prova de que teriam actuado diferentemente se soubessem da falta de posição de administrador.

<sup>2177</sup> V., novamente, os arts. 261º, n.º 2, e 408º, n.º 2.

A acumulação dos administradores formais que delegaram poderes representativos e induzem a aparência que são eles próprios que exercem tais tarefas na relação com terceiros em detrimento dos “delegados” é sublinhada por ALEXANDER VOGEL, pág. 339.

<sup>2178</sup> Na falta de registo ou publicação da designação que venha a ser invalidada em acção judicial, tendo sido esta registada (arts. 9º, al. e), 15º, n.º 5, CRCCom., 168º, n.º 5, CSC) – ou em caso de registo e publicação posteriores da designação –, os terceiros não se poderão prevalecer da regra da inoponibilidade do art. 61º, n.º 2 (ainda o art. 12º CRCCom.). Assim, resta-lhes socorrer-se dos pressupostos da aparência vinculante para a sociedade.

<sup>2179</sup> Segundo ALEXANDER VOGEL, pág. 332, este é um requisito básico para a imputação do acto à sociedade.

<sup>2180</sup> MENEZES CORDEIRO, “Capítulo VII – Responsabilidade civil...”, *loc. cit.*, pág. 276, anot. 41, aplica o princípio da “representação institucional” para a vinculação da sociedade por actos do administrador de facto “aparente” – “nunca foi designado”, “entrou em funções, agindo em nome e por conta da sociedade”.

de sociedade. Não obstante, é nas sociedades de capitais que mais se faz sentir os reflexos desta disciplina sancionatória.

Como sabemos, nestes tipos sociais o risco empresarial do(s) sócio(s) é temperado pela regra da limitação da responsabilidade (em rigor, irresponsabilidade pelas dívidas da sociedade). Como contrapeso, diz-se na doutrina, persiste uma dupla *assunção do risco social*, que actua em *planos distintos*:

(i) por um lado, o *risco de capital* ou *da actividade social* (elemento do conceito genérico de sociedade, enquanto face oposta da atribuição do lucro), que recai sobre cada um dos sócios e consiste na potencial redução do valor da respectiva participação social em caso de saída da sociedade ou de liquidação desta – se houver perdas, o sócio pode não recuperar (em parte ou no todo) o valor das entradas e de outras prestações feitas à sociedade; actua no plano da *propriedade* e em benefício do *exercício correcto dos direitos sociais-corporativos* (a começar pela escolha cuidadosa dos administradores);

(ii) por outro lado, o chamado *risco de administração*, que recai sobre quem exerce os poderes de gestão (sócios e/ou não sócios) e se consubstancia num complexo de deveres e correlativas responsabilidades decorrentes do seu incumprimento; actua no plano das *funções de administração* da sociedade e em benefício do seu *exercício correcto*.<sup>2181</sup>

As regras da responsabilidade civil<sup>2182</sup> tendem justamente a assegurar uma gestão escrupulosa e eficiente. Mas foram pensadas para os comportamentos dos administradores nomeados *de acordo com as formas previstas na lei*; tal característica da previsão legal – como vimos *ad abundantiam* – promove a tentação de esvaziar e iludir o alcance desse regime, pois, maliciosamente ou não, bastaria o *abrigo da falta*

---

<sup>2181</sup> V. NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., págs. 258-259, seguindo as conhecidas teses formuladas por GUIDO ROSSI, *Persona giuridica...* cit., págs. 102 e ss, 127 e ss. Também: ANDREA PERRONE, pág. 1405; JOSÉ LUIS DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., pág. 154; MARKUS GEISLER, pág. 1106 (“*Bandbreite Schadensersatz risiken*”); FILADELFO TRIBULATO, pág. 483; STEPHEN BAINBRIDGE, *Corporate law* cit., pág. 106. Por cá, v. ELISABETE RAMOS, *O seguro de responsabilidade civil...* cit., pág. 59.

Não propriamente assim, uma vez que evita conexionar a responsabilidade com a assunção do risco de empresa inerente às competências de gestão empresarial, mas obtendo explicação análoga, uma vez que a fundamenta na antijuridicidade por contravenção de um dever de diligência no exercício de determinadas competências, v. ALONSO UREBA, “Presupuestos de la responsabilidad social...”, *loc. cit.*, pág. 648.

<sup>2182</sup> Bem como, desde que não se veja falta de identidade de interesses perseguidos nessas regulações, a responsabilidade pelos ilícitos penais (especiais societários) e contra-ordenacionais que decorram da actividade no âmbito da organização social: v. arts. 509º-528 CSC; 378º-381º, 388º-407º (e, em esp., o art. 401º, n.º 3), CVM. Para abono no direito estrangeiro, recorde-se a solução extensiva patrocinada pelo art. 2639 do CCl. (v. *supra*, Parte I, ponto 3.3.).



ou de uma irregularidade da investidura formal como titular do órgão administrativo para afastar a punição, ainda que se tenham praticado *actos próprios* do desempenho de funções de administração. Neste campo, a pedra de toque é justamente impedir que se estreite a responsabilidade societária aos casos de designação formalmente legítima dos administradores, uma vez que não é de compreender que uma ausência ou extinção de efeitos de tal designação possa ser sem mais, *numa situação de paridade de funções e de actividades concretas*, a causa para imputar um regime diverso de responsabilidade para os sujeitos incompetentes <sup>2183</sup>.

As obrigações dos administradores correspondem a regras que disciplinam o *desenvolvimento correcto da actividade de gestão, independentemente da qualidade formal do sujeito que realiza essa actividade* <sup>2184</sup>; a responsabilidade é a resposta do ordenamento à lesão de determinados interesses e de determinados preceitos legais; essa lesão depende das *funções em concreto desenvolvidas*; a qualidade subjectiva desigual, *se compensada pela aquisição das notas relevadoras de uma verdadeira e efectiva conduta como administrador*, não pode assumir um papel de discriminação e de disparidade de tratamento <sup>2185</sup>. Pelo contrário: deve contribuir-se para que se sane

---

<sup>2183</sup> THEODOR BAUMS, págs. 175-176; HANS-JOACHIM MERTENS, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz* cit., sub § 93, pág. 290, Rdn. 11; KLAUS HOPT, *Großkommentar Aktiengesetz*, §§ 92-94 cit., sub § 93, págs. 71, Rdn. 34-35, 74, Rdn. 46, Autor que, privilegiando a absorção da “actividade” do órgão de facto, destaca a “irrelevância do acto de designação para o princípio da responsabilidade”, ou seja, da qualidade formal de administrador. Dubitativo e com reservas para a importação do princípio da correlação (ou binómio) entre poder e dever de preservação de interesses do ente administrado para fundar a responsabilidade do agente-administrador privado de legitimidade, v. FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, págs. 169-170.

<sup>2184</sup> FRANCO BONELLI, “La responsabilità dell’amministratore di fatto”, *loc. cit.*, pág. 112, “La prima sentenza...”, *loc. cit.*, pág. 186 (e demais escritos posteriores do Autor). Favoráveis no direito italiano, entre outros: FABRIZIO GUERRERA, *Illecito e responsabilità...* cit., pág. 447 e n. (253), NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., pág. 220, ALBERTO REDEGHIERI BARONI, pág. 1526; em Espanha, NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., pág. 189.

<sup>2185</sup> A inclusão de terceiros *fáticos* no quadro de actuação da responsabilidade (e, concomitante dos deveres violados) tem o proveito de aumentar o volume de responsabilidade, a deslocação do risco de insolvência e o aumento das hipóteses processuais de realização das pretensões indemnizatórias, nomeadamente no caso de os administradores de direito não poderem ser accionados de acordo com exclusões legais ou factos concretos que o inibem – assim, URSULA STEIN, *Das faktische Organ* cit., pág. 73. Sublinhando a necessidade de remeter os prejudicados para o administrador de facto em vez de reservar as suas pretensões para “indemnizações secundárias” (como as eventualmente suportadas pelo *Strohmann Geschäftsführer*), v. ainda MARC DINKHOFF, pág. 88. Porém (sem fundamentação), contra a responsabilização através do § 43 da GmbHG de quem efectivamente dirige a sociedade “sob a intervenção de um gerente como *Strohmann*”, HANS-JOACHIM MERTENS, “Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung”, *loc. cit.*, sub § 43, pág. 253, Rdn. 7.

o perigo de uma *manipulação abusiva da actuação administrativa para causar danos sem serem infligidas as respectivas sanções* <sup>2186</sup>.

Ora, se, em consequência, os administradores de facto, uma vez legitimados, protagonizam um ou mais actos de *mala gestio*, em desrespeito da lei, dos estatutos, de deliberações para execução administrativa e dos deveres legais inseparáveis do cargo, deverão estar igualmente submetidos ao risco de administração e à correspondente *responsabilidade específica por actos de administração*?

A resposta deve ser afirmativa <sup>2187</sup>.

---

<sup>2186</sup> URSULA STEIN, *Das faktische Organ* cit., págs. 74-75.

<sup>2187</sup> O que se afigura uma conquista genérica na doutrina, até porque sempre foi este o terreno de eleição para a discussão do instituto ou figura do administrador de facto.

Sem ser exaustivo na prova (e fonte da argumentação, que utilizaremos de imediato), v., em diferentes países, seja por extensão teleológica (mais frequente), seja por analogia com as normas pertinentes (e para o direito espanhol, antes e depois da equiparação normativa da LSAE e da LSCE, pois também se registam pronúncias sobre a motivação da escolha legal), NORBERT REICH, págs. 1666-1667, 1669 (directamente para as nomeações viciadas, analogicamente para as não nomeações que actuam através de testa-de-ferro); ADOLF BAUMBACH/ALFRED HUECK/GÖTZ HUECK, *sub* § 93, pág. 289, *Rdn.* 2; JOACHIM MEYER-LANDRUT, *Aktiengesetz. Großkommentar* cit., *sub* § 84, pág. 649, *Anm.* 19; WOLFGANG SCHILLING, *Aktiengesetz. Großkommentar* cit., *sub* § 93, pág. 724, *Anm.* 4 (se é activo como órgão administrativo, é responsável à luz dos princípios societários); WOLFGANG HEFERMEHL, *sub* § 93, págs. 273-274, *Rdn.* 8 (a favor da equivalência entre a actuação conhecida pelo *Aufsichtsrat* e uma nomeação válida para sancionar a violação dos deveres próprios do administrador); ECKARD REHBINDER, “Gesellschaftsrechtliche Probleme...”, *loc. cit.*, pág. 640 (analogia com o § 43 da *GmbHGesetz*); WOLFGANG SCHILLING, “Grundlagen eines GmbH-Konzernrechts”, *loc. cit.*, pág. 386; GÉRARD NOTTÉ, “Observations – Cour d’Appel de Rouen, 23 mai 1978”, *loc. cit.*, 19235, pág. 2-3/4; PIERRE-OLIVIER GEHRIGER, págs. 91 e ss (antes da revisão de 1991 do art. 754 do *Código das Obrigações* suíço), em esp. 95-97 (com sobreposição do elemento teleológico na interpretação dessa norma e sua aplicação analógica ao administrador de facto pela prática de funções do órgão), 99-100 (para rebater as teses contrárias da doutrina suíça), 128-129 (“igualação” do órgão de facto com o órgão regularmente nomeado), 160-161, 168; PETER ULMER, “Der Gläubigerschutz im faktischen...”, *loc. cit.*, págs. 415-416; FRANCO BONELLI, “La responsabilità dell’amministratore di fatto”, *loc. cit.*, págs. 112-113, ID., “La prima sentenza...”, *loc. cit.*, págs. 186 e ss, ID., *La responsabilità... cit.*, págs. 399, em esp. 404-405; JESUS QUIJANO GONZÁLEZ, pág. 353 e ss (mas não para o administrador de facto indirecto, sujeito às normas gerais de responsabilidade extracontratual do ordenamento comum: págs. 355-356); JOSÉ EMBID IRUJO, *Grupos de sociedades... cit.*, pág. 142; ALONSO UREBA, “Presupuestos de la responsabilidad social...”, *loc. cit.*, págs. 673-674 (com recurso à tutela da aparência criada no tráfico na relação com terceiros de boa fé em benefício da sociedade e dos próprios sócios), ID., “La responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, pág. 282; LAURENT LEVENEUR, págs. 87-88; GEORGES VIRASSAMY, pág. 311 (aparentemente, na responsabilidade perante terceiros); ANDREA FATTORI, “Amministrazione di fatto e azione...”, *loc. cit.*, págs. 255-256; MANUEL MARÍA SÁNCHEZ ALVAREZ, “Responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, págs. 328-329; ROBERT WEIMAR, “Grundprobleme und offene Fragen... (I)”, *loc. cit.*, pág. 478 (nomeadamente tendo em conta a possibilidade de lesão de credores sociais, uma vez que, se a sociedade tolera o comportamento do administrador não designado, não seria injusto que ela arcasse com a responsabilidade); FÉRNANDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, *El seguro de responsabilidad civil de administradores y altos directivos de la sociedad anónima (Póliza D&O)*, 1998, págs. 127 e ss; NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto... cit., passim*, particularmente as págs. 262 e ss (uma ampliação do âmbito subjectivo de eficácia das obrigações administrativas como pressuposto de imputação da responsabilidade por danos é solução “equilibrada” e “eficiente”), ID., “Dalle nebbie della finzione...”, *loc. cit.*, págs. 208 e ss; ELENA PÉREZ CARRILLO, pág. 49 e n. (85) – pág. 50; KLAUS HOPT, *Großkommentar Aktiengesetz, §§ 92-94 cit., sub* § 93, págs. 71, *Rdn.* 34, ss, 73 e ss, *Rdn.* 44, ss, e, em esp., págs. 74-75, *Rdn.* 49; ANDREA PERRONE, págs. 1405-1406 (rendido à analogia fora

O complexo de deveres (previstos em primeira linha na lei) para os administradores, mais que uma ordenação prevista para sujeitos determinados e individualizados que apresentam uma determinada veste formal, correspondem a regras que aferem o *desenvolvimento correcto e diligente da actividade de gestão da sociedade*. Os administradores retiram os seus poderes da proposição ao exercício de um cargo; os actos que praticam e as deliberações que adoptam no caso de administração colegial não expressam *o interesse dos administradores enquanto tais*; esses actos e deliberações são realizados e cumpridos no exercício de *um poder funcional* – o poder-dever de gerir a sociedade, *maxime* a empresa social –, dirigido à satisfação de um interesse próprio da sociedade e, mediamente e predominantemente, da colectividade dos sócios. Isto é, a competência gestória e representativa apresenta-se *instrumentalmente determinada*: em primeiro lugar, traduz-se em *poderes* que se atribuem como meio necessário para a actuação do interesse social; por outro lado, em *deveres* que a lei e os estatutos impõem para o

---

dos casos de título viciado ou ineficaz supervenientemente, pois exclui a qualificação de um terceiro como administrador e não estende o “risco de administração” subjacente às normas de responsabilidade a quem não disponha de uma investidura formal); GIUSEPPE GUIZZI, “Problemi in tema di gestione...”, *loc. cit.*, págs. 26-27, 28; GIOVANNI VALCAVI, págs. 878 e ss, 884 (mas só para a responsabilidade extra-negocial e não para a responsabilidade perante a sociedade); MICHELE MOZARELLI, págs. 574-575; LUIGI SALVATO, págs. 814, 816-817; JOSÉ LUIZ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., *passim*, em esp. págs. 135, 147 e ss, 154-155, 177 e ss (recorrendo à “perspectiva fáctica” do Direito, em oposição à opção formalista da interpretação dos conceitos jurídicos, que também coincide na teoria da desconsideração da personalidade jurídica), 186-187; ANTONIO PERDICES HUETOS, pág. 285; MASSIMO FRANZONI, *Gli amministratori e i sindaci* cit., págs. 345-346; NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., págs. 22-24, 179 e ss, 189 (sempre com a ponderação sobre a “possibilidade real que, efectivamente, tinha o administrador de facto para realizar ou não a conduta avaliada” para efeitos indemnizatórios); JOSÉ EMBID IRUJO, “La responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, págs. 2391-2392, 2410; MARKUS GEISLER, pág. 1113 (ponderando igualmente a diferença entre a sociedade lesada tolerante e os credores lesados, aventada por Weimar); HOLGER FLEISCHER, “Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit...”, *loc. cit.*, págs. 525, 528; GAETANO PRESTI/MATTEO RESCIGNO, págs. 160, 161; DOMINIQUE VIDAL, pág. 217; ANTONIO MOYA JIMÉNEZ, pág. 71; HANS CRISTOPH GRIGOLEIT, págs. 116-117, 277-278; HANS-CRISTOPH VOIGT, págs. 200-201, 205; UWE H. SCHNEIDER, “Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung”, *loc. cit.*, sub § 43, pág. 2228, *Rdn.* 22, MÓNICA FUENTES NAHARRO, págs. 269-270; FILADELFO TRIBULATO, pág. 483; DETLEF KLEINDIECK, “Haftung der Geschäftsführer. § 43”, *loc. cit.*, págs. 1000-1001, *Rdn.* 2; PAOLO MONTALENTI/NICCOLÒ ABRIANI, pág. 591, 592; WOLFGANG ZÖLLNER/ULRICH NOACK, “Abschnitt Drei. Vertretung und Geschäftsführung”, *loc. cit.*, sub § 43, págs. 880, 882, *Rdn.* 3. Favorável à aplicação da acção de responsabilidade em face dos credores sociais (art. 2394 do CCIt, equivalente ao nosso art. 78<sup>o</sup>), enquanto reflexo das obrigações de “utilização correcta” e de “conservação da integridade” do património social, que não podem deixar de ser destinadas também ao gestor de facto enquanto obrigações com um “relevo externo *qualificado*” (em nome de posições de interesses exteriores à esfera da sociedade), v. FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, págs. 192 e ss, em esp. 194-195.

Entre nós, v. ELISABETE RAMOS/COUTINHO DE ABREU, págs. 43-44, COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., págs. 104-105, RICARDO COSTA, “Responsabilidade civil societária...”, *loc. cit.*, págs. 31 e ss, 39-40, JOSÉ ALVES MOREIRA, pág. 88 e n. (145).

mesmo efeito.<sup>2188</sup> Serve a precisão, de ordem geral, para destacar que *não se identifica um interesse autónomo dos administradores no momento de adopção e realização desses actos e deliberações*; os interesses predominantes são *o interesse da corporação administrada*, a que a lei dá corpo fundamental na arquitectura da posição de administrador, e *os interesses (só ou também) daqueles que se relacionam com a corporação* (nomeadamente credores sociais e sócios).

A estrutura de responsabilidade dos administradores é, nesse sentido, o reflexo da evolução da posição jurídica de administrador, vinculada, como resume JESÚS QUIJANO GONZÁLEZ, “a um processo de *objectivação* das relações interssocietárias e de afirmação simultânea da *autonomia orgânica* da administração social”<sup>2189</sup>. Pode mesmo afirmar-se que a evolução do *administrador mandatário* para o *administrador titular de órgão* nesta posição transmuta-se, no campo da responsabilidade, numa permuta de aspectos contratuais por aspectos *legais* (ou *caucionados pela lei*, como estatutários ou deliberativos) – a começar pelo padrão de actuação do «gestor criterioso e ordenado». O estatuto do administrador, como *centro autónomo de poder*, só se possibilita com o grau de *institucionalização orgânica* que a lei promoveu – é esse estatuto que justifica uma responsabilidade pessoal e individualizada de cada um dos membros do órgão de administração<sup>2190</sup> e é esse estatuto que integra o regime legal da responsabilidade<sup>2191</sup>. Este regime surge, portanto, como aparelho de “contra-peso” em relação ao reforço das prerrogativas dos gestores<sup>2192</sup>, que *equilibra o exercício de um poder funcional assumido na relação orgânica estabelecida entre administrador e sociedade – com referência à lei, em primeira linha – e a fiscalização dos deveres inerentes*: a responsabilidade decorrente do incumprimento desses deveres é uma responsabilidade *orgânico-funcional* que incide sobre actos e/ou omissões praticados *no exercício e por causa do exercício das*

---

<sup>2188</sup> Por todos, v. GIANCARLO FRÉ/GIUSEPPE SBISÀ, *sub* art. 2380, pág. 761, HOLGER FLEISCHER, “Zur Leitungsaufgabe des Vorstands im Aktienrecht”, *loc. cit.*, pág. 2.

<sup>2189</sup> *La responsabilidad civil...* cit., pág. 138 (sublinhado da minha responsabilidade).

<sup>2190</sup> ALONSO UREBA, “La responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, pág. 281.

<sup>2191</sup> JESÚS QUIJANO GONZÁLEZ, *últ. ob. cit.*, pág. 139 (“a evolução assinalada do mandato para órgão tem de relacionar-se com este processo de institucionalização da administração que alcança a sua plenitude na sociedade anónima”).

<sup>2192</sup> SALVATORE PESCATORE, “Spunti sulla novellata gestione dell’impresa nella società per azioni”, *Strutture societarie e autonomia contrattuale – Saggi*, 2009, pág. 207.

*funções e competências de administrador enquanto titular de órgão a que dizem respeito a título próprio e autónomo tais funções e competências*<sup>2193</sup>.

<sup>2193</sup> Assim é, ainda que a operatividade ou efectivação das diferentes modalidades de responsabilidade por incumprimento ilícito e culposo se recorte no modelo da responsabilidade negocial quando se dirige à sociedade (art. 72º) e, por outro lado, quando se dirige a credores, outros terceiros e sócios siga o modelo da responsabilidade extra-negocial ou delitual (arts. 78º e 79º), sempre com atendimento privilegiado do regime sectorial e específico da responsabilidade societária prevista no CSC – que, aperfeiçoando-se como regulação própria e dispensando em grande medida o suprimento de lacunas, torna cada vez mais secundário aqueles recortes.

A doutrina portuguesa tem mostrado aceitar esta visão: cfr. COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., págs. 84 (e 104, quando aplica os arts. 72º e ss do CSC numa perspectiva funcional aos administradores de facto); ENGRÁCIA ANTUNES, “O regimento do órgão de administração”, *loc. cit.*, n. (34) – pág. 93. Numa concepção teleologicamente próxima, MENEZES CORDEIRO, *Da responsabilidade civil...* cit., pág. 493, referia que a responsabilidade dos administradores se ligava a “obrigações funcionais”.

A concepção de *gesetzliche Organhaftung* como meio de garantir a função sancionatória nos §§ 43 da GmbHG e 93 da AktGesetz, indiferente a excepções ou exonerações de responsabilidade remetidas para os vícios do modo de designação ou falta de designação ou ao eventual incumprimento de obrigações da sociedade para com o administrador, é sublinhada e desenvolvida classicamente na doutrina alemã: v. JOACHIM MESTMÄCKER, pág. 212, ADOLF BAUMBACH/ALFRED HUECK/GÖTZ HUECK, *sub § 93*, pág. 289, *Rdn. 2*, WOLFGANG HEFERMEHL, *sub § 93*, págs. 273, *Rdn. 8*, 276, *Rdn. 14*, HANS-JOACHIM MERTENS, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz* cit., *sub § 93*, pág. 288, *Rdn. 3*, KLAUS HOPT, *Großkommentar Aktiengesetz*, §§ 92-94 cit., *sub § 93*, págs. 70-71, *Rdn. 33-34* (com dependência do *Bestellungsakt* e independência do *Anstellungsvertrag*); KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht* cit., págs. 816, 1077; UWE H. SCHNEIDER, “Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung”, *loc. cit.*, *sub § 43*, pág. 2226, *Rdn. 14*; WOLFGANG ZÖLLNER/ULRICH NOACK, “Abschnitt Drei. Vertretung und Geschäftsführung”, *loc. cit.*, *sub § 43*, pág. 878, *Rdn. 2*. Criticamente, porém, THEODOR BAUMS, págs. 156, 168 e ss, 174 e ss, reconhece essa construção mas fugiu da linha dominante, já que considera que a responsabilidade “legal” societária não é mais do que qualquer outra responsabilidade contratual por incumprimento, tal como qualquer responsabilidade por indemnização do incumprimento de um contrato não deixa de ser uma responsabilidade “legal”; por isso explica a responsabilidade do administrador de facto (nomeadamente o sócio único ou maioritário) como uma responsabilidade não contratual (*nichtvertragliche Haftung*) enquadrada no âmbito da *negotiorum gestio*, tendo em conta o critério de diligência previsto nos §§ 43 da GmbHG e 93 da AktGesetz (pág. 171).

No mesmo sentido para o direito societário espanhol, v. JESUS QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidade civil...* cit., págs. 136 e ss, em esp. 138-139, 140-141 (“a responsabilidade dos administradores configura-se prioritariamente como uma responsabilidade legal específica, nem contratual nem extra-contratual, ainda que, para fins concretos, a utilização dos elementos de um ou outro signo seja legítima e conveniente”); LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA/DANIEL GARCÍA-PITA PEMÁN/ANTONIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Responsabilidad de los administradores de sociedades de capital en la esfera jurídico-societaria”, *Responsabilidad de consejeros y altos cargos de sociedades de capital*, 1996, págs. 11 e ss; GAUDENCIO ESTEBAN VELASCO, “Algunas reflexiones...”, *loc. cit.*, págs. 1683 e ss; ALONSO UREBA, “Presupuestos de la responsabilidad social...”, *loc. cit.*, págs. 647 (“é precisamente a configuração do órgão administrativo na sociedade anónima moderna que fundamentalmente explica o regime de responsabilidade social”), 651, 652, 653, 656 (responsabilidade “orgânica, legal e de ordem pública”), ID., “La responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, págs. 279-280; IGNACIO ARROYO MARTÍNEZ, “La responsabilidad de los administradores en la sociedad de responsabilidad limitada (Comentario del artículo 69 LSRL)”, *Estudios de derecho mercantil – Homenaje ao Profesor Justino F. Duque*, volumen I, 1998, págs. 167-168 (responsabilidade justificada na necessidade de “dar um status a um órgão necessário no funcionamento da sociedade de capitais”); ANTONIO MOYA JIMÉNEZ, págs. 33-34; JOSÉ LUIS DÍAZ ECHEGARAY, *Deberes y responsabilidad...* cit., págs. 204-205, 207-208; NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., págs. 92, 182; M.ª ISABEL CANDELARIO MACÍAS, pág. 140 (responsabilidade orgânica por “incumprimento das funções inerentes ao cargo de administrador”); MÓNICA FUENTES NAHARRO, págs. 308 e ss, em esp. 312; LUIS FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, *Derecho de sociedades*, volumen I cit., pág. 748.

O carácter orgânico da responsabilidade social dos administradores, referido a um eixo unificado e estruturado de funções e competências, é a *pedra de toque* para o tratamento da responsabilidade dos administradores de facto <sup>2194</sup>. Se se comprova o *facto* de haver quem administre no *circuito das funções e competências administrativas* como os administradores de direito, esses sujeitos devem estar *juridicamente* sujeitos às regras da correcta e diligente administração. E, se for caso disso, à responsabilidade derivada da violação dessas regras, em abono da tutela do interesse patrimonial das sociedades administradas, dos credores sociais e de outros terceiros comprometidos na órbita corporativa <sup>2195</sup>. E, mesmo quando os administradores respondem pela «inobservância culposa das disposições legais ou contratuais destinadas à protecção» dos credores sociais (art. 78º, n.º 1) e, «nos termos gerais, para com sócios e terceiros pelos danos que directamente lhes causarem no exercício das suas funções» (art. 79º, n.º 1), a conduta ilícita singulariza-se por se encontrar causalmente ligada ao exercício das suas competências orgânicas e ao pretendido cumprimento dos deveres que a posição jurídica de administrador determina. Não existe razão para diferenciar, em virtude da máxima *ubi est eadem ratio, debet esse eadem iuris dispositio*, o administrador de facto: a *ratio* subjacente à responsabilidade é a de se responder *não só por aquilo que se é formalmente mas por aquilo que efectivamente se faz*. Assim, ainda para mais neste tempo de *neoinstitucionalismo* – que manda tutelar a *eficiência da estrutura societária* como instrumento de organização da actividade empresarial <sup>2196</sup> –, o risco de administração

---

Para essa mesma visão, em França e na Suíça, veja-se as tomadas de posição de JEAN-PIERRE BERDAH, págs. 187, 192, e MAX ALBERS-SCHÖNBERG, pág. 43.

<sup>2194</sup> ALONSO UREBA, “Presupuestos de la responsabilidad...”, *loc. cit.*, chama-lhe o “ponto de partida”.

Contra o preconceito de que a falta de operatividade de uma investidura orgânica (*ou equiparado*) possa justificar a privação de responsabilidade do agente privado de legitimidade, v. FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, págs. 169 e ss, pois, segundo o Autor, a responsabilidade do administrador de facto tendo como fonte a “cooperação gestória” pode, como sabemos, ser enquadrada no esquema da actuação “por conta” no âmbito da gestão de negócios alheios.

<sup>2195</sup> Contra, como princípio regra (inerente à restrição da posição jurídica de “membro de órgão de facto” ao administrador com designação viciada) para a não extensão da responsabilidade legal-orgânica por causa da actividade fáctica continente de tarefas próprias do órgão, v. URSULA STEIN, *Das faktische Organ* cit., págs. 183-184, 191, 200.

<sup>2196</sup> PAOLO MONTALENTI, “La reforma del derecho societario en Italia: aspectos generales”, *RdS*, 2004, pág. 53.

deve recair sobre *todo aquele que coloca em acção a administração*, de direito ou de facto.<sup>2197</sup>

Concordo, portanto, com a doutrina que sustenta ser a previsão do instituto da administração de facto um *pressuposto de eficácia* da disciplina da responsabilidade civil pela administração social – e não um instituto que apenas *residualmente* chame essa disciplina, sempre que outras disciplinas, mais ou menos forçadamente, mais ou menos incompletamente, não sirvam para proteger os interesses e os bens jurídicos afectados pelo administrador de facto<sup>2198</sup>. Tanto mais que esta disciplina apresenta uma progressiva acentuação dos deveres de gestão com *conteúdo específico*, assente em parâmetros cada vez mais *qualificados* de diligência, que devem incidir sobre *todos aqueles que administram ou influenciam quem administra com as suas instruções e directivas*. Não se justifica uma responsabilidade dos administradores, enquanto formulação redutora, antes uma *responsabilidade pela administração*<sup>2199</sup> *a cargo de quem administra como administrador*.

Porquê?

Impede-se que o exercício *ilegítimo* dos poderes administrativos, seja por falta de investidura, seja por vícios ou imperfeição da designação, ou em razão da caducidade ou extinção do título electivo (com meios que, em certos casos, podem ser extremamente simples, como é a circunstância de falta de prestação de caução), tenha o efeito perverso de ser causa de isenção da responsabilidade societária para quem assume com subterfúgios formais o desvio entre função e título<sup>2200</sup>. Seria paradoxal que um indivíduo nessas condições fosse melhor tratado que a pessoa regularmente nomeada para as funções de administrador<sup>2201</sup> ou se visse apenas remetido para o

---

<sup>2197</sup> O princípio da unidade entre poder e responsabilidade (*Einheit von Herrschaft und Haftung*) é visto há muito na Alemanha como justificação para a inclusão do administrador de facto (sócio “dominante”, nomeadamente) no campo de aplicação das normas de responsabilidade dos administradores – NORBERT REICH, pág. 1666, ECKARD REHBINDER, “Treuepflichten im GmbH-Konzern”, *ZGR*, 1976, págs. 391-392, ID. “Gesellschaftsrechtliche Probleme...”, *loc. cit.*, pág. 640, HERBERT WIEDEMANN, “Die Bedeutung der ITT-Entscheidung”, *JZ*, 1976, pág. 393.

<sup>2198</sup> Como está subjacente à teoria de URSULA STEIN, *Das faktische Organ* cit., *passim*, em esp. págs. 143-144, 183-184, 200.

<sup>2199</sup> NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., págs. 216, 256, na peugada da dogmática já conhecida de LORENZO MOSSA, *Trattato...* cit., IV, pág. 452, ss (v. *supra*, Parte I, ponto 5.).

<sup>2200</sup> Como a própria URSULA STEIN, *últ. ob. cit.*, págs. 73-74, descreve.

<sup>2201</sup> Por todos, GÉRARD NOTTÉ, “Observations – Cour d’Appel de Rouen, 23 mai 1978”, *loc. cit.*, pág. 3/4.

regime da disciplina delitual comum (à primeira vista, menos severo) <sup>2202</sup>. Seria ademais injustificável que essa isenção surgisse naquelas situações em que os administradores de direito, uma vez designados, se desinteressam em absoluto da gestão e a deixam entregue a quem, não sendo administrador de direito, a realiza materialmente ou naquelas outras em que esses administradores de direito possam aparecer formalmente a decidir o que o administrador de facto determina ou apenas a executar as orientações e as instruções impositivas da verdadeira cabeça da administração <sup>2203</sup>.

Salvaguarda-se, ao desencorajar o exercício de funções de administração na ausência de uma deliberação de nomeação ou eleição ou de uma designação idóneas, a observância das regras imperativas que delineiam a estrutura organizativa das sociedades comerciais (em especial, nas sociedades de capitais, o princípio da competência dos sócios para a designação dos administradores, nos estatutos ou por deliberação) e os preceitos que norteiam o exercício da função administrativa, protegendo-se a sociedade, os sócios e os credores sociais e restantes *stakeholders*<sup>2204</sup> de uma lesão *sem castigo no direito societário*. A responsabilidade do administrador de facto permite colmatar lacunas de tutela visualizadas nos *centros de imputação da responsabilidade real* dentro das dinâmicas societárias.

Evita-se a aplicação de soluções ao administrador de facto *ope legis* ou *legitimado* no âmbito *comum* da responsabilidade negocial ou extra-negocial, com ou sem referência à disciplina do gestor de negócios alheios <sup>2205</sup> ou do mandatário, que sempre se distanciariam por inadequadas à protecção dos interesses a que a disciplina da responsabilidade societária acode.

Interdita-se a falta de uniformidade no ordenamento *global* que prescreve responsabilidade pela administração. Será irrazoável que o mesmo sujeito seja condenado no foro criminal por insolvência, frustração de créditos e favorecimento de credores <sup>2206</sup>, pelas dívidas fiscais não cumpridas pela jurisdição tributária <sup>2207</sup>,

---

<sup>2202</sup> Para esta observação, depois de cotejar as diferenças, v. JOSÉ LUIS DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., págs. 159 e ss.

<sup>2203</sup> Acentuando a necessidade de combater a fraude à lei que constitui a administração de facto oculta pela aplicação das normas que regem a responsabilidade civil societária, v. JOSÉ LUIZ DÍAZ ECHEGARAY, *últ. ob. cit.*, pág. 181.

<sup>2204</sup> Como não deixa ainda URSULA STEIN, *últ. ob. cit.*, págs. 74-75, de dar nota.

<sup>2205</sup> Cfr. arts. 466º e 472º, n.º 2, do CCiv.

<sup>2206</sup> V. *supra*, ponto 3.2.

<sup>2207</sup> V. *supra*, ponto 3.3.



pelas dívidas não satisfeitas de sociedade declarada insolvente em caso de insolvência culposa para a qual contribuiu (art. 189º, n.º 2, al. e), do CIRE)<sup>2208</sup> e, de outro modo, seja declarado isento de qualquer responsabilidade em sede civil societária. Ordenamento esse que, aliás, toma posição contra essa isenção: na realidade, o art. 82º, n.º 3 (anterior n.º 2), al. a), do CIRE confere legitimidade exclusiva ao administrador da insolvência (*naturaliter*, «durante a pendência do processo de insolvência») para «propor e fazer seguir as acções de responsabilidade que legalmente couberem, em favor do próprio devedor, contra os *administradores de direito e de facto...*», colocando ambos como *sujeitos passivos* dessas acções *no mesmo plano de decretamento de responsabilidade*<sup>2209</sup>. E, ainda no regime da insolvência, a posição recente do legislador sobre a responsabilidade civil pela causação ou agravamento da insolvência e consequente frustração dos créditos, retomando uma disciplina próxima dos arts. 126º-A e 126º-B do CPEREF e, para tal efeito, equiparando também administradores de direito e administradores de facto nas pessoas afectadas por essa responsabilização em caso de insolvência culposa, não deixa de entregar ao intérprete um dado importante de índole *sistemática* quando se intenta delimitar o alcance subjectivo dos arts. 72º a 79º do CSC. Em nome do princípio da *unidade do sistema* (art. 9º, n.º 1, do CCiv.), seria insensato não adequar o significado de tais normas – na fúlgida síntese de BAPTISTA MACHADO – à realidade de o legislador actual *insuflar* “de espírito novo o ordenamento jurídico ou o regime de uma dada matéria”<sup>2210</sup>. Pois, como refere MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, especificamente para a influência recíproca entre o regime da insolvência das pessoas colectivas e o domínio do *jussocietário*, “uma ordem jurídica representa um todo, um espaço global que deve apresentar uma coerência interna, e cujo equilíbrio revela

---

<sup>2208</sup> V. *supra*, ponto 3.4.

<sup>2209</sup> Neste sentido, COUTINHO DE ABREU/ELISABETE RAMOS, págs. 45-46, COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., pág. 107, ELISABETE RAMOS, “Insolvência da sociedade...”, *loc. cit.*, pág. 454, DIOGO PEREIRA DUARTE, *Aspectos do levantamento...* cit., n. (520) – pág. 336, ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, pág. 279.

Em trilha contrário, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores...* cit., n. (167) – pág. 473: “o contributo do artigo 82º, n.º 2 [actual n.º 3], do CIRE, para a fundamentação da responsabilidade dos administradores de facto é nulo, porque apenas atribui ao administrador da insolvência legitimidade para propor ou fazer seguir (...) as acções de responsabilidade contra administradores de facto para as quais já exista fundamento legal expresso [porém, assinalo, *quod erat demonstrandum!*](...); a norma não permite, nem na sua letra nem no seu espírito, que o administrador da insolvência proponha ou faça seguir, contra administradores de facto, as acções de responsabilidade que legalmente couberem contra os administradores de direito”.

<sup>2210</sup> *Introdução ao direito...* cit., págs. 191-192.

alguma fragilidade: *uma alteração de regime num dos domínios normativos tem, necessariamente, consequências que o ultrapassam, estendendo os seus efeitos para além daquele que é, estritamente, o âmbito do instituto em causa*" <sup>2211</sup>.

Estas são razões que aconselham a convocação da responsabilidade própria dos administradores àqueles que, sem terem sido ou não sendo mais formalmente administradores, participaram na gestão social ou influíram sistematicamente nos processos decisórios da gestão. Deverá, pois, o regime do CSC estar disponível para "abraçar" os administradores "não oficiais": a sua configuração liberta-se da exclusiva averiguação da qualificação formal do sujeito que gere (critério *subjectivo-formal*) e concentra-se no exercício concreto dos poderes de administração. Dá-se tradução ao predomínio de um critério elástico de tipo *funcional-objectivo*, que recorta e fiscaliza *materialmente* a actividade *efectivamente* desenvolvida e, em suma, a letra da lei não fornecerá argumento indeclinável para não acolher *todo aquele que actuou como relevo jurídico como administrador*. Mais do que qualquer outra, a disciplina da responsabilidade civil deve ser *formatada* em termos funcionais <sup>2212</sup>. Tomando como parâmetros *as prescrições que disciplinam a actuação dos administradores e que possam ser aplicáveis aos administradores de facto*, advoga-se, portanto, uma interpretação em sentido amplo do regime próprio dos administradores *de jure* para efeitos de responsabilidade <sup>2213, 2214, 2215</sup>

---

<sup>2211</sup> "O capital social...", *loc. cit.*, pág. 82, e o sublinhado é da minha lavra.

<sup>2212</sup> Dir-se-á, mesmo assim, que a letra da lei não estará totalmente desfasada deste espírito. Os arts. 72º («actos ou omissões praticados») e 79º («no exercício das suas funções») induzirão o intérprete a entender que o pressuposto de aplicação do regime é o desempenho efectivo do cargo, *independentemente* da regularidade da nomeação. A minha perspectiva é diferente: diria que esse argumento confirma a aplicação ao administrador *extensivamente redefinido*, que inclui o administrador de facto *legitimado*. Tudo o mais é, implicando um verdadeiro pressuposto da existência de administração de facto, pressupor que a lei se vergaria perante a irregularidade ou a falta de vigência do título.

<sup>2213</sup> Inclinou-se neste sentido o documento reformador da CMVM *Governo das sociedades anónimas: propostas de alteração...* cit., pág. 17: "também não é certo que o conceito de administrador de facto não possa já ser tido por pertinente no âmbito dos preceitos relativos à responsabilidade civil dos administradores (...). De facto, um *adequado uso da metodologia jurídica* poderá permitir justamente essa possibilidade. Caberá à doutrina e à jurisprudência explorá-lo ou negá-lo" (sublinhei).

<sup>2214</sup> Contra (em diferentes momentos) e, quase sempre, remetendo a solução para a responsabilidade delitual ou aquiliana: GUIDO RAFFAELLI, pág. 745; GIUSEPPE RAGUSA MAGGIORE, "Note *Bundesgerichtshof*, 28 giugno 1966", *loc. cit.*, págs. 237-238, ID., *La responsabilità individuale...* cit., págs. 157-159, 183-184; GIOVANNI LO CASCIO, págs. 197-198 (mas só se não houve qualquer título de investidura); HANS-JOACHIM MERTENS, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz* cit., sub § 93, págs. 290-291, Rdn. 11-12, ID., "Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung", *loc. cit.*, sub § 43, pág. 253, Rdn. 7 – a não ser que haja, por princípio, um acto de nomeação do administrador, ainda que ineficaz, emanado do órgão competente ou, sem qualquer nomeação, o afastamento dos membros do órgão de administração e a consequente responsabilidade para tutela da sociedade e dos credores (mais restrito nesta ocasião, por influência da já conhecida teorização de Ursula Stein [v. *supra*, n. 1716], do que na sua posição inicial de admissão do

O surgimento de uma responsabilidade do administrador de facto não preclude os princípios fundamentais da respectiva disciplina. Mas implica algumas clarificações, a maioria das quais suscitadas pelas advertências e excepções, ainda que superficiais, da doutrina.

a) Antes de mais, uma confirmação. A responsabilidade do administrador de facto é apenas verificada para as decisões e para as áreas de actuação ou funções gestionárias sobre as quais interveio directamente ou influenciou de forma exclusiva ou determinante,

---

*Mehrheitsgesellschafter*, ao actuar funcionalmente no lugar do gerente, como *faktischer Geschäftsführer* para efeito de responsabilidade em face da sociedade à luz do § 43 da GmbHG: “Die Geschäftsführung in der GmbH...”, *loc. cit.*, pág. 466); VINCENZO FERRO, “Responsabilità dell’amministratore di fatto”, *loc. cit.*, pág. 911, ID, “La responsabilità degli amministratori”, *loc. cit.*, págs. 590-591 (mas admitindo a aplicação da responsabilidade extra-negocial do art. 2394 do CCIt., equivalente ao nosso art. 78º, sempre que a conduta se revelasse numa lesão da integridade do património social); DOMENICO MALTESE, págs. 1073-1074; ALDO SCHERMI, “Annotazione sull’amministratore di fatto...”, *loc. cit.*, pág. 82; IGNACIO ARROYO MARTÍNEZ, “Artículo 133. Comentario”, *loc. cit.*, pág. 1415; MARC DINKHOFF, págs. 165, ss, 183 (“a nossa ordem jurídica oferece protecção suficiente contra acções arbitrárias ou ilegais”, sem necessidade de interpretação extensiva de normas), 185, 190; UWE HÜFFER, *sub* § 93, pág. 500, *Rdn.* 12. Com dúvidas sobre a extensão do regime legal de responsabilidade antes, nomeadamente, de uma definição exacta da condição de administrador de facto, do alcance dessa extensão e da relação com outras normas que permitem exigir responsabilidade a outros “responsáveis da empresa”, v., na doutrina espanhola anterior à equivalência positiva de 2003, JAVIER JUSTE MENCÍA, “En torno a la aplicación...”, *loc. cit.*, pág. 454, 455.

Paradoxalmente – atenta a difusão da figura nos processos falenciais –, foi em França que se viu maior resistência a esta equiparação para efeitos de responsabilidade societária, por ditame da interpretação literal e estrita feita pela jurisprudência superior e acordo de alguma doutrina na aplicação do art. 1382 do *Code Civil* gaulês: **Cour de Cassation, 6 de Outubro de 1981** (in *JCP*, Éd. Générale, II – Jurisprudence, 1982, 19891, pág. 51) e **21 de Março de 1995** (in *JCP*, Éd. Générale, II – Jurisprudence, 1996, 788, pág. 54), **Cour d’Appel de Paris de 17 de Outubro de 1991** (in *JCP*, Éd. Entreprise, 1992, II – Jurisprudence, 292, pág. 105 e s.); JEAN-MARIE MACQUERON, pág. 34 e n. (3), BERNARD SAINTOURENS, “Note Cour de Cassation, 23 mars 1995 – Quelle responsabilité pour les fautes de gestion du gérant de fait de la SARL?”, *Rev. Soc.*, 1995, págs. 502 e ss, em esp. 504, DANIEL TRICOT, pág. 24, HARITINI MATSOPOULOU, págs. 196 e ss, em esp. 198 e 200. Mesmo assim, tornou-se maioritária a tese favorável à equiparação extensiva: GÉRARD NOTTÉ, “Observations – Cass. com. 6 octobre 1981”, *JCP*, Éd. Générale, II – Jurisprudence, 1982, 19891, pág. 1/1, ID., “Note – Paris, 3<sup>e</sup> Ch. B, 17 octobre 1991”, *JCP*, Éd. Entreprise, II – Jurisprudence, 1992, 292, pág. 106; BERNARD SOINNE, págs. 133 e ss, em esp. 135; LAURENT LEVENEUR, págs. 87-88 (aparentemente não se conforma com o recurso ao “direito comum da responsabilidade civil”, sob pena de as regras especiais de responsabilidade ficarem comprometidas); CLAUDE CHAMPAUD/DIDIER DANET, “Sociétés et autres groupements. Gérant de SARL...”, *loc. cit.*, págs. 398-399 (contra o “puritanismo textual”, que uma revisão da lei faria terminar); YVES REINHARD/ISABELLE BON-GARCIN, págs. 54-55; YVES GUYON, “Sommaires de Jurisprudence. SARL. Gérant. Responsabilité. Gérant de fait. Application du droit commun”, *Rev. Soc.*, 1997, pág. 626 (pois o administrador de facto não se pode prevalecer do defeito de designação regular para escapar às suas obrigações e responsabilidades); NATHALIE DEDESSUS-LE-MOUSTIER, págs. 516 e ss, em esp. pág. 521.

<sup>2215</sup> Foge ao nosso trabalho, mas capta-se na doutrina estrangeira a plausibilidade de imputar responsabilidades (especialmente administrativa, penal e civil) à sociedade e/ou aos administradores de facto no âmbito do desenvolvimento da actividade económico-empresarial, designadamente pela violação de deveres enquanto entidade patronal junto da administração fiscal e segurança social, pela aplicação do regime da “responsabilidade do produtor” e “ambiental”, pela disciplina da “segurança e higiene no trabalho”, pela tutela dos direitos dos consumidores, etc. – desenvolvidamente para o direito alemão: ROBERT WEIMAR, “Grundprobleme und offene Fragen... (I)”, *loc. cit.*, págs. 479-480, ID., “Grundprobleme und offene Fragen... (II)”, *loc. cit.*, págs. 539 e ss; para o direito italiano, FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, págs. 200 e ss.

não as restantes onde não teve qualquer acção <sup>2216</sup>. Pois sabemos que “[a] responsabilidade dos administradores e gerentes é *por culpa e por facto próprio*, não é responsabilidade sem culpa e por facto de outrem” <sup>2217</sup>. <sup>2218</sup> E uma advertência: os demandantes de responsabilidade têm que demonstrar que o demandado é administrador de facto, seja por corresponder aos sujeitos assim enquadrados por força da lei, seja (o que é mais oneroso) cumprindo com o ónus de provar a qualidade de administrador de facto juridicamente relevante <sup>2219</sup>, e, além disso, devem ainda provar a amplitude da ingerência do administrador de facto enquanto *medida da sua contribuição para o facto lesivo*.

b) Ao lado do administrador de facto, existirá a maior parte das vezes um administrador com título suficiente, regular (e activo ou passivo na execução funcional). A presença de um administrador de facto não afasta nem exonera por si só (ou automaticamente) a responsabilidade dos administradores de direito <sup>2220</sup>. Nestes casos, não havendo responsabilidade do administrador de facto, a responsabilidade do administrador de direito, a existir, é *própria e devedora da sua actuação*. Havendo responsabilidade do administrador de facto, também poderá haver, em regime de solidariedade *ex art. 73º, n.º 1* <sup>2221</sup>, para o administrador de direito: (i) responsabilidade por acção pelo ilícito cometido, *se ele também se ocupou da gestão social (nomeadamente*

---

<sup>2216</sup> V., em particular, PETER FORSTMOSER, “Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht”, *loc. cit.*, pág. 137, ALEXANDER VOGEL, pág. 314, HOLGER FLEISCHER, “Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit...”, *loc. cit.*, pág. 528.

<sup>2217</sup> COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., pág. 54. Lá fora, v. HANS-JOACHIM MERTENS, *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz* cit., sub § 93, pág. 292, Rdn. 18.

<sup>2218</sup> Sem que, por causa disso, se veja razão para deixar de actuar a presunção de culpa constante do art. 72º, n.º 1. Não me convence, portanto, a posição adversa (para o art. 133, n.º 3, da LSAE, actual art. 237 da LSCE), de NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., págs. 185, 186 – no caso de administração fáctica, “aquele que pretende a responsabilidade” terá o “ónus de provar *todos os pressupostos de responsabilidade* tal como se tivesse recorrido ao regime comum de responsabilidade civil” (o itálico é da minha responsabilidade).

Sem que, ainda por causa disso, não seja de censurar o administrador de facto por omissão de vigilância da conduta do ou dos administradores de direito (mesmo que sejam delegados: v. novamente o art. 407º, n.º 8) que tenha causado prejuízos, ainda por aplicação do art. 72º, n.º 1 – neste bom sentido, em geral, MARINA SPIOTTA, “Fallimento, amministratore di fatto...”, *loc. cit.*, pág. 982.

<sup>2219</sup> Desenvolvidamente sobre a *prova* da qualidade de administrador de facto e os meios de defesa que podem ser invocados para a infirmar, v. GÉRARD NOTTÉ, *Les dirigeants de fait...* cit., págs. 173 e ss. Sumariamente, NURIA LATORRE CHINER, “Administrador de hecho y apoderado general...”, *loc. cit.*, págs. 2389 e ss (com enfoque para a mobilização das “presunções judiciais”).

<sup>2220</sup> Por ex.: KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht* cit., pág. 420, NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., págs. 198-199, 200, JOSÉ EMBID IRUJO, “La responsabilidad de los administradores...”, *loc. cit.*, n. (55) – pág. 2410 (desde logo por *culpa in omittendo*, tendo em conta que permitiu passivamente a consolidação da administração fáctica), FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, “Ámbito subjetivo de la responsabilidad”, *loc. cit.*, pág. 66, JOSÉ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, “De la calificación del concurso”, *loc. cit.*, sub art. 172, pág. 2584.

<sup>2221</sup> Favorável à aplicação do regime da solidariedade em relação ao administrador de facto que actua em conjunto com os administradores de direito, ROBERT WEIMAR, “Grundprobleme und offene Fragen... (I)”, *loc. cit.*, pág. 478. Contra, no direito espanhol, NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho...* cit., pág. 186 – é um “legitimado passivo” que se demanda de “forma particular”.

com prejuízo para o interesse próprio da sociedade), ainda que com atenuação (ou até, porventura, exclusão) de culpa se, meramente sendo um “testa-de-ferro” subordinado, apenas deu corpo às instruções e directivas do administrador de facto indirecto<sup>2222</sup> (mas com a ilicitude sempre ancorada no facto de não ter rejeitado a execução de instruções e directivas contrárias ao interesse social e, portanto, em violação da lealdade e do cuidado exigidos pelo padrão do “gestor criterioso e ordenado”<sup>2223</sup>)<sup>2224</sup>; (ii) responsabilidade por omissão ilícita (precipitada inequivocamente em várias disposições: arts. 6º, n.º 5, 72º, n.os 1 e 4, 78º, n.º 3, 81º, n.º 2, 83º, n.º 4, 504º, n.º 3, para além do art. 486º do CCiv.), se se demitiu em absoluto da gestão social e a entregou, ainda que por afastamento não querido da vida da sociedade, ao administrador de facto directo; nesta circunstância, o exercício de poderes que consentiu ou tolerou (por ex., não registando a cessação de funções do administrador com título extinto) e o sucessivo comportamento danoso do administrador de facto representam a infracção do dever de controlar (culpa *in vigilando*) a gestão efectiva, mesmo se não levada a cabo por quem não está legitimamente investido para o efeito<sup>2225, 2226</sup>

---

<sup>2222</sup> V. ROBERT WEIMAR, “Grundprobleme und offene Fragen... (I)”, *loc. cit.*, pág. 480, assinala essa possibilidade também para o próprio administrador de facto directo influenciado pelas instruções dos sócios (implicitamente como administradores de facto indirectos).

<sup>2223</sup> Particularmente relevante nas relações de “grupo de facto qualificado” – v. Parte II, ponto 7.1..

<sup>2224</sup> Não é assim, porém, nos casos de “grupo de direito” (subordinação contratual ou domínio total), tendo em conta o já conhecido art. 504º, n.º 3 (desde que na «execução de instruções lícitas recebidas»).

<sup>2225</sup> Tal como, *a pari*, há responsabilidade dos administradores da sociedade anónima pelo desrespeito do dever de vigilância geral da actuação do ou dos administradores delegados ou da comissão executiva: v. art. 407º, n.º 8, 2.ª parte.

Argumento sistemático adicional é dado pela responsabilidade insolvencial pelos créditos não satisfeitos tanto do administrador de direito como do administrador de facto (se for o caso, solidariamente), que agora se prevê no art. 189º, n.º 2, al. e), do CIRE.

<sup>2226</sup> V., elucidativamente na Alemanha para os *Strohmannfällen*, URSULA STEIN, *Das faktische Organ* cit., págs. 183, 185 (em relação com as págs. 152 e ss) – justamente enfatizando que a finalidade das normas se frustraria se só o titular formal do cargo fosse incluído no seu âmbito de aplicação, tendo em conta a agressão aos objectivos normativos da responsabilidade que é feita pela segregação do ofício orgânico; MARC DINKHOFF, págs. 31-32, 45-46, 47-48 (para a co-responsabilização “*Hintermann-Strohmann*”), 62; UWE H. SCHNEIDER, “Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung”, *loc. cit.*, sub § 43, pág. 2228, *Rdn.* 22; DETLEF KLEINDIECK, “Haftung der Geschäftsführer. § 43”, *loc. cit.*, pág. 1001, *Rdn.* 2; e, mais desenvolvidamente sob o ponto de vista de normas violadas, MATTHIAS SIEGMANN/JOACHIM VOGEL, “Die Verantwortlichkeit des Strohmanngeschäftsführers einer GmbH”, *ZIP*, 1994, págs. 1821, 1826 e ss, 1829.

Em Itália, Espanha e França, v., exemplificativamente, JESUS QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil... cit.*, pág. 352 e n. (154), JACQUES DUPICHOT, pág. 160, FRANCO BONELLI, *La responsabilita... cit.*, págs. 130-131, MANUEL MARÍA SÁNCHEZ ALVAREZ, “Grupos de sociedades...”, *loc. cit.*, pág. 142, JOSÉ LUIZ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho... cit.*, págs. 189-190, NURIA LATORRE CHINER, *El administrador de hecho... cit.*, pág. 199, LUIS HERNANDO CEBRIÁ, págs. 159-160. Em sentido favorável ao reconhecimento de os administradores das sociedades dependentes em “relações de domínio” se poderem exonerar em face das instruções recebidas e haver responsabilidade só para a sociedade dominante e seus administradores – isto é, *só para os administradores de facto* –, v. ADRIENNE HONORAT, “Jurisprudence en matière de faillites...”, *loc. cit.*, pág. 286; JOSÉ EMBID IRUJO, *La empresa de grupo... cit.*, págs. 261-262; PABLO GIRGADO PERANDONES, *La responsabilidad de la sociedad matriz... cit.*, págs. 199-200 (advoga a transferência de responsabilidade em consequência do papel desempenhado pelo órgão de

c) Há quem entenda que a (prévia) deliberação dos sócios a autorizar a acção de responsabilidade da sociedade (art. 75º, n.º 1) não pode ser condição de propositura da acção relativa ao gestor radicalmente privado de investidura<sup>2227</sup>. Se a acção é a prevista nos arts. 72º e ss e se diz respeito a acções ou omissões posteriores à qualificação do administrador de facto como legitimado (ou imputadas a administrador de facto *ope legis*), não vejo que contra-interesses poderão arredar a entrega à maioria dos sócios da função de controlo e de juízo sobre a condução dos negócios sociais e eventual responsabilização de quem exerce as funções gestórias – é certo – em violação das regras de designação do órgão de administração (em primeira e preferencial linha, nomeados ou eleitos pelos próprios sócios – recorde-se) mas que o faz de maneira tolerada, consentida ou aceite pela sociedade (requisito da sua legitimação).<sup>2228</sup> Mais a mais, essa deliberação deverá – como primeira tomada de posição para esse efeito – apresentar (isso sim) como condição a apresentação (porventura documentada e demonstrada) dos requisitos verificados e conducentes à qualificação do sujeito como administrador de facto e, portanto, sujeito passivo da aludida acção de responsabilidade. Além do mais, tal deliberação é ainda essencial para computar o esgotamento do prazo de seis meses referido no art. 75º, n.º 1. Não vejo, portanto, como não excepcionar a incompetência do órgão de administração e de representação para *decidir* tais acções de responsabilidade<sup>2229</sup>, em nome, ainda, do equilíbrio da repartição interorgânica de competências no seio da sociedade e da fiscalização pelos sócios do cumprimento dos deveres dos administradores.

d) A prescrição de uma acção de responsabilidade da sociedade segue o regime do art. 174º, n.º 1, al. b) – ou seja, *cinco anos* após o «termo da conduta dolosa ou culposa», ou

---

administração da dominante sobre a dominada), 200-201; ALONSO UREBA, *Los administradores...* cit., págs. 336, 338.

Seja como for, devem ser aplicadas, quando o órgão de administração funcione colegialmente, as regras de afastamento da responsabilidade solidária por força dos n.ºs 3 e 4 do art. 72 (e 78º, n.º 3, 79º, n.º 2) – na doutrina, v. por todos COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., págs. 49 e ss. Por outro lado, a solidariedade convocada no âmbito das relações externas pode ser atenuada, nas relações internas, no momento de aferir as relações substanciais entre os administradores de facto e os administradores de direito, podendo competir àqueles a responsabilidade última por efeito da tramitação da acção de regresso pelos actos ou omissões danosas (art. 73º, n.º 2) – e, já agora, tal será particularmente incisivo no contexto das sociedades em “relação de domínio” (art. 486º).

<sup>2227</sup> V. FABRIZIO GUERRERA, “Gestione «di fatto»...”, *loc. cit.*, pág. 169; ANDREA PERRONE, pág. 1406 (a regra não se justifica se o exercício das funções gestórias prescinde da observância das regras sobre a organização corporativa das sociedades de capitais); NICCOLÒ ABRIANI, “Dalle nebbie della finzione...”, *loc. cit.*, págs. 207-208 (a competência para a proposição da acção pertence ao órgão administrativo mesmo sem deliberação autorizadora dos sócios); GIUSEPPE GUIZZI, “Problemi in tema di gestione...”, *loc. cit.*, págs. 28-29 (pois a gestão de facto cria a obrigação gestória mas não coloca o sujeito no “interior da organização social”); LUIGI SALVATO, pág. 817.

<sup>2228</sup> Favoráveis: no direito alemão, ROBERT WEIMAR, “Grundprobleme und offene Fragen... (I)”, *loc. cit.*, pág. 480; no direito italiano, MASSIMO FRANZONI, *Gli amministratori e i sindaci* cit., pág. 346.

<sup>2229</sup> Por todos, COUTINHO DE ABREU/ELISABETE RAMOS, “Art. 75º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord.: J. M. Coutinho de Abreu, volume I (Artigos 1.º a 84.º), 2010, pág. 876.

da revelação (ulterior) de tal conduta (antes ocultada) ou, ainda, da produção do próprio dano (se ulterior a essa revelação) <sup>2230</sup> – se o administrador de facto adquirir tal qualidade pela verificação cumulativa dos requisitos de legitimação e para as condutas, revelações e danos posteriores a essa aquisição. O mesmo se verifica para o administrador de facto por efeito de designação inválida. <sup>2231</sup> Mas não se aplicará esse regime especial para as condutas ilícitas e culposas ocorridas antes do momento da aquisição da qualidade fáctica.

### **15.2. A ineptidão do artigo 80º como norma fundadora de responsabilização do administrador de facto** <sup>2232</sup>

Uma vez delineada a responsabilidade civil de natureza societária dos administradores e gerentes perante a sociedade, credores sociais e restantes terceiros, o art. 80º do CSC oferece-nos uma norma de *extensão* – «As disposições respeitantes à responsabilidade dos gerentes, administradores e directores [arts. 71º a 79º] aplicam-se a outras pessoas a quem sejam confiadas funções de administração». Ao intérprete confia-se a missão de identificar as pessoas a quem se estende esse regime.

O art. 80º é herdeiro do art. 25.º do DL 49 381, de 15 de Novembro de 1969 – «As disposições respeitantes à responsabilidade dos administradores aplicam-se a outras pessoas a quem sejam confiadas funções de administração». Os autores desta lei tiveram a intenção de “estender o regime da responsabilidade dos administradores a quem *legalmente* possam ser confiadas funções de administração”<sup>2233</sup>. Entenderam que o preceito alcançava: (i) titulares de órgãos de administração legalmente constituídos, além do conselho de administração; (ii) “casos de atribuição das funções que legalmente pertencem ao conselho de administração a outros órgãos, individuais ou colectivos, seja qual for a designação destes” <sup>2234, 2235</sup>

---

<sup>2230</sup> Por todos: COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., págs. 58-59.

<sup>2231</sup> Em sentido análogo, v., para a Alemanha, NORBERT REICH, pág. 1668, defendendo nomeadamente a “igualação passiva” entre o sujeito instigador ou influenciador e o administrador de direito “testa-de-ferro” (*Strohmann*); em Itália, NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., pág. 287; e, para Espanha, JOSÉ LUIZ DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., pág. 194. Contra, em nome da aplicação do prazo ordinário de prescrição, GIUSEPPE GUIZZI, “Problemi in tema di gestione...”, *loc. cit.*, pág. 29 (cfr. arts. 2949 e 2946 do CCIt.).

<sup>2232</sup> Seguirei de perto o expandido em RICARDO COSTA, “Art. 80º”, *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord.: J. M. Coutinho de Abreu, volume I (Artigos 1.º a 84.º), 2010, págs. 915 e ss.

<sup>2233</sup> RAÚL VENTURA/BRITO CORREIA, pág. 404.

<sup>2234</sup> RAÚL VENTURA/BRITO CORREIA, págs. 403-404.

<sup>2235</sup> RAÚL VENTURA/BRITO CORREIA, pág. 404, aplicavam ainda o art. 25.º aos administradores substitutos, “enquanto exercem funções de administração, na falta ou impedimento dos administradores

A doutrina recente contestou este elenco: pouco clara e inconsistente à luz da lei actual. “Os diversos órgãos das sociedades estão definidos na lei; os titulares do órgão administrativo (e de representação) respondem nos termos legais para eles estabelecidos, os membros de outros órgãos (sem ou também com algumas funções de administração) respondem nos termos delimitados por outros preceitos legais (v., designadamente, os arts. 81º-83º do CSC); salvo autorização da lei, não é lícito atribuir (estatutariamente ou outra via) a órgãos inominados no CSC competências legalmente pertencentes ao órgão de administração”<sup>2236</sup>.

Para o caso de *haver dúvida*, poderia o art. 80.º servir actualmente para alcançar a responsabilidade dos membros da comissão de auditoria no sistema monístico de organização da sociedade anónima (art. 278º, n.º 1, al. *b*), do CSC) – pois é órgão (ainda que tais membros correspondam a uma «parte dos membros do conselho de administração» (art. 423º-B, n.º 1), em que os referidos “auditores” são por força da lei titulares de funções administrativas. Todavia, delas estão excluídas as actividades “executivas” (gestão restrita e representação)<sup>2237</sup> e isso poderá suscitar hesitações quanto à responsabilidade por actos no *círculo restante de poderes*. Mesmo assim, o regime legal é suficiente – que já escalpelizei anteriormente<sup>2238</sup> – para os fazer responder *sem dúvida* pela actuação enquanto *administradores que (também) são*.

Recordemos.

Esses administradores-auditores têm o direito de participar e votar nas deliberações do conselho de administração em conjunto com os administradores ditos “executivos” do conselho (ou delegantes “não executivos”, se houver administrador(es) delegado(s) ou comissão executiva para a “gestão corrente”: art. 407º, n.ºs 3 e 4). Na circunstância de delegação *estrita ou imprópria* (art. 407º, n.ºs 1 e 2), os administradores-auditores estão abrangidos pela estatuição da 2ª parte do n.º 1: «O encargo especial (...) não exclui a competência normal dos outros administradores ou do conselho nem a responsabilidade daqueles, nos termos da lei».

---

titulares”. A figura tem hoje tradução nos arts. 253º e 393º (em conjugação com o art. 400.º). Os autores da lei de 1969, ainda que num outro quadro normativo, reconheciam que os administradores substitutos eram “verdadeiros administradores”.

<sup>2236</sup> COUTINHO DE ABREU/ELISABETE RAMOS, págs. 44-45, COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., pág. 106.

<sup>2237</sup> Para tal será necessário, como vimos, mobilizar o conceito de “gestão corrente”.

<sup>2238</sup> Sobre a comissão de auditoria e estatuto dos seus membros, v. *supra*, Parte II, no ponto 8.4.1.



Por outro lado, havendo delegação *típica* ou *própria* (art. 407º, n.os 3 e 4), em que os administradores não delegados reservam o poder-dever de participar na denominada “alta direcção”, na administração não delegável e na gestão corrente eventualmente não delegada, aplica-se igualmente aos administradores-audidores o estatuto desenhado pelo art. 407º, n.º 8: competência instrutória, revogatória ou substitutiva nos assuntos delegados (diferente de uma participação activa, em geral, na gestão corrente) e vinculação aos deveres de vigilância geral da actuação dos delegados e de provocar a intervenção do conselho de administração. Não havendo, como administradores que não deixam de ser, os auditores estão sujeitos ao dever de controlo-fiscalização (*manifestação* do dever legal geral de *cuidado*) relativo à actuação global dos restantes administradores “executivos” (arts. 64º, n.º 1, 72º, n.º 1 (“omissões”), 486º do CCiv.), ainda que não como *fiscalizadores nos termos dos poderes do art. 423.º-F (em esp. al. a)*). Assim, não é necessário o art. 80º para responsabilizar os administradores-audidores da comissão de auditoria (nomeadamente em termos solidários, de acordo com o art. 73º do CSC).

Posto isto, o art. 80º será em abstracto aplicável a *peçoas que não sejam formalmente administradores* <sup>2239</sup>.

A doutrina alude hoje à convocação do art. 80º para ditar “um regime reforçado de responsabilidade própria” para as “peçoas com poderes (delegados) de gestão e de representação, próprios dos administradores”, “agindo em nome e por conta da sociedade” <sup>2240</sup>. Porém: a) se estivermos a aludir aos gerentes ou administradores-encarregados especiais (delegação estrita ou imprópria <sup>2241</sup>) ou aos administradores delegados ou da comissão executiva (delegação típica ou própria), a sua qualidade de administradores e a actuação administrativa legalmente imputada (arts. 261º, n.º 2, 407º, n.os 1, 3) é o bastante para os sujeitar à responsabilidade própria da e pela administração <sup>2242</sup>; b) se estivermos a aludir a terceiros-não

---

<sup>2239</sup> Neste sentido, ELISABETE RAMOS, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., págs. 177, 179.

<sup>2240</sup> MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Comerciais anotado...* cit., sub art. 80º, pág. 293, anots. 2-3. O Autor distingue tais peçoas dos “meros representantes” ou “auxiliares” da sociedade, cujos actos cairiam sob a aplicação do art. 800º, n.º 1, do CCiv., respondendo a sociedade nesses termos.

<sup>2241</sup> Cfr. ainda o art. 261º, n.º 2, do CSC.

<sup>2242</sup> ELISABETE RAMOS, *últ. ob. cit.*, pág. 177.

PINTO FURTADO, *Código Comercial Anotado*, volume II, *Das sociedades em especial*, tomo I cit., sub art. 173º, pág. 401, considerava o art. 25º da lei de 1969 dispensável para este efeito (tal como para os “administradores substitutos”: cfr. *supra*, n. 2235).

administradores a quem sejam confiadas funções de gestão (que analisei antes: trabalhadores assalariados/subordinados, particularmente directores-gerais e directores-sectoriais incluídos nos quadros superiores que não fazem parte do órgão de administração, “gerentes de comércio”, mandatários e/ou procuradores, empresários, singulares ou colectivos, com funções auxiliares em áreas sectoriais das empresas exploradas pela sociedade, agentes comerciais, etc.), note-se que os responsáveis pela redacção do art. 25º da lei de 1969 excluía(m) do seu âmbito de aplicação as pessoas que, não fazendo parte dos órgãos societários, recebiam pelos estatutos ou por actos posteriores o *poder de praticar actos de administração* (entre eles aqueles, a que juntavam os “agentes de administração”); a sua actuação e os direitos e obrigações entre eles e a sociedade deve ser vista à luz das regras dos respectivos negócios e contratos (procuração, mandato, trabalho, agência, etc.) e a sua responsabilidade, em regra, deve ser averiguada de acordo com os pressupostos da responsabilidade civil negocial (na relação com a sociedade) e extra-negocial (nos ilícitos que afectam terceiros) <sup>2243</sup>. <sup>2244</sup> Só não será assim se for o caso de, considerando essa “qualidade de relação” – como lhe chamo – com a sociedade e um grau suficiente de independência e intervenção na “alta direcção”, poderem ser responsabilizados como administradores de facto – e, como veremos, se assim for, poderia ser convocado o art. 80º, mas só para quem o veja como norma de responsabilização dos administradores de facto a quem «foram confiadas funções de administração».

Até aqui, portanto, de nada ou pouco serve o art. 80º.

É de avançar, contudo, o *papel* que o art. 80º poderá desempenhar em algumas situações de “confiança” dessas funções:

– quando *a lei e/ou os estatutos atribuem ao(s) sócio(s) – enquanto titulares do órgão deliberativo-interno e não enquanto administradores, mesmo que acumulem o*

---

<sup>2243</sup> RAÚL VENTURA/BRITO CORREIA, págs. 404-405, ELISABETE RAMOS, *últ. ob. cit.*, pág. 179, COUTINHO DE ABREU/ELISABETE RAMOS, n. (75) – págs. 44-45 (= COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., n. (210) – pág. 106). Contra: PUPO CORREIA, “Sobre a responsabilidade...”, *loc. cit.*, pág. 676; FERNANDES OLIVEIRA, pág. 335 (para os mandatários, “na medida em que lhes seja de facto (e não apenas no instrumento de representação) conferida autonomia para, em relação a determinada categoria de actos, por exemplo, decidir em nome da sociedade e no lugar dos administradores”).

<sup>2244</sup> Sem esquecer a aplicação dos arts. 165º, 500º e 800º do CCiv. para a responsabilidade da sociedade pelos actos desses agentes e colaboradores.

Realçando ser este o regime que se aplica aos actos danosos dos *officers*, v. PAULO CÂMARA, “O governo das sociedades...”, *loc. cit.*, pág. 58.

*ofício – poderes de administração e de gestão empresarial, em especial* <sup>2245</sup> ou em geral (desde que *licitamente exercidos fora da órbita de possível administrador de facto*<sup>2246</sup>)<sup>2247</sup>: para uma responsabilidade do sócio ou dos sócios votantes no sentido (de decisão ou aprovação) que fez vencimento, *em relação a todos os lesados* <sup>2248</sup>, pelo exercício de uma função verdadeiramente administrativa (ainda que eventualmente só actuante no plano do consentimento) <sup>2249</sup>; observa-se assim o princípio da correlação entre o poder de gestão e a responsabilidade na exploração da actividade social, de tal forma que a titularidade de poder gestório e administrativo sem o cargo formal de administrador não seja um obstáculo para a aplicação aos sócios gestores da disciplina própria dos administradores em termos de deveres e consequências do exercício dessa actividade, *vista objectivamente* e fiscalizada de acordo com os *mesmos parâmetros de sindicância* considerado para os administradores e gerentes designados formalmente;

– quando *a sociedade contratualiza a transferência dos poderes de administração para outra sociedade* (ou sujeito não societário) no âmbito de um “contrato de gestão de empresa”, pelo qual se gere(m) empresa(s) da sociedade por conta e no interesse desta (e em nome desta ou não), desde que o contrato seja lícito<sup>2250</sup>: para uma responsabilidade do “gestor” (sociedade ou não) *em relação a credores e terceiros*;

---

<sup>2245</sup> V. COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., págs. 42-43 e n. (96), com exemplos. Aproveito os arts. 29º, 87º, 91º, 94º, 100º, 2, 102º, 103º, 120º, 133º, 134º, 319º, 320º, 350º, 376º, n.º 1, als. a) e b), 399º (remuneração: cfr. também, para os membros do conselho geral e de supervisão da estrutura germânica – art. 278º, n.º 1, al. c)–, o art. 429º), 496º, 506º, e junto os arts. 13º, n.º 2, 35º, n.º 1 («medidas julgadas convenientes» para sanar a «perda de metade do capital», em conjugação com o n.º 3, als. b) e c)), 194º, n.º 1, 246º, n.º 1, em esp. als. a), b), d), e), i), e 2, als. a), c), d), 255º, n.º 1.

<sup>2246</sup> Órbita essa em que os sócios poderão ser qualificados como administradores de facto se subtraem e esvaziam o domínio de competências gestórias dos administradores ou gerentes de direito.

<sup>2247</sup> V. arts. 11º, n.º 3, 2ª parte, 192º, n.º 3, 246º, n.º 1 (proémio) – tanto para a estipulação de que a decisão sobre certos actos a praticar pelos gerentes de sociedade por quotas necessitam de deliberação autorizadora dos sócios ou, a jusante, consentimento para a execução do previamente decidido pelos gerentes, como para a previsão estatutária de os sócios deliberarem directivas mais genéricas sobre as políticas de exploração da empresa social (v. *supra*, Parte II, ponto 7.1.) –, 259º (poder geral e não estatutariamente inscrito de instrução da actividade da gerência, desde que não esvaziador: v. igualmente *supra*, Parte II, ponto 7.1.), 405º, n.º 1-373º, n.º 2, 260º, n.º 2, última parte-409º, n.º 2, última parte (estes *a contrario sensu*).

<sup>2248</sup> No caso da sociedade lesada, é relevante o expediente da «acção de responsabilidade proposta por sócios» (*ut singuli*) do art. 77º.

<sup>2249</sup> Claro que sempre se poderá graduar o grau de culpa entre os sócios votantes, nomeadamente tendo em conta a possibilidade de prova da influência efectiva de alguns sócios sobre o sentido de voto dos outros fora do estrito e formal procedimento deliberativo.

<sup>2250</sup> Sobre esta figura e a sua licitude, ENGRÁCIA ANTUNES, *Os grupos de sociedades...* cit., págs. 511, 513 e ss (em esp. 516), PINTO MONTEIRO, “Contrato de gestão de empresa”, *CJ/ASTJ*, 1995, págs. 6 e ss, 15-

- quando as sociedades sem dependência (directa ou indirecta) entre si estabelecem um grupo de sociedades através de um “contrato de grupo paritário”, mediante o qual «aceitem submeter-se a uma direcção unitária e comum», e nele instituem «um órgão comum de direcção ou coordenação» em que as sociedades vinculadas participam igualmente <sup>2251</sup>: para uma responsabilidade dos membros deste órgão de administração comum *perante as sociedades agrupadas, seus credores e terceiros* <sup>2252, 2253</sup>

\*

O certo é que, para o que mais interessa, uma outra utilidade foi sendo dada nos últimos anos à norma: permitir o apoio para a aplicação dos arts. 72º a 79º aos administradores de facto (por oposição aos *administradores de direito* ou *formais*, a que se refeririam expressa e restritivamente os arts. 72º a 79º).

Uma parte da nossa doutrina sufraga essa aplicação e, para isso, *recorre ao art. 80º* <sup>2254</sup>.

16 (não é válido se transfere ou “delega” o poder de direcção e de controlo da proprietária [da empresa] para a gestora); COUTINHO DE ABREU, *Governança das sociedades comerciais* cit., pág. 44 (é válido “quando para o gestor for transferido tão-só a administração corrente, continuando o(s) administrador(es) da sociedade com o poder de decidir estrategicamente, controlar a execução do contrato e, sendo caso disso, denunciá-lo”). Nestes sentidos, lá fora, v. PAOLO MONTALENTI, “La traslazione dei poteri di gestione...”, *loc. cit.*, págs. 436 e ss, em esp. 456, 461, 463, 465-466, KARSTEN SCHMIDT, *Gesellschaftsrecht* cit., pág. 502, JAMES COX/THOMAS LEE HAZEN, págs. 468 e ss, HOLGER FLEISCHER, “Zur Leitungsaufgabe des Vorstands im Aktienrecht”, *loc. cit.*, págs. 9-10.

Se assim não for – e o “contrato de gestão” for nulo, nomeadamente quando atribui as funções decisórias sobre a “alta direcção” –, teremos a possibilidade de, precipitado efectivamente na actuação concreta esse clausulado, qualificar a sociedade de *management* e/ou os seus administradores ou as pessoas singulares contrapartes no contrato como administradores de facto nos termos gerais: assim, v. PAOLO MONTALENTI, *ibid.*, págs. 466-467, NICCOLÒ ABRIANI, *Gli amministratori di fatto...* cit., págs. 120-122, 123-125, 126, JOSÉ LUIS DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho...* cit., págs. 102-103.

<sup>2251</sup> Cfr. art. 492º, n.ºs 1 e 4.

<sup>2252</sup> Sobre este “órgão especial de direcção” como modalidade *institucional* para o exercício de «direcção unitária e comum», ENGRÁCIA ANTUNES, *últ. ob. cit.*, pág. 921.

<sup>2253</sup> Entre nós, FERNANDES OLIVEIRA, pág. 335, ainda propõe que o art. 80º se aplique potencialmente aos liquidatários das sociedades comerciais. Porém, veja-se o art. 152º, n.º 1.

<sup>2254</sup> ELISABETE RAMOS, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., págs. 180-181, 185-186 (numa primeira fase do seu pensamento); TÂNIA MEIRELES DA CUNHA, “A culpa dos gerentes, administradores e directores na responsabilidade por dívidas de impostos, *BFD*, 2001, pág. 795, ID., *Da responsabilidade dos gestores...* cit., págs. 77 e ss (o art. 80º como uma verdadeira norma de *equiparação responsabilizadora* entre administradores de direito e de facto, independentemente de haver ou não designação – irregular ou não, subsistente ou não –, mas desde que a administração de facto mostre “a continuidade, a efectividade, a durabilidade, a regularidade, o poder de decisão e a independência das funções de administração” exigíveis para a sua consideração; o preceito manifestamente sagra a figura do administrador de facto, com as vantagens apontadas de evitar uma impunidade a quem não cumpre as formalidades exigidas por lei e impedir que a situação irregular seja mais vantajosa que a situação regular); PAIS DE VASCONCELOS, *D&O insurance...* cit., pág. 33 (aparentemente); ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA,

Outra parte entende igualmente que os administradores de facto devem ser responsabilizados – *mas, para esse efeito, não recorre ao art. 80.º*. Claro que a norma não deixa de ser um afloramento no CSC da figura e da responsabilidade de (alguns) sujeitos que podem ser qualificados como administradores de facto <sup>2255</sup>. Mas não de todos – é forçado entender que «foram confiadas funções de administração» a espécies (ou subespécies) de administradores de facto, nomeadamente as funções *realmente exercidas sem qualquer acto de designação ou depois de extinto, caduco ou suspenso o título e por quem as exerce indirectamente (nomeadamente sob a forma oculta) através dos administradores de direito* <sup>2256</sup>. O art. 80.º, em parte, até poderia ser útil <sup>2257</sup>, mas *não é* manifestamente para o efeito *suficiente* no que respeita a uma grande parte dos administradores de facto <sup>2258</sup> – o que não abona à sua posição *internormativa* na sistemática da responsabilidade civil societária.

Por outro lado, não parece que o art. 80.º possa servir para aligeirar a condição de administrador de facto (ou de algumas hipóteses de administração de facto), no sentido de se configurar, enquanto ponte normativa para chegar aos arts. 72.º e ss, como um pretexto para dispensar algum ou alguns dos requisitos indispensáveis para a sua legitimação no quadro do “tipo legal” de administrador e, inexoravelmente,

---

pág. 279; MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *A tutela dos credores...* cit., págs. 468 e ss, 473 e ss, Autora que, na discussão do “sócio controlador” como administrador de facto, empreende uma *interpretação extensiva* do art. 80.º, disponível que estaria para abraçar a hipótese de as funções administrativas “serem espontaneamente assumidas ou ‘tomadas’ por essas outras pessoas”; por essa via aplicar-se-iam ao “sócio controlador” as disposições dos arts. 72.º e ss, *maxime* o art. 78.º, respeitantes à responsabilidade dos gerentes, mas sem que seja necessário demonstrar, para o efeito, “uma continuidade e regularidade no exercício dessas funções”; ALEXANDRE SOVERAL MARTINS, “Contrato de sociedade...”, *loc. cit.*, pág. 146.

Recorde-se (v. *supra*, ponto 5., *in fine*, da Parte I) que a CMVM, no seu estudo *Governo das sociedades anónimas: propostas de alteração...* cit., pág. 17, viu no art. 80.º uma das normas que podia responder, e responde, a “situações para as quais se desenvolveu inicialmente a doutrina do administrador de facto”.

<sup>2255</sup> RICARDO COSTA, “Responsabilidade civil societária...”, *loc. cit.*, n. (10) – pág. 35.

MENEZES CORDEIRO, “Capítulo VII – Responsabilidade civil...”, *loc. cit.*, pág. 276, anot. 43, afirma que o “art. 80.º dá (...) um argumento suplementar, no sentido da responsabilidade do administrador de facto”.

<sup>2256</sup> V. COUTINHO DE ABREU/ELISABETE RAMOS, pág. 45, COUTINHO DE ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores...* cit., págs. 106-107. Também assim é reconhecido por ANTÓNIO PEREIRA DE ALMEIDA, pág. 280 (que, por isso, para abranger os casos não previstos de administração de facto, propõe interpretação correctiva do art. 80.º), e JOÃO SANTOS CABRAL, n. (9) – pág. 246 (que, aparentemente, usa analogicamente o art. 80.º para cobrir as situações de administração de facto não cobertas pelo preceito e fiscalizar a sua actuação: cfr. págs. 247-248).

<sup>2257</sup> Parece ser este um dos sentidos conferido à norma por MENEZES CORDEIRO, *Código das Sociedades Comerciais anotado...* cit., sub art. 80.º, pág. 293, anot. 5: “pode ainda ser usado para apoiar a responsabilidade do administrador de facto”.

<sup>2258</sup> COUTINHO DE ABREU/ELISABETE RAMOS, pág. 45, COUTINHO DE ABREU, *últ. ob. cit.*, pág. 107.

abrir brechas no edifício legal que dará abrigo à figura – o que não avaliza o preceito como *porto de abrigo* da administração de facto.

A alternativa aqui seguida dispensa o art. 80º no *enquadramento responsabilizador da actuação dos administradores de facto* e surge naturalmente como mero corolário da configuração dogmática e aplicativa do instituto. A actuação *funcionalmente* administrativa e, em particular, *caracterizada pela acumulação dos pressupostos de relevância jussocietária* é o que bastará para que os arts. 72º e ss do CSC sejam aplicáveis aos administradores de facto, de acordo com um princípio de *equiparação com os administradores de direito* residente no *conceito extensivamente* redefinido de administrador de sociedade comercial <sup>2259</sup>. <sup>2260</sup>

---

<sup>2259</sup> Antes: RICARDO COSTA, “Responsabilidade civil societária...”, *loc. cit.*, págs. 39-40. Favorável: FERREIRA GOMES, págs. 155-156.

<sup>2260</sup> Outros resultados interpretativos chegam ao mesmo fim: (1) aplicando directamente os arts. 72º-79º aos administradores de facto, o que torna desnecessário o art. 80º para fazer responder os administradores de facto nos mesmos termos em que respondem os de direito, v. COUTINHO DE ABREU/ELISABETE RAMOS, págs. 43, 45 (= COUTINHO DE ABREU, *últ. ob. cit.*, págs. 104, 107); favorável: VÂNIA MAGALHÃES, pág. 383; (2) aplicando os preceitos por analogia para os administradores ocultos e directamente para os restantes (ou seja, os administradores “ilegítimos” e “aparentes”, tendo em conta que “a associação dos poderes de gestão e de representação preenchem a previsão ‘administrador’”), v. MENEZES CORDEIRO, “Capítulo VII – Responsabilidade civil...”, *loc. cit.*, pág. 276, anot. 43.

## **SUMÁRIO**

---





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 formas previstos na lei (*maxime*, designação nos estatutos e nomeação ou eleição pelos sócios), pode uma sociedade ser efectivamente gerida por quem (i) actua sem título de investidura orgânica, ou (ii) actua depois de extinto, caducado ou estando suspenso o seu título, ou, por fim, (iii) actua com base num título nulo ou que se veio a declarar anulado (com a consequente retroacção dos efeitos produzidos). Em todos estes casos estamos perante *administradores de facto*.

As hipóteses de gestão sem legitimidade formal depreendem o abandono de uma concepção formal-subjectiva da figura do administrador de sociedades e concentram-se no exercício concreto e efectivo dos poderes de administração. Dá-se tradução a um critério elástico de tipo *funcional-objectivo*, que recorta e fiscaliza *materialmente* a actividade *real e positiva* desenvolvida pelo sujeito. Este é o critério que prossegue a identificação das constelações ou grupos de “casos típicos” ou “sintomáticos” de administradores de facto.

A fenomenologia da administração de facto foi repartida de acordo com um princípio basilar: num grupo colocaram-se as hipóteses de inexistência radical de título legitimador da função administrativa (sócios, sociedades dominantes em “relação de domínio” ou em “relação de grupo” e seus administradores, terceiros “controladores” – como bancos, concedentes, franquidores, consultores, etc. –, trabalhadores subordinados, procuradores e mandatários da sociedade, agentes comerciais); no outro domiciliaram-se as circunstâncias mais evidentes e problematizantes de continuação do exercício da actuação administrativa uma vez extinta ou suspensa (e, por isso, ineficaz) a relação administrativa com a sociedade. Por fim, não poderia deixar de ser ponderado ainda o administrador que actua com base numa designação inválida (em especial, uma deliberação dos sócios ou do próprio órgão de administração), uma vez que, não produzindo a nulidade efeitos *ab initio* e tendo efeitos retroactivos a declaração de nulidade ou anulação, é administrador de facto, mas nutrido com *especialidades diferenciadoras* de regime.

Durante o tratamento fenomenológico do administrador de facto *potencial*, conseguimos vislumbrar as categorias da figura ulteriormente delineadas – o administrador de facto reconhecido pela lei ou *ope legis*; o administrador de facto

directo ou na primeira pessoa: manifesto e dissimulado numa “qualidade de relação” com a sociedade (as suas duas subespécies); o administrador de facto indirecto ou na sombra: oculto e ostensivo.

Debateu-se a necessidade de construir dogmaticamente a figura ou o instituto do administrador de facto. Considerou-se que a mera aplicação de normas singulares chamadas pelas situações concretas não era um método razoável e seguro para acudir às lacunas de regulamentação. A noção de administrador de facto baseou-se no recurso a um método *tipológico*, que trouxesse para averiguação um complexo *funcional* de notas caracterizadoras do “tipo” legal de administrador. Se essas notas se verificarem cumulativamente – a saber, (1) actuação positiva das funções típicas de administração *gestionária*, tendo como azimute a intervenção no patamar da “alta direcção” (ou, pelo menos, a execução das directivas dessa gestão estratégica e global se o *facto* for activado no campo das relações externas), (2) com a autonomia própria do administrador, (3) em regra de forma sistemática e continuada (ainda que, excepcionalmente, esporádica desde que expressiva), (4) com a aceitação da sociedade (do seu ou seus sócios e/ou do ou dos administradores de direito) –, chegamos à qualidade de administrador de facto *jussocietariamente relevante* (configuração *jurídico-institucional*).

É este *processo de legitimação* que o faz dispor de uma qualidade que, uma vez atribuída, permite (também) a constituição de uma relação orgânica com a sociedade e a sua equiparação tendencial ao administrador de direito, com a consequente aplicação a esse administrador de facto *legitimado* de uma grande parte do regime legal societário. Sempre que legitimado, o conceito de administrador abraça o (também) administrador de facto *institucional* (mesmo que se não lhe aplique *in totum* a disciplina da relação administrativa). Ajuizou-se que não será sempre aconselhável a imputação da conduta a um “órgão de facto” ou “órgão material”, que apenas se aceita quando constituído exclusivamente por quem se equipara aos membros formais do órgão de administração (porque não existem administradores de direito ou os que existem foram suprimidos na sua acção).

Esse processo de legitimação não se convoca, ao invés, se o administrador de facto resultar de uma designação invalidada em face de uma declaração (judicial ou orgânica) com retroacção e destruição do efeito imediato da designação – a atribuição do cargo de administrador. Nem esse mesmo processo se entende como necessário para a qualificação do administrador de facto *ope legis*, cuja assunção de funções

administrativas deriva imediata e automaticamente da lei e não de um dos *modos de designação* dos titulares dos órgãos de administração e representação como administradores de direito.

O administrador de facto legitimado equipara-se ao administrador de direito no conjunto de direitos e deveres inerentes à administração *gestionária* da sociedade (*rectius*, da empresa social) e às disciplinas respectivas – entre as quais se destacam a responsabilidade orgânico-funcional de carácter societário prevista nos arts. 72º a 79º CSC (dispensando-se o art. 80º para alcançar igual desiderato) e o conteúdo e modo de vinculação das sociedades. Pelo contrário, as disposições que respeitam à administração técnica de organização e funcionamento da sociedade não se lhe aplicam, a não ser que seja administrador de facto com reconhecimento na lei ou legitimado com adicional *posição de órgão*. Essa regra de *diminuição*, porém, não se aplicará se estivermos perante deveres (ou poderes-deveres) cuja realização implique a prevenção de danos possíveis ou iminentes para a sustentação da sociedade ou, em casos terminais ou contados, para a defesa dos interesses de sócios, credores sociais e tráfico jurídico em geral.

O estudo assenta na *redefinição extensiva* do conceito de administrador de sociedade comercial: administrador de direito e administrador de facto (com equiparação plena ou, em princípio, limitada). Consequentemente, a relação orgânica de administrador baseia-se numa fonte *bivalente*, a formal e a fáctica; enquanto a primeira – o “acto de designação” – atribui um *cargo ou ofício formal* com estatuto feito de poderes e deveres, a segunda – a verificação positiva dos *requisitos de legitimação* e da *previsão legal* – atribui uma *qualidade assente numa relação ou situação especial por força de direcção fáctica*, igualmente com estatuto (mesmo que, por princípio, diminuído).

---

Not always are the tasks and functions of the company's directors fulfilled by the formal, or regularly appointed, directors. This means that, apart from the individuals who undertake the direction of the company on the basis of an appointment or designation as it is legally foreseen (*maxime*, a designation in the corporate charter; a nomination or election by the stockholders), a company may be in fact run by someone who (i) acts in the absence of a title of organic investiture, or (ii) acts after the extinction or suspension of such title, or (iii) acts on the basis of a

null and void title, or one that has been annulled (with the consequent retroaction of invalidating effects). In all these cases we are dealing with *de facto* directors.

The hypotheses of factual direction under no formal legitimacy suppose the relinquishment of a formal-subjective conception of the company director, and concentrate rather on the concrete and effective exercise of the powers of administration. That in turn translates into an elastic, *functional-objective* criterion, which delimitates and materially supervises the *real and positive* activity carried out by the individual in question. This is furthermore the appropriate criterion for the identification of constellations or groups of "typical cases", or "symptomatic cases", of *de facto* directors.

The *de facto* director's phenomenology has been divided according to a basic principle: in the one group, we gather the hypotheses of radical inexistence of a legitimating title for the administrative function (stockholders, dominating companies in "dominium relationship" or "group relationship" and their directors, third-party "controllers" – such as banks, concession companies, franchisers, consultants, etc. –, subordinate employees, company's proxies or representatives, commercial agents); in the other group, we refer to the most evident and problematizing circumstances of the continuation of the exercise of administrative activities after extinction or suspension (and, therefore, inefficacy) of the directorship vis-à-vis the company. Finally, we could not but cogitate on the director who acts upon an invalid designation (specially, a resolution taken by the stockholders or the administrative board itself), for, given that the nullity or annulation does not produce *ab initio* effects, and given the retroactive effects of its declaration, such individual is also a *de facto* director, though the applicable legal framework involves some particular specialties.

In the course of the phenomenological treatment of the *potentially de facto* director, we can catch a glimpse of the categorization to be later delineated – the *ope legis*, or legally recognized, *de facto* director; the direct *de facto* director, in its two subspecies, i.e., manifest and dissimulated under a "relationship quality" with the company; the indirect or shadow *de facto* director: concealed and ostensive.

The discussion has been brought to the foreground on whether we should dogmatically construe the *de facto* director as an institution. We have considered that a mere application of norms singularly invoked vis-à-vis the concrete situations would not be the most reasonable and secure method in order to fill in the gaps in legal regulation. The notion of *de facto* director was based upon the recourse to a *typological* method, bringing into our inquiry a *functional* complex of characterizing notes for the construction of a legal "type" of directorship. Whenever those notes are to be verified – namely: (1) positive performance of the *managing* administrative typical functions, having as an "azimuth" the intervention at the "high" or "senior management" level (or, at least, the execution of guidelines of global and strategic management if the *fact* has been performed in the field of external relations); (2) with an autonomy that is characteristic of the directorship; (3) ordinarily in a systematic and continuous fashion (even if, exceptionally, in sporadic – though always expressive – terms); (4) accepted by the company (i.e., by its

stockholder(s) and/or *de iure* director(s)) –, we arrive at a quality of *de facto* director that is relevant from the stand point of company law (legal-institutional configuration).

It is this *legitimation process* that provides a *de facto* director with the quality, which, once assigned, allows (also) the constitution of an organic relationship with the company and his tentative equivalence to the *de iure* director; consequently, a great deal of the company-law regimen will be applicable to such *legitimized de facto* director. When thus legitimized, the concept of director also includes the *institutional de facto* director (even if the legal discipline for the administrative relationship is not *in totum* applicable to such case). We find it reasonable not always to impute the conduct to a "fact organ", or "material organ", and rather to accept it when it is formed exclusively by those who are to be deemed equivalent to the formal members of the administrative body (because there are no *de iure* directors, or the existing ones have been suppressed in their action).

Such legitimation process is however not to be invoked when a *de facto* director arises out of a designation invalidated as a consequence of a (judicial or organic) declaration with effects that retroact and hence destroy the immediate effect of the designation – the directors' investiture. Not even such a process is held to be necessary for the *ope legis* qualification of the *de facto* director, for the assumption of the administrative functions derives immediately and automatically from the law, and not from one of the *sources of designation* of the directing body members as *de iure* directors.

The legitimized *de facto* director is to be made equivalent to the *de iure* director in his rights and duties inherent to the *managing* administration of the company (*rectius*, of the corporate enterprise) and the respective legal regimen – wherein we may emphasize the organic-functional, company-law liability of articles 72 to 79 CSC [*Commercial Companies Code*] (article 80 is hence not necessary to achieve such goal) and the content and manner of the company's external representation. On the contrary, legal rules regarding the technical administration of organization and functioning of the company are not applicable, except in the case of the *de facto* director with legal recognition, or legitimized by an additional *organ position*. This rule of *diminution*, however, is not to be applied vis-à-vis duties (or powers/duties) which, in order to be fulfilled or exercised, demand a prediction of possible or imminent damages to the company's sustenance, or, in final or limited cases, to the defense of stockholders', corporate creditors', and general commercial interests.

This study rests upon an *extensive redefinition* of the concept of director of a company: *de iure* director and *de facto* director (with full or, in principle, limited equivalence). Consequently, the organic administrative relationship is based upon a *bivalent* source, the formal one and the factual one; whilst the former – the "act of designation" – confers a *formal office*, giving rise to a status with its powers and duties, the latter – the positive verification of the *legitimation and legal positivation requirements* – confers a *quality based on a special relationship or situation caused by a factual direction*, also bestowing a status (even if, in principle, a diminished one).



## **BIBLIOGRAFIA**

---





**A**

ABBADESSA, Pietro, *La gestione dell'impresa nella società per azioni. Profili organizzativi*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1975.

- “I gruppi di società nel diritto italiano”, in *I gruppi di società. Ricerche per uno studio critico*, a cura di Antonio Pavone La Rosa, Società Editrice Il Mulino, Bologna, 1982, pág. 103.
- “Procura generale conferita a sindaco di società per ações e rilascio di cambiali ipotecarie di favore per outra sociedade del grupo (un caso clinico)”, in *BBT*, 1987, I, pág. 351.
- *Il direttore generale*, in *Trattato delle società per ações*, diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, volume 4, *Amministratori. Direttore generale*, UTET, Torino, 1991, pág. 459.
- “I poteri extra-assembleari dell'azionista di controllo”, in *Studi in onore di Gastone Cottino*, volume II, CEDAM, Padova, 1997, pág. 991.
- “La competenza assembleare in materia di gestione nella s.p.a.: dal codice alla riforma”, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società – Liber Amicorum Antonio Piras*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2010, pág. 3.

ABREU, J. M. Coutinho de, *Do abuso de direito. Ensaio de um critério em direito civil e nas deliberações sociais*, Livraria Almedina, Coimbra, 1983 (reimp. 2006).

- *Da empresarialidade (As empresas no direito)*, Livraria Almedina, Coimbra, 1996.
- “Abusos de minoria”, in *Problemas do direito das sociedades*, IDET, Livraria Almedina, Coimbra, 2002, pág. 65.
- “Administradores e trabalhadores de sociedades (Cúmulos e não)”, in *Temas societários*, Colóquios n.º 2, IDET, Livraria Almedina, Coimbra, 2006, pág. 9.
- “Deveres de cuidado e de lealdade dos administradores e interesse social”, in *Reformas do Código das Sociedades*, IDET, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 17.
- “Destituição de administradores de sociedades”, in *BFD*, 2007, pág. 75.
- “Notas sobre o poder nas sociedades anónimas”, in *O direito e o futuro. O futuro do direito*, coord.: António Avelãs Nunes/Jacinto Miranda Coutinho, Livraria Almedina, Coimbra, 2008, pág. 339.
- “Diálogos com a jurisprudência. I – Deliberações dos sócios abusivas e contrárias aos bons costumes”, in *DSR*, 2009, vol. 1, pág. 33.
- *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, 2.ª ed., Cadernos n.º 5, IDET, Livraria Almedina, Coimbra, 2010.
- *Governança das sociedades comerciais*, 2.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2010.
- “Diálogos com a jurisprudência, II – Responsabilidade dos administradores para com credores sociais e desconsideração da personalidade jurídica”, in *DSR*, 2010, vol. 3, pág. 49.
- *Corporate governance em Portugal*, Miscelâneas n.º 6, IDET, Livraria Almedina, Coimbra, 2010, pág. 7.
- “Sobre os gestores públicos”, in *DSR*, 2011, vol. 6, pág. 25.
- *Curso de direito comercial*, vol. I, *Introdução, actos de comércio, comerciantes, empresas, sinais distintivos*, 8.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2011.
- *Curso de direito comercial*, vol. II, *Das sociedades*, 4.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2011 (também referida a 3.ª ed., 2009).
- “Subcapitalização de sociedade e desconsideração da personalidade jurídica”, in *Capital social livre e acções sem valor nominal*, coord.: Paulo de Tarso Domingues/Maria Miguel Carvalho, Livraria Almedina, Coimbra, 2011, pág. 37.

ABREU, J. M. Coutinho de/MARTINS, Alexandre Soveral, *Grupos de sociedades. Aquisições tendentes ao domínio total*, Livraria Almedina, Coimbra, 2003.

ABREU, J. M. Coutinho de/RAMOS, Elisabete, *Responsabilidade civil de administradores e de sócios controladores (Notas sobre o art. 379º do Código do Trabalho)*, Miscelâneas n.º 3, IDET, Livraria Almedina, Coimbra, 2004, pág. 7.

- “Art. 75º”, in *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord.: J. M. Coutinho de Abreu, Volume I (Artigos 1º a 84º), Códigos n.º 1, IDET, Livraria Almedina, Coimbra, 2010, pág. 875.

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

- “Dalle nebbie della finzione al nitore della realtà: una svolta nella giurisprudenza civile in tema di amministratore di fatto”, in *Giur. comm.*, 2000, II, pág. 174.
- “Riforma del diritto societario e responsabilità dell’amministratore di fatto: verso una nozione unitaria dell’istituto”, in *Società*, 2000, 2, pág. 212.
- “La società a responsabilità limitata – Decisioni dei soci. Amministrazione e controlli”, *Diritto delle società. Manuale breve*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, pág. 290.
- “Le regole di *governance* delle società per azioni: introduzione alla nuova disciplina”, *La riforma delle società di capitali. Aziendalisti e giuristi a confronto*, Atti del Convegno di Foggia, 12 e 13 giugno 2003, a cura di Niccolò Abriani e Tiziano Onesti, Giuffrè Editore, Milano, 2004, pág. 3.

ABRIANI, Niccolò/MONTALENTI, Paolo, “Gli amministratori. L’amministrazione: vicende del rapporto, poteri, deleghe e invalidità delle deliberazioni”, in *Trattato di diritto commerciale*, diretto da Gastone Cottino, volume IV, tomo I, *Le società per azioni*, CEDAM, Padova, 2010, pág. 565.

ALBERS-SCHÖNBERG, Max, *Haftungsverhältnisse im Konzern*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zurich, 1980.

ALBUQUERQUE, Pedro de, *A representação voluntária em direito civil (Ensaio de reconstrução dogmática)*, Livraria Almedina, Coimbra, 2004.

- *Responsabilidade processual por litigância de má fé, abuso de direito e responsabilidade civil em virtude de actos praticados no processo – A responsabilidade por pedido infundado de declaração da situação de insolvência ou indevida apresentação por parte do devedor*, Livraria Almedina, Coimbra, 2006.

ALBUQUERQUE, Ruy de/CORDEIRO, António Menezes, “Da responsabilidade fiscal subsidiária: a imputação aos gestores dos débitos das empresas à Previdência e o artigo 16.º do Código de Processo das Contribuições e Impostos”, in *CTF* n.ºs 334-336, 1986, pág. 147.

ALCOVER GRAU, Guillermo, “La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima por las deudas sociales ex artículo 262.5 y los procedimientos concursales”, in *RdS*, 1997, 8, pág. 265.

- “La calificación del concurso”, in *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, Dirección: Rafael García Villaverde/Alberto Alonso Ureba/Juana Pulgar Ezquerra, Editorial Dilex, Madrid, 2002, pág. 239.

ALFANDARI, Élie, “Observations Trib. Conflits 2 juillet 1984”, in *JCP*, Éd. Générale, II – Jurisprudence, 1984, pág. 20306/4.

ALLEGRI, Vincenzo, *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1979.

- “Gli amministratori”, in *Diritto commerciale*, 3.ª ed., Monduzzi Editore, Bologna, 1993, pág. 264.

- “Gli amministratori”, in *La riforma delle società per azioni non quotate*, Atti del convegno di studio su *La società per azioni tra passato e futuro: prospettive di riforma*, Napoli, 23-24 ottobre 1998, a cura di Mario Porzio/Marilena Rispoli Farina/Gennaro Rotondo, Giuffrè Editore, Milano, 2000, pág. 73.

ALLES, Michael A./DATAR, Srikant M./FRIEDLAND, John H., “Governance-linked D&O coverage: leveraging the audit committee”, in *IJDG*, June 2005, pág. 114.

ALMEIDA, António Pereira de, *Sociedades comerciais. Valores mobiliários e mercados*, 6.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

ALMEIDA, Carlos Ferreira de, *Publicidade e teoria dos registos*, Livraria Almeida, Coimbra, 1966.

- *Texto e enunciado na teoria do negócio jurídico*, vol. II, Livraria Almedina, Coimbra, 1992.

ALMEIDA, L. P. Moitinho de, *Anulação e suspensão de deliberações sociais*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1996.

ALMEIDA, Margarida Azevedo de, “O problema da responsabilidade do sócio único perante os credores da sociedade por quotas unipessoal”, in *RCEJ* n.º 3, 2005, pág. 61.

ALONSO ESPINOSA, Francisco J., “Sociedad anónima (VI). Estructura orgánica (2º): el órgano de administración”, in FRANCISCO J. ALONSO ESPINOSA (Dirección)/EMILIO J. LÁZARO SÁNCHEZ/ROSALÍA ALFONSO SÁNCHEZ/FERNANDO L. DE LA VEGA GARCÍA/MERCEDES SÁNCHEZ RUIZ/MERCEDES FARIAS BATLLE, *Curso fundamental de derecho mercantil*, volumen II, *Derecho de sociedades*, Fundación Universitaria San Antonio/Quaderna Editorial, Murcia, 2004.

ALONSO UREBA, Alberto, “Presupuestos de la responsabilidad social de los administradores de una sociedad anónima”, in *RDM*, 1990, pág. 639.

- “La responsabilidad de los administradores de una sociedad de capital en situación concursal (el art. 171.3 del Anteproyecto de Ley Concursal y sus relaciones con las acciones societarias de responsabilidad)”, in *Estudios sobre el Anteproyecto de Ley Concursal de 2001*, Dirección: Rafael García Villaverde/Alberto Alonso Ureba/Juana Pulgar Ezquerra, Universidad Rey Juan Carlos-Universidad de Almería, Editorial Dilex, Madrid, 2002, pág. 263.
- “Art. 172.3. (responsabilidad concursal de administradores y liquidadores de la persona jurídica en concurso) – Comentario”, in *Comentarios a la legislación concursal*, Directores: Juana Pulgar Ezquerra/Alberto Alonso Ureba/Carmen Alonso Ledesma/Guillermo Alcover Garau, tomo II, Editorial Dykinson, Madrid, 2004, pág. 1432.

ALONSO UREBA, Alberto/RONCERO SÁNCHEZ, Antonio, “Sistema de elección de los consejeros. Comité de nombriamiento”, in *El gobierno de las sociedades cotizadas*, coordinador: Gaudencio Esteban Velasco, Marcial Pons, Barcelona, 1999, pág. 213.

ALONSO UREBA, Alberto/PULGAR EZQUERRA, Juana, “Relación de grupo y administrador de hecho en el concurso de sociedades integradas en un grupo”, in *RdS*, 2007, 2, pág. 19.

ALTMPEPPEN, Holger, “Grundlegend Neues zum «qualifiziert faktischen» Konzern und zum Gläubigerschutz in der Einmann-GmbH”, in *ZIP*, 2001, pág. 1837.

- “Ausfall- und Verhaltenshaftung des Mitgeschafters in der GmbH. Zugleich Besprechung des BGH-Urteils vom 25.2.2002”, in *ZIP*, 2002, pág. 961.
- “Zur Entwicklung eines neuen Gläubigerschutzkonzeptes in der GmbH”, in *ZIP*, 2002, pág. 1553.
- “Gesellschafterhaftung und ‘Konzernhaftung’ bei der GmbH”, in *NJW*, 2002, pág. 321.

- “Abschied vom ‘Durchgriff’ im Kapitalgesellschaftsrecht”, in *NJW*, 2007, pág. 2657.
- “Zur vorsätzlichen Gläubigerschädigung, Existenzvernichtung und materiellen Unterkapitalisierung in der GmbH”, in *ZIP*, 2008, pág. 1201.

ALTMPEPPEN, Holger/ROTH, Günter H., *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH)*, 6., neubearbeitete Auflage, C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 2009.

ALVES, José A. Costa, “A responsabilidade tributária dos titulares dos corpos sociais e dos responsáveis técnicos”, in *RFDUP*, 2006, pág. 377.

AMADO, João Leal, “O contrato de trabalho entre a presunção legal de laboralidade e o presumível desacerto legislativo”, in *Temas laborais 2*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pág. 9.

AMARAL, Jorge Augusto Pais de, *Direito processual civil*, 7.<sup>a</sup> ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2008.

AMBROSINI, Roberto, “Efficacia della cessazione degli amministratori per scadenza del termine. Il commento”, in *Società*, 1992, 1, pág. 65.

AMBROSINI, Stefano, “L’amministrazione e i controlli nella società per azioni”, in *La riforma delle società. Profili della nuova disciplina*, a cura di Stefano Ambrosini, G. Giappichelli Editore, Torino, 2003, pág. 59.

- “La responsabilità degli amministratori nella nuova s.r.l.”, in *Società*, 2004, 3, pág. 293.
- *Società di capitali*, vol. 3, Artt. 2449-2510, Commentario a cura di Giuseppe Niccolini/Alberto Stagno d’Alcontres, sub art. 2476, Jovene Editore, Napoli, 2004, pág. 1586.

AMENDOLA, FRANCIS C. [et alii], *Corpus Juris Secundum – A contemporary statement of american law*, volume 19, Thomson/West, Eagan, 2007.

AMERICAN LAW INSTITUTE (The), *Principles of corporate governance: analysis and recommendations*, Volume 1, Parts I-VI, §§ 1.01-6.02, American Law Institute Publishers, Saint Paul, 1994.

AMSELEK, Paul, “Note Trib. com. Roenun, 10 mars 1981”, in *Rec. Dalloz*, 1982, Jurisprudence, pág. 391.

AMSELEK, Paul/DERRIDA, Fernand, “Note Tribunal des conflits, 23 janvier 1989”, in *Rec. Dalloz*, 1989, Jurisprudence, pág. 370.

ANDRADE, Manuel A. Domingues de, *Teoria geral das obrigações*, com a colaboração de Rui de Alarcão, Livraria Almedina, Coimbra, 1963.

- *Noções elementares de processo civil*, com a colaboração de Antunes Varela, nova edição revista e actualizada por Herculano Esteves, Coimbra Editora, Coimbra, 1976.
- *Teoria geral da relação jurídica*, vol. I, *Sujeitos e objecto*, Livraria Almedina, Coimbra, 1992 (reimp.).
- *Teoria geral da relação jurídica*, vol. II, *Facto jurídico, em especial negócio jurídico*, Livraria Almedina, Coimbra, 1992 (reimp.).

ANDRADE, Manuel A. Domingues de/CORREIA, António Ferrer, *Suspensão de deliberações sociais e direitos individuais dos accionistas (Jurisprudência crítica)*, Separata da RDES n.ºs 5-6, Atlântida, Coimbra, 1948.

ANGEL, Joseph K./AMES, Samuel, *Treatise on the law of private corporations aggregate*, 5<sup>th</sup> ed., Little, Brown and Company, Boston, 1855.

ANGELICI, Carlo, "Società per azioni e in accomandita per azioni, in *ED*, XLII, 1990, pág. 977.

- *La riforma delle società di capitali. Lezioni di diritto commerciale*, CEDAM, Padova, 2003.

ANTHERO, Adriano, *Comentario ao Código Commercial Portuguez*, volume I, Typographia «Artes & Letras», Porto, 1913.

ANTUNES, José A. Engrácia, *Liability of corporate groups – Autonomy and control in parent-subsidary relationships in US, German and EU law. An international and comparative perspective*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer-Boston, 1994.

- *Participações qualificadas e domínio conjunto*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2000.
- *Os grupos de sociedades. Estrutura e organização jurídica da empresa plurissocietária*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2002.
- "O regimento do órgão de administração", in *DSR*, 2009, vol. 2, pág. 81.
- *Direito dos contratos comerciais*, Livraria Almedina, Coimbra, 2009.
- *Direito das sociedades. Parte geral*, ed. do Autor, 2010.
- "The governance of corporate groups", in *DSR*, 2012, vol. 7, pág. 13.

ARRIGONI, Alessandro, "Note sulla sospensione delle deliberazioni assembleari di nomina degli amministratori di s.p.a.", in *Giur. Comm.*, 2000, II, pág. 155.

ARRIBA FERNÁNDEZ, María Luísa, *Los fundamentos societarios del derecho de grupos*, Universidad del País Vasco (tesis doctoral), San Sebastián-Donostia, 2003.

ARROYO MARTÍNEZ, Ignacio, "La responsabilidad de los administradores en la sociedad de responsabilidad limitada (Comentario del artículo 69 LSRL)", in *Estudios de derecho mercantil – Homenaje ao Profesor Justino F. Duque*, volumen I, Universidad de Valladolid/Caja Duero, Valladolid, 1998, pág. 163.

- "Artículo 133. Comentario", in *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Coordinadores: Ignacio Arroyo/José Miguel Embid, volumen II, Editorial Tecnos, Madrid, 2001, pág. 1386.

ASCARELLI, Tullio, "Sulla possibilità dei soci di costituire co proprie azioni la cauzione degli amministratori. Sul diritto di voto com azioni vincolate a cauzione degli amministratori, ma di proprietà di altro socio o del direttore. Sui limiti di applicabilità dell'art. 161 cod. Commercio", in *Foro It.*, 1936, I, pág. 1230.

- "In tema di società per azioni con un solo azionista e di divisione ereditaria", in *FI*, 1950, I, pág. 1114.
- "Sulla constatazione delle cause di scioglimento delle società per azioni e sulla varia natura delle deliberazioni dell'assemblea", in *Studi in tema di società*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1952, pág. 325.
- "Considerazioni in tema di società e personalità giuridica – III", in *Riv. dir. comm.*, 1954, I, pág. 421.
- "In tema di vendita di azioni, responsabilità degli amministratori. Amministratore indirecto", in *Saggi di diritto commerciale*, Giuffrè Editore, Milano, 1955, pág. 413 (primeira versão in *Foro It.*, 1953, I, pág. 1639).
- "Società di persone tra società; imprenditore occulto; amministratore indirecto; azionista sovrano", in *Foro It.*, 1956, I, pág. 405.
- "I problemi delle società anonime per azioni", in *Riv. Soc.*, 1956, pág. 3.
- "Potere e responsabilità nell'evoluzione della società per azioni", in *Riv. Soc.*, 1956, pág. 35.
- "Progetti di legge in tema di società e di intese industriali", in *Riv. Soc.*, 1956, pág. 599.

- *Teoria della concorrenza e dei beni immateriale. Lezione di diritto industriale*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1956.
- “Ancora sul socio sovrano e sulla partecipazione di una società di capitali a una società di persone”, in *FI*, 1957, I, pág. 1443.
- “Ancora in tema di imprenditore occulto”, in *Riv. Soc.*, 1958, pág. 1153.
- “Fideiussione; conflitto di interessi e deliberazioni di consiglio; oggetto e capacità sociale”, in *Riv. Soc.*, 1959, pág. 736.
- “Tipologia delle società per azioni e disciplina giuridica”, in *Riv. Soc.*, 1959, pág. 995.

ASCENSÃO, José de Oliveira, *A tipicidade dos direitos reais*, Livraria Petrony, Lisboa, 1968.

- *Direito comercial*, Volume I, *Institutos gerais*, FDL, Lisboa, 1998/1999.
- *Direito civil. Teoria geral*, vol. II, *Acções e factos jurídicos*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999.
- *Direito comercial*, Volume IV, *Sociedades comerciais. Parte geral*, Lisboa, 2000.
- “Invalidades das deliberações dos sócios”, in *Problemas do direito das sociedades*, IDET, Livraria Almedina, Coimbra, 2002, pág. 371.
- *O Direito. Introdução e teoria geral*, 13.<sup>a</sup> edição refundida, Livraria Almedina, 2005.

ASCENSÃO, José de Oliveira/FRADA, Manuel A. Carneiro da, “Contrato celebrado por agente de pessoa colectiva. Representação, responsabilidade e enriquecimento sem causa”, in *RDE*, 1990-1993, pág. 43.

ASTARLOA, Esteban, “Por fin un concepto unívoco de «administrador de hecho» en derecho penal y derecho societario?”, in *Actualidad Jurídica Uría Menéndez*, Homenaje ao profesor D. Juan Luis Iglesias Prada, Dykinson, Madrid, 2011, pág. 60.

AULETTA, Giuseppe, “Attività (Dir. Priv.)”, in *ED*, 1958, III, pág. 981.

AZZOLINA, Umberto, *Il fallimento e le altre procedure concorsuali*, III, 2.<sup>a</sup> ed., UTET, Torino, 1961.

## B

BAILEY, Dan A., “D&O liability in the post-Enron era”, in *IJDG*, June 2005, pág. 159.

BAINBRIDGE, STEPHEN M., “Abolishing LLC Veil Piercing”, in *Law & Economics Research Paper Series*, University of California, Los Angeles, School of Law, The Social Science Research Network Electronic Paper Collection (<http://ssrn.com/abstract=551724>), 2004.

- *Corporation law and economics*, Foundation Press, New York, 2002.
- *Corporate law*, 2<sup>nd</sup> ed., Foundation Press/Thomson West, New York, 2009.

BAKER, Tom/GRIFFITH, Sean J., “Predicting corporate governance risk: evidence from the directors’ & officers’ liability insurance market”, in *UChLR*, 2007, 2, pág. 487.

BALLANTINE, Henry Winthrop, *Ballantine on Corporations*, Callaghan and Company, Chicago, 1946.

BALZARINI, Paola, “I nuovi orientamenti della Corte di Cassazione in tema di responsabilità degli amministratori”, in *Resp. civ. prev.*, 1999, 6, pág. 1326.

BANDEIRA, Paulo, “Como caucionar a responsabilidade civil dos administradores?”, in [www.cgov.pt](http://www.cgov.pt), 2007.

BARATA, Carlos Lacerda, *Anotações ao novo regime do contrato de agência*, Lex, Lisboa, 1994.

BARBIÈRI, Jean-François, “A propos de la qualification de dirigeant de fait et à propos de l'intention coupable en matière de présentation de comptes inexacts”, in *Bull. Joly*, 1994, pág. 1310.

- “Imputation d’une direction de fait à un EPIC: problème de compétence, niveau d’appréciation de la direction de fait, faute de gestion au regard de l’intervention des pouvoirs publics et des déclenchements d’alerte, originalité de l’action en comblement”, in *Bull. Joly Soc.*, 2001, pág. 597.

BARONI, Alberto Redeghieri, “Azione di responsabilità nei confronti dell’amministratore di fatto e prova del danno. Il commento”, in *Società*, 2008, 12, pág. 1523.

BARREIRA, Rui, “A responsabilidade dos gestores de sociedades por dívidas fiscais”, in *Fisco* n.º 16, 1990, pág. 3.

BARTALINI, Guido, “La responsabilità dei soci e degli amministratori”, in *Le nuove s.r.l.*, opera diretta da Marcella Sarale, Zanichelli Editori, Torino, 2008, pág. 652.

BARTLETT, Francis, “‘Shadow director’ – a spectre that haunts the high street banker”, in *InsLP*, 1994, vol. 10, n.º 2, 1994, pág. 52.

BASTIAN, Daniel, “L’administration. Introduction. Nombre d’administrateurs. Modes de nomination”, in *Juris-classeur des sociétés. Traité théorique et pratique*, VI, Fascicule 130-1, Éditions Techniques, Paris, 1971.

BASTOS, Jacinto Fernandes Rodrigues, *Notas ao Código de Processo Civil*, volume II, Arts. 264º a 466º, 3.ª ed. revista e actualizada, Lisboa, 2000.

BAUDINO, Alessandro, “Le linee guida della riforma; poteri, doveri e responsabilità degli organi amministrativi e di controllo nel nuovo sistema del diritto societario”, in *Il nuovo diritto penale delle società. Le previsioni sanzionatorie fra vecchia e nuova disciplina delle società di capitali e delle cooperative*, Autore: Ciro Santoriello, UTET, Torino, 2003, pág. 389.

BAUMBACH, Adolf/HUECK, Alfred/HUECK, Götz, *Baumbach-Hueck Aktiengesetz*, unter Mitwirkung von Joachim Schulze, C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 1968.

BAUMS, Theodor, *Der Geschäftsleitungsvertrag. Begründung, Inhalt und Beendigung der Rechtsstellung der Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer in den Kapitalgesellschaften und Genossenschaften*, Verlag Dr. Otto Schmidt KG, Köln, 1987.

BAYER, Walter, “Anhang zu § 47. Nichtigkeit und Anfechtbarkeit von Gesellschafterbeschlüssen”, in MARCUS LUTTER/PETER HOMMELHOFF, *GmbH-Gesetz Kommentar*, 17. völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2009, pág. 1116.

BAYER, Walter/LIEDER, Jan, “Zur Abwicklung der Haftung wegen existenzvernichtenden Eingriffs und der Ersatzpflicht aus § 826 BGB in der Insolvenz”, in *WM*, 2006, pág. 999.

BAXT, Robert, in “Liability of shadow directors for insolvent trading – australian authorities start to bite”, in *Co. secur. law journal*, 1996, volume 14, pág. 121.

BEACH, Jr., CHARLES FISK, *Commentaries on the law of private corporations, whether with or without capital stock, also of joint-stock companies*, vol. I, T. H. Flood & Co., 1891.

BELLO MARTÍN-CRESPO, María Pilar, “Responsabilidad civil de administradores de sociedades de capital y ley concursal”, in *Estudios sobre la Ley Concursal – Libro homenaje a Manuel Olivencia*,

tomo II, *Los órganos del concurso. Efectos de la declaración del concurso sobre el deudor*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 1679.

BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio, “La extinción de la sociedad de responsabilidad limitada”, in *La reforma de la sociedad de responsabilidad limitada*, Coordinadores: Rafael Bonardelli Lenzano/Javier Mejías Gómez/Ubaldo Nieto Carol, Editorial Dykinson, 1994, pág. 837.

— “La responsabilidad por las deudas sociales de administradores de sociedades anónimas y limitadas incursas en causas de disolución”, in *AC*, 1997, I, vol. III, pág. 49.

BENATTI, Francesca, “Osservazioni sulla revoca cautelare degli amministratori di s.r.l.”, in *Giur. comm.*, 2007, II, pág. 874.

BENAZZO, Paolo, “L’organizzazione nella nuova s.r.l. fra modelli legali e statutari”, in *Società*, 2003, 8, pág. 1062.

BENECKE, Martina, “Existenzvernichtender Eingriff statt qualifiziert faktischer Konzern: die neue Rechtsprechung des BGH zur Haftung von GmbH-Gesellschaftern”, in *BB*, 2003, pág. 1190.

BENNE, Dietmar, *Haftungsdurchgriff bei der GmbH insbesondere im Fall der Unterkapitalisierung*, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 1978.

BERDAH, Jean-Pierre, *Fonctions et responsabilité des dirigeants de sociétés par actions*, Librairie Sirey, Paris, 1974.

BERGOMI, Giulio, “Convocazione dell’assemblea di società per azioni: diritti della minoranza, doveri degli amministratori e provvedimenti d’urgenza”, in *Giur. comm.*, 1989, II, pág. 991.

BERLE, Jr., Adolf A./MEANS, Gardiner C., *The modern corporation and private property*, The MacMillan Company, New York, 1932.

BERR, Claude, *L’exercice du pouvoir dans les sociétés commerciales. Gérance e administration des sociétés commerciales*, Librairie Sirey, Paris, 1961.

BETTI, Emilio, “Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto”, in *Jus*, 1957, pág. 353.

BEVILACQUA, Giorgio, “Dimissioni della maggioranza dei consiglieri d’amministrazione e decadenza della minoranza per disposizione statutaria nelle società per azioni”, in *Riv. Soc.*, 1958, pág. 1199.

BÉZARD, Pierre, *La société anonyme*, Éditions Montchrestien, Paris, 1986.

BHATTACHARYYA, Gautam, “Re Hydrodam (Corby) Ltd – shadow directors and wrongful trading”, in *Comp. Lawyer*, 1994, volume 15, 1, pág. 151.

— “Shadow directors and wrongful trading revisited”, in *Comp. Lawyer*, 1995, volume 16, 10, pág. 313.

BIANCA, Massimo C., *Diritto civile*, III, *Il contratto*, Giuffrè Editore, Milano, 1984.

BIANCHI, Giorgio, *Gli amministratori di società di capitali*, CEDAM, Padova, 1998.

BIGIAMI, Walter, “Sulle cauzione prestate dagli amministratori di anonime”, in *Foro It.*, 1937, I, pág. 1630.

— “Nuovi orizzonti in tema di sospensione di delibera assembleare e di sindacati azionari”, in *Foro It.*, 1953, I, pág. 728.



- “Fallimento degli azionisti sovrani della società”, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, pág. 951.
- “Fallimento di soci sovrani, pluralità di imprenditori occulti, confusione di patrimoni”, in *Giur. It.*, 1954, I, Sez. II, pág. 691.
- *L'imprenditore occulto*, CEDAM, Padova, 1954.
- “L'imprenditore occulto nella società di capitali e il suo fallimento «in estensione»”, in *Giur. It.*, 1959, I, Sez. II, pág. 149.
- “Società controllata e società adoperata «come cosa propria»”, in *Giur. It.*, 1959, I, Sez. II, pág. 623.
- “Responsabilità illimitata del socio «tiranno»”, in *FI*, 1960, I, pág. 1180.
- *Difesa dell'imprenditore occulto*, CEDAM, Padova, 1962.

BISPO, Francisco Simões, *Responsabilidade tributária dos administradores das sociedades declaradas insolventes*, Dissertação de Mestrado, FDUC, 2009.

BITTER, Georg, “Der Anfang vom Ende des ‘qualifiziert faktischen GmbH-Konzerns’ – Ansätze einer allgemeinen Missbrauchshaftung in der Rechtsprechung des BGH”, in *WM*, 2001, pág. 2133.

BLACK, A. J., “Officers”, in *Australian corporation law. Principles and Practice*, Volume 1, Butterworths, Sydney-Adelaide-Brisbane-Canberra-Melbourne-Perth, Service 125, 2004, paragraph 32.

BLACK, Bernard/CHEFFINS, Brian/KLAUSNER, Michael, “Liability risk for outside directors: a cross-border analysis”, in *EFM*, 2005, 2, pág. 153.

BOLDÓ RODA, Carmen, *Levantamiento del velo y persona jurídica en el derecho privado español*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1996.

BONAITI, Alberto, “«Simul stabunt, simul cadent»: cessazione dell'intero consiglio di amministrazione”, in *Società*, 1993, 2, pág. 182.

BONELLI, Franco, “Responsabilità dell'amministratore per violazioni successive alla cessazione dalla carica”, in *Giur. comm.*, 1977, II, pág. 909.

- “La responsabilità dell'amministratore di fatto”, in *Giur. comm.*, 1984, I, pág. 107.
- “Imprese collegate (o di gruppo): la responsabilità di chi esercita la direzione unitaria (art. 3, decimo comma della legge Prodi)”, in *Fall.*, 1984, pág. 579.
- “La prima sentenza della Cassazione civile sull'amministratore di fatto”, in *Giur. comm.*, 1985, II, pág. 182.
- *Gli amministratori di società per azioni*, Giuffrè Editore, Milano, 1985.
- “La responsabilità della società controllante per gli illeciti delle proprie controllate”, in *Dir. comm. intern.*, 1987, Giurisprudenza commerciale, pág. 347.
- *La responsabilità degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, volume 4, *Amministratori. Direttore generale*, UTET, Torino, 1991, pág. 321.
- *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Giuffrè Editore, Milano, 1992.
- *Gli amministratori di s.p.a. dopo la riforma delle società*, Giuffrè Editore, Milano, 2004.

BONELLI, Gustavo, *Del fallimento*, Parte III, *Comentario al Codice di Commercio redatto da un collegio di eximi giureconsulti*, 2.<sup>a</sup> ed. Riveduta e rifiuta, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano, 1923.

BOQUERA MATARREDONA, Josefina/LATORRE CHINER, Nuria, “Distribución y conflictos de competencias en la sociedad anónima no cotizada”, in *Las competencias de los órganos sociales en las sociedades de capital*, Coord.: José Miguel Embid Irujo, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 29.

BORGIOLO, Alessandro, *I direttori generali di società per azioni*, Giuffrè Editore, Milano, 1975.

- “Amministratori di fatto e direttori generali”, in *Giur. comm.*, 1975, I, pág. 593.
- “Attribuzioni in materia di gestione e responsabilità degli amministratori”, in *Giur. comm.*, 1977, II, pág. 726.
- “L’amministratore «di fatto» non falisce”, in *Giur. comm.*, 1978, II, pág. 595.
- *L’amministrazione delegata*, Nardini Editore, Firenze, 1982.

BORK, Reinhard, “Materiell-rechtliche und prozeßrechtliche Probleme des Organstreits zwischen Vorstand und Aufsichtsrat einer Aktiengesellschaft”, in *ZGR*, 1989, pág. 1.

BOULOC, Bernard, “Note Cour de Cassation (Ch. crim.), 21 décembre 1971”, in *Rec. Dalloz, Jurisprudence*, 1972, pág. 728.

- “Note Cour de Cassation (Ch. crim.), 5 juin 1979”, in *Rev. Soc.*, 1980, Jurisprudence, pág. 109.
- “Note Cour de Cassation (Ch. crim.), 6 octobre 1980 et 8 décembre 1980”, in *Rev. Soc.*, 1981, pág. 354.
- “Note Cour de Cassation (Ch. crim.), 13 décembre 1988 – Rémunération excessive d’un dirigeant de fait; conditions de l’interdiction de gérer une société”, in *Rev. Soc.*, 1989, pág. 261.
- “Note Cour de Cassation (Crim.), 12 octobre 1995 – Abus de biens sociaux par un dirigeant de fait”, in *Rev. Soc.*, 1996, Jurisprudence commentée, pág. 321.

BRANCO, Sofia Ribeiro, “A representação de minorias accionistas no Conselho de Administração”, in *O Direito*, 2004, IV, pág. 687.

BRAVO, Paola Ferrari, “Gli amministratori”, in *Le società di capitali*, 2.<sup>a</sup> ed., a cura di Giorgio Schiano di Pepe, Trattato teorico pratico delle società, IPSOA, Milano, 1999, pág. 449.

BRITO, Maria Helena, *O contrato de concessão comercial. Descrição, qualificação e regime jurídico de um contrato socialmente típico*, Livraria Almedina, Coimbra, 1990.

- *A representação nos contratos internacionais. Um contributo para o estudo do princípio da coerência em direito internacional privado*, Livraria Almedina, Coimbra, 1999.

BRITO, Pedro Madeira de, “Art. 115º”, in *Código do trabalho anotado*, por Pedro Romano Martinez [et alii], 7.<sup>a</sup> ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2009, pág. 315.

- “Art. 118º”, in *Código do trabalho anotado*, por Pedro Romano Martinez [et alii], 7.<sup>a</sup> ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2009, pág. 321.

BROX, Hans/WALKER, Wolf-Dietrich, *Allgemeines Schuldrecht*, 30., aktualisierte Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2004.

BRUCE, Martha, *Rights and duties of directors*, 8<sup>th</sup> ed., Tottel Publishing, West Sussex, 2006.

BRUNETTI, Antonio, *Trattato del diritto delle società*, II, *Società per azioni*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1948.

BRUNS, Patrick, “Literatur”, in *ZHR*, 2007, pág. 588 [Gunnar Matschernus, *Die Durchgriffshaftung wegen Existenzvernichtung in der GmbH*, 2007].

BUONAURA, Vincenzo Calandra, *Gestione dell’impresa e competenze dell’assemblea nella società per azioni*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1985.

- *Potere di gestione e potere di rappresentanza degli amministratori*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, volume 4, *Amministratori. Direttore generale*, UTET, Torino, 1991, pág. 105.
- “I modelli di amministrazione e controllo nella riforma del diritto societario”, in *Giur. comm.*, 2003, I, pág. 535.

BURGARD, Ulrich, “Die Förder- und Treupflicht des Alleingesellschafters einer GmbH. Überlegungen zu einer gläubigerschützenden Corporate Governance bei der GmbH”, in *ZIP*, 2002, pág. 827.

BURNHAM, John, *The managerial revolution or what is happening in the world now*, Penguin Books, New York, 1945 (first published in England, 1942).

BUSTOS PECHE, José Enrique, *La doctrina de la apariencia jurídica*, Ed. Dykinson, Madrid, 1999.

BUTTARO, Luca, “In tema di «prorogatio» e di sostituzione degli amministratori”, in *Riv. dir. comm.*, 1983, I, pág. 461.

## C

CABRAL, João Santos, “A responsabilidade tributária subsidiária do administrador de facto”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, *Studia Iuridica* 95, Ad Honorem – 4, Volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2009, pág. 243.

CABRAL, Rita Amaral, “A teoria da aparência e a relação jurídica cambiária”, in *ROA*, 1984, pág. 627.

CABRAS, Giovanni, *La forma d'impresa. Organizzazione della gestione nelle società di capitali*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1995.

- *La responsabilità per l'amministrazione delle società di capitali*, UTET, Torino, 2002.

CABRILLAC, Michel/RIVES-LANGE, Jean-Louis, “Crédit et titres de crédit. Crédit à une entreprise en difficulté. Responsabilité de la banque (non). Banque dirigeante de fait (non)”, in *Rev. trim. dr. comm.*, 1977, pág. 140.

CAEIRO, António, “A dissolução da sociedade por quotas por acordo dos sócios”, in *Temas de direito das sociedades*, Livraria Almedina, Coimbra, 1984, pág. 249.

- “Assembleia totalitária ou universal. Direito do administrador a uma percentagem dos lucros. Indemnização do administrador destituído sem justa causa – Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça, de 14 de Outubro de 1982”, in *Temas de direito das sociedades*, Livraria Almedina, Coimbra, 1984, pág. 461.
- *As sociedades de pessoas no Código das Sociedades Comerciais*, Separata do número especial do BFD – «Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia» – 1984, Coimbra, 1988.

CAEIRO, Pedro, *Sobre a natureza dos crimes falenciais (O património, a falência, a sua incriminação e a reforma dela)*, *Studia Iuridica* 19, Coimbra Editora, Coimbra, 1996.

- “Dos crimes contra direitos patrimoniais”, in *Comentário conimbricense do Código Penal. Parte Especial*, tomo II, *Artigos 202º a 307º*, dirigido por Jorge Figueiredo Dias, Coimbra Editora, Coimbra, 1999, pág. 402.
- “A responsabilidade dos gerentes e administradores por crimes falenciais na insolvência de uma sociedade comercial”, in *Os quinze anos de vigência do Código das*

*Sociedades Comerciais*, Fundação Bissaya Barreto – Instituto Superior Bissaya Barreto, Coimbra, 2003, pág. 85.

CAETANO, Marcello, *Manual de direito administrativo*, tomo II, *Agentes e bens – Serviços públicos – Polícia – Garantias – Processo administrativo*, 10<sup>a</sup> ed. revista e atualizada por Diogo Freitas do Amaral, Livraria Almedina, Coimbra, 1973 (?), reimp. 2004.

CAGNASSO, Oreste, *Gli organi delegati nella società per azioni. Profili funzionali*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1976.

- *L'amministrazione collegiale e la delega*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, volume 4, *Amministratori. Direttore generale*, UTET, Torino, 1991, pág. 241.

CAHN, Andreas, “Die Ausfallhaftung des GmbH-Gesellschafters”, in *ZGR*, 2003, pág. 298.

CÂMARA, Paulo, *Parassocialidade e transmissão de valores mobiliários*, FDUL, 1996.

- “Os modelos de governo das sociedades anónimas”, in *Reformas do Código das Sociedades*, Colóquios n.º 3, IDET, Livraria Almedina, Coimbra, 2007, pág. 179.
- “O governo das sociedades e os deveres fiduciários”, in *Jornadas «Sociedades abertas, valores mobiliários e intermediação financeira»*, coord.: Maria de Fátima Ribeiro, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 163.
- “O governo das sociedades e a reforma do Código das Sociedades Comerciais”, in *Código das Sociedades Comerciais e governo das sociedades*, Livraria Almedina, Coimbra, 2008, pág. 9.

CÂMARA ALVAREZ, Manuel de la, *Estudios de Derecho Mercantil*, I, vol. I, *La empresa y el empresario – Constitución, modificación y extinción de sociedades mercantiles – Uniones de empresas y sociedades*, 1977.

- “Carácter temporal del cargo de administrador de las sociedades anónimas (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1978)”, in *RDM*, 1979, pág. 275.
- “La administración de la sociedad anónima”, in *RJN*, 1992, pág. 51.

CAMPANA, Marie-Jeanne, “Note Cour d’Appel Versailles, 13<sup>e</sup> ch., 29 avril 2004 – Condamnation d’une banque en comblement de passif en qualité d’administrateur de fait par personne interposée”, in *JCP*, *Entreprise et affaires*, 2005, 1-2, pág. 37.

CAMPBELL, N. R., “Liability as a Shadow Director”, in *JBL*, 1994, pág. 609.

CAMPOBASSO, Gian Franco, *Diritto commerciale 2. Diritto delle società*, 5.<sup>a</sup> ed., UTET, Torino, 2004.

- *La riforma delle società di capitali e delle cooperative*, Aggiornamento della 5.<sup>a</sup> edizione del *Diritto commerciale 2. Diritto delle società*, 2.<sup>a</sup> ed., a cura di Mario Campobasso, UTET, Torino, 2004.
- *Manuale di diritto commerciale*, 3.<sup>a</sup> ed., a cura di Mario Campobasso, UTET, Torino, 2005.

CAMPOS, Diogo Leite, “A responsabilidade subsidiária, em direito tributário, dos gerentes e administradores das sociedades”, in *ROA*, 1996, pág. 477.

CAMPOS, Diogo Leite de/CAMPOS, Mónica Horta Neves Leite de, *Direito tributário*, Almedina, Coimbra, 1997.

CAMPOS, Diogo Leite de/RODRIGUES, Benjamim Silva/SOUSA, Jorge Lopes de, *Lei Geral Tributária. Anotada e comentada*, 2.<sup>a</sup> ed., Vislis Editores, 2000.

CANARIS, Claus-Wilhelm, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1971.

— *Handelsrecht*, 24., vollständig neu bearbeitete Auflage, C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 2006.

CANDELARIO MACÍAS, María Isabel, "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", in *RDBB*, 2003, pág. 119.

CANDELARIO MACÍAS, María Isabel/RODRÍGUEZ GRILLO, Luisa, "Responsabilidad de los administradores en los grupos de sociedades", in *DN*, 2004, pág. 17.

CANDIAN, Aurelio, "L'azione civile di responsabilità contro gli amministratori di società anonime", in *Riv. dir. proc. civ.*, 1933, I, pág. 178.

— *Nullità e annullabilità di delibere di assemblea delle società per azioni*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1942.

— "L'imprenditore indiretto", in *Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja per il suo XLV anno d'insegnamento*, volume secondo, *Diritto commerciale e industriale*, Nicola Zanichelli Editore, 1953, pág. 167.

CANTELE, Vittorio, "Amministratore di fatto e di diritto: chi risponde del reato di bancarotta. Il commento", in *Società*, 1993, 1, pág. 62.

CAPO, Giovanni, "Il governo dell'impresa e la nuova era della società a responsabilità limitata", in *Giur. comm.*, 2003, I, pág. 501.

CARID FOSSAS, M.<sup>a</sup> Mercedes, "La designación de administradores en la escritura de constitución y el artículo 72 de la Ley de Sociedades Anónimas: doble sentido de la temporalidad, delimitación del nombramiento en el acto constitutivo y caducidad en el cargo", in *RJC*, 1976, pág. 173.

CARIELLO, Vincenzo, *Società di capitali*, vol. 3, *Artt. 2449-2510*, Commentario a cura di Giuseppe Niccolini/Alberto Stagno d'Alcontres, *sub art. 2497*, Jovene Editore, Napoli, 2004, pág. 1853.

— "I conflitti «interorganici» e «intraorganici» nelle società per azioni (Prime considerazioni)", in *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, pág. 767.

CARY, William L./EISENBERG, Melvin Aron, *Cases and materials on corporations*, 5<sup>th</sup> ed. Abridged, The Foundation Press, New York, 1980.

CARROL, Robyn, "Third party liability for corporate activity: recent developments", in *UWA Law Review*, 1996, volume 26, pág. 332.

CARVALHO, Catarina, "O exercício do *ius variandi* no âmbito das relações individuais de trabalho e a polivalência funcional", in *Juris et de Jure - Nos vinte anos da Faculdade de Direito da Universidade Católica Portuguesa - Porto*, coord.: Manuel Afonso Vaz/J. A. Azeredo Lopes, Universidade Católica Portuguesa (Porto), Porto, 1998, pág. 1031.

CARVALHO, Orlando de, *Critério e estrutura do estabelecimento comercial*, I, *O problema da empresa como objecto de negócios*, Atlântida, Coimbra, 1967.

— *Teoria geral do direito civil*, Sumários desenvolvidos para uso dos alunos do 2º Ano (1ª Turma) do Curso Jurídico de 1980/81, Centelha, Coimbra, 1981.

CARVALHOSA, Modesto, *Comentários à Lei de Sociedades Anônimas*, 2º volume, Artigos 75 a 137, 3ª ed., revista e atualizada, Editora Saraiva, São Paulo, 2003.

CASELLI, Giovanni, “Problemi in tema di nomina degli amministratori di società per azioni”, in *CI*, 1989, pág. 69.

- “Di alcune cause di cessazione degli amministratori di società per azioni”, in *CI*, 1989, pág. 977.
- *Vicende del rapporto di amministrazione*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, volume 4, *Amministratori. Direttore generale*, UTET, Torino, 1991, pág. 1.

CASIMIRO, Sofia Vasconcelos, *A responsabilidade dos gerentes, administradores e directores pelas dívidas tributárias das sociedades comerciais*, Almedina, Coimbra, 2000.

CASTAGNAZZO, Antonio, “Sovranità immanente e sovranità latente dei soci sulla gestione delle nuove società di capitali”, in *La riforma delle società di capitali. Aziendalisti e giuristi a confronto*, Atti del Convegno di Foggia, 12 e 13 giugno 2003, a cura di Niccolò Abriani e Tiziano Onesti, Giuffrè Editore, Milano, 2004, pág. 451.

CASTRO, Carlos Osório de, “Participação no capital das sociedades anónimas e poder de influência”, in *RDES*, 1994, pág. 333.

- “A imputação de direitos de voto no Código dos Valores Mobiliários”, in *CadMVM* n.º 7, 2000, pág. 162.
- “Preâmbulo não publicado do decreto-lei que aprova o Código”, in *Código da insolvência e da recuperação de empresas – Comentário sobre o Anteprojecto de Código*, Ministério da Justiça – Gabinete de Política Legislativa e Planeamento, Coimbra Editora, Coimbra, 2004, pág. 197.

CATARINO, João Ricardo/ VICTORINO, Nuno, *Infracções tributárias. Anotações ao regime geral*, 3.ª ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2012.

CAVALLARO, Giuseppe, “Responsabilità degli amministratori di fatto. Il commento”, in *Società*, 2008, 10, pág. 1228.

CAVALLO, Bruno, “Profilo storicistico di una metodica organizzatoria, in *Il funzionario di fatto*, a cura di Bruno Cavallo, Giuffrè Editore, Milano, 2005, pág. 1.

CECCHI, Paolo, *Gli amministratori di società di capitali*, Giuffrè Editore, Milano, 1999.

CERDÁ ALBERO, Fernando, *Administradores, insolvencia y disolución por perdidas*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

CERRAI, Alessandro, “I gruppi di società nel diritto comunitario”, in *I gruppi di società. Ricerche per uno studio critico* (a cura di Antonio Pavone La Rosa), Società Editrice Il Mulino, 1982, pág. 451.

CHAMPAUD, Claude/DANET, Didier, “Sociétés et autres groupements. Gérant de SARL. Article 52 de la loi du 24 juillet 1966. Gérant de fait. Non application. Irresponsabilité de droit du gérant de fait – Paris, 3<sup>e</sup> ch. B, 17 oct. 1991”, in *Rev. trim. dr. comm.*, 1992, pág. 396.

- “Sociétés et autres groupements. Dirigeant social. Notion, Dirigeant de fait, Portage du contrôle de la société, Circonstance insuffisante – Versailles 20 juin 1991”, in *Rev. trim. dr. comm.*, 1992, pág. 816.
- “Sociétés et autres groupements. Dirigeant de fait – Com. 5 nov. 1991”, in *Rev. trim. dr. comm.*, 1992, pág. 818.

- “Sociétés et autres groupements. Dirigeant de fait. Contrat de travail, Absence de lien de subordination – Versailles, 8 févr. 1994 (15<sup>e</sup> ch.)”, in *Rev. trim. dr. comm.*, 1994, pág. 279.
- “Sociétés et autres groupements. Dirigeant de fait. Gérant statutaire, cumul de responsabilité du gérant statutaire et du gérant de fait (oui) – Com. 14 oct. 1997”, in *Rev. trim. dr. comm.*, 1998, 1, pág. 163.
- “Sociétés et autres groupements. Dirigeant de fait – CA Versailles, 15<sup>e</sup> ch. soc., 16 oct. 1997; Com. 14 oct. 1997”, in *Rev. trim. dr. comm.*, 1998, 1, pág. 164.
- “Sociétés et autres groupements. Dirigeants sociaux – Com. 20 janv. 1998”, in *Rev. trim. dr. comm.*, 1998, 2, pág. 357.
- “Sociétés et autres groupements. Dirigeant de fait. Définition”, in *Rev. trim. dr. comm.*, 1998, 4, pág. 860.
- “Sociétés et autres groupements. Dirigeant de fait (oui). Sous-traitance”, in *Rev. trim. dr. comm.*, 1998, 4, pág. 862.

CHAPUT, Yves, “Société en difficulté. Assistance technique. Dirigeant de fait – Note Cass. Com., 19 déc. 1995”, in *Dr. Sociétés*, Février 1996, pág. 9.

- “Notion de dirigeant de fait – Note Cour d’Appel Aix-en Provence, ch. 8, 23 nov. 1995; Cass. Com., 8 oct. 1996”, in *Dr. Sociétés*, Novembre 1996, pág. 15.

CHIOMENTI, Filippo, *La revoca delle deliberazioni assembleari*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1969.

- “Note minime in tema di nomina di amministratori s.p.a. per cooptazione”, in *Riv. dir. comm.*, 1991, pág. 315.

CID, Nuno de Salter, *A comunhão de vida à margem do casamento: entre o facto e o direito*, Livraria Almedina, Coimbra, 2005.

CIPOLLA, Oreste, “L’amministratore di fatto nell’evoluzione interpretativa del nostro sistema giuridico”, in *Società*, 2004, 2, pág. 255.

CLARK, WILLIAM L./ MARSHALL, WILLIAM L., *A treatise on the law of private corporations*, vol. III, Keefe-Davidson Law Book Co., Saint Paul, 1901.

CLARK, Jr., William L., *Handbook of the law of private corporations*, by I. Maurice Wormser, 3<sup>rd</sup> ed., West Publishing Co., St. Paul, 1916.

CLARK, Robert Charles, *Corporate law*, Little, Brown and Company, Boston-Toronto, 1986.

COELHO, Fábio Ulhoa, *Manual de direito comercial. Direito de empresa*, 18.<sup>a</sup> ed. revista e atualizada, Editora Saraiva, São Paulo, 2007.

COELHO, Eduardo Lucas, *A formação das deliberações sociais. Assembleia geral das sociedades anónimas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1994.

COELHO, Francisco Manuel Pereira, “Grupos de sociedades. Anotação preliminar aos arts. 488.<sup>o</sup> a 508.<sup>o</sup> do Código das Sociedades Comerciais”, in *BFD*, 1988, pág. 297.

- *Contratos complexos e complexos contratuais*, Dissertação para doutoramento em Ciências Jurídico-Civilísticas, FDUC, Coimbra, 2008.

COELHO, Francisco Pereira/OLIVEIRA, Guilherme de, *Curso de direito da família*, volume I, *Introdução. Direito matrimonial*, com a colaboração de Rui Moura Ramos, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2008 (reimp. 2011).

COELHO, Joaquina Soares, *Responsabilidade tributária dos administradores ou gerentes das sociedades comerciais*, Dissertação de Mestrado, FDCU, 2009.

COELHO, José Gabriel Pinto, *Lições de direito comercial*, Fascículo II, *Obrigações mercantis em geral. Obrigações mercantis em especial (sociedades comerciais)*, 2.<sup>a</sup> ed., Lisboa, 1966.

COELHO, Maria Ângela, “A limitação de responsabilidade do comerciante individual: o EIRL e a sociedade por quotas unipessoal em confronto”, in *Os quinze anos de vigência do Código das Sociedades Comerciais*, Fundação Byssaia Barreto, Coimbra, 2003, pág. 29.

COLLINS, Hugh, “Ascription of legal responsibility to groups in complex patterns of economic integration”, in *MLR*, 1990, volume 53, pág. 731.

COLOMBIA LAW REVIEW, “Doctrine of *the facto* directors”, Vol. XVI, New York, 1916, pág. 404.

COMPARATO, Fábio Konder/FILHO, Calixto Salomão, *O poder de controle na sociedade anónima*, 5.<sup>a</sup> ed., Editora Forense, Rio de Janeiro, 2008.

CONSTANTIN, Alexis/LÉVY, Yves, “Une figure originale de la direction de fait, et un avertissement pour les banques, les sociétés de capital-investissement, et leurs cadres: l’administration de fait par personne interposée”, in *Bull. Joly Soc.*, 2004, pág. 1213.

CONTI, Luigi, “Esercizio di fatto dei poteri di amministrazione e responsabilità penali nell’ambito delle società irregolari”, in *Il diritto penale delle società commerciali*, Atti del Convegno (7) – Collana dei Convegni di studio “Enrico De Nicola”. Problemi attuali di diritto e procedura, Giuffrè Editore/Camera di Commercio di Pavia, Milano, pág. 47.

- *Diritto penale commerciale*, I, *Reati ed illeciti depenalizzati in materia di società*, 2.<sup>a</sup> ed., UTET, Torino, 1980.
- “I soggetti”, in *Trattato di diritto penale dell’impresa*, I, *Introduzione al Trattato. I principi generali*, CEDAM, Padova, 1990, pág. 153.

COOK, Philip, “Shadow directors: liability of third parties?”, in *ICCLR*, 1992, 4, pág. 131.

COOK, William W., *A treatise on the law of corporations having a capital stock*, 8<sup>th</sup> ed., vol. IV, Baker, Voorhis & Co., New York, 1923.

COOKE, T. E./ HICKS, Andrew, “Wrongful trading – Predicting insolvency”, in *JBL*, 1993, pág. 338.

COREA, Ulisse, “Profili del provvedimento cautelare di sospensione delle deliberazioni societarie”, in *Riv. dir. comm.*, 2006, pág. 35.

CORDEIRO, António Menezes, *Da boa fé no direito civil*, Livraria Almedina, Coimbra, 1983 (3.<sup>a</sup> reimp. 2007).

- *Manual de direito do trabalho*, Livraria Almedina, Coimbra, 1991 (reimp. 1994).
- *Da responsabilidade civil dos administradores das sociedades comerciais*, Lex, Lisboa, 1997.
- *Tratado de direito civil português. I. Parte geral*, tomo 1, *Introdução. Doutrina geral. Negócio jurídico*, Livraria Almedina, Coimbra, 1999.
- *O levantamento da personalidade colectiva no direito civil e comercial*, Livraria Almedina, Coimbra, 2000.
- *Tratado de direito civil português. I. Parte geral*, tomo III, *Pessoas*, Livraria Almedina, Coimbra, 2004.
- *Direito europeu das sociedades*, Livraria Almedina, Coimbra, 2005.
- *Tratado de direito civil português. I. Parte geral*, tomo IV, *Exercício jurídico*, Livraria Almedina, Coimbra, 2005.



- *Litigância de má fé, abuso do direito de acção e culpa in agendo*, Livraria Almedina, Coimbra, 2006.
- *SA: assembleia geral e deliberações dos sócios*, Livraria Almedina, Coimbra, 2006.
- *Manual de direito das sociedades*, I volume, *Das sociedades em geral*, 2.<sup>a</sup> ed. (actualizada e aumentada), Livraria Almedina, Coimbra, 2007.
- *Manual de direito das sociedades*, II volume, *Das sociedades em especial*, 2.<sup>a</sup> ed. (revista e actualizada), Livraria Almedina, Coimbra, 2007.
- *Manual de direito comercial*, 2.<sup>a</sup> ed. (revista, actualizada e aumentada), Livraria Almedina, Coimbra, 2007.
- *Da confirmação no direito civil*, Livraria Almedina, Coimbra, 2008.
- “Sociedade por quotas – poderes do gerente – cessação de funções (Tribunal da Relação de Lisboa, Acórdão de 29 de Abril de 2008): Anotação”, *RDS* n.º 1, 2009, pág. 233.
- *Tratado de direito civil português. II. Direito das obrigações*, tomo I, *Introdução. Sistemas e direito europeu das obrigações. Dogmática geral*, Livraria Almedina, Coimbra, 2009.
- *Manual de direito bancário*, 4.<sup>a</sup> ed. (revista e actualizada), Almedina, Coimbra, 2010.
- *Tratado de direito civil português. II. Direito das obrigações*, tomo II, *Contratos. Negócios unilaterais*, Livraria Almedina, Coimbra, 2010.
- *Tratado de direito civil português. II. Direito das obrigações*, tomo III, *Gestão de negócios. Enriquecimento sem causa. Responsabilidade civil*, Livraria Almedina, Coimbra, 2010.
- “Capítulo VII – Responsabilidade civil pela constituição, administração e fiscalização da sociedade. Introdução”, in *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.<sup>a</sup> ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2011, pág. 270.
- *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.<sup>a</sup> ed., sub arts. 5.º, pág. 86, 78.º, pág. 287, 80.º, pág. 292, 246.º, pág. 724, 390.º, pág. 1045, 391.º, pág. 1048, 392.º, pág. 1050, 400.º, pág. 1066, 404.º, pág. 1072, 407.º, pág. 1076, 423.º-C, pág. 1113, Livraria Almedina, Coimbra, 2011.
- *Direito das Sociedades*, I volume, *Parte geral*, 3.<sup>a</sup> ed. ampliada e actualizada, Livraria Almedina, 2011.

CORDEIRO, Catarina Pires, “Algumas considerações críticas sobre a responsabilidade civil dos administradores perante os accionistas no ordenamento jurídico português”, in *O Direito*, 2001, I, pág. 81.

CORDEIRO, Pedro, *A desconsideração da personalidade jurídica das sociedades comerciais*, AAFDL, Lisboa, 1989 (1994).

CORREIA, A. A. Ferrer, *Sociedades fictícias e unipessoais*, Livraria Atlântida, Coimbra, 1948.

- *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.
- “A representação dos menores sujeitos ao pátrio poder na assembleia geral das sociedades comerciais”, in *Estudos jurídicos*, Volume II, *Direito civil e comercial. Direito criminal*, Atlântida Editora, 1969, pág. 53.

CORREIA, A. A. Ferrer/ XAVIER, Vasco Lobo/COELHO, Maria Ângelo /CAEIRO, António, “Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Anteprojecto de lei – 2.<sup>a</sup> redacção e exposição de motivos”, in *RDE*, Ano III, 1977, n.º 1, pág. 153, n.º 2, pág. 349, e Ano V, 1979, n.º 1, pág. 111.

CORREIA, Luís Brito, *Direito Comercial*, 1.º volume, Sumários desenvolvidos das lições dadas à turma B/dia do 3.º ano jurídico de 1981/82, AAFDL, 1982.

- *Direito Comercial*, 3º volume, *Deliberações dos sócios*, AAFDL, Lisboa, 1989.
- *Os administradores de sociedades anónimas*, Livraria Almedina, Coimbra, 1993.
- *Direito Comercial*, 2º volume, *Sociedades Comerciais*, 3ª tiragem da edição de 1989, AAFDL, Lisboa, 1997.
- “Deliberações do conselho de administração de sociedades anónimas”, in *Problemas do direito das sociedades*, IDET, Livraria Almedina, Coimbra, 2002, pág. 399.
- “Admissibilidade de remuneração variável de um gerente de sociedade por quotas”, in *DSR*, 2009, vol. 2, pág. 9.

CORREIA, Miguel Pupo, “Sobre a responsabilidade por dívidas sociais dos membros dos órgãos da sociedade”, in *ROA*, 2001, pág. 667.

- *Direito comercial. Direito da empresa*, com a colaboração de António José Tomás e Octávio Castelo Paulo, 9.ª ed., refundida e actualizada, Ediforum, 2005.

CORSI, Francesco, *Il concetto di amministrazione nel diritto privato*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1974.

- “Amministratori: avanti in disordine sparo”, in *Giur. comm.*, 1994, II, pág. 641.
- *Le nuove società di capitali*, Giuffrè Editore, Milano, 2003.

CORTÉZ DOMÍNGUEZ, Luis Francisco Javier, “La temporalidad del cargo de administrador en la sociedad anónima”, in *RDM*, 1979, pág. 411.

COSTA, Mário Júlio de Almeida, “Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 28 de Setembro de 1995 – Anotação”, *RLJ* n.º 3862, 1996-1997 (Ano 129º), pág. 19.

- *Direito das obrigações*, 12.ª ed. revista e actualizada, Livraria Almedina, Coimbra, 2009.

COSTA, Ricardo, *A sociedade por quotas unipessoal no direito português. Contributo para o estudo do seu regime jurídico*, Livraria Almedina, Coimbra, 2002.

- “Sociedades unipessoais”, in *Problemas do direito das sociedades*, IDET, Livraria Almedina, Coimbra, 2002, pág. 25.
- *Unipessoalidade societária*, Miscelâneas n.º 1, IDET, Livraria Almedina, 2003, pág. 39.
- “Desconsiderar ou não desconsiderar: eis a questão”, in *BOA* n.º 30, 2004, pág. 10.
- “A posição privilegiada do clube fundador na sociedade anónima desportiva”, in *I Congresso de Direito do Desporto – Memórias*, coord.: Ricardo Costa/Nuno Barbosa, Livraria Almedina, Coimbra, 2005, pág. 133.
- “Acórdão do Tribunal Arbitral do Basquetebol, Processo n.º 1/2004 – Anotação”, in *Desporto & Direito – Revista Jurídica do Desporto* n.º 7, 2005, pág. 113/126.
- “Responsabilidade civil societária dos administradores de facto”, in *Temas societários*, Colóquios n.º 2, IDET, Livraria Almedina, Coimbra, 2006, pág. 23.
- “Responsabilidade dos administradores e *business judgment rule*”, in *Reformas do Código das Sociedades*, Colóquios n.º 3, IDET, Livraria Almedina, Coimbra, 2007, pág. 49.
- “Art. 15º”, in *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord.: J. M. Coutinho de Abreu, Volume I (Artigos 1º a 84º), Códigos n.º 1, IDET, Livraria Almedina, Coimbra, 2010, pág. 273.
- “Art. 24º – A ‘especialidade’ dos direitos especiais na sociedade anónima desportiva”, in *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord.: J. M. Coutinho de Abreu, Volume I (Artigos 1º a 84º), Códigos n.º 1, IDET, Livraria Almedina, Coimbra, 2010, pág. 418 (ponto 6.).
- “Art. 64º”, in *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord.: J. M. Coutinho de Abreu, Volume I (Artigos 1º a 84º), Códigos n.º 1, IDET, Livraria Almedina, Coimbra, 2010, pág. 721 (pontos 1. a 5.).

- “Art. 80º”, in *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord.: J. M. Coutinho de Abreu, Volume I (Artigos 1º a 84º), Códigos n.º 1, IDET, Livraria Almedina, Coimbra, 2010, pág. 914.
- “Art. 84º”, in *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord.: J. M. Coutinho de Abreu, Volume I (Artigos 1º a 84º), Códigos n.º 1, IDET, Livraria Almedina, Coimbra, 2010, pág. 965.
- “Responsabilidade dos gerentes de sociedade por quotas perante credores e desconsideração da personalidade jurídica – Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 29.11.2007, Proc. 0735578”, in *CDP* n.º 32, 2010, pág. 45/51.
- “Art. 141º”, in *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord.: J. M. Coutinho de Abreu, Volume II (Artigos 85º a 174º), Códigos n.º 2, IDET, Livraria Almedina, Coimbra, 2011, pág. 562.
- “Art. 142º”, in *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord.: J. M. Coutinho de Abreu, Volume II (Artigos 85º a 174º), Códigos n.º 2, IDET, Livraria Almedina, Coimbra, 2011, pág. 578.
- “Art. 145º”, in *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord.: J. M. Coutinho de Abreu, Volume II (Artigos 85º a 174º), Códigos n.º 2, IDET, Livraria Almedina, Coimbra, 2011, pág. 611.
- “Deveres gerais dos administradores e «gestor criterioso e ordenado»”, in *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Livraria Almedina, Coimbra, 2011, pág. 157.

COSTA E SILVA, Paula/PINTO, Rui, “DLA (Dissolução e liquidação administrativas) – Regime jurídico dos procedimentos administrativos de dissolução e de liquidação de entidades comerciais”, in *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., Livraria Almedina, Coimbra, 2011, pág. 1381.

COSTI, Renzo, *L'azionista accomandatario*, CEDAM, Padova, 1969.

COTTINO, Gastone, *Le società. Diritto commerciale*, vol. I, tomo 2, 4.ª ed., CEDAM, Padova, 1999.

- *Le società. Diritto commerciale*, Appendice di aggiornamento, a cura di Niccolò Abriani, CEDAM, Padova, 2002.
- *Diritto societario*, Quinta edizione del *Diritto Commerciale*, vol. I, tomo 2, con la collaborazione di Oreste Cagnasso/Alessandro Monteverde/Luciano Quattrocchio, CEDAM, 2006.

COVINGTON Jr., J. S., *Basic law of corporations*, The John Marshall Publishing Company, Houston, 1989.

COX, James D./HAZEN, Thomas Lee, *Cox & Hazen on corporations (Including unincorporated forms of doing business)*, Volume I, 2<sup>nd</sup> ed., Aspen Publishers, New York, 2003.

COZIAN, Maurice/VIANDIER, Alain/DEBOISSY, Florence, *Droit des sociétés*, 19.ª ed., Litec, Paris, 2006.

CRESPI, Alberto, “Gestione d’impresa e responsabilità penale: curiosità e stravaganze dell’accertamento giudiziale”, in *Riv. Soc.*, 1979, pág. 599.

CRUZ, Branca Martins da, *Assembleias gerais nas sociedades por quotas*, Almedina, Coimbra, 1988.

CUNHA, Carolina, “A exclusão de sócios (em particular, nas sociedades por quotas)”, in *Problemas do direito das sociedades*, IDET, Livraria Almedina, Coimbra, 2002, pág. 201.

- *Da indemnização de clientela do agente comercial*, Studia Iuridica 71, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.
- “Vinculação cambiária de sociedades: algumas questões”, in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais – Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de*

Carvalho e Vasco Lobo Xavier, volume I, *Congresso Empresas e Sociedades*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pág. 361.

- “Art. 17º”, in *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord.: J. M. Coutinho de Abreu, Volume I (Artigos 1º a 84º), Códigos n.º 1, IDET, Livraria Almedina, Coimbra, 2010, pág. 286.
- “Art. 52º”, in *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord.: J. M. Coutinho de Abreu, Volume I (Artigos 1º a 84º), Códigos n.º 1, IDET, Livraria Almedina, Coimbra, 2010, pág. 631.

CUNHA, Paulo Olavo, *Os direitos especiais nas sociedades anónimas: as acções privilegiadas*, Almedina, Coimbra, 1993.

- *Cheque e convenção de cheque*, Almedina, Coimbra, 2009.
- “Designação de pessoas colectivas para os órgãos de sociedades anónimas e por quotas”, in *DSR*, 2009, vol. 1, pág. 165.
- *Lições de direito comercial*, Livraria Almedina/Centro de Direito Comercial e de Direito da Economia da Faculdade de Direito da Universidade Católica – Lisboa, Coimbra, 2010.
- *Direito das sociedades comerciais*, 5.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2012.

CUNHA, Paulo de Pitta e/SANTOS, Jorge Costa, *Responsabilidade tributária dos administradores ou gerentes*, Lisboa, Lex, 1999.

CUNHA, Tânia Meireles da, “A culpa dos gerentes, administradores e directores na responsabilidade por dívidas de impostos”, in *BFD*, 2001, pág. 787.

- “O momento da reversão da execução fiscal contra os responsáveis subsidiários”, in *CTF* n.º 416, 2005, pág. 127.
- *Responsabilidade tributária subsidiária – Apontamentos*, Miscelâneas n.º 5, IDET, Almedina, Coimbra, 2008, pág. 137.
- *Da responsabilidade dos gestores de sociedades perante os credores sociais: a culpa nas responsabilidades civil e tributária*, 2.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009.

## D

DAIGRE, Jean-Jacques, “Note Cour de Cassation (Ch. Com.), 17 avril 1980”, in *Rev. Soc.*, 1980, pág. 752.

- “Note Cass. com., 6 octobre 1992 – Celui qui, sous couvert d’un contrat dit «de partenariat interne», se comporte comme un dirigeant de fait et commet des fautes de gestion en prélevant des honoraires excessifs et en détournant la clientèle, est passible d’une action en comblement de l’insuffisance d’actif”, in *Bull. Joly*, 1992, pág. 1289.
- “Faillite personnelle d’un dirigeant de fait”, in *JCP*, Éd. Générale, 1998, pág. 762.

DALMARTELLO, Arturo, *I rapporti giuridici interni nelle società commerciali*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1937.

- “Validità o invalidità della clausola «simul stabunt, simul cadent» nella nomina degli amministratori di società per azioni”, in *Dir. Fall.*, 1956, II, pág. 153.
- “Postilla a Luraghi (in tema di dimissioni di amministratori di società per azioni)”, in *Giur. comm.*, 1974, pág. 581.

DAUNER-LIEB, Barbara, “Die Existenzvernichtungs Haftung als deliktische Innenhaftung gemäß § 826 BGB. Besprechung des Entscheidung BGH (Trihotel)”, in *ZGR*, 2008, pág. 34.

DAVIES, Paul L., *Introduction to company law*, Oxford University Press, Oxford, 2002.

— *Gower and Davies' principles of company law*, 7<sup>th</sup> ed., Sweet & Maxwell, London, 2003.

DE GREGORIO, Alfredo, *Delle società e delle associazioni commerciale*, Art. 76 a 250 Cod. Comm., Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1938.

— “Gli atti di amministrazione nelle società per azioni ed a responsabilità limitata”, in *Foro It.*, 1954, I, pág. 1271.

— “In tema di limitazione dei poteri dell'amministratore di società”, in *Foro It.*, 1956, I, pág. 593.

DE KLUIVER, Harm-Jan, “Europe and the private company, an introduction”, in *The european private company?*, Deventer, 1995, pág. 21.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel, *Estudios de derecho mercantil*, I, vol. 1, *La empresa y el empresario – Constitución, modificación y extinción de sociedades mercantiles – Uniones de empresas y sociedades*, 2.<sup>a</sup> ed., Editorial de Derecho Financiero/Editoriales de Derecho Reunidas, 1977.

— “Carácter temporal del cargo de administrador de las sociedades anónimas (Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 1978)”, in *RDM*, 1979, pág. 275.

— “La administración de la sociedad anónima”, in *RJN*, 1992, pág. 51.

DE LAENDER, Marie-Hélène, “Responsabilité du dirigeant qui outrepassé ses pouvoirs”, in *Rec. Dalloz*, Cahier Droit des Affaires, 2<sup>e</sup> cahier (bleu), 1999, pág. 639.

DECKERT, Martina R., “Klagemöglichkeiten einzelner Aufsichtsratsmitglieder”, in *AG*, 1994, 10, pág. 457.

DEDESSUS-LE-MOUSTIER, Nathalie, “La responsabilité du dirigeant de fait”, in *Rev. Soc.*, 1997, 3, pág. 499.

DELATTRE, Christophe, “L'inlassable travail de la Cour de cassation quant à la détermination de la notion de direction de fait”, *JCP*, Entreprise et affaires, 2007, 27-28, pág. 21.

— “Preuve non rapportée de la qualité de dirigeant de fait d'un directeur salarié. Note – Cass. com., 27 mars 2007”, in *JCP*, Entreprise et affaires, 2007, n<sup>o</sup> 42, pág. 20.

DELEBECQUE, Philippe, “«L'administrateur de fait par personne interposée»: une notion à définir”, in *JCP*, Entreprise et affaires, 2005, pág. 220.

DEMURO, Ivan, *Le decisioni dei soci sugli argomenti sottoposti alla loro approvazione nella s.r.l.*, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, Giuffrè Editore, Milano, 2008.

DERRIDA, Fernand, “Cour d'Appel d'Aix-en-Provence, 26 mai 1981”, in *Rec. Dalloz*, 1983, Informations Rapides, pág. 60.

— “Note Tribunal des Conflits, 2 juillet 1984”, in *Rec. Dalloz*, Jurisprudence, 1984, pág. 545.

— “Droit des faillites (comblement de l'insuffisance d'actif social)”, in *Rec. Dalloz*, 1985, Informations Rapides, pág. 227.

DI AMATO, Astolfo, *Diritto penale dell'impresa*, 3.<sup>a</sup> ed., Giuffrè Editore, Milano, 1995.

— “Prospettive di riforma dei reati di bancarotta”, in *Riv. dir. imp.*, 2001, 3, pág. 375.

- “Le azioni di responsabilità nella nuova disciplina della società a responsabilità limitata”, in *Giur. comm.*, 2003, 1, pág. 286.

DI GARBO, Gianfranco, “Amministratori di società, dirigenti apicali e figure «border line», in *Società*, 2008, 11, pág. 1358.

DI GRAVIO, Dario, “L’amministratore che non presta cauzione”, in *Dir. fall.*, 1980, I, pág. 247.

- “Quando l’amministratore di fatto ed il socio occulto, sovrano e tiranno sono la stessa persona”, in *Dir. fall.*, 1995, II, pág. 746.

DI MAJO, Adolfo, “Il problema del danno al patrimonio”, in *RCDP*, 1984, pág. 297.

DI SABATO, Franco, *Manuale delle società*, 4.<sup>a</sup> ed., UTET, Torino, 1992.

- *Diritto delle società*, Giuffrè Editore, Milano, 2003.

DIAS, Gabriela Figueiredo, “Controlo de contas e responsabilidade dos ROC”, in *Temas societários*, Colóquios n.º 2, IDET, 2006, pág. 153.

- *Fiscalização de sociedades e responsabilidade civil (após a Reforma do Código das Sociedades Comerciais)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.
- “A fiscalização societária redesenhada: independência, exclusão de responsabilidade e caução obrigatória dos fiscalizadores”, in *Reformas do Código das Sociedades*, Colóquios n.º 3, IDET, Almedina, Coimbra, 2007, pág. 277.

DIAS, Joana Pereira, *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.<sup>a</sup> ed., sub arts. 141º, pág. 523, 142º, pág. 530, 145º, pág. 539, 151º, pág. 549, Livraria Almedina, Coimbra, 2011.

DIAS, Maria João Rodrigues, *A substituição de administradores*, Miscelâneas n.º 7, IDET, Livraria Almedina, Coimbra, 2011, pág. 209.

DIAS, Rui Pereira, *Responsabilidade por exercício de influência sobre a administração de sociedades anónimas. Uma análise de direito material e direito de conflitos*, Almedina, Coimbra, 2007.

- “Artigo 83º”, in *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord.: J. M. Coutinho de Abreu, Volume I (Artigos 1º a 84º), Códigos n.º 1, IDET, Livraria Almedina, Coimbra, 2010, pág. 952.

DÍAZ ECHEGARAY, José Luiz, *El administrador de hecho de las sociedades*, Aranzadi Editorial, Pamplona, 2002.

- *Deberes y responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, 2.<sup>a</sup> ed., Thomson Aranzadi, Navarra, 2006.

DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, “El administrador de hecho como eventual sujeto responsable de la calificación culpable del concurso”, in *RDM*, 2009, pág. 1013.

DIERLAMM, Alfred, “Der faktische Geschäftsführer im Strafrecht – ein Phantom?”, in *NStZ*, 1996, pág. 153.

DIETZ, Laura Hunter [et alii], *American jurisprudence – A modern comprehensive text statement of american law*, volume 18B, *Corporations*, Thomson West, Eagan, 2004.

DINE, Janet, “Punishing directors”, in *JBL*, 1994, pág. 325.

— *Company law*, 5<sup>th</sup> ed., Palgrave Macmillan, Hampshire, 2005.

DINI, Mario, “Omessa prestazione di cauzione ed amministratore di fatto”, in *Dir. fall.*, 1966, I, pág. 36.

DINKHOFF, Marc, *Der faktische Geschäftsführer in der GmbH*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 2003.

DISETTI, Edoardo, “L’amministratore di fatto e la riforma del diritto societario: un primo passo verso la codificazione?”, in *Società*, 2004, 2, p. 257.

DODSWORTH, Andrew, “Disqualifying *de facto* directors”, in *InsLP*, 1995, 1, pág. 176.

DOLMETTA, Aldo A./ALIBRANDI, Antonella Sciarrone, “Questione attuali sulla figura del «direttore generale» d’impresa”, in *Amministrazione e controllo nel diritto delle società – Liber Amicorum Antonio Piras*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2010, pág. 396.

DOMINGUES, Paulo de Tarso, *Do capital social. Noção, princípios e funções*, Studia Juridica 33, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

— “A vinculação das sociedades por quotas no Código das Sociedades Comerciais”, in *RFDUP*, 2004, pág. 277.

— *Variações sobre o capital social*, Livraria Almedina, Coimbra, 2009.

— “Artigo 35<sup>o</sup>”, in *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord.: J. M. Coutinho de Abreu, Volume I (Arts. 1<sup>o</sup> a 84<sup>o</sup>), Códigos n.º 1, IDET, Livraria Almedina, Coimbra, 2011, pág. 511.

— “Comentário geral aos arts. 87<sup>o</sup> a 93<sup>o</sup>”, in *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord.: J. M. Coutinho de Abreu, Volume II (Arts. 85<sup>o</sup> a 174<sup>o</sup>), Códigos n.º 2, IDET, Livraria Almedina, Coimbra, 2011, pág. 33.

— “Artigo 201<sup>o</sup>”, in *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord.: J. M. Coutinho de Abreu, Volume III (Arts. 175<sup>o</sup> a 245<sup>o</sup>), Livraria Almedina, Coimbra, 2011, pág. 198.

DONALDSON, John [et alii], *Shadow directors*, Financial Law Panel, London, 1994.

DOOLEY, Michael P./POTTER, William S., *Model Business Corporation Act. Official text with official comment and statutory cross-references. Revised through June 2005*, American Bar Association, 2005.

DOUGLAS-HAMILTON, MARGARET Hambrecht, “Creditor liabilities resulting from improper interference with the management of a financially troubled debtor”, in *Bus. Lawyer*, 1975, Vol. 31, pág. 343.

DOURADO, Ana Paula, “A responsabilidade tributária dos gerentes: pressupostos”, in *Fisco* n.º 57, 1993, pág. 36.

— “Substituição e responsabilidade tributária”, in *CTF* n.º 391, 1998, pág. 29.

DRENNAN, Oliver, “Shadow directorship – defining the “Eminence Grise”, in *InsPL*, 1993, Vol. 8, 6, pág. 176.

DRUEY, Jean Nicolas, “Organ und organization. Zur Verantwortlichkeit aus aktienrechtlicher Organschaft”, in *SchwAk*, 1981, pág. 77.

DUARTE, Diogo Pereira, *Aspectos do levantamento da personalidade colectiva nas sociedades em relação de domínio. Contributo para a determinação do regime da empresa plurissocietária*, Livraria Almedina, Coimbra, 2007.

- *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.<sup>a</sup> ed., sub arts. 252º, pág. 734, 253º, pág. 737, 256º, pág. 744, 258º, pág. 748, 259º, pág. 749, 261º, pág. 754, Almedina, Coimbra, 2011.

DUARTE, Rui Pinto, *Tipicidade e atipicidade dos contratos*, Livraria Almedina, Coimbra, 2000.

- “A ilicitude da execução de deliberações a partir da citação para o procedimento cautelar de suspensão”, in *CDP* n.º 5, 2004, pág. 17.
- “Efeitos da declaração de insolvência quanto à pessoa do devedor”, *Novo direito da insolvência – Edição especial Themis*, Livraria Almedina, Coimbra, 2005, pág. 131.

DUPICHOT, Jacques, “La responsabilité des dirigeants de société en droit français : principes directeurs”, in *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, pág. 150.

DUQUE DOMÍNGUEZ, Justino F., “Escritura, estatutos y límites a la libertad estatutaria en la fundación de sociedades anónimas”, in *Derecho de sociedades anónimas, I, La fundación*, Estudios coordinados por Alberto Alonso Ureba, Justino Duque Domínguez, Gaudencio Esteban Velasco, Rafael García Villaverde, Fernando Sánchez Calero, Editorial Civitas, Madrid, 1991, pág. 15.

- “El concepto de grupo de sociedades y su desarrollo en el derecho español”, in *Derecho de sociedades. Libro homenaje ao Profesor Fernando Sánchez Calero*, Volumen V, McGraw Hill, Madrid, 2002, pág. 5303.
- “El tráfico de acciones realizado por los administradores de sociedades anónimas cotizadas pertenecientes a un grupo de sociedades”, in *RdS*, 2003, 1, pág. 51.
- “Del texto refundido de la LSA de 1989 a la Ley de Transparencia de 2003: Hitos y situación actual del ordenamiento español en materia de gobierno corporativo”, in *Derecho de sociedades anónimas cotizadas (Estructura de gobierno y mercados)*, tomo I, Dirección: Fernando Rodríguez Artigas [et alii], Editorial Aranzadi/Thomson, Madrid, 2006, pág. 251.

D’ALESSANDRO, Luigi F., “Sull’ammissibilità e sui limiti di conferire la rappresentanza societaria a terzi mediante procura”, in *Studi e materiali*, Consiglio Nazionale del Notariato, 4, Giuffrè Editore, Milano, 1992-1995, pág. 95.

## E

EBENROTH, Carsten Thomas, “Die qualifiziert faktische Konzernierung und ihre körperschaftsteuerrechtliche Auswirkung”, in *AG*, 1990, pág. 188.

EHRICKE, Ulrich, “Zur Begründbarkeit der Durchgriffshaftung in der GmbH, insbesondere aus methodischer Sicht”, in *AcP*, 1999, pág. 257.

- “Zur Teilnehmerhaftung von Gesellschaftern bei Verletzungen von Organpflichten mit Außenwirkung durch den Geschäftsführer einer GmbH”, in *ZGR*, 2000, pág. 351.

EISENBERG, Melvin Aron, “Obblighi e responsabilità degli amministratori e dei funzionari delle società nel diritto americano”, in *Giur. comm.*, 1992, I, pág. 617.

ELLIOT, Charles B., *A treatise on the law of private corporations*, 3<sup>rd</sup> revised ed., The Bowen-Merril Company, Indianapolis-Kansas City, 1900.



EMBID IRUJO, José Miguel, *Grupos de sociedades y accionistas minoritarios. La tutela de la minoría en situaciones de dependencia societaria y grupo*, Ministerio de Justicia/Centro de Publicaciones, Madrid, 1987.

- “Separación de los administradores”, in *Comentarios a la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada*, Coordinadores: Ignacio Arroyo/José Miguel Embid, Cap. V – Órganos sociales, Sección 2.<sup>a</sup>: Administradores, Tecnos, Madrid, 1997, pág. 707.
- “El buen gobierno corporativo y los grupos de sociedades”, in *RDM*, 2003, pág. 933.
- “La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima tras la ley de transparencia”, in *RCDI*, 2004, pág. 2379.

EMBID IRUJO, José Miguel/MARTÍNEZ SANZ, Fernando, “Libertad de configuración estatutaria en el derecho español de sociedades de capital”, in *RdS*, 1996, 7, pág. 11.

EMBID IRUJO, José Miguel/GIRGADO PERANDONES, Pablo, “Aproximación al significado jurídico de los órganos del grupo de sociedades. Especial referencia al papel de la junta general”, in *Las competencias de los órganos sociales en las sociedades de capital*, coord.: José Miguel Embid Irujo, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 281.

EMMERICH, Volker/SONNENSCHNEIN, Jürgen, *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.

ENGELKE, Friedrich, “Faktische Geschäftsführung durch Kreditinstitute?”, in *DBank*, 1998, 7, pág. 431.

EPIFÂNIO, Maria do Rosário, *Os efeitos substantivos da falência*, Publicações Universidade Católica, Porto, 2000.

- *Manual de direito da insolvência*, 2.<sup>a</sup> ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2010.

ESCOBEDO, Gennaro, “I cosidetti amministratori di fatto delle società anonime e il reato di quasi bancarotta semplice”, in *Giust. pen.*, 1933, III, pág. 685.

ESSER, Josef, “Gedanken zur Dogmatik der «faktischen Schuldverhältnisse»”, in *AcP*, 1958/1959, pág. 88.

ESTACA, José Marques, *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.<sup>a</sup> ed., sub art. 270<sup>o</sup>-F, Livraria Almedina, Coimbra, 2011, pág. 785.

ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, *El poder de decisión en las sociedades anónimas. Derecho europeo y reforma del derecho español*, Editorial Civitas, Madrid, 1982.

- “Configuración estatutaria del órgano de administración”, in *Derecho de sociedades anónimas*, I, *La fundación*, Estudios coordinados por Alberto Alonso Ureba, Justino Duque Domínguez, Gaudencio Esteban Velasco, Rafael García Villaverde, Fernando Sánchez Calero, Editorial Civitas, Madrid, 1991, pág. 345.
- “Algunas reflexiones sobre la responsabilidad de los administradores frente a los socios y terceros: acción individual y acción por no promoción o remoción de la disolución”, in *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Ménéndez*, tomo II, *Sociedades mercantiles*, coord.. Juan Luis Iglesias Prada, Editorial Civitas, Madrid, 1996, pág. 1679.

**F**

FALZONE, Guido, *L'inibitoria giudiziale dell'operatività degli atti giuridici con particolare riguardo agli atti amministrativi*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1967.

FANELLI, Giuseppe, *La delega di potere amministrativo nella società per azioni*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1952.

FANTO, James A., *Directors' and officers liability*, 2<sup>nd</sup> ed., Practising Law Institute, New York, 2007.

FARRAR, John H., "Fraudulent trading", in *JBL*, 1980, pág. 336.

— *Corporate governance. Theories, Principles and Practice*, 2<sup>nd</sup> ed., Oxford University Press, Australia, 2005.

FARRAR, John H. / HANNIGAN, Brenda, *Farrar's Company Law*, 4<sup>th</sup> ed., with contributions by Nigel E. Furey and Philipp Wylie, Butterworths, London-Edinburgh-Dublin, 1998.

FATTORI, Andrea, "Amministrazione di fatto e azione di responsabilità individuale. Il commento", in *Società*, 1994, 2, pág. 254.

— "Attribuzione della qualifica di amministratore di fatto e conseguente responsabilità. Il commento", in *Società*, 1995, 7, pág. 931.

— "Amministratore di fatto di società di capitali: natura e responsabilità. Il commento", in *Società*, 1998, 7, pág. 804.

FELSANI, Fabiana Massa, "Scadenza contemporanea e scadenza scaglionata del consiglio di amministrazione", in *Riv. dir. comm.*, 1995, pág. 535.

FERNANDES, António Monteiro, *Direito do trabalho*, 15.<sup>a</sup> ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2010.

FERNANDES, Luís A. Carvalho, "Efeitos substantivos da declaração de falência", in *DJ*, 1995, pág. 19.

— "O novo regime da inibição do falido para o exercício do comércio", in *DJ*, 1999, pág. 7.

— *Teoria geral do direito civil, I, Introdução. Pressupostos da relação jurídica*, 3.<sup>a</sup> ed. revista e actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2001.

— "A qualificação da insolvência e a administração da massa insolvente pelo devedor", in *Novo direito da insolvência - Edição especial Themis*, Livraria Almedina, Coimbra, 2005, pág. 81.

— *Teoria geral do direito civil, II, Fontes, conteúdo e garantia da relação jurídica*, 5.<sup>a</sup> ed. revista e actualizada, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2010.

FERNANDES, Luís Carvalho/LABAREDA, João, *Código dos processos especiais de recuperação da empresa e de falência anotado*, 3.<sup>a</sup> ed. (2.<sup>a</sup> reimpr.), Quid Juris?, Lisboa, 2000.

— *Código da insolvência e da recuperação de empresas anotado*, Volume I (Artigos 1.<sup>o</sup> a 184.<sup>o</sup>), Quid Juris?, Lisboa, 2005.

— *Código da insolvência e da recuperação de empresas anotado*, Volume II (Artigos 185.<sup>o</sup> a 304.<sup>o</sup>), Quid Juris?, Lisboa, 2005.

FERNÁNDEZ-ALBOR BALTAR, Ángel, "Deber de lealtad del administrador cesado (Observación a la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 18 de septiembre de 1997)", in *RGD*, 1999, pág. 3991.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis, *La atipicidad en derecho de sociedades*, Libros Pórtico, Zaragoza, 1977.

- “El régimen de responsabilidad de los administradores en la Ley de Sociedades Anónimas: supuestos, principios y problemas”, in *La responsabilidad del administrador en las sociedades*, BICAM, Madrid, 1997, pág. 9.
- “La responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital”, in *Comentarios a la Ley Concursal*, coord.: Luis Fernández de la Gándara/Manuel María Sánchez Alvarez, Colección Garrigues-Marcial Pons, Barcelona, 2004, pág. 701.
- *Derecho de sociedades*, volumen I, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis/GARCÍA-PITA PEMÁN, Daniel/FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Antonio, “Responsabilidad de los administradores de sociedades de capital en la esfera jurídico-societaria”, in *Responsabilidad de consejeros y altos cargos de sociedades de capital*, McGraw-Hill, Madrid, 1996, pág. 1.

FERNÁNDEZ DEL MORAL DOMÍNGUEZ, José, *El seguro de responsabilidad civil de administradores y altos directivos de la sociedad anónima (Póliza D&O)*, Granada, 1998.

FERNÁNDEZ PÉREZ, Nuria, “El significado de la Ley de Transparencia en la modernización del derecho societario español”, in *RdS*, 2004, 1, pág. 87.

FERNÁNDEZ RUIZ, José Luis, “La separación de los administradores de una sociedad anónima y el orden del día de la convocatoria de la junta general (Comentario a la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 13 de marzo de 1974)”, in *RDM*, 1978, pág. 321.

FERRAN, Eilís, *Company law and corporate finance*, Oxford University Press, Oxford, 1999.

FERRARA, Francesco, “La riforma della società per azioni”, in *Riv. Soc.*, 1962, pág. 186.

- “Evolution de l'équilibre des organes de la société anonyme en droit italien”, in *Evolution et perspectives du droit des sociétés à la lumière des différentes expériences nationales*, a cura di Piero Verrucoli, II, Giuffrè Editore, Milano, 1968, pág. 41.

FERRARA Jr., Francesco, “Società etichetta e società operante”, in *Riv. dir. civ.*, 1956, pág. 650.

FERRARA Jr., Francesco/CORSI, Francesco, *Gli imprenditori e le società*, 11.ª ed., Giuffrè Editore, Milano, 1999.

- *Gli imprenditori e le società*, 13.ª ed., Giuffrè Editore, Milano, 2006.

FERREIRA, Bruno, “Os deveres de cuidado dos administradores e gerentes (Análise dos deveres de cuidado em Portugal e nos Estados Unidos da América fora das situações de disputa sobre controlo societário)”, in *RDS* n.º 3, 2009, pág. 681.

FERREIRA, Durval A. Fonseca e Castro, *Do mandato civil e comercial. O gerente de sociedades. O contrato de mediação*, ed. Autor, Vila Nova de Famalicão, 1967.

FERREIRA-PINTO, Fernando Brandão, *O direito e os casais*, Caminho, Lisboa, 2005.

FERRER BARRIENDOS, Agustín, “Art. 172. Sentencia de calificación”, in *Comentarios a la Ley Concursal*, tomo III, Coordinadores: J. M.ª Sagrera Tizón/A. Sala Reixachs/A. Ferrer Barriendos, Editorial Bosch, Barcelona, 2004, pág. 1771.

FERRI, Corrado, “I procedimenti cautelari ed urgenti in materia di società commerciali”, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1995, pág. 111.

- “Le impugnazioni di delibere assembleari. Profili processuali”, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2005, *Supplemento al n. 1, Numero speciale – Diritto e processo commerciale*, pág. 51.

FERRI, Giuseppe, “Responsabilità dell’unico socio di un’anonima”, in *FI*, 1933, I, pág. 722.

- “Socio sovrano, imprenditore occulto e fallimento del socio nelle società di capitali”, in *Studi in onore di Giuseppe Valeri*, volume I, Dott. A. Giuffrè - Editore, Milano, 1955, pág. 285.
- “Potere e responsabilità nell’evoluzione della società per azioni”, in *Riv. Soc.*, 1956, pág. 35.
- “Mancata iscrizione della cessazione dall’ufficio e responsabilità dell’amministratore cessato nei confronti dei creditori sociali”, *Riv. dir. comm.*, 1967, II, pág. 161.
- “In tema di clausola «simul stabunt simul cadent» e di intervento all’assemblea di seconda convocazione”, in *Riv. dir. comm.*, 1987, II, pág. 537.
- *Le società*, Trattato di diritto civile italiano, fondato da Filippo Vassali, vol. X, tomo III, 3.<sup>a</sup> ed., UTET, Torino, 1987 (reimp. 1989).
- *Manuale di diritto commerciale*, a cura di Carlo Angelici/Giovanni B. Ferri, 11.<sup>a</sup> ed., UTET, Torino, 1999.

FERRI Jr., Giuseppe, “Le deleghe interne”, in *Amministrazione e amministratori di società per azioni*, a cura di B. Libonati, Dott. A. Giuffrè Editore, 1995, pág. 165.

- *Società di capitali*, vol. 3, *Artt. 2449-2510*, Commentario a cura di Giuseppe Niccolini/Alberto Stagno d’Alcontres, *sub arts. 2457-2458*, Jovene Editore, Napoli, 2004, pág. 1369.

FERRIER, Didier, “Contrats de distribution commerciale – Note Cass. Com., 9 nov. 1993”, in *Rec. Dalloz*, 1995, *Sommaires commentés*, pág. 79.

FERRO, Vincenzo, “Responsabilità dell’amministratore di fatto”, in *Fall.*, 1996, 9, pág. 909.

- “La responsabilità degli amministratori”, in *Le società di capitali*, 2.<sup>a</sup> ed., a cura di Giorgio Schiano di Pepe, Trattato teorico pratico delle società, IPSOA, Milano, 1999, pág. 561.

FERRO-LUZZI, Paolo, “In tema di deliberazione assembleare implicita”, in *Riv. dir. comm.*, 1969, II, pág. 181.

- *I contratti associativi*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1971.
- *La conformità delle deliberazioni assembleari alla legge ed all’atto costitutivo*, Giuffrè Editore, Milano, 1993.

FIDLER, Peter, “Banks as shadow directors”, in *JIBL*, 1992, pág. 97.

FIELD, George W., *A treatise on the law of private corporations*, John D. Parsons, Jr., Publisher, Albany NY, 1877.

FIGUEIRA, Eliseu, “Disciplina jurídica dos grupos de sociedades – Breves notas sobre o papel e a função do grupo de empresas e sua disciplina jurídica”, in *CJ*, 1990, IV, pág. 36.

FIGUEIREDO, Isabel Mousinho de, “O administrador delegado (A delegação de poderes de gestão no direito das sociedades)”, in *O Direito*, 2005, III, pág. 547.

FIORENTINO, Adriano, *Gli organi delle società di capitali. Assemblea. Amministratori. Sindaci*, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1950.

FIORI, Carlo/ASSUMA, Bruno/BAFFI, Eugenio, *Gli illeciti penali degli amministratore e sindaci delle società di capitali*, IPSOA, Milano, 1992.

FISCHEL, Daniel, "The economics of lender liability", in *YaleLJ*, 1989, Volume 99, pág. 131.

FLECK, Hans-Joachim, "Zur Haftung des GmbH-Geschäftsführers", in *GmbHR*, 1974, pág. 224.

FLEISCHER, Holger, "Zur Leitungsaufgabe des Vorstands im Aktienrecht", in *ZIP*, 2003, 1, pág. 1.

- "Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit faktischer Organe", in *AG*, 2004, 10, pág. 517.
- "Ungeschriebene Hauptversammlungszuständigkeiten im Aktienrecht: von 'Holzmüller' zu 'Gelatine'", in *NJW*, 2004, 33, pág. 2335.

FLETCHER, William Meade, *Fletcher Cyclopedia of the law of private corporations*, volume 2, revised by Victoria A. Braucher, Thomas Evans and Gail A. O'Gradney, West Group, Saint Paul, 1998.

FLIGSTEIN, Neil/ BRANTLEY, Peter, "Bank control, owner control, or organizational dynamics: who controls the large modern corporation?", in *Company law*, edited by Sally Wheeler, Dartmouth, Aldershot-Hong Kong-Singapore-Sydney, 1993, pág. 153.

FLUME, Werner, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, Erster Band, Zweiter Teil, *Die juristische Person*, Springer-Verlag, Berlin-Heidelberg-New York-Tokyo, 1983.

FONSECA, Joaquim Taveira da, *Deliberações sociais: suspensão e anulação*, Separata da Revista «Textos» do Centro de Estudos Judiciários, Porto, 1994.

FORD, H. A. J./AUSTIN, R. P., *Ford's Principles of Corporations Law*, 10<sup>th</sup> ed., Butterworths, Australia, 2001.

FORDE, Michael, *Company law*, 3<sup>rd</sup> ed., Round Hall Sweet & Maxwell, Dublin, 1999.

FORRAI, George/ HORSEY, Frederick/ PURDY-TSANG, DIANA, "Hong Kong shadow directors: patchwork provisions or blanket protection?", in *JBL*, 1999, pág. 84.

FORSTMOSER, Peter, "Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht", in *Freiheit und Verantwortung im Recht. Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz*, Herausgegeben von den Professoren Peter Forstmoser und Walter R. Schlupe, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1982, pág. 125.

- *Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit. Die Haftung der mit der Verwaltung, Geschäftsführung, Kontrolle und Liquidation einer AG betrauten Personen*, 2., neubearbeitete und stark erweiterte Auflage, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1987.
- "Die Verantwortlichkeit der Organe. Von der Willkür zur Berechenbarkeit?", in *SchwTr*, 1991, pág. 536.

FORTUNATO, Sabino, "I controlli nella riforma della società", in *Il nuovo diritto delle società di capitali e delle società cooperative*, a cura di Matteo Rescigno/Antonella Sciarrone Alibrandi, Giuffrè Editore, Milano, 2004, pág. 77.

FRADA, Manuel A. Carneiro da, "Deliberações sociais inválidas no novo Código das Sociedades", in *Novas perspectivas do direito comercial*, Livraria Almedina, Coimbra, 1988, pág. 315.

- *Uma «terceira via» no direito da responsabilidade civil?*, Livraria Almedina, Coimbra, 1997.

- *Contrato e deveres de protecção*, Separata do volume XXXVIII do *Suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, Coimbra, 1994.
- *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Livraria Almedina, Coimbra, 2004.
- *Direito civil. Responsabilidade civil. O método do caso*, Livraria Almedina, Coimbra, 2006.
- “A responsabilidade dos administradores na insolvência”, in *ROA*, 2006, pág. 653.
- “A *business judgment rule* no quadro dos deveres gerais dos administradores”, in *Jornadas «Sociedades abertas, valores mobiliários e intermediação financeira»*, coord.: Maria de Fátima Ribeiro, Livraria Almedina, Coimbra, 2007, pág. 201.
- “Acordos parassociais ‘omnilaterais’”, in *DSR*, 2009, vol. 2, pág. 97.
- *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.<sup>a</sup> ed., sub art. 191º, Livraria Almedina, Coimbra, 2011, pág. 600.

FRANÇA, Maria Augusta, *A estrutura das sociedades anónimas em relação de grupo*, AAFDL, Lisboa, 1990.

FRANCESCHELLI, Remo, “Sospensione di delibere assembleari impugnate”, in *Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja*, volume II, *Diritto commerciale e industriale*, Nicola Zanichelli Editore, Bologna, 1953, pág. 399.

FRANCESCHELLI, Vincenzo, “Richiami in tema di invalidità di assemblea di società per azioni e di amministratori di fatto”, in *Giur. It.*, 1982, I, Sez. II, pág. 661.

- “Premesse generali per uno studio dei rapporti di fatto”, in *Rass. dir. civ.*, 1981, II, pág. 662.
- *I rapporti di fatto. Ricostruzione della fattispecie e teoria generale*, Giuffrè Editore, Milano, 1984.
- “Rapporti contrattali di fatto: un cinquantenario”, in *Contratti*, 1993, 6, pág. 705.

FRANCESCHELLI, Vincenzo/LEHMANN, Michael, “Superamento della personalità giuridica e società collegate: sviluppi di diritto continentale”, in *Responsabilità limitata e gruppi di società. Unità economica e pluralità giuridica e di imprese nei gruppi di società. Profili di diritto interno e comparato*, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1987, pág. 69.

FRANCHI, Antonio, *La responsabilità degli amministratori di s.p.a. nel nuovo diritto societario. I principi per una disciplina “europea” e i riflessioni nell’ambito delle società bancarie*, Giuffrè Editore, Milano, 2004.

FRANZONI, Massimo, *Gli amministratori e i sindaci*, Le società - Trattato diretto da Francesco Galgano, UTET, Torino, 2002.

- *Della società per azioni*, Tomo III, *Dell’amministrazione e del controllo. 1. Disposizioni generali. Degli amministratori. Art. 2380-2396*, Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, a cura di Francesco Galgano, Libro Quinto - Del lavoro, Zanichelli Editore/Soc. Ed. del Foro Italiano, Bologna-Roma, 2008.

FRÈ, Giancarlo, *L’organo amministrativo nelle società anonime*, Soc. Ed. del «Foro Italiano», Roma, 1938.

- “La clausola «simul stabunt, simul cadent» nella nomina degli amministratori di società per azioni”, in *La società per azioni alla metà del secolo XX. Studi in memoria di Angelo Sraffa*, I, CEDAM, Padova, 1962, pág. 263.

FRÈ, Giancarlo/SBISÀ, Giuseppe, *Della società per azioni*, tomo I, Art. 2325-2409, Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, a cura di Francesco Galgano, Libro V – Del lavoro, 6.<sup>a</sup> ed., Zanichelli Editore/Soc. Ed. Del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1997.

FREITAS, José Lebre de/MACHADO, A. Montalvão/PINTO, Rui, *Código de processo civil anotado*, Volume 2.<sup>o</sup>, Artigos 381.<sup>o</sup> a 675.<sup>o</sup>, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

FRINGS, Daniel, *Die zivil- und strafrechtliche Haftung des GmbH-Geschäftsführers in der Insolvenz*, Verlag Dr. Kovac, Hamburg, 2008.

FROMM, Rüdiger, “Banken als faktische Gesellschafter bei Turnaround-Finanzierungen Gefahren für Unternehmen und Kreditinstitute”, in *GmbHR*, 2003, pág. 1114.

FUENTES NAHARRO, Mónica, *Grupos de sociedades y protección de acreedores (Una perspectiva societaria)*, Thomson/Civitas, Madrid, 2007.

FUHRMANN, Hans, “Die Bedeutung des «faktischen Organs» in der strafrechtlichen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs”, in *Festschrift für Herbert Tröndle zum 70. Geburtstag am 24. August 1989*, Herausgegeben von Hans-Heinrich Jeschek und Theo Vogler, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1989, pág. 139.

FURTADO, Jorge Pinto, *Código Comercial anotado*, volume II, *Das sociedades em especial*, tomo I, Artigos 151.<sup>o</sup> a 178.<sup>o</sup>, Livraria Almedina, Coimbra, 1986.

- *Código Comercial anotado*, volume II, *Das sociedades em especial*, tomo II, Artigos 179.<sup>o</sup> a 206.<sup>o</sup>, Livraria Almedina, Coimbra, 1986.
- *Deliberações dos sócios*, Comentário ao Código das Sociedades Comerciais, Artigos 53 a 63, Livraria Almedina, Coimbra, 1993.
- *Curso de Direito das Sociedades*, 5.<sup>a</sup> edição revista e actualizada, com a colaboração de Nelson Rocha, Livraria Almedina, Coimbra, 2004.
- *Deliberações de sociedades comerciais*, Livraria Almedina, Coimbra, 2005.

## G

GAGLIANO, Antonio, *Gli amministratori delle società anonime nel diritto e nella giurisprudenza*, Alberto Reber Libraio della R. Casa, Palermo, 1904.

GALBRAITH, John Kenneth, *O novo estado industrial*, Publicações Dom Quixote, Lisboa, 1973 (trad. *The new industrial state*, 1967).

GALGANO, Francesco, *Il contratto di società. Le società di persone*, Nicola Zanichelli, Bolonha, 1973.

- “Civile e penale nella produzione di giustizia”, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1983, 1, pág. 53.
- *La società in accomandita per azioni*, in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia, diretto da Francesco Galgano, volume VIII, CEDAM, Padova, 1985, pág. 3.
- *La società per azioni*, in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell’economia, diretto da Francesco Galgano, volume VII, 2.<sup>a</sup> ed., CEDAM, Padova, 1988.
- *Le società di capitali nel XX secolo*, Separata do número especial do BFD de Coimbra – «Estudos em homenagem ao Prof. Doutor António de Arruda Ferrer Correira», Coimbra, 1989.
- *Diritto civile e commerciale*, volume III, *L’impresa e le società*, tomo 2, *Le società di capitali e le cooperative*, 3.<sup>a</sup> ed., CEDAM, Padova, 1999.

- *Il nuovo diritto societario*, Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia, diretto da Francesco Galgano, vol. XXIX, CEDAM, Padova, 2003.
- *Direzione e coordinamento di società*, Commentario del Codice Civile Scialoja-Branca, a cura di Francesco Galgano, Libro V: Del Lavoro – Art.2497-2497 septies, Zanichelli Editore/Soc. Ed. del Foro Italiano, Bologna-Roma, 2005.
- *Diritto Commerciale. 2. Le società*, Contratto di società. Società di persone. Società per azioni. Altre società di capitali. Società cooperative, 17ª ed., Zanichelli Editore, Bologna, 2009.

GALGANO, Francesco/BONSIGNORI, Angelo, *Fallimento delle società e procedimento sommario. Art. 146-159*, Commentario Scialoja-Branca – Legge fallimentare, a cura di Francesco Galgano, Zanichelli Editore/Soc. Ed. Del Foro Italiano, Bologna-Roma, 1997.

GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza, “El deber de secreto de los administradores tras la reforma de la Ley de Sociedades Anónimas por la Ley de Transparencia”, in *Derecho de sociedades anónimas cotizadas (Estructura de gobierno y mercados)*, tomo II, Dirección: Fernando Rodríguez Artigas [et alii], Editorial Aranzadi/Thomsin, Navarra, 2006, pág. 991.

GAMBINO, Agostino, “I gruppi in Italia alla luce del progetto di IX direttiva”, in *Giur. comm.*, 1987, I, pág. 5.

- “Responsabilità delle *holding* nei gruppi societari”, in *Fallimento*, 1995, 5, pág. 581.
- “Spunti di riflessione sulla riforma: l'autonomia societaria e la risposta legislativa alle esigenze di finanziamento dell'impresa”, in *Giur. comm.*, 2002, I, pág. 641.

GARCEA, Maura, “I «gruppi finti». Appunti in tema di gruppi di società e interposizione nell'esercizio dell'impresa”, in *Riv. dir. civ.*, 2005, pág. 205.

GARCÍA-ALAMÁN DE LA CALLE, Borja, “Aspectos civiles de la calificación del concurso”, in *Comentarios a la Ley Concursal*, Coordinadores: Luis Fernández de la Gándara/Manuel María Sánchez Álvarez, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2004, pág. 681.

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio, “La responsabilidad de los administradores por no promoción o remoción de la disolución de la sociedad: consideraciones en torno al debate jurisprudencial”, in *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital. Aspectos civiles, penales y fiscales*, Coordinadores: Eduardo Galán Corona/José Antonio García-Cruces González, Editorial Tecnos, Madrid, 1999, pág. 48.

- “De la calificación del concurso”, in *Comentario de la Ley Concursal*, Directores: Ángel Rojo/Emilio Béltran, tomo II, Coordinación: Ana Belén Campuzano, Thomson/Civitas Ediciones, Madrid, 2004, pág. 2511.

GARCÍA CAVERO, Percy, *La responsabilidad penal del administrador de hecho de la empresa: criterios de imputación*, José Maria Bosch Editor, Barcelona, 1999.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier, *Los delitos societarios. Un enfoque mercantil*, Editorial Civitas, Madrid, 1996.

GARCÍA PÉREZ, Juan Jacinto, “La responsabilidad penal de los administradores de sociedades por impedimento o negativa del ejercicio de los derechos del socio y del ejercicio de la actuación supervisora e inspectora de la administración”, in *La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital. Aspectos civiles, penales y fiscales*, Coordinadores: Eduardo Galán Corona/José Antonio García-Cruces González, Editorial Tecnos, Madrid, 1999, pág. 145.

GARCÍA VIDAL, Ángel, *Las instrucciones de la junta general a los administradores de la sociedad de responsabilidad limitada*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2006.



GARRETA SUCH, José María, *La responsabilidad civil, fiscal y penal de los administradores de las sociedades*, 4.ª ed., Marcial Pons, Madrid, 1997.

GARRIDO, José María, “El Informe Winter y el gobierno societario en la Unión Europea”, in *RdS*, 2003, 1, pág. 111.

GARRIGUES, Joaquín, *Dictámenes de derecho mercantil*, III, ed. do Autor, Madrid, 1976.

GARRIGUES, Joaquín/URÍA, Rodrigo, *Comentario a la Ley de Sociedades Anónimas*, tomo II, 3.ª ed., revisada, corregida y puesta al día por Aurelio Menéndez y Manuel Olivencia, Imprenta Aguirre, Madrid, 1976.

GASPAR, J.-L./DE SMETH, Anne, “La notion de gérant de fait”, in *Journ. Tribunaux*, 1984, nº 5313, pág. 645.

GAZZONI, Francesco, *Manuale di diritto privato*, 7.ª ed., Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1998.

GERALDES, António Santos Abrantes, *Temas da reforma do processo civil*, IV volume, 6. *Procedimentos cautelares especificados*, 2.ª ed. revista e actualizada, Livraria Almedina, Coimbra, 2001.

GERLACH, Hans W., “Die Anstellung eines Vorstandsmitgliedes einer Aktiengesellschaft ohne Beschluß des Aufsichtsrates und deren Folgen”, in *AG*, 1965, pág. 251.

GERMAIN, Michel, “Administration. Statut des administrateurs”, in *Juris-classeur des sociétés. Traité théorique et pratique*, VI, Fascicule 130-3, Éditions Techniques, Paris, 1981.

GEHRIGER, Pierre-Olivier, *Faktische Organe im Gesellschaftsrecht. Unter Berücksichtigung der strafrechtlichen Folgen*, Schulthess Polygraphischer Verlag, Zürich, 1979.

GEHRLEIN, Markus, “Rechtsprechungsübersicht zum GmbH-Recht in den Jahren 2001-2004: Eigenkapitalversatz, Veräußerung des Geschäftsanteils, Gesellschafterbeschluss sowie Rechtsstellung und Haftung des GmbH-Geschäftsführers”, in *BB*, 2004, pág. 2585.

— “Die Existenzvernichtungshaftung im Wandel der Rechtsprechung”, in *WM*, 2008, pág. 763.

GHIA, Lucio, “Validità della clausola “simul stabunt simul cadent». Il commento”, in *Società*, 1995, 1, pág. 84.

GHIDINI, Mario, “Cessazione e sostituzione degli amministratori delle società per azioni”, in *Tem*, 1954, pág. 632.

GIANNATTASIO, Carlo, “Azione sociale di responsabilità nei confronti dell'amministratore di fatto di una società per azioni”, in *Giust. civ.*, 1972, I, pág. 246.

GIÃO, João Sousa, “Conflitos de interesses entre administradores e os accionistas na sociedade anónima: os negócios com a sociedade e a remuneração dos administradores”, in *Conflito de interesses no direito societário e financeiro. Um balanço a partir da crise financeira*, Livraria Almedina, Coimbra, 2010, pág. 215.

GILLESPIE, Stephen, “Wrongful trading: policy and practice”, in *JIBL*, 1989, 6, pág. 269.

GIRGADO PERANDONES, Pablo, *La empresa de grupo y el derecho de sociedades*, Editorial Comares, Granada, 2001.

— *La responsabilidad de la sociedad matriz y de los administradores en una empresa de grupo*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2002.

GIRÓN TENA, José, *Derecho de sociedades anónimas (Según la Ley de 17 de julio de 1951)*, Universidad de Valladolid, Publicaciones de los Seminarios de la Facultad de Derecho, Valladolid, 1952.

- “La responsabilidad de los administradores de la Sociedad Anónima en el Derecho español”, in *ADC*, 1959, pág. 419.
- *Derecho de sociedades*, Tomo I, *Parte general. Sociedades colectivas y comanditarias*, Ed. Autor, Madrid, 1976.

GIRVIN, Stephen, “Statutory liability of shadow directors”, in *Jur. Rev.*, 1995, pág. 414.

GISMONDI, Antonio, “Responsabilità penale degli amministratori di fatto di società commerciali”, in *Ann. dir. proc. pen.*, 1937, pág. 181.

GIULIANI-BALESTRINO, Ubaldo, *La bancarotta e gli altri reati concorsuali*, 2.<sup>a</sup> ed., Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1983.

GEIßLER, Markus, “Die Haftung des faktischen GmbH-Geschäftsführers”, in *GmbHRR*, 2003, pág. 1106.

GODIN, Freiherr von/WILHELMI, Hans, *Aktiengesetz vom 6. September 1965*, Band I, §§ 1–178, neuarbeitet von Sylvester Wilhelmi, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1971.

GODON, Laurent, “Le recul de l’administration provisoire «de groupe» – Note sous Paris, 1<sup>re</sup> ch., sect. B, 1<sup>er</sup> juin 2007, *SA GHM c/ SA Socpresse*”, in *Rev. Soc.*, 2008, 1, pág. 99.

GOLDENBERG, Philip, *Guide to Company Law*, 5<sup>th</sup> ed., CCH Editions, Oxfordshire, 1999.

GOMES, Fátima, “Reflexões em torno dos deveres fundamentais dos membros dos órgãos de gestão (e fiscalização) das sociedades comerciais à luz da nova redacção do artigo 64.º do CSC”, in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais. Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho*, Volume II, *Vária*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pág. 551.

GOMES, José Ferreira, “Conflitos de interesses entre accionistas nos negócios celebrados entre a sociedade anónima e o seu accionista controlador”, in *Conflito de interesses no direito societário e financeiro. Um balanço a partir da crise financeira*, Livraria Almedina, Coimbra, 2010, pág. 75.

GOMES, M. Januário Costa, “Contrato de mandato commercial – Questões de tipologia e regime”, in *Operações comerciais*, Faculdade de Direito de Lisboa, Almedina, Coimbra, 1988, pág. 501.

GOMES, Júlio Manuel Vieira, *Direito do trabalho*, volume I, *Relações individuais de trabalho*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

GOMMELLINI, Alberto, “Sulla sospensione dell’esecuzione delle delibere assembleari”, in *Giur. Comm.*, 1987, I, pág. 935.

GONÇALVES, Luís M. Couto, *Direito de marcas*, Livraria Almedina, Coimbra, 2003.

GONDRA, José María, “El control del poder de los directivos de las grandes corporaciones. La historia de un problema recurrente en una pieza esencial del sistema económico”, in *RDM*, 2008, pág. 841.

GOODE, Roy, “Wrongful trading and the balance sheet test of insolvency”, in *JBL*, 1989, pág. 436.

- *Principles of corporate insolvency law*, Thomson-Sweet & Maxwell, London, 2005.

GOURLAY, Pierre-Gilles, *Le conseil d’administration de la société anonyme. Organisation et fonctionnement*, Librairie Sirey, Paris, 1971.

- “Note Cour d’Appel de Paris, 22 mars 1977”, in *Rec. Dalloz*, 1978, Jurisprudence, pág. 159.

GRANELLI, Carlo, “L’organo di gestione nella società per azioni”, in «*Corporate governance e nuovo diritto societario*», Atti della Prolusione all’Anno Accademico 2003-2004, Scuola di Notariato della Lombardia, Milano 4 ottobre 2003, *Notariato – Rassegna sistematica di diritto e tecniche contratualli*, 10, IPSOA, Milano, 2004, pág. 79.

GRANJE, WILLIAM J., *Corporation law for officers and directors. A guide to correct procedure*, The Ronald Press Company, New York, 1935.

GRANTHAM, Ross B./RICKETT, Charles E. F., *Company and Securities Law. Commentary and Materials*, Brookers/Thomson, Wellington, 2002.

GRAZIANI, Alessandro, *Diritto delle società*, 5.<sup>a</sup> ed. riveduta ed ampliata, Morano Editore, Napoli, 1963.

GRAZIANI, Alessandro/MINERVINI, Gustavo/BELVISO, Umberto, *Manuale di diritto commerciale*, CEDAM, Padova, 2004.

GRECO, Paolo, *Le società nel sistema legislative italiano. Lineamenti general*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1959.

GRECO, Vincenzo, “L’abuso dello schermo societario. Profili di responsabilità”, in *Dir. Imp.*, 1984, pág. 171.

GRIFFIN, Stephen, *Personal liability and disqualification of company directors*, 1999, Hart Publishing, Oxford-Portland, 1999.

- “The characteristics and identification of a *de facto* director”, in *CFILR*, 2000, pág. 126.  
— “Extinguishing the flames of the Phoenix company”, in *Current legal problems*, volume 55, edited by M. D. A. Freeman, Oxford University Press, Oxford, 2002, pág. 377.  
— “Problems in the identification of a company director”, in *NILQ*, 2003, pág. 43.  
— *Company law. Fundamental principles*, 4<sup>th</sup> ed., Pearson Longman, Harlow, 2006.

GRIGOLEIT, Hans Christoph, *Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH. Dezentrale Gewinnverfolgung als Leitprinzip des dynamischen Gläubigerschutzes*, Verlag C.H. Beck, München, 2006.

GRISENTI, Lina, “Note sull’art. 2377, ultimo comma, c.c. e sulle «deliberazioni implicite» nelle società di capitali”, in *Riv. Soc.*, 1968, pág. 598.

GUACCERO, Andrea, *Società di capitali*, vol. 2, Artt. 2380-2448, Commentario a cura di Giuseppe Niccolini/Alberto Stagno d’Alcontres, sub arts. 2409-*sexiesdecies* – 2409-*noviesdecies*, Jovene Editore, Napoli, 2004, pág. 909.

GUEDES, Agostinho Cardoso, “A limitação dos poderes dos administradores das sociedades anónimas operada pelo objecto social no novo Código das Sociedades Comerciais”, in *RDE*, 1987, pág. 127.

GUERREIRO, António Lima, *Lei Geral Tributária anotada*, Editora Rei dos Livros, Lisboa, 2001.

GUERRERA, Fabrizio, *Illecito e responsabilità nelle organizzazioni collettive*, Giuffrè Editore, Milano, 1991.

- “Gestione «di fatto» e funzione amministrativa nelle società di capitali”, in *Riv. dir. comm.*, 1999, pág. 131.
- *La responsabilità “deliberativa” nelle società di capitali*, G. Giapichelli Editore, Torino, 2004.
- “Gruppi di società, operazioni straordinarie e procedure concorsuali”, in *Dir. fall.*, 2005, 1, pág. 16.

GUERRERO LEBRÓN, María Jesús/ GÓMEZ PORRÚA, Juan Manuel, “La responsabilidad de los administradores de las sociedades de capital en situación concursal”, in *Estudios sobre la Ley Concursal – Libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo II, *Los órganos del concurso. Efectos de la declaración del concurso sobre el deudor*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 1965.

GUERRINI, Roberto, “Responsabilità amministrativa delle società”, in *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali. Commentario del D.Lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, a cura di Fausto Giunta, G. Giapichelli Editore, Torino, 2002, pág. 240.

GUGLIELMETTI, Giannantonio, “Di alcune questioni in tema di prestazione della cauzione da parte degli amministratori”, in *Riv. Soc.*, 1959, pág. 1036.

GUGLIELMUCCI, Lino, “La responsabilità per direzione e coordinamento di società”, in *Dir. Fall.*, 2005, I, pág. 38.

GUIDA, Paolo, “Sulla legittimità della nomina del procuratore generale della società di capitali”, in *Riv. Not.*, 1982, II, pág. 921.

GUIDOTTI, Rolandino, “Amministratore di fatto e *negotiorum gestio*”, in *Giur. It.*, 2000, pág. 770.

GUINÉ, Orlando Vogler, “A responsabilização solidária nas relações de domínio qualificado – Uma primeira noção sobre o seu critério e limites”, in *ROA*, 2006, pág. 295.

GUIZZI, Giuseppe, “Nomina degli amministratori e cooptazione”, in *Amministrazione e amministratori di società per azioni*, a cura di Bernardino Libonati, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1995, pág. 41.

- “Problemi in tema di gestione delle società di capitali: quale responsabilità per gli amministratori di fatto?”, in *Dir. giur.*, 2001, pág. 19.
- “Partecipazioni qualificate e gruppi di società”, in *Diritto delle società. Manuale breve*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, pág. 325.

GUYÉNOT, Jean, “Note Cour de Cassation (Ch. com.), 23 mai 1973”, in *Rev. Soc.*, 1974, pág. 545.

- “Note Cour d’Appel de Paris, 8 juillet 1975”, in *Rev. Soc.*, 1976, Jurisprudence, pág. 118.
- “Observations – Tribunal de Commerce de Rouen, 10 mars 1981”, in *Rev. Soc.*, 1982, Jurisprudence, pág. 577.

GUYON, Yves, “L’administration. Responsabilité civile des administrateurs”, in *Juris-classeur des sociétés. Traité théorique et pratique*, VI, Fascicule 132, Éditions Techniques, Paris, 1969.

- “Les missions des administrateurs provisoires de sociétés”, in *Mélanges en l’honneur de Daniel Bastian*, tome I, Paris, 1974, pág. 103.
- “Sommaires de Jurisprudence. SARL. Gérant. Gérant de fait. Notion”, in *Rev. Soc.*, 1987, 4, pág. 629.
- “Compétence des juridictions administratives pour connaître de l’action en comblement de l’insuffisance d’actif exercée contre l’Etat, dirigeant de fait”, in *Rev. Soc.*, 1989, pág. 708.
- “Note Cour de Cassation (Com.) 31 janvier 1995 – La passivité d’un administrateur est en elle-même une faute de gestion”, in *Rev. Soc.*, 1995, 4, pág. 764.

- “Note Cour de Cassation (Com.), 9 mai 1995 – Le dirigeant de droit ne peut, par se soustraire à une procédure de extension, prétendre avoir abandonné l’exercice effectif de ses fonctions à un dirigeant de fait”, in *Rev. Soc.*, 1995, 4, pág. 766.
- “Sommaires de Jurisprudence. Sociétés em général. Dirigeant. Dirigeant de fait. Notion”, in *Rev. Soc.*, 1995, 4, pág. 772.
- “Sommaires de Jurisprudence. SARL. Associé. Dirigeant de fait (non)”, in *Rev. Soc.*, 1996, 3, pág. 596.
- “Sommaires de Jurisprudence. Sociétés em général. Dirigeant. Dirigeant de fait. Notion. Délégation de signature”, in *Rev. Soc.*, 1997, 2, pág. 392.
- “Sommaires de Jurisprudence. SARL. Gérant. Responsabilité. Gérant de fait. Application du droit commun”, in *Rev. Soc.*, 1997, 3, pág. 626.
- *Droit des affaires*, Tome 1, *Droit commercial général et Sociétés*, 10<sup>e</sup> ed., Ed. Economica, Paris, 1998.
- *Droit des affaires*, Tome 2, *Entreprises en difficultés. Redressement judiciaire – Faillite*, 7<sup>e</sup> ed., Ed. Economica, Paris, 1999.
- “Remarques critiques sur la terminologie du droit français des sociétés”, in *Mélanges Jean-Pierre Sortais*, Faculté de Droit de l’Université de Lausanne, Bruylant, Bruxelles, 2002, pág. 291.

## H

HAAS, Ulrich, “Die Gesellschafterhaftung wegen «Existenzvernichtung»”, in *WM*, 2003, pág. 1929.

- “Der Entwurf des «MoMiG» und weitergehende Vorschläge zur Bekämpfung des Missbrauchs der GmbH”, in *GmbHHR*, 2006, pág. 729.
- “Fünfter Abschnitt. Auflösung und Nichtigkeit der Gesellschaft”, in ADOLF BAUMBACH/ALFRED HUECK, *GmbH-Gesetz: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, bearbeitet von Lorenz Fastrich/Ulrich Haas/Götz Hueck/Ulrich Noack/Wolfgang Zöllner, 19. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2010, sub § 66, pág. 1729.

HAAS, Ulrich/ZIEMONS, Hildegard, “§ 43 Haftung der Geschäftsführer”, in *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. 464.

HABERSACK, Mathias, “Mitwirkungsrechte der Aktionäre nach Macroton und Gelatine”, in *AG*, 2005, 5, pág. 137.

HAEHL, Jean-Philippe, “Redressment et liquidation judiciaires. Sanctions”, in *Rev. trim. dr. comm.*, 1996, pág. 537.

HAGUE, Caroline M., “Directors: De Jure, De facto, or Shadow?”, in *HKLJ*, 1998, Part 3, pág. 304.

HAMILTON, Robert W., *The law of corporations in a nutshell*, 5th ed., West Group, St. Paul-Minnesota, 2000 (reimp. 2003).

- *Cases and materials on corporations, including partnerships and limited liability companies*, 7<sup>th</sup> ed., West Group, Saint Paul, 2001.

HAMILTON, Robert W./BOOTH, Richard A., *Corporations*, 5<sup>th</sup> ed., Thomson West, Saint Paul, 2006.

HANNIGAN, Brenda, *Company law*, Oxford University Press, Oxford, 2003.

HÄSEMEYER, Ludwig, "Der interne Rechsschutz zwischen Organen, Organmitgliedern und Mitgliedern der Kapitalgesellschaft als Problem der Prozeßführungsbefugnis", in *ZHR*, 1980, pág. 265.

HEEG, Volker/MANTHEY, Nikolaus Vincent, "Existenzvernichtender Eingriff – Fallgruppen der Rechtsprechung und Praxisprobleme", in *GmbHR*, 2008, pág. 798.

HEFERMEHL, Wolfgang, *Aktiengesetz Kommentar*, in Gessler/Hefermehl/Eckardt/Kropff *Aktiengesetz* §§ 76-94, Band I, 2. Lieferung, Franz Vahlen, München, 1973.

HEIDER, Karsten, "§ 1 Wesen der Aktiengesellschaft", in *Münchener Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 1, §§ 1-53, Hrsg.: Bruno Kropff/Johannes Semler, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck/Verlag Franz Vahlen, München, 2000, pág. 89.

HÉMAR, Jean, "Note Cour d'Appel de Paris, 22 mars 1977", in *Rev. Soc.*, 1978, Jurisprudence, pág. 95.

HÉMAR, Jean/TERRÉ, François/MABILAT, Pierre, *Sociétés commerciales*, Tome I, *Introduction, Généralités. Sociétés de personnes. Société à responsabilité limitée. Société anonyme: constitution, direction et administration*, Dalloz, Paris, 1972.

- *Sociétés commerciales*, Tome II, *Société anonyme: assemblées d'actionnaires, modifications du capital social, contrôle, transformation et dissolution, responsabilités. Société en commandite par actions*, Dalloz, Paris, 1974.

HENN, Harry G./ALEXANDER, John R., *Laws of corporations and other business enterprises*, 3<sup>rd</sup> ed., West Publishing Co., Saint Paul, 1983.

HENRIQUES, Sofia, *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.<sup>a</sup> ed., sub art. 168<sup>o</sup>, Livraria Almedina, Coimbra, 2011, pág. 567.

HENZE, Hartwig, "Leitungsverantwortung des Vorstands – Überwachungspflicht des Aufsichtsrats", in *BB*, 2000, pág. 209.

- "Ausfallhaftung des GbMH-Gesellschafters – Anmerkung zu BGH, Urteil vom 25.2.2002", in *BB*, 2002, pág. 1011.
- "Zur Kontinuität der Rechtsprechung im Gesellschaftsrecht", in *ZHR*, 2008, pág. 127.

HERNANDO CEBRIÁ, Luis, "Sociedad dominante administradora de hecho? Más allá del velo corporativo", in *RDM*, 2011, pág. 133.

HICKS, Andrew, "Taking part in management – The disqualified director's dilemma", in *MLJ*, 1987, pág. LXXIV.

- "Advising on wrongful trading: Part 2", in *Comp. Lawyer*, 1992, pág. 55.
- "Directors' liability for management errors", in *Law Quart. Rev.*, 1994, pág. 390.

HOFMANN, Paul, "Zum 'Durchgriffs'-Problem bei der unterkapitalisierten GmbH", in *NJW*, 1966, pág. 1941.

HOFFMANN, Dietrich/LIEBS, Rüdiger, *Der GmbH-Geschäftsführer. Handbuch für die Praxis des Unternehmers und Managers*, unter Mitarbeit von Ingram Lohberger, Udo Corzilius, Frank-J. Weise und Matthias Keßler, 2. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2000.

HÖLZLE, Gerrit, "Existenzvernichtungshaftung, 'Klimapflege' und Insolvenzanfechtung", in *ZIP*, 2003, pág. 1376.

- “Materielle Unterkapitalisierung und Existenzvernichtungshaftung – Das Phantom als Fallgruppe der Durchgriffshaftung”, in *ZIP*, 2004, pág. 1729.

HOMMELHOFF, Peter, “Der aktienrechtliche Organstreit – Vorüberlegungen zu den Organkompetenzen und ihrer gerichtlichen Durchsetzbarkeit”, in *ZHR*, 1979, pág. 288.

- “Eigenkontrolle statt Staatskontrolle – rechtsdogmatischer Überblick zur Aktienrechtsreform”, in *Hundert Jahre modernes Aktienrecht*, Eine Sammlung von Texten und Quellen zur Aktienrechtsreform 1884 mit zwei Einführungen, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1985, pág. 53.

HOMMELHOFF, Peter/FORUM EUROPAEUM SUL DIRITTO DEI GRUPPI DI SOCIETÀ, “Un diritto dei gruppi di società per l’Europa. IX. Obblighi degli amministratori in caso di crisi (*wrongful trading*)”, in *Riv. Soc.*, 2001, pág. 427 (341).

HÖNN, Günther, “Roma locuta? – Trihotel, Rechtsfortbildung und die gesetzliche Wertung”, in *WM*, 2008, pág. 769.

HONORAT, Adrienne, “Note Cour d’Appel de Paris”, in *Rec. Dalloz*, 1969, Jurisprudence, pág. 485.

- “Note Cour de Cassation (Ch. Com.), 2 mai 1977”, in *Rev. Soc.*, 1977, Jurisprudence, pág. 737.
- “Jurisprudence en matière de faillites – Cour de Cassation Com. 31 janv. 1978”, in *Rec. Dalloz*, 1978, Informations Rapides, pág. 286.
- “Note Cour de Cassation (Ch. Com.), 24 avril 1981”, in *Rev. Soc.*, 1981, Jurisprudence, pág. 638.
- “Redressment et liquidation judiciaires – Cass. Com., 9 mai 1995”, in *Rec. Dalloz*, 1996, Sommaires commentés, pág. 84.

HOPT, Klaus, “Self-dealing and use of corporate opportunity and information: regulating directors’ conflicts of interest”, in *Corporate governance and directors’ liabilities. Legal, economic and sociological analyses on corporate social responsibility*, Edited by Klaus J. Hopt/Gunther Teubner, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1985, pág. 285.

- “Legal elements and policy decisions in regulating groups of companies”, in *Groups of companies*, edited by Clive M. Schmitthoff/Frank Wooldridge, Sweet & Maxwell, London, 1991, pág. 81.
- “Die Haftung von Vorstand und Aufsichtsrat – Zugleich ein Beitrag zur corporate governance-Debatte”, in *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker zum siebzigsten Geburtstag*, Herausgegeben: Ulrich Immenga/Wernhard Möschel/Dieter Reuter, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1996, pág. 909.
- *Großkommentar Aktiengesetz, §§ 92-94*, Begründet von W. Gadow und E. Heinichen, 4., neubearbeitete Auflage, Herausgegeben von Klaus J. Hopt/Herbert Wiedemann, 11. Lieferung, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1999, sub § 93, pág. 51.

HÖRSTER, Heinrich Ewald, *A parte geral do Código Civil português. Teoria geral do direito civil*, Livraria Almedina, Coimbra, 1992.

HOUIN, Roger, “Rapport général sur les situations de fait”, in *Travaux de l’Association Henri Capitant*, vol. XI (1957), Paris, 1960, pág. 320.

- “Faillites et règlements judiciaires. Faillite de société anonyme et de société à responsabilité limitée. Obligation des dirigeants au paiement du passif. Administrateurs, président-directeur général ou gérants démissionnaires. Défaut de mention de la démission au registre du commerce”, in *Rev. trim. dr. comm.*, 1966, pág. 1023.

- “Sociétés commerciales. Sociétés par actions. Conseil de surveillance. Responsabilité de dirigeant. Faillite personnelle et autres déchéances. Absence de qualité de droit ou de fait”, in *Rev. trim. dr. comm.*, 1976, pág. 553.
- “Sociétés commerciales. Sociétés par actions. Conseil d’administration. Administrateur démissionnaire. Cooptation du remplaçant. Vote du démissionnaire”, in *Rev. trim. dr. comm.*, 1977, pág. 528.

HUECK, Alfred, *Anfechtbarkeit und Nichtigkeit von Generalversammlungsbeschlüssen bei Aktiengesellschaften*, J. Bensheimer, Mannheim/Berlin/Leipzig, 1924.

HUECK, Alfred/FASTRICH, Lorenz, “Abschnitt Zwei. Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter”, in ADOLF BAUMBACH/ALFRED HUECK, *GmbH-Gesetz: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, 19. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2010, sub § 13, pág. 260.

HÜFFER, Uwe, *Aktiengesetz*, 9., neuarbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2010.

HYNES, J. Dennis, “Lender liability: the dilemma of the controlling creditor”, in *TennLR*, 1990, Volume 58, pág. 635.

## I

IGLESIAS PRADA, Juan Luis, *Administración y delegación de facultades en la sociedad anónima*, Editorial Tecnos, Madrid, 1971.

IMMENGA, Ulrich, *Die personalistische Kapitalgesellschaft*, Athenäum Verlag-Bad Homburg v.d.H., Mannheim, 1970.

- “L’harmonization du droit des groupes de sociétés. La proposition d’une Directive de la Commission de la C.E.E.”, in *Giur. comm.*, 1986, I, pág. 846.

INZITARI, Bruno, “L’estinzione del rapporto d’amministrazione per effetto della clausola «simul stabunt simul cadent»”, in *CI*, 1990, pág. 851.

IOZZO, Fabio, “Note Tribunale Torino, 6 maggio 2005, 15 aprile 2005”, in *Giur. It.*, 2005, pág. 1861.

## J

JACKSON, Percival E., *What every corporation director should know*, The William – Frederick Press, New York, 1949.

JACQUEMONT, André, *Droit des entreprises en difficulté. La procédure de conciliation. Les procédures collectives de sauvegarde, redressement et liquidation judiciaires*, 7<sup>e</sup> éd., LexisNexis/Litec, Paris, 2011.

JAEGER, Pier Giusto, “La responsabilità solidale degli amministratori della capogruppo nella legge sull’amministrazione straordinaria”, in *Giur. comm.*, 1981, I, pág. 416.

- “«Direzione unitaria» di gruppo e responsabilità degli amministratori (Ancora sull’art. 3, ult. cpv., della legge sull’amministrazione straordinaria)”, in *Riv. Soc.*, 1985, pág. 817.



- “Nomina degli amministratori: norme inderogabili, regole «generali» e autonomia delle società”, in *Giur. comm.*, 1986, II, pág. 871.

JAEGER, Pier Giusto/DENOZZA, Francesco, *Appunti di diritto commerciale, I, Impresa e società*, 4.<sup>a</sup> ed., Giuffrè Editore, Milano, 1997.

JAEGER, Pier Giusto/MARCHETTI, Piergaetano, “Profili di disciplina del gruppo creditizio”, in *Quad. giur. imp.*, 1991, 1, pág. 5.

JAHN, Joachim, “BGH setzt ‘Holzmüller-Doktrin’ enge Grenzen”, in *AG*, 2004, 6, *Report*, pág. R219.

JANNARELLI, Antonio, “La responsabilità civile”, *Lineamenti di diritto privato*, a cura di Mario Bessone, G. Giappichelli Editore, Torino, 2004, pág. 597.

JARZEMBOWSKI, Georg, *Fehlerhafte Organakte nach deutschem und amerikanischem Aktienrecht unter besonderer Berücksichtigung des Instituts des de facto officer*, Duncker & Humblot, Berlin, 1982.

JEANDIDIER, Wilfrid, “Note Cour de Cassation (Ch. crim.), 11 avril 1983”, in *Rev. Soc.*, 1983, *Jurisprudence*, pág. 820.

JEANTIN, Michel/LE CANNU, Paul, *Droit commercial. Instruments de paiement et de crédit. Entreprises en difficulté*, 5<sup>e</sup> éd., Dalloz, Paris, 1999.

JORGE, Fernando Pessoa, *O mandato sem representação*, Almedina, Coimbra, 1961 (reimp. 2001).

- *Ensaio sobre os pressupostos da responsabilidade civil*, Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, CEF/DGCI, Ministério das Finanças, Lisboa, 1968.

JUNKER, Abbo, “Die faktische Geschäftsführung («gérance de fait») in Frankreich und ihre Gefahren für deutsche Unternehmen”, in *RIW*, 1986, pág. 337.

JUSTE MENCÍA, Javier, “La autonomía estatutaria y el cese repentino del administrador único, en la srl (RDGRN de 11 Junio de 1992)”, in *RdS*, 1993, 1, pág. 149.

- *Los derechos de minoría en la sociedad anónima*, Aranzadi Editorial, Madrid, 1995.
- “En torno a la aplicación del régimen de responsabilidad de los administradores al apoderado general de la sociedad. Nota a las sentencias del Tribunal Supremo de 26 de mayo de 1998 y 7 junio de 1999 y de la Audiencia Provincial de Valencia de 27 de septiembre de 1999”, in *RdS*, 2000, 1, p. 441.
- *Factor de comercio, gerente de empresa, director general (Estudio jurídico mercantil)*, Publicaciones del Real Colegio de España, Barcelona, 2002.
- “Facultad de cooptación del consejo de administración y derecho de representación proporcional de la minoría”, in *RdS*, 2006, 2, pág. 345.

JUSTE MENCÍA, Javier/IGUARTA ARREGUI, Fernando, “Deberes de los administradores (Reforma de la LSA por la Ley de Transparencia)”, in *RdS*, 2005, 1, pág. 75.

## K

KALIGIN, Thomas, “Konkursdelikt: Tatsächlicher Geschäftsführer in der GmbH als Normadressat – Anmerkung zum Urteil des BGH vom 22.09.1982”, in *BB*, 1983, pág. 788.

KHALER, Ulrich, “Die Haftung des Gesellschafters im Falle der Unterkapitalisierung einer GmbH”, in *BB*, 1985, pág. 1429.

KLEIN, WILLIAM A./ COFFEE, Jr., JOHN, *Business organization and finance. Legal and economic principles*, Foundation Press/Thomson West, New York, 2007.

KLEINDIEK, Detlef, "Ordnungswidrige Liquidation durch organisierte «Firmenbestattung»", in *ZGR*, 2007, pág. 276.

- "Erster Abschnitt. Errichtung der Gesellschaft. § 6. Geschäftsführer", in MARCUS LUTTER/PETER HOMMELHOFF, *GmbH-Gesetz Kommentar*, 17. völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2009, pág. 245.
- "Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung. Vor § 35. Geschäftsführerbestellung nach Eintragung der GmbH", in MARCUS LUTTER/PETER HOMMELHOFF, *GmbH-Gesetz Kommentar*, 17. völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2009, pág. 766.
- "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. 998.
- "Haftung für Zahlungen nach Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung. § 64", in MARCUS LUTTER/PETER HOMMELHOFF, *GmbH-Gesetz Kommentar*, 17. völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2009, pág. 1473.
- "Anhang zu § 64. Insolvenzantragspflicht; Gesellschafterdarlehen in der Insolvenz", in MARCUS LUTTER/PETER HOMMELHOFF, *GmbH-Gesetz Kommentar*, 17. völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2009, pág. 1493.
- "Verletzung der Verlustanzeigespflicht, § 84", in MARCUS LUTTER/PETER HOMMELHOFF, *GmbH-Gesetz Kommentar*, 17. völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2009, pág. 1653.

KLEINER, Beat, "Die Organization der grossen Aktiengesellschaft unter dem Aspekt der Verantwortlichkeit", in *SchwAk*, 1978, pág. 3.

KNEPPER, William E., *Liability of corporate officers and directors*, 3<sup>rd</sup> ed., The Allen Smith Company Publishers, Indianapolis, 1978.

KOCH, Pearlie M. C., "Shadow director, shadow director, who art thou?", in *Co. secur. law journal*, 1996, volume 14, pág. 340.

KOHLMANN, Günter, "Vorbemerkungen vor § 82", in MAX HACHENBURG, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) – Großkommentar*, herausgegeben von Peter Ulmer, Dritter Band, §§ 53-85; Register, 8., neuarbeitete Auflage, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1997, pág. 716.

KOLLER, Arnold, *Grundfragen einer Typuslehre im Gesellschaftsrecht*, Universitätsverlag Freiburg Schweiz, Freiburg, 1969.

KONZEN, Horst, "Geschäftsführung, Weisungsrecht und Verantwortlichkeit in der GmbH und GmbH & KG", in *NJW*, 1989, pág. 2977.

KOONTZ, Harold, *Board of directors and effective management*, McGraw-Hill Book Company, New York-Toronto-London-Sydney, 1967.

KOPPENSTEINER, Hans-Georg, "Vorbemerkungen vor § 291", in *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, pág. 275.

- "§ 308. Leitungsmacht", in *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, pág. 890.

- “Vorbemerkungen vor § 311”, in *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, pág. 956.
- “§ 311. Schranken des Einflusses”, in *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, pág. 973.
- “Anhang nach § 318 Konzernprävention. Qualifizierte Nachteilszufügung”, in *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, pág. 1142.
- *Os grupos no direito societário alemão*, Miscelâneas n.º 4, IDET, Livraria Almedina, Coimbra, 2006, pág. 7.
- “Neues zur Eistenzvernichtungshaftung”, in *JBlätter*, 2008, pág. 749.

KORT, Michael, “Die Haftung des Einflussnehmers auf Kapitalgesellschaften in ausländischen Rechtsordnungen – Vorbild für ein neues Verständnis von § 117 AktG”, in *AG*, 2005, pág. 453.

- *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, pág. 1449.

KRATZSCH, Dietrich, “Das «faktische Organ» im Gesellschaftsrecht. Grund und Grenzen einer strafrechtlich garantierten Stellung”, in *ZGR*, 1985, pág. 506.

KREMER, Thomas, “Aufsichtsrat III-XIX”, in HENRICK-MICHAEL RINGLEB/THOMAS KREMER/MARCUS LUTTER/AXEL v. WERDER, *Kommentar zum Deutschen Corporate Governance Kodex*, Verlag C. H. Beck München, 2003, pág. 179.

KRIEGER, Gerd/SAILER, Viola, “§ 93 Sorgfaltspflicht und Verantwortlichkeit der Vorstandsmitglieder”, in KARSTEN SCHMIDT/MARCUS LUTTER, *Aktiengesetz kommentar*, I. Band, §§ 1-149, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2008, pág. 1055.

KROPFF, Bruno, “§ 117 Schadenersatzpflicht”, in *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. 1279.

KÜBLER, Friedrich/ASSMANN, Heinz-Dieter, *Gesellschaftsrecht. Die privatrechtlichen Ordnungsstrukturen und Regelungsprobleme von Verbänden und Unternehmen*, 2006, C.F. Müller Verlag, Heidelberg, 2006.

KUHN, Georg, “Haften die GmbH-Gesellschafter für Gesellschaftsschulden persönlich?”, in *Festschrift für Robert Fischer*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1979, pág. 351.

KUHN, Ottmar, *Strohmanngründung bei Kapitalgesellschaften*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1964.

## L

LA MONICA, Mario, “Le violazioni depenalizzate in materia societaria”, in *Società*, 1983, 2, pág. 186.

- *Diritto penale commerciale*, volume I, *Reati fallimentari*, IPSOA, Milano, 1988.

LA ROSA, Antonio Pavone, “La rinnovazione delle deliberazioni assembleari invalide”, in *BBTC*, 1954, pág. 865.

- “Rassegna di legislazione e di giurisprudenza”, in *Riv. Soc.*, 1960, pág. 1083.
- “La teoria dell’«imprenditore occulto» nell’opera di Walter Bigiavi”, in *Riv. dir. civ.*, 1967, I, pág. 623.
- “La responsabilità da «controllo» nei gruppi di società”, in *Riv. Soc.*, 1984, pág. 401.
- “Osservazioni sulla proposta di nona direttiva sui gruppi di società”, in *Giur. comm.*, 1986, I, pág. 831.
- “L’insolvenza nelle agregazioni societarie”, in *Dir. fall.*, 1987, I, pág. 501.
- “L’unico azionista tra «vecchia» e «nuova» normativa”, in *Giur. comm.*, 2005, I, pág. 427.

LA VILLA, Gianluca, *Società strumentali e profili di responsabilità*, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, Giuffrè Editore, Milano, 1981.

LABAREDA, João, “Da designação de pessoas colectivas para cargos sociais em sociedades comerciais”, in *Direito societário português – algumas questões*, Quid Juris?, Lisboa, 1998, pág. 9.

- “A cessação da relação de administração”, in *Direito societário português – algumas questões*, Quid Juris?, Lisboa, 1998, pág. 65.
- “Notícia sobre os processos destinadas ao exercício de direitos sociais”, in *DJ*, 1999, I, pág. 43.

LACHAT, Salomé, “La mise a disposition d’actions de garantie”, in *Rev. Soc.*, 1977, 3, pág. 423.

LAMBRECHT, Peter, *Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis. Entstehung, Rezeption und Niedergang*, J.C.B. Mohr, Tübingen, 1994.

LANGHANS, F. P. Almeida, “Poderes de gerência nas sociedades comerciais”, in *ROA*, 1951, pág. 104.

LAPP, Charles, “La nomination judiciaire des administrateurs de sociétés”, in *Rev. trim. dr. comm.*, 1952, pág. 769.

LARENZ, Karl, “Die Begründung von Schuldverhältnissen durch sozialtypisches Verhalten”, in *NJW*, 1956, 51/52, pág. 1897.

- *Metodologia da ciência do direito*, 2.<sup>a</sup> ed., tradução de José Lamego/revisão de Ana de Freitas do original *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5.<sup>a</sup> ed. 1983, Fundação Calouste Gulbenkian, Lisboa, 1989.

LARENZ, Karl/WOLF, Manfred, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 9. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2004.

LATELLA, Dario, “La procura generale conferita a terzi dagli amministratori di società di capitali: condizioni e limiti di ammissibilità”, in *Giur. comm.*, 2000, I, pág. 124.

- “I cosiddetti rapporti contratualli di fatto”, in *LEXfor*, Lezione di Diritto Civile, <http://serforma.it.omnint11.omnibit.it/lexfor02-1>, 2000.

LATORRE CHINER, Nuria, “El administrador de hecho en las sociedades de capital”, in *Las sociedades comerciales y su actuación en el mercado. I Congreso argentino-español de derecho mercantil*, Directores: Daniel R. Vítolo/José Miguel Embid, Editorial Comares, Granada, 2003, pág. 971.

- *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, Mercatura – Colección Estudios de Derecho Mercantil, Editorial Comares, Granada, 2003.

- “El concepto de administrador de hecho en el nuevo artículo 133.2 LSA”, in *RDM*, 2004, pág. 853.
- “Administrador de hecho y apoderado general (Comentario a la STS de 8 de febrero de 2008)”, in *Derecho de sociedades. I. Comentarios a la jurisprudencia*, Volumen II, Director: Fernando Rodríguez Artigas, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2010, pág. 2383.

LATTIN, Norman D., *The law of corporations*, 2<sup>nd</sup> ed., The Foundation Press, New York, 1971.

LE CANNU, Paul, “Note – Associé gérant de fait. Contrat de travail. AGS. Subordination”, in *Rev. Soc.*, 1981, pág. 763.

- “Direction de fait et contrat avec la société dirigée”, in *Bull. Joly*, 1998, pág. 5.
- “Dirigeant de fait et contrat avec la société dirigée... (suite)”, in *Bull. Joly Soc.*, 2000, pág. 150.

LE TORNEAU, Philippe, “Note Cour de Cassation (Com.), 9 novembre 1993 – L’action en comblement du passif contre un franchiseur dirigeant de fait, ou la frontière entre l’étroite collaboration des parties au contrat de franchise et l’immixtion dans la gestion”, in *Rev. Soc.*, 1994, 2, pág. 323.

- “Note Cour de Cassation (Com.), 19 décembre 1995 – De l’action en responsabilité d’un dirigeant de fait pour insuffisance d’actif, dans une pseudo-franchisage financier”, in *Rev. Soc.*, 1996, 2, pág. 351.

LEAL, Ana Filipa, “Algumas notas sobre a parassocialidade no Direito português”, in *RDS* n.º 1, 2009, pág. 135.

LEARNED, Edmund P., “Le rôle de la direction générale”, in *L’entreprise et l’économie du XX<sup>e</sup> siècle*, Étude internationale à l’initiative de François Bloch-Lainé e François Perroux, tome 2, *La formation des décisions et l’entreprise*, Presses Universitaires de France, Paris, 1966, pág. 513.

LEHMANN, Heinrich, “Faktische Verhältnisse”, in *NJW*, 1958, pág. 1.

LEHMANN, Michael, “Das Privileg der beschränkten Haftung und der Durchgriff im Gesellschafts- und Konzernrecht”, in *ZGR*, 1986, pág. 345.

LEITÃO, Adelaide Menezes, “Responsabilidade dos administradores para com a sociedade e os credores sociais pela violação de normas de protecção”, in *RDS* n.º 3, 2009, pág. 647.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes, *Direito das obrigações*, volume I, *Introdução. Da constituição das obrigações*, 9.<sup>a</sup> ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2010.

- *Direito do trabalho*, 2.<sup>a</sup> ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2010.
- *Direito da insolvência*, 3.<sup>a</sup> ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2011.

LEITE, Jorge, “Flexibilidade funcional”, in *QL*, 1997, pág. 5.

- “Comissão de serviço”, in *QL*, 2000, pág. 152.

LENER, Raffaele, *Società di capitali*, vol. 1, *Artt. 2325-2379 ter*, Commentario a cura di Giuseppe Niccolini /Alberto Stagno d’Alcontres, *sub art. 2378*, Jovene Editore, Napoli, 2004, pág. 559.

LEUERING, Dieter/RUBNER, Daniel, “Neues Konzept der Existenzvernichtungshaftung”, in *NJW Spezial*, 2007, pág. 363.

LEVENEUR, Laurent, *Situations de fait et droit privé*, Bibliothèque de droit privé, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, Paris, 1990.

LIBONATI, Berardino, *L'impresa e le società. Lezioni di diritto commerciale. La società di persone. La società per azioni*, Giuffrè Editore, Milano, 2004.

— *Diritto commerciale. Impresa e società*, Giuffrè Editore, Milano, 2005.

LIEBSCHER, Thomas, "Ungeschriebene Hauptversammlungszuständigkeiten im Lichte von Holzmüller, Macroton und Gelatine", in *ZGR*, 2005, 1, pág. 1.

LIENHARD, Alain, "Observations – Cour de Cassation, com. 12 juill. 2005", in *Rec. Dalloz, Cahier Droit des Affaires*, 2005, 30, pág. 2071.

— "Une banque peut être administrateur de fait par personne interposée", in *Rec. Dalloz, Cahier Droit des Affaires*, 2006, 27, pág. 1892.

— *Procédures collectives*, 4<sup>e</sup> éd., Éditions Dalloz, Paris, 2011.

LLEBOT MAJÓ, José Oriol, "La responsabilidad concursal de los administradores", in *RGD*, 1999, pág. 7559.

LOJENDIO OSBORNE, Ignacio, "Los administradores de la sociedad anónima", in *Derecho mercantil. I. Concepto, método y fuentes. Empresa. Estatuto del empresario. Empresario individual. II. Las sociedades mercantiles. III. Derecho industrial y régimen jurídico de la competencia*, Coordinación: Guillermo J. Jiménez Sánchez, 11.<sup>a</sup> ed. actualizada, Ariel Derecho, Barcelona, 2006, pág. 367.

LOMBARDO, Stefano/WUNDERLICH, Nils, "Über den ökonomischen Sinn und Unsinn eines Haftungsdurchgriffs im Recht der Kapitalgesellschaften", in *German Working Papers in Law and Economics* ([www.bepress.com/gwp](http://www.bepress.com/gwp)), Paper 29.

LOPES, J. de Seabra, *Direito dos registos e do notariado*, 4.<sup>a</sup> ed. revista e actualizada, Almedina, Coimbra, 2007.

LOPES-CARDOSO, Eurico, *Código de Processo Civil anotado*, Livraria Almedina, Coimbra, 1962.

LÓPEZ DE MEDRANO, Félix, *La separación de los administradores de la sociedad anónima*, Librería Bosch, Barcelona, 1986.

LOZANO SAIGÍ, Miriam, "Aproximación jurídica a la figura y régimen de responsabilidad del administrador de hecho", in *RJC*, 2005, 4, pág. 1057 (85).

LOWRY, John/DIGNAM, Alan, *Company law*, 2<sup>nd</sup> ed., LexisNexis Butterworths, 2003.

LO CASCIO, Giovanni, "La responsabilità dell'amministratore di fatto di società di capitali", in *Giur. comm.*, 1986, I, pág. 189.

LUCAS, François-Xavier, "Note – Responsabilité d'un administrateur démissionnaire pour des faits postérieurs à sa démission non publiée", in *RD Banc. Fin.*, 2000, 6, pág. 359.

— "Responsabilité bancaire: le banquier, administrateur de fait par personne interposée", in *RD Banc. Fin.*, 2004, 4, pág. 271.

— "La neutralisation des dirigeants d'une société soumise à une procédure collective ne peut viser des membres du conseil de surveillance d'une société anonyme que s'ils se sont comportés comme des dirigeants de fait – Note sous Cour de cassation (com.) 12 juillet 2005", in *Rev. Soc.*, 2006, 1, Jurisprudence, pág. 164.

LUCAS MARTÍN, Elisa Pilar, "Una reciente revisión del concepto de «administrador de hecho» en el derecho británico", in *RDBB*, 2011, pág. 260.

LUTTER, Marcus, "Zur Treuepflicht des Großaktionärs", in *JZ*, 1976, pág. 225.

- “Zivilrechtliche Haftung in der Unternehmensgruppe”, in *ZGR*, 1982, pág. 244.
- “Organzuständigkeiten im Konzern”, in *Festschrift für Walter Stimpel zum 68. Geburtstag am 29. November 1985*, herausgegeben von Marcus Lutter/Hans-Joachim Mertens/Peter Ulmer, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1985, pág. 825.
- “Die Treuepflicht des Aktionärs – Bemerkungen zur Linotype-Entscheidung des BGH”, in *ZHR*, 1989, pág. 446.
- “Der qualifizierte faktische Konzern”, in *AG*, 1990, pág. 179.
- “Gefahren persönlicher Haftung für Gesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH”, in *DB*, 1994, pág. 129.
- “Grenzen zulässiger Einflußnahme im faktischen Konzern – Nachbetrachtung zum Mannesmann/Vodafone-Takeover”, in *Festschrift für Martin Peltzer zum 70. Geburtstag*, herausgegeben von Marcus Lutter/Manfred Scholz/Walter Sigle, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2001, pág. 241.

LUTTER, Marcus/BANERJEA, Nirmal Robert, “Die Haftung wegen Existenzvernichtung”, in *ZGR*, 2003, pág. 402.

## M

MACCARI, Anna Lisa, “Nuove disposizioni sugli illeciti penali ed amministrativi in materia di società e consorzi – sub art. 2639”, in *I nuovi illeciti penali ed amministrativi riguardanti le società commerciali. Commentario del D.Lgs. 11 aprile 2002, n. 61*, a cura di Fausto Giunta, G. Giappichelli Editore, Torino, 2002, pág. 213.

MACHADO, Agostinho, *Deveres dos gerentes e administradores das sociedades comerciais e corporate governance*, Dissertação de Mestrado, Universidade Católica/Faculdade de Direito do Porto, Porto, 2005.

MACHADO, João Baptista, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, Livraria Almedina, Coimbra, 1982 (reimp. 2008).

- “Tutela da confiança e «venire contra factum proprium»”, in *Obra dispersa*, vol. I, Scientia Iuridica, Braga, 1991, pág. 345.

MACHEN, Jr., Arthur W., *A treatise on the modern law of corporations (with reference to formation and operation under general laws)*, volume II, Little, Brown, and Company, Boston, 1908.

McKENZIE, Donna, “Wrongful trading – a paper tiger?”, in *Jur. Rev.*, 1995, pág. 519.

MACQUERON, Jean-Marie, *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.

MAGGIORE, Giuseppe Ragusa, “L’azione di responsabilità contro gli amministratori di società nel fallimento”, in *Dir. fall.*, 1965, I, pág. 165.

- “Note *Bundesgerichtshof*, 28 giugno 1966”, in *Dir. Fall.*, 1967, II, pág. 237.
- *La responsabilità individuale degli amministratori*, Giuffrè Editore, Milano, 1969.
- “Il falso problema dell’imprenditore occulto”, in *Vita Not.*, 1983, II, pág. 1338.

MAIA, Pedro, *Função e funcionamento do conselho de administração da sociedade anónima*, Studia Iuridica 62, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.

- “Invalidade da deliberação social por vício de procedimento”, in *ROA*, 2001, pág. 699.

- “O presidente das assembleias de sócios”, in *Problemas do direito das sociedades*, IDET, Livraria Almedina, Coimbra, pág. 421.
- *Voto e corporate governance. Um novo paradigma para a sociedade anónima*, volumes I e II, Dissertação para doutoramento em Ciências Jurídico-Empresariais, FDUC, Coimbra, 2009.
- “Tipos de sociedades comerciais”, in *Estudos de direito das sociedades*, elaborados por Pedro Maia/Maria Elisabete Ramos/Alexandre Soveral Martins/Paulo de Tarso Domingues, sob a coordenação de J. M. Coutinho de Abreu, 10.<sup>a</sup> ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2010, pág. 7.
- “Deliberações dos sócios”, in *Estudos de direito das sociedades*, coord.: J. M. Coutinho de Abreu, 10.<sup>a</sup> ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2010, pág. 261.

MAGALHÃES, Vânia, “A conduta dos administradores das sociedades anónimas: deveres gerais e interesse social”, in *RDS* n.º 2, 2009, pág. 379.

MALTESE, Domenico, “Imprese collegate e amministratori di fatto”, in *Fall.*, 1996, 11, pág. 1070.

MAMBRILLA RIVERA, Vicente, “Artículo 172 Sentencia de calificación”, in *Comentarios a la legislación concursal*, tomo III, Directores: Juan Sánchez-Calero/Vicente Guilarte Gutiérrez, Editorial Lex Nova, Valladolid, 2004, pág. 2833.

MARCOS, Rui Manuel de Figueiredo, *As companhias pombalinas. Contributo para a história das sociedades por acções em Portugal*, Livraria Almedina, Coimbra, 1997.

MARQUES, J. P. Remédio, *Acção declarativa à luz do Código revisto (pelo Decreto-Lei n.º 303/2007, de 24 de Agosto)*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

MARÍN DE LA BÁRCENA GARCIMARTÍN, Fernando, “Deberes y responsabilidad de los administradores ante la insolvencia de las Sociedades de Capital”, in *RdS*, 2005, 1, pág. 91.

- “Responsabilidad de los administradores de sociedades de capital por no promoción de la disolución o el concurso (sobre la retroactividad de la reforma de los arts. 262.5 LSA; 105.5 LSRL)”, in *Derecho de sociedades. I. Comentarios a la jurisprudencia*, Volumen II, Director: Fernando Rodríguez Artigas, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2010, pág. 2131.

MARKOVIC, Martin, “Banks and shadow directorships: not an ‘almost entirely imaginary’ risk in Australia”, in *JBFLP*, 1998, vol. 9, pág. 284.

MARQUES, Paulo, *Responsabilidade tributária dos gestores e dos técnicos oficiais de contas. A reversão do processo de execução fiscal*, Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

MARSCH-BARNER, Reinhard/DIEKMANN, Hans, “Bestellung und Abberufung des Geschäftsführers”, in *Münchener Handbuch des Gesellschaftsrecht*, Band 3, *Gesellschaft mit beschränkter Haftung*, Herausgegeben von Hans-Joachim Priester/Dieter Mayer, 3., neubearbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2009, pág. 818.

MARTENS, Klaus-Peter, “Die GmbH und der Minderheitsschutz”, in *GmbHRR*, 1984, pág. 265.

MARTIN, Didier, “La démission des organes de gestion des sociétés commerciales”, in *Rev. Soc.*, 1973, pág. 273.

MARTIN, Jean-François, “Les membres du conseil de surveillance sont-ils des dirigeants sociaux au sens de la loi du 25 janvier 1985?”, in *Gazz. Palais*, 1991, I – Doctrine, pág. 24.

MARTINETTO, Giuseppe, “Cooptatio”, in *NNDI*, IV, 1959, pág. 841.



MARTINEZ, Pedro Romano, “Trabalho subordinado e trabalho autónomo”, in *Estudos do Instituto de Direito do Trabalho*, volumen I, Livraria Almedina, Coimbra, 2001, pág. 271.

— *Direito do trabalho*, 5.<sup>a</sup> ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2010.

MARTÍNEZ SANZ, Fernando, *La representación proporcional de la minoría en el consejo de administración de la sociedad anónima*, Editorial Civitas, Madrid, 1992.

— *Provisión de vacantes en el Consejo de Administración de la sociedad anónima (la cooptación)*, Aranzadi Editorial, Madrid, 1994.

— “Artículo 126. Comentario”, *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, Coordinadores: Ignacio Arroyo/José Miguel Embid, volumen II, Editorial Tecnos, Madrid, 2001, pág. 1314.

— “Régimen interno y delegación de facultades en el consejo de administración de la sociedad anónima”, in *Derecho de sociedades. Libro homenaje al Professor Fernando Sánchez Calero*, Volumen II, McGraw Hill, Madrid, 2002, pág. 1739.

— “Ámbito subjetivo de la responsabilidad”, *La responsabilidad de los administradores*, Dirección: Ángel Rojo/Emilio Beltrán, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, pág. 55.

MARTINS, Alexandre de Soveral, “O exercício de actividades concorrentes pelos gerentes de sociedades por quotas”, in *BFD*, 1996, pág. 315.

— *Os poderes de representação dos administradores de sociedades anónimas*, Studia Iuridica 34, Coimbra Editora, Coimbra, 1998.

— “O procedimento cautelar de suspensão da deliberação social pela qual foram designados os administradores de uma sociedade anónima: breves considerações sobre a posição dos terceiros”, in *ROA*, 1998, pág. 1383.

— “A responsabilidade dos membros do conselho de administração por actos ou omissões dos administradores delegados ou dos membros da comissão executiva”, in *BFD*, 2002, pág. 365.

— “Suspensão de deliberações sociais de sociedades comerciais: alguns problemas”, in *ROA*, 2003, pág. 345.

— “A propósito da suspensão de deliberações sociais e do princípio da igualdade de tratamento”, in *CDP* n.º 13, 2006, pág. 37/45.

— *Cláusulas do contrato de sociedade que limitam a transmissibilidade das acções. Sobre os arts. 328º e 329º do CSC*, Livraria Almedina, Coimbra, 2006.

— “Comissão executiva, comissão de auditoria e outras comissões na administração”, in *Reformas do Código das Sociedades*, Colóquios n.º 3, IDET, Livraria Almedina, Coimbra, 2007, pág. 243.

— *Títulos de crédito e valores mobiliários*, Parte I – *Títulos de crédito*, Vol. I, I. *Dos títulos de crédito em geral. II. A letra*, Livraria Almedina, Coimbra, 2008.

— “Da personalidade e capacidade jurídicas das sociedades comerciais”, in *Estudos de Direito das Sociedades*, coord.: Jorge Coutinho de Abreu, 10.<sup>a</sup> ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2010, pág. 95.

— “Contrato de sociedade: vícios e invalidade”, in *BFD*, 2010, pág. 119.

— “Artigo 168º”, in *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord.: J. M. Coutinho de Abreu, Volume II (Artigos 85º a 174º), Códigos n.º 2, IDET, Livraria Almedina, Coimbra, 2011, pág. 710.

— “Artigo 169º”, in *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord.: J. M. Coutinho de Abreu, Volume II (Artigos 85º a 174º), Códigos n.º 2, IDET, Livraria Almedina, Coimbra, 2011, pág. 725.

— “Artigo 191º”, in *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord.: J. M. Coutinho de Abreu, Volume III (Artigos 175º a 245º), Códigos n.º 3, IDET, Livraria Almedina, Coimbra, 2011, pág. 127.

— “Artigo 192º”, in *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord.: J. M. Coutinho de Abreu, Volume III (Artigos 175º a 245º), Códigos n.º 3, IDET, Livraria Almedina, Coimbra, 2011, pág. 137.

- *Administradores-delegados e comissões executivas. Algumas considerações*, 2.<sup>a</sup> ed., Cadernos n.º 7, IDET, Livraria Almedina, Coimbra, 2011.

MARTINS, António Carvalho, *Responsabilidade dos administradores ou gerentes por dívidas de impostos*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1999.

MARTINS, José Pedro Fazenda, *Os efeitos do registo e das publicações obrigatórias na constituição das sociedades comerciais*, Lex, Lisboa, 1994.

MARTINS, Luís M., *Processo de insolvência anotado e comentado*, 2.<sup>a</sup> ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2010.

MARTONE, Maurizio, “Corte d’Appello di Milano, 27 settembre 1983 – Note sulla clausola *simul stabunt simul cadent*”, in *Rass. dir. civ.*, 1985, pág. 813.

MARULLI, Marco, “La delega gestoria tra regole di *corporate governance* e diritto societario riformato”, in *Giur. comm.*, 2005, I, pág. 85.

MASSAMORMILE, Andrea Pisani, “La sospensione della delibera di assemblea di s.p.a. ed il nuovo modello di procedimento cautelare”, in *Riv. dir. comm.*, 1997, I, pág. 871.

MATEU DE ROS CEREZO, Rafael, *La Ley de la Transparencia de las sociedades anónimas cotizadas*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2004.

MATOS, Albino, *Constituição de sociedades*, 5.<sup>a</sup> ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2001.

MATSOPOULOU, Haritini, “La faute intentionnelle de l’assuré, personne morale, exclusive de la garantie, peut s’apprécier dans les actes du dirigeant de fait – Note sous Cour de Cassation (1<sup>re</sup> civ.) 6 avril 2004”, in *Rev. Soc.*, 2005, 1, pág. 191.

MATSOPOULOU, Henri, “La dissolution pour mésentente entre associés”, in *Rev. Soc.*, 1998, pág. 21.

MATTA, Paulo Saragoça da, *O artigo 12.º do Código Penal e a responsabilidade dos “quadros” das “instituições”*, Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

MENDES, Armindo A. L. Ribeiro, *A gestão de negócios no direito civil português*, Dissertação apresentada no Curso Complementar de Ciências Jurídicas, Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1971.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio, “Auxiliares del empresario”, in *RDM*, 1959, pág. 269.

MENGHI, Ilario, “La cauzione degli amministratori e i nuovi minimi di capitale sociale: abrogazione o riforma?”, in *Giur. comm.*, 1979, I, pág. 528.

- “La cauzione degli amministratori dopo l’abrogazione dell’ar. 2387 c.c.”, in *Giur. comm.*, 1986, I, pág. 597.

MERCADAL, M. Barthélémy/JANIN, M. Philippe, *Mémento pratique des sociétés commerciales Francis Lefebvre*, Éditions Juridiques Francis Lefebvre, Paris, 1978.

MERLE, Philippe, “Note Cour d’Appel d’Amiens, 10 mars 1977”, in *Rev. Soc.*, 1978, pág. 262.

- “Note Cassation comm., 13 mars 1979”, in *Rev. Soc.*, 1979, pág. 830.
- “Règlement judiciaire, liquidation des biens, faillite personnelle et plan de redressement. Effets sur la personne du débiteur et à l’égard des dirigeants sociaux”, in *Rev. trim. dr. comm.*, 1982, pág. 455.
- *Droit commercial. Sociétés commerciales*, 6<sup>e</sup> éd., Dalloz, Paris, 1998.

MERTENS, Hans-Joachim, "Die Geschäftsführungshaftung in der GmbH und das ITT-Urteil", in *Festschrift für Robert Fischer*, Herausgegeben von Marcus Lutter/Walter Stimpel/Herbert Wiedemann, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1979, pág. 461.

- "Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung", in MAX HACHENBURG, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) – Großkommentar*, Zweiter Band: §§ 13-52, 7., völlig neu bearbeitete Auflage, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1979, sub § 35, pág. 1.
- "§ 117. Schadensersatzpflicht", in *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 1, §§ 1-147 AktG, Herausgegeben von Wolfgang Zöllner, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1985, pág. 1121.
- "Organstreit in der Aktiengesellschaft?", in *ZHR*, 1990, pág. 24.
- *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 2, 1. Lieferung, §§ 76-94, 2., neuarbeitete und erweiterte Auflage, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1989 (Nachdruck 1992).
- "Zweiter Abschnitt. Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter. Anhang § 13. Durchgriff", 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, pág. 572.
- "Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung", in MAX HACHENBURG, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) – Großkommentar*, Zweiter Band: §§ 35-52, 8., neubearbeitete Auflage, Herausgegeben: Peter Ulmer, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1997, sub § 35, pág. 1, § 37, pág. 141, § 43, pág. 247.
- "Bedarf der Abschluß einer D&O Versicherung durch die Aktiengesellschaft der Zustimmung der Hauptversammlung?", in *AG*, 2000, 10, pág. 447.

MESSINEO, Francesco, "Due disegni di legge in tema di società", in *Riv. Soc.*, 1956, pág. 645.

- *Manuale di diritto civile e commerciale (codici e norme complementari)*, volume I, *Introduzione (L'ordinamento giuridico italiano). Dottrine generali*, 9.<sup>a</sup> ed. (riveduta e aggiornata), Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1957.

MESTMÄCKER, Ernst-Joachim, *Verwaltung, Konzerngewalt und rechte der Aktionäre. Eine rechtsvergleichende Untersuchung nach deutschem Aktienrecht und dem Recht der Corporations in den Vereinigten Staaten*, Verlag C. F. Müller, Karlsruhe, 1958.

MESTRE, Jaques/VELARDOCHIO, Dominique, *Lamy Sociétés Commerciales*, Lamy, Paris, 2003.

MEYER, Fritz, "Das «Eintrittsrecht» der Aktiengesellschaft gemäß § 88 Abs. 2 Satz 2 Aktiengesetz", in *AG*, 1988, 9, pág. 259.

MEYER, Kurt, *Die rechtliche Stellung des Delegierten des Verwaltungsrates nach schweizerischem Recht*, Zurich, 1946.

MEYER-HAYOZ, Arthur/FORSTMOSER, Peter, *Schweizerisches Gesellschaftsrecht*, Neunte, vollständig neu bearbeitete Auflage, Stämpfli Verlag AG, Bern, 2004.

MEYER-LANDRUT, Joachim, *Aktiengesetz. Großkommentar*, von CARL HANZ BARZ/ULRICH KLUG/JOACHIM MEYER-LANDRUT/HERBERT WIEDEMANN/HERBERT BRÖNNER/KONRAD MELLEROWICZ/WOLFGANG SCHILLING/HANS WÜRDINGER, Erster Band, 2. Halbband §§ 76-147, Dritte, neu bearbeitete Auflage, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1973, sub § 77, pág. 593, § 84, pág. 638, § 88, pág. 682.

MESQUITA, José Andrade, *Direito do trabalho*, AAFDL, Lisboa, 2003.

MIGNOLI, Ariberto, “La «venerabile» persona giuridica”, in *La società per azioni. Problemi – Letture – Testimonianze*, tomo II, Giuffrè Editore, Milano, 2002.

MIGNOLI, Ariberto/NOBILI, Raffaele, “Amministratori (di società)”, in *ED*, 1958, II, pág. 130.

MIGNONE, Gianni, “Nota a Trib. Torino, 5 luglio 1988”, in *Giur. It.*, 1988, I, Sez. II, pág. 716.

- “«Principio» di scadenza contemporanea degli amministratori e sua derogabilità statutaria”, in *Giur. It.*, 1989, I, Sez. II, pág. 370.

MILMAN, David, “Personal liability and disqualification of company directors: something old, something new”, in *NILQ*, 1992, pág. 1.

MINERVINI, Gustavo, “Alcune riflessioni sulla teoria degli organi delle persone giuridiche private”, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1953, pág. 935.

- “Sulla legittimazione degli amministratori all’impugnativa delle deliberazioni assembleari di società per azioni”, in *Riv. dir. comm.*, 1955, I, pág. 207.
- “Morte di un amministratore e poteri dell’amministratore superstite”, in *Riv. dir. civ.*, 1955, pág. 785.
- *Gli amministratori di società per azioni*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1956.

MIROSA MARTÍNEZ, Pedro, *El cese de los administradores de la sociedad anónima*, Universidad Central de Barcelona, Barcelona, 1981.

- “Temporalidad del cargo de administrador de sociedad anónima”, in *RJC*, 1985, pág. 103.

MIRTO, Pietro, *Il diritto penale delle società*, Dott. Antonino Giuffrè Editore, Milano, 1954.

MÖLLER, Christian, *Die materiell unterkapitalisierte GmbH. Eine Untersuchung unter Berücksichtigung der Rechtsprechung zum existenzvernichtenden Eingriff und aus rechtsvergleichender Sicht*, Verlag C. H. Beck, München, 2005.

MONTAGNANI, Caterina, *Società di capitali*, vol. 1, Artt. 2325-2379 ter, Commentario a cura di Giuseppe Niccolini/Alberto Stagno d’Alcontres, *sub art.* 2366, Jovene Editore, Napoli, 2004, pág. 468.

MONTALENTI, Paolo, “La traslazione dei poteri di gestione nei gruppi di società: i «management contracts»”, in *CI*, 1987, 2, pág. 436.

- “Corporate governance: raccomandazioni Consob e prospettive di riforma”, in *Riv. Soc.*, 1997, pág. 713.
- “Riflessioni in tema di persona giuridica”, in *Persona giuridica, gruppi di società, corporate governance. Studi in tema di società per azioni*, CEDAM, Padova, 1999, pág. 1.
- “L’abuso della personalità giuridica”, in *Persona giuridica, gruppi di società, corporate governance. Studi in tema di società per azioni*, CEDAM, Padova, 1999, pág. 35.
- “L’amministrazione sociale dal testo unico alla riforma del diritto societario”, in *La riforma del diritto societario*, Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, *Convegni di studio “Problemi attuali di diritto e procedura civile”*, Giuffrè Editore, Milano, 2003, pág. 65.
- “La riforma del diritto societario: profili generali”, in *Riv. dir. comm.*, 2003, pág. 57.
- “La riforma del derecho societario en Italia: aspectos generales”, in *RdS*, 2004, 1, pág. 35.
- “Amministrazione e amministratori nella riforma del diritto societario”, in *Il nuovo diritto delle società di capitali e delle società cooperative*, a cura di Matteo Rescigno/Antonella Sciarrone Alibrandi, Giuffrè Editore, Milano, 2004, pág. 59.

- “Gli obblighi di vigilanza nel quadro dei principi generali sulla responsabilità degli amministratori di società per azioni”, in *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, pág. 833.

MONTEIRO, António Pinto, *Cláusula penal e indemnização*, Livraria Almedina, Coimbra, 1990.

- “Contrato de gestão de empresa”, in *CJ/ASTJ*, 1995, pág. 5.
- “Negócio jurídico e contrato de sociedade comercial”, in *RLJ* n.º 3941, 2006 (Ano 136.º), pág. 90.
- *Contratos de distribuição comercial – Direito comercial. Relatório*, Livraria Almedina, Coimbra, 2002.
- *Contrato de agência. Anotação ao Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho*, 7.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2010.

MONTEIRO, António Pinto/MAIA, Pedro, “Sociedades anónimas unipessoais e a Reforma de 2006”, in *RLJ* n.º 3960, 2010 (Ano 139º), pág. 138.

MONTEIRO, Henrique Salinas, “Critérios de distinção entre a anulabilidade e a nulidade das deliberações sociais no Código das Sociedades Comerciais”, in *DJ*, 1994, vol. VIII, tomo 2, pág. 211.

MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde, *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Livraria Almedina, Coimbra, 1987.

MONTEIRO, Luís Miguel, “Algumas notas sobre o trabalhador dirigente”, in *VIII Congresso Nacional de Direito do Trabalho – Memórias*, coord.: António Moreira, Livraria Almedina, Coimbra, 2006, pág. 235.

- “Art. 161º”, in *Código do trabalho anotado*, por Pedro Romano Martinez [et alii], 7.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2009, pág. 413.
- “Art. 162º”, in *Código do trabalho anotado*, por Pedro Romano Martinez [et alii], 7.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2009, pág. 420.

MONTONESE, Alessia, *Commento al d. lgs. 17 gennaio 2003, n. 6, recante la riforma organica della disciplina delle società di capitali e società cooperative, in attuazione della legge 3 ottobre 2001, n. 366. S.r.l. – artt. 2462-2483*, in *www.dircomm.it*, n.º 2/2003, sub art. 2476.

MORAWETZ, Victor, *A treatise on the law of private corporations*, vol. II, 2<sup>nd</sup> ed., Little, Brown, and Company, Boston, 1886.

MOREIRA, José Alves, *Os limites da administração de facto. Efeitos nas relações jurídico-laborais*, Dissertação de Mestrado, FDUC, Coimbra, 2007.

MORELLO, Antonio, “Il comitato per il controllo sulla gestione tra dipendenza strutturale ed autonomia funzionale”, in *Riv. dir. comm.*, 2005, pág. 739.

MORGADO, Abílio, “Responsabilidade tributária: ensaio sobre o regime do artigo 24.º da Lei Geral Tributária”, in *CTF* n.º 415, 2005, pág. 67.

MORILLAS JARILLO, María José, “Sociedades em situación concursal y normas de conducta de sus administradores”, in *Estudios sobre la Ley Concursal – Libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo II, *Los órganos del concurso. Efectos de la declaración del concurso sobre el deudor*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 2129.

MORSE, Geoffrey/GIRVIN, Stephen, *Charlesworth company law*, 7<sup>th</sup> ed., Sweet & Maxwell, London, 2005.

MOSCA, Chiara, "I principi di funzionamento del sistema monistico. I poteri del comitato di controllo", in *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, pág. 733.

MOSCO, Gian Domenico, *Società di capitali*, vol. 2, *Artt. 2380-2448*, Commentario a cura di Giuseppe Niccolini/Alberto Stagno d'Alcontres, Jovene Editore, Napoli, *sub art.* 2386, 2004, pág. 617.

— *Società di capitali*, vol. 2, *Artt. 2380-2448*, Commentario a cura di Giuseppe Niccolini/Alberto Stagno d'Alcontres, Jovene Editore, Napoli, *sub art.* 2387, 2004, pág. 623.

MOSSA, Lorenzo, "Responsabilità dell'unico socio de un'anonima", in *Riv. dir. comm.*, 1931, II, pág. 315.

— *Trattato del nuovo diritto commerciale secondo il Codice Civile del 1942*, I, *Il libro del lavoro. L'impresa corporativa*, Società Editrice Libreria, Milano, 1942.

— *Trattato del nuovo diritto commerciale*, IV, *Società per azioni*, CEDAM, Padova, 1957.

— "La società per azioni in una mano", in *Studi in onore di Antonio Ambrosini*, Dott. A. Guiffirè Editore, Milano, 1957, pág. 741.

MORGADO, Abílio Manuel de Almeida, "Processos especiais de recuperação da empresa e de falência – Uma apreciação do novo regime", in *CTF* n.º 370, 1993, pág. 49.

MOTTI, Cinzia, "La società a responsabilità limitata: introduzione alla nuova disciplina", *La riforma delle società di capitali. Aziendalisti e giuristi a confronto*, Atti del Convegno di Foggia, 12 e 13 giugno 2003, a cura di Niccolò Abriani e Tiziano Onesti, Giuffrè Editore, Milano, 2004, pág. 101.

MOYA JIMÉNEZ, Antonio, *La responsabilidad de los administradores de empresas insolventes*, 5.ª ed., Editorial Bosch, Barcelona, 2006.

MOZARELLI, Michelle, "Amministratore di fatto: fine di una contesa", in *Giur. comm.*, 2001, II, pág. 565.

MUCCIARELLI, Francesco, "Responsabilità penale dell'amministratore di fatto", in *Società*, 1989, 2, pág. 121.

MUÑOZ PLANAS, José María/MUÑOZ PAREDES, José María, "Repercusiones del concurso de la sociedad sobre la responsabilidad de los administradores", in *Estudios sobre la Ley Concursal – Libro homenaje a Manuel Olivencia*, tomo II, *Los órganos del concurso. Efectos de la declaración del concurso sobre el deudor*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pág. 2173.

MUSCO, Enzo, *La società per azioni nella disciplina penalistica*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, volume 9, \* (1), *Profili internazionalprivatistici e profili penalistici*, UTET, Torino, 1994, pág. 213.

## N

NABAIS, José Casalta, *Direito Fiscal*, 5.ª ed., Almedina, Coimbra, 2009.

NAVARRINI, Umberto, "Questione in materia di società e di fallimento. Nota – Corte di Cassazione, 24 gennaio 1936", in *Riv. dir. comm.*, 1936, II, pág. 205.

NAZZICONE, Loredana/PROVIDENTI, Salvatore, *Amministrazione e controlli nella società per azioni*, Giuffrè Editore, Milano, 2010.

NERLICH, Jörg, “§ 64 Haftung für Zahlungen nach Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung”, in *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. 1841.

NEVES, António Castanheira, *Questão-de-facto – Questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica)*, I, *A crise*, Livraria Almedina, Coimbra, 1967.

- “A distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito e a competência do Supremo Tribunal de Justiça como tribunal de «revista»”, in *Digesta. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, volume 1º, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pág. 483.
- “Interpretação jurídica”, in *Digesta. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, volume 2º, Coimbra Editora, Coimbra, 1995, pág. 337.

NICCOLINI, Giuseppe, *Società di capitali*, vol. 3, Artt. 2449-2510, Commentario a cura di Giuseppe Niccolini/Alberto Stagno d’Alcontres, sub art. 2484, Jovene Editore, Napoli, 2004, pág. 1706.

- *Società di capitali*, vol. 3, Artt. 2449-2510, Commentario a cura di Giuseppe Niccolini/Alberto Stagno d’Alcontres, sub art. 2486, Jovene Editore, Napoli, 2004, pág. 1733.

NIGRO, Alessandro, “Il mandato tacito degli amministratori di società per azioni”, in *Foro It.*, 1965, I, pág. 2135.

- “Sull’azione di responsabilità del curatore di società a responsabilità limitata fallita contro l’amministratore di fatto” (*Osservaz.* a Trib. Milano, 19 gennaio 1967), in *Foro It.*, 1967, I, pág. 858.
- *Le società per azioni nelle procedure concorsuali*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, volume 9, \*\* (2), *Profili tributari e profili concorsuali*, UTET, Torino, 1993, pág. 207.

NOIREL, Jean, *La société anonyme devant la jurisprudence moderne*, Librairies Techniques, Paris, 1958.

- “Le droit civil contemporain et les situations de fait”, in *Rev. trim. dr. civ.*, 1959, tome 57, pág. 456.

NOTTÉ, Gérard, *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.

- “*Observations* – Cour d’Appel de Rouen, 23 mai 1978”, in *JCP*, Éd. Générale, II – Jurisprudence, 1978, 19235, pág. 2/4.
- “La notion de dirigeant de fait au regard du droit des procédures collectives”, in *JCP*, Éd. CI, 1980, pág. 77.
- “*Observations* – Cass. com. 3 mars 1981”, in *JCP*, Éd. Générale, II – Jurisprudence, 1982, 19754, pág. 2/2.
- “*Observations* – Cass. com. 6 octobre 1981”, in *JCP*, Éd. Générale, II – Jurisprudence, 1982, 19891, pág. 1/1.
- “*Note* – Paris, 3<sup>e</sup> Ch. B, 17 octobre 1991”, in *JCP*, Éd. Entreprise, 1992, II – Jurisprudence, 292, pág. 106.

NUNES, António José Avelãs, *O direito de exclusão de sócios nas sociedades comerciais*, Livraria Almedina, Coimbra, 1968 (reimp. 2002).

NUNES, Pedro Caetano, *Responsabilidade civil dos administradores perante os accionistas*, Livraria Almedina, Coimbra, 2001.

- “Sentença da 3.<sup>a</sup> vara Cível de Lisboa de 27.10.2003 – Dever de gestão e *business judgment rule*”, in *Corporate governance*, Livraria Almedina, Coimbra, 2006, pág. 7.
- “Concorrência e oportunidades de negócio societárias – Estudo comparativo sobre o dever de lealdade dos administradores de sociedades anónimas”, in *Corporate governance*, Livraria Almedina, Coimbra, 2006, pág. 45.
- *Dever de gestão dos administradores de sociedades anónimas*, Livraria Almedina, Coimbra, 2012.

NUVOLONE, Pietro, “Fallimento (reati in materia di)”, in *ED*, vol. XVI, Giuffrè Editore, Milano, 1967, pág. 476.

## O

O'DONOVAN, James, “Banks as shadow directors”, in *VUWELLR*, 1995, pág. 283.

- *Lender liability*, Sweet & Maxwell, London, 2005.

ODITAH, Fidelis, “Wronfgul trading”, in *MCLQ*, 1990, pág. 205.

OLAVO, Carlos, “Impugnação das deliberações sociais”, in *CJ*, 1998, III, pág. 19.

OLAVO, Fernando, “Termo do exercício das funções dos membros do conselho de administração e do conselho fiscal nas sociedades anónimas”, in *CJ*, 1984, V, pág. 7.

OLIVARES JAMES, José Maria, “El torno a los administradores de hecho en la sociedad anónima”, in *AAMN*, tomo XXI, 1978, pág. 267.

OLIVEIRA, Ana Perestrelo de, *A responsabilidade civil dos administradores nas sociedades em relação de grupo*, Livraria Almedina, Coimbra, 2007.

- “Os credores e o governo societário: deveres de lealdade para os credores controladores?”, in *RDS* n.º 1, 2009, pág. 95.
- *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.<sup>a</sup> ed., sub art. 486º, Livraria Almedina, Coimbra, 2011, pág. 1228.
- *Grupos de sociedades e deveres de lealdade. Por um critério unitário de solução do “conflito de grupo”*, Livraria Almedina, Coimbra, 2012.

OLIVEIRA, António Fernandes de, “Responsabilidade civil dos administradores”, in *Código das Sociedades Comerciais e governo das sociedades*, Livraria Almedina, Coimbra, 2008, pág. 257.

OLIVEIRA, J. Lamartine Corrêa de, *A Dupla Crise da Pessoa Jurídica*, Edição Saraiva, São Paulo, 1979.

OLIVEIRA, Mário Esteves de/GONÇALVES, Pedro/AMORIM, J. Pacheco de, *Código do Procedimento Administrativo comentado*, colaboração de Rodrigo Esteves de Oliveira, 2.<sup>a</sup> ed., Almedina, 1997 (reimp. 2006).

OLIVEIRA, Rui Estrela de, “Uma brevíssima incursão pelos incidentes de qualificação da insolvência”, in *O Direito*, 2010, V, pág. 931.



OPPO, Giorgio, "Amministratori e sindaci di fronte alle deliberazioni assembleari invalide", in *Riv. dir. comm.*, 1957, I, pág. 225.

— "Le grandi opzioni della riforma e la società per azioni", in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, pág. 471.

OSTERLOH-KONRAD, Christine, "Abkehr vom Durchgriff: Die Existenzvernichtungshaftung des GmbH-Gesellschafters nach "Trihotel"", in *ZHR*, 2008, pág. 274.

## P

PACIELLO, Andrea, "Le vicende dell'organizzazione delle società di capitali – Scioglimento e liquidazione", in *Diritto delle società. Manuale breve*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, pág. 437.

PAIS, Sofia Oliveira/SOUSA, António Frada de, "A união de facto e as uniões registadas de pessoas do mesmo sexo – uma análise de direito material e conflitual", in *ROA*, 1999, pág. 693.

PALMA, Maria Fernanda, "Aspectos penais da insolvência e da falência: reformulação dos tipos incriminadores e reforma penal", in *RFDUL*, 1995, pág. 401.

PALMITER, Alan R., *Corporations*, 6<sup>th</sup> ed., Aspen Publishers-Wolters Kluwer, New York, 2009.

PANZANI, Luziano, "Responsabilità degli amministratori della società controllante", in *Studi in onore di Gastone Cottino*, volume II, CEDAM, Padova, 1997, pág. 1007.

PAPELARD, Anne, *La notion de dirigeant de fait appliquée aux personnes publiques*, DEA de Droit Public Interne, Université Paris II – Panthéon-Assas, Paris, 1992.

PATELLI, Alessandro, "Cessazione degli amministratori di società per azioni per scadenza del termine. Il commento", in *Società*, 1998, 3, pág. 294.

PATRICELLI, Daniela, "A proposito di amministratore di fatto", in *Giust. civ.*, 1984, tomo II, parte I, pág. 3108.

PATTI, Salvatore, "Probatio e praesumptio: attualità di un'antica contrapposizione", in *Riv. dir. civ.*, 2001, pág. 475.

PAZ-ARES, Cándido, "Nota – Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de febrero de 1982", in *ADC*, 1983, pág. 1073.

— "Sobre la infracapitalización de las sociedades", in *ADC*, 1983, pág. 1587.

— "El gobierno de las sociedades: un apunte de política legislativa", in *Derecho de sociedades. Libro homenaje al Professor Fernando Sánchez Calero*, Volumen II, McGraw Hill, Madrid, 2002, pág. 1805.

— "La responsabilidad de los administradores como instrumento de gobierno corporativo", in *RdS*, 2003, 1, pág. 67.

PEDRAZZI, Cesare, "Gestione d'impresa e responsabilità penali", in *Riv. Soc.*, 1962, pág. 220.

PENNINGTON, Robert R., *Directors' personal liability*, Collins Professional and Technical Books, London, 1987.

— *Company law*, 8<sup>th</sup> ed., Oxford University Press, Oxford, 2006.

PENNISI, Alessandro, “Amministratore *de facto* e «Shadow director» nel sistema giuridico inglese: qualche spunto comparatistico”, in *Società*, 2004, 2, pág. 252.

PESCATORE, Salvatore, “Gestione e certezza”, in *Strutture societarie e autonomia contrattuale – Saggi*, raccolti da Anna Rosa Adiutori, Giuffrè Editore, Milano, 2009, pág. 189.

— “Spunti sulla novellata gestione dell’impresa nella società per azioni”, in *Strutture societarie e autonomia contrattuale – Saggi*, raccolti da Anna Rosa Adiutori, Giuffrè Editore, Milano, 2009, pág. 197.

PESCE, Angelo, *Amministrazione e delega di potere amministrativo nella società per azioni (Comitato esecutivo e amministratore delegato)*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1969.

PERALTA, Ana Maria, “Sociedades Unipessoais”, in *Novas Perspectivas do Direito Comercial*, Livraria Almedina, Coimbra, 1988, pág. 249.

PERDICES HUETOS, Antonio, “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”, in *RdS*, 2002, 1, pág. 277 (= in *Derecho de sociedades. I. Comentarios a la jurisprudencia*, Volumen II, Director: Fernando Rodríguez Artigas, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2010, pág. 2365).

PEREIRA, João Aveiro, *O contrato de suprimento*, 2.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2001.

PÉREZ CARRILLO, Elena F., *La administración de la sociedad anónima. Obligaciones, responsabilidad y aseguramiento*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 1999.

PÉREZ CARRILLO, Elena F./RAMOS, Maria Elisabete, “Responsabilidade civil e seguro dos administradores (reflexões em torno das experiências portuguesa e espanhola)”, in *BFD*, 2006, pág. 291.

PÉREZ ESCOLAR, Rafael, “Los administradores de hecho y su actuación en el tráfico. Comentario a la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 24 de junio de 1968”, in *RDM*, 1968, pág. 399.

PERRONE, Andrea, “Un *revirement* della Cassazione sulla responsabilità dell’amministratore di fatto. Il commento”, in *Corr. giur.*, 1999, 11, pág. 1399.

PESSANI, Stefano Cacchi, “Corporate governance, sistema dei controlli e intermediari reputazionali negli Stati Uniti d’America dopo il caso Enron”, in *Giur. comm.*, 2003, I, pág. 746.

PÉTEL, Philippe, “Redressement et liquidation judiciaires des entreprises”, in *JCP*, Éd. Générale, Doctrine, 1992, pág. 286.

— *Procédures collectives*, Dalloz, Paris, 1996.

PÉTEL, Philippe [et alii], *Code de commerce*, LexisNexis/Litec, Paris, 2011.

PETIT, Bruno, *Droit des sociétés*, Litec/Lexis Nexis, Paris, 2006.

PILOÑETA ALONSO, Luis Manuel, “La sociedad unipersonal en sí y en sus relaciones com el socio único”, in *Derecho de sociedades – Libro homenaje al Profesor Fernando Sánchez Calero*, volumen IV, McGraw-Hill, Madrid, 2002, pág. 3889.

PIMENTA, Alberto, “Suspensão e anulação de deliberações sociais”, in *RT*, 1964, Ano 82º, n.º 1790, ss, pág. 147 (e 195, 243, 339, 387, 435).

PINTO, Adeodato Freire, *A “business judgment rule” – (Aparente) consagração no CSC*, Dissertação de Mestrado, FDUC, Coimbra, 2008.

PINTO, Alexandre da Mota, *Do contrato de suprimento. O financiamento da sociedade entre capital próprio e capital alheio*, Livraria Almedina, Coimbra, 2002.

PINTO, Carlos da Mota, *Cessão da posição contratual*, Livraria Almedina, Coimbra, 1982 (reimpressão).

— *Teoria geral do direito civil*, 4.<sup>a</sup> ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra Editora, Coimbra, 2005.

PINTO, Filipe Vaz/PEREIRA, Marcos Keel, *A responsabilidade civil dos administradores de sociedades comerciais*, FDUNL/Working Papers, Lisboa, 2001.

PINTO, Paulo da Mota, “Aparência de poderes de representação e tutela de terceiros. Reflexão a propósito do artigo 23.<sup>o</sup> do Decreto-Lei n.<sup>o</sup> 178/86, de 3 de Julho”, in *BFD*, 1993, pág. 587.

— *Declaração tácita e comportamento concludente no negócio jurídico*, Almedina, Coimbra, 1995.

— “Sobre a proibição do comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*) no direito civil”, in *BFD*, Volume comemorativo do 75.<sup>o</sup> Tomo do BFD, 2003, pág. 269.

PITÃO, José António de França, *Uniões de facto e economia comum*, 3.<sup>a</sup> ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2011.

PIZER, Jason, “Holding an appointer vicariously liable for its nominee director’s wrongdoing – an australian roadmap”, in *Co. secur. law journal*, 1997, volume 15, pág. 81.

PIZZIO, Jean-Pierre, “La théorie de la gérance de fait a-t-elle un rôle à jouer en matière de responsabilité fiscale du gérant majoritaire de s.a.r.l. ?”, in *Rev. Soc.*, 1977, pág. 411.

PLANTA, Andreas von, *Die Haftung des Hauptaktionärs*, Helbing & Lichtenhahn, Basel und Frankfurt am Main, 1981.

PLANTAMP, Didier, “Note – Tribunal des conflits, 23 janvier 1989”, in *Gazz. Palais*, 1989, II – Jurisprudence, pág. 579.

POLO, Eduardo, *Los administradores y el consejo de administración de la sociedad anónima*, in *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dirigido por Rodrigo Uría, Aurelio Menéndez y Manuel Olivencia, tomo IV, Editorial Civitas, Madrid, 1992.

— “El nuevo Reglamento del Registro Mercantil y los órganos de las sociedades de capital”, in *RGD*, 1997, pág. 9119.

PORACCHIA, Didier, “Action en comblement de passif et direction de fait par personne interposée – Note sous Cour de cassation (com.) 2 novembre 2005”, in *Rev. Soc.*, 2006, pág. 405.

PORENA, Daniele, “L’usurpatore di pubbliche funzioni”, in *Il funzionario di fatto*, a cura di Bruno Cavallo, Giuffrè Editore, Milano, 2005, pág. 45.

PORTALE, Giuseppe B., “Procura generale conferita a sindaco di società per azioni e rilascio di cambiali ipotecarie di favore per altra società del gruppo (un caso clinico)”, in *BBTC*, 1987, I, pág. 339.

— “Capitale sociale e società per azioni sottocapitalizzata”, in *Riv. Soc.*, 1991, pág. 3.

— “Rapporti fra assemblea e organo gestorio nei sistemi di amministrazione”, in *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, pág. 3.

POSTIGLIONE, Annalisa, “Amministratore di fatto e delega di funzioni”, in *Giur. It.*, 2002, pág. 1229.

PRATELLI, Matteo Maria, “Problemi in tema di ‘sindacati di gestione’”, in *Giur. comm.*, 2005, I, pág. 112.

PRENTICE, Daniel D., *Companies Act 1980*, Butterworths, London, 1980.

— “Fraudulent trading: parent company’s liability for the debts of its subsidiary”, in *Law Quart. Rev.*, 1987, pág. 11.

PRESTI, Gaetano/RESCIGNO, Matteo, *Corso di diritto commerciale*, Volume II, *Società*, Zanichelli Editore, Bologna, 2005.

PRIESTER, Hans-Joachim, “Die eigene GmbH als fremder Dritter. Eingsphäre der Gesellschaft und Verhaltenspflichten ihrer Gesellschafter”, in *ZGR*, 1993, pág. 512.

PROVINCIALI, Renzo, “Presupposti del procedimento di sospensione di delibere assembleari”, in *Dir. Fall.*, 1952, II, pág. 61.

PUIG BRUTAU, José, “La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima”, in *RDP*, 1961, pág. 361.

PURDY, James Hart, *A treatise on the law of private corporations, also of joint-stock companies and other unincorporated associations*, volumen II, T. H. Flood and Company, Chicago, 1905.

## Q

QUATRARO, Bartolomeo, “Sostituzione degli amministratori prima della scadenza del consiglio e loro durata”, in *Dir. Fall.*, 1986, II, pág. 613.

QUATRARO, Bartolomeo/PICONE, Luca G., *La responsabilità di amministratori, sindaci, direttori generali e liquidatori di società. Aspetti civili, penali e tributari*, tomo I, Giuffrè Editore, Milano, 1998.

QUIJANO GONZÁLEZ, Jesús, *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima. Aspectos sustantivos*, Universidad de Valladolid – Secretariado de Publicaciones, Valladolid, 1985.

— “Responsabilidad administrativa en la reciente legislación de crédito, seguro y mercado de valores: algunas cuestiones sustantivas”, in *RDBB*, 1989, 34, pág. 293.

## R

RAFFAELLI, Guido A., “Non figurabilità di amministratore di fatto nella società per azioni”, in *Foro Pad.*, 1967, I, pág. 743.

RAGAZZINI, Luigi, “Sulla responsabilità del socio unico quale amministratore, legittimo o «di fatto», di società unipersonale”, in *Riv. Not.*, 1994, 5, pág. 939.

RAINELLI, Paolo, "Articolo 2386. Sostituzione degli amministratori", in *Il nuovo diritto societario*, Volume 1\*, Artt. 2325-2409 c.c., diretto da Gastone Cottino e Guido Bonfante, Oreste Cagnasso, Paolo Montalenti, Zanichelli Editore, 2004, pág. 706.

RAISER, Thomas/VEIL, Rüdiger, *Recht der Kapitalgesellschaften. Ein Handbuch für Praxis und Wissenschaft*, 4., neubearbeitete Auflage, Verlag Franz Vahlen, München, 2006.

RAMALHO, Maria do Rosário Palma, *Sobre a dissolução das sociedades anónimas*, AAFDL, Lisboa, 1986 (reimp. 1989).

- *Direito do trabalho*, Parte I, *Dogmática geral*, Livraria Almedina, Coimbra, 2009.
- *Direito do trabalho*, Parte II, *Situações laborais individuais*, 3.ª ed., Revista e actualizada ao Código do Trabalho de 2009, Livraria Almedina, Coimbra, 2010.

RAMON SALELLES, José, "De la disolución y liquidación", in *Comentarios a la Ley de sociedades de responsabilidad limitada*, Coordinadores: Ignacio Arroyo/José Miguel Embid, Editorial Tecnos, Madrid, 1997, pág. 1003.

RAMOS, Maria Elisabete, "Aspectos substantivos da responsabilidade civil dos membros do órgão de administração perante a sociedade", in *BFD*, 1997, pág. 211.

- *Responsabilidade civil dos administradores e directores de sociedades anónimas perante os credores sociais*, Studia Iuridica 67, Coimbra Editora, Coimbra, 2002.
- "A insolvência da sociedade e a responsabilização dos administradores no ordenamento jurídico português", in *PF*, 2005, pág. 5.
- "Insolvência da sociedade e efectivação da responsabilidade civil dos administradores", in *BFD*, 2007, pág. 449.
- "Debates actuais em torno da responsabilidade e da protecção dos administradores. Surto de influência anglo-saxónica", in *BFD*, 2008, pág. 591.
- *O seguro de responsabilidade civil dos administradores (Entre a exposição ao risco e a delimitação da cobertura)*, Almedina, Coimbra, 2010.
- "Artigo 16º", in *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord.: J. M. Coutinho de Abreu, volume I (Artigos 1.º a 84.º), 2010, pág. 281.
- "Artigo 38º", in *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord.: J. M. Coutinho de Abreu, Volume I (Artigos 1.º a 84.º), Códigos n.º 1, IDET, Livraria Almedina, Coimbra, 2010, pág. 566.
- "Artigo 39º", in *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord.: J. M. Coutinho de Abreu, Volume I (Artigos 1.º a 84.º), Códigos n.º 1, IDET, Livraria Almedina, Coimbra, 2010, pág. 571.
- "Artigo 40º - Responsabilidade ilimitada e solidária das pessoas que actuaram ou autorizaram o negócio", in *Código das Sociedades Comerciais em comentário*, coord. J. M. Coutinho de Abreu, Volume I (Artigos 1.º a 84.º), Códigos n.º 1, IDET, Livraria Almedina, Coimbra, 2010, pág. 577 (ponto 1.).

RAMSAY, Ian M., "The corporate governance debate and the role of directors' duties", in *Corporate governance and the duties of company directors*, Editor: Ian M. Ramsay, Centre for Corporate Law and Securities Regulation, Faculty of Law - The University of Melbourne, Melbourne, 1997, pág. 1.

RANDOUX, Dominique, "Note Cour de Cassation (Ch. com.), 25 octobre 1977", in *Rev. Soc.*, 1978, Jurisprudence, pág. 296.

RAULT, Jean, "Sociétés commerciales. Sociétés en general. Société anonyme. Directeur general adjoint. Faute de gestion. Action en responsabilité. Prescription triennale applicable", in *Rev. trim. dr. comm.*, 1955, pág. 592.

RECALDE CASTELLS, Andrés, "Los administradores de las sociedades anónimas en un entorno de «buen gobierno», in *RVEH*, 2003, pág. 51.

- REDINHA, Maria Regina Gomes, “Deliberações sociais abusivas”, in *RDE*, 1984/1985, pág. 193.
- REGO, Carlos Francisco de Oliveira Lopes, *Comentários ao Código de Processo Civil*, Volume I, 2.<sup>a</sup> ed., Livraria Almedina, 2004.
- REHBINDER, Eckard, “Treuepflichten im GmbH-Konzern”, in *ZGR*, 1976, pág. 386.
- “Gesellschaftsrechtliche Probleme mehrstufiger Unternehmensverbindungen”, in *ZGR*, 1977, pág. 581.
  - “Zehn Jahre Rechtsprechung zum Durchgriff im Gesellschaftsrecht”, in *Festschrift für Robert Fischer*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1979, pág. 579.
- REICH, Norbert, “Die zivil- und strafrechtliche Verantwortlichkeit des faktisches Organmitgliedes im Gesellschaftsrecht”, in *DB*, 1967, 39, pág. 1663.
- REINHARD, Yves, “Condamnation en comblement de passif d’une banque em qualité de dirigeant de fait par l’intermédiaire d’administrateurs salariés de cette banque – Note Cass. com., 27 juin 2006”, in *JCP*, Éd. Entreprise et affaires, 2006, 2408, pág. 16.
- REINHARD, Yves/JOLY-SIBUET, E., “Note Cass. crim., 12 juillet 1994 – Délit de construction sans permis de construire et gérance de fait”, in *JCP*, Éd. Entreprise, Jurisprudence, 1995, pág. 88.
- REINHARD, Yves/BON-GARCIN, Isabelle, “Note Cass. com., 21 mars 1995 – Les dirigeants de fait doivent-ils être assimilés aux dirigeants de droit?”, in *JCP*, Éd. Entreprise, Jurisprudence, 1996, pág. 54.
- REIS, Alberto dos, “A figura do processo cautelar”, in *BMJ* n.º 3, 1947, pág. 27.
- *Código de Processo Civil anotado*, volume I, 3.<sup>a</sup> ed. (reimp.), Coimbra Editora, Coimbra, 1982.
- REIS, Nuno Trigo dos, “Os deveres de lealdade dos administradores de sociedades comerciais”, in *CadOD*, 2009, pág. 279.
- RÉMERY, Jean-Pierre, “Notion de dirigeant de fait – Cass. com. 26 octobre 1999”, in *RJDA*, 1999, pág. 945.
- RESCIGNO, Matteo, “I gruppi di società nel diritto italiano” in *Jus*, 1989, 2-3, pág. 155.
- “Osservazioni sulla riforma del diritto societario in tema di società a responsabilità limitata”, in *La riforma del diritto societario. Convegni di studio “Problemi attuali di diritto e procedura civile”*, Atti del Convegno di studio svoltosi a Courmayeur, 27-28 settembre 2002, Giuffrè Editore, Milano, 2003, pág. 245.
  - “Eterogestione e responsabilità nella riforma societaria fra aperture ed incertezze: una prima riflessione”, in *Società*, 2003, 2bis, pág. 331.
- REVIGLIONO, Paolo, *La «sostituzione» delle deliberazioni invalide dell’assemblea di società per azioni*, Giuffrè Editore, Milano, 1995.
- RIBEIRO, Joaquim Sousa Ribeiro, *O problema do contrato. As cláusulas contratuais gerais e o princípio da liberdade contratual*, Livraria Almedina, Coimbra, 1999.
- “As fronteiras juslaborais e a (falsa) presunção de laboralidade do art. 12º do Código do Trabalho”, in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais – Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, volume II, *Vária*, 2007, pág. 931.

RIBEIRO, José Joaquim Teixeira, “Supremo Tribunal Administrativo, Acórdão de 3 de Maio de 1989 – Anotação”, in *RLJ* n.º 3791, 1990-1991 (Ano 123º), pág. 41.

RIBEIRO, Maria de Fátima, *A tutela dos credores da sociedade por quotas e a “desconsideração da personalidade jurídica”*, Livraria Almedina, Coimbra, 2009.

- “O âmbito de aplicação do artigo 270.º-F, n.º 4, do CSC e a responsabilidade “ilimitada” do sócio único”, in *DSR*, 2009, vol. 2, pág. 201.
- “A responsabilidade de gerentes e administradores pela actuação na proximidade da insolvência de sociedade comercial”, in *O Direito*, 2010, I, pág. 81.
- “O dever de os administradores não aproveitarem, para si ou para terceiros, oportunidades de negócios societárias”, in *RCEJ* n.º 20, 2011, pág. 23.
- “A responsabilidade dos administradores na crise da empresa”, in *I Congresso Direito das Sociedades em Revista*, Livraria Almedina, Coimbra, 2011, pág. 391.
- “Contrato de franquia (*franchising*): o recurso à ‘desconsideração da personalidade jurídica’ para tutela dos interesses do franquizador – Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 22.6.2009, Proc. 1201/09”, in *CDP* n.º 35, 2011, pág. 1/7.
- “O capital social das sociedades por quotas e o problema da subcapitalização material”, in *Capital social livre e acções sem valor nominal*, coord.: Paulo de Tarso Domingues/Maria Miguel Carvalho, Livraria Almedina, Coimbra, pág. 43.
- “Desconsideração da personalidade jurídica e ‘descapitalização’ de sociedade”, in *RDES*, 2011, pág. 173.

RICCA, Lucio, *Sui cosiddetti rapporti contattuali di fatto*, Giuffrè Editore, Milano, 1965.

RICCIARDIELLO, Edgardo, *Il socio amministratore di s.r.l.*, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2008.

RICHTER, Giorgio Stella, “Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato”, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, pág. 151.

RICHTER Jr., Mario Stella, “Sulla «rappresentanza commerciale» degli ausiliari dipendenti dell’imprenditore, com particolare riguardo alle società di capitali”, in *Studi e materiali*, Consiglio Nazionale del Notariato, 4, Giuffrè Editore, Milano, 1992-1995, pág. 105.

- *“Trasferimento del controllo” e rapporti tra soci*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1996.

RIESENHUBER, Karl, “§ 265 Abwickler”, in KARSTEN SCHMIDT/MARCUS LUTTER, *Aktiengesetz Kommentar*, II. Band, §§ 150-410, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2008, pág. 2518.

RIPERT, Georges, *Traité de droit commercial*, par René Roblot, *Commerçants – Actes de commerce. Fonds de commerce. Sociétés commerciales*, 9<sup>e</sup> éd., L.G.D.J., Paris, 1977.

RIPERT, Georges/ROBLOT, René, *Traité de droit commercial*, sous la direction de Michel Germain, Tome 1 – Volume 2, *Les sociétés commerciales*, 18<sup>e</sup> éd., L.G.D.J., Paris, 2002.

- *Traité de droit commercial*, sous la direction de Michel Germain, avec le concours de Véronique Magnier, Tome 1 – Volume 2, *Les sociétés commerciales*, 19<sup>e</sup> éd., L.G.D.J., Paris, 2009.

RIVES-LANGE, Jean-Louis, “La notion de dirigeant de fait au sens de l’article 99 de la loi du 13 juillet 1967 sur le règlement judiciaire et la liquidation des biens”, in *Rec. Dalloz*, 1975, Chronique, pág. 41.

ROBIN, Jean-Pierre, “Les responsabilités pénales des dirigeants «de fait» de sociétés commerciales dans la loi du 24 juillet 1966”, in *Rec. droit pénal*, 1967, pág. 1.

ROBRECHT, Friedrich, “Der alleinige GmbH-Gesellschafter als «faktischer Geschäftsführer» im Recht der Unfallverhütung”, in *GmbHR*, 2003, pág. 762.

ROCHA, Joaquim Freitas da, *Lições de procedimento e processo tributário*, 4.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, Coimbra, 2011.

RODRIGUES, Ilídio Duarte, *A administração das sociedades por quotas e anónimas – Organização e estatuto dos administradores*, Livraria Petrony, Lisboa, 1990.

RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando, “Notas sobre el régimen jurídico del director general de la S. A.”, in *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, vol. III, Tecnos, Madrid, 1971, pág. 113.

- *Consejeros delegados, comisiones ejecutivas y consejo de administración (La delegación en el órgano administrativo de la S. A.)*, Montecorvo, Madrid, 1971.
- “La delegación de facultades del consejo de administración de la sociedad anónima”, in *RdS*, 1993, 1, pág. 91.

RODRÍGUEZ ARTIGAS, Fernando/ESTEBAN VELASCO, Gaudencio, “Los órganos de la sociedad anónima”, in *Jornadas sobre el nuevo régimen jurídico de la sociedad anónima*, Centro de Estudios Judiciales, Colección Cursos – Vol. 8, Ministerio de Justicia, Centro de Publicaciones, Madrid, 1991, pág. 95.

RODRÍGUEZ RUIZ DE VILLA, Daniel/HUERTA VIESCA, M.<sup>a</sup> Isabel, “Más responsabilidad de los administradores en el Anteproyecto de Ley concursal de 2001?”, in *DN*, 2002, pág. 1.

RÖHRICHT, Volker, “Insolvenzrechtliche Aspekte im Gesellschaftsrecht”, in *ZIP*, 2005, pág. 505.

ROJO, Ángel, “Comentario a la STS de 2 de marzo de 1977”, in *RDP*, 1977, pág. 468.

- “Nota a la STS de 10 de octubre de 1980”, in *RDP*, 1981, pág. 198.
- “La sociedad anónima como problema”, in *RDM*, 1988, pág. 7.
- “La facultad de cooptación del consejo de administración”, in *RDM*, 1988, pág. 367.

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, Ángel, “Los deberes legales de los administradores en orden a la disolución de la sociedad de capital como consecuencia de pérdidas”, in *Derecho de sociedades. Libro homenaje al Professor Fernando Sánchez Calero*, Volumen II, McGraw Hill, Madrid, 2002, pág. 1437.

ROMANO, Mario, *Profili penalistici del conflitto di interessi dell'amministratore di società per azioni*, Giuffrè Editore, 1967.

ROMANO, Roberta, “What went wrong with directors’ and officers’ liability insurance?”, in *DJCL*, 1989, volume 14, pág. 1.

ROMANO, Salvatore, “Osservazioni sulle qualifiche «di fatto» e «di diritto»”, in *Scritti giuridici in onore di Santi Romano*, volume IV, *Diritto privato – Diritto ecclesiastico – Altre scienze giuridiche*, CEDAM, Padova, 1940, pág. 125.

ROMANO-PAVONI, Giuseppe, *Le deliberazioni delle assemblee delle società*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1951.

RONCERO SÁNCHEZ, Antonio, “La cobertura de vacantes en el consejo de administración de una sociedad anónima por el sistema de cooptación y el ejercicio del derecho de representación proporcional”, in *RdS*, 2008, 2, pág. 187.

ROSSI, Enzo, *Amministratori di società ed esercizio del potere. Con particolare riferimento alle normative opa e anitrust*, Dott. A. Giuffrè, Milano, 1989.



ROSSI, Guido, "Il fenomeno dei gruppi ed il diritto societario: un nodo da risolvere", in *Riv. Soc.*, 1956, pág. 1131.

— *Persona giuridica, proprietà e rischio d'impresa*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1967.

ROSSI, Serenella, "Deformalizzazione delle funzioni gestorie e perimetro della responsabilità da gestione nella s.r.l.", in *Giur. comm.*, 2004, I, pág. 1060.

ROTH, Günter H., "Die Haftung als faktischer Geschäftsführer im Konkurs der GmbH", in *ZGR*, 1989, pág. 421.

ROTH, Günther H./ALTMEEPEN, Holger, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbH)*, 6., neuarbeitete Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2009.

ROTH, Jean-Pierre, "Gestion de fait", in *PAffiches*, 1991, n.º 83, pág. 10.

ROTONDI, Mario, "Considerazioni in «fatto» e in «diritto»", in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, pág. 949.

ROUTIER, Richard, "L'extension au dirigeant de fait de l'obligation de déclarer la cessation des paiements", in *Bull. Joly*, 1998, pág. 371.

RUBIO, Jesús, *Curso de derecho de sociedades anónimas*, 3.ª ed., Editorial de Derecho Financiero, Madrid, 1974.

RUIZ DE HUIDOBRO, Adolfo Domínguez, "Cuestiones sobre la responsabilidad de los administradores en los grupos de sociedades. Particular referencia a la teoría del administrador de hecho", in *Derecho de sociedades. Libro homenaje al Professor Fernando Sánchez Calero*, Volumen II, McGraw Hill, Madrid, 2002, pág. 1299.

RUIZ-RICO RUIZ, Catalina, "El levantamiento del velo en las sociedades mercantiles: Argumentaciones jurídicas tendentes a reducir su aplicabilidad", in *ADC*, 2000, pág. 923.

RYAN, Christopher L., *Company directors. Liabilities, rights and duties*, 3<sup>rd</sup> ed., CCH Editions, Bicester, 1990.

## S

SÁ, Almeno de, *Responsabilidade bancária*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998.

SÁ, Fernando Augusto Cunha de, *Abuso do direito*, Livraria Almedina, Coimbra, 1973 (reimp. 2005).

SAINT-ALARY-HOUIN, Corinne, *Droit des entreprises en difficulté*, 2<sup>e</sup> ed., Montchrestien, Paris, 1996.

SAINTOURENS, Bernard, "Note Cour de Cassation, 23 mars 1995 – Quelle responsabilité pour les fautes de gestion du gérant de fait de la SARL?", in *Rev. Soc.*, 1995, 3, pág. 502.

SALAFIA, Vincenzo, "La sostituzione degli amministratori dimissionari, decaduti o deceduti", in *Società*, 1999, 6, pág. 649.

— "Il nuovo modelo di società a responsabilità limitata", in *Società*, 2003, 1, pág. 5.

— "La responsabilità della *holding* nei confronti dei soci di minoranza delle controllate", in *Società*, 2003, 2bis, pág. 390.

SALINAS, Francesco, “Articolo 2409 octiesdecies. Comitato per il controllo suola gestione”, in *Il nuovo diritto societario*, Volume 2\*\*, *Artt. 2409 bis-2483 c.c.*, diretto da Gastone Cottino e Guido Bonfante, Oreste Cagnasso, Paolo Montalenti, Zanichelli Editore, 2004, pág. 1222.

SALVADOR CORDECH, Pablo/CERDÀ ALBERO, Fernando/RUIZ GARCÍA, Juan Antonio/PIÑEIRO SALGUERO, José/RUBÍ PUIG, Antonio, “Derecho de daños y responsabilidad limitada en las sociedades de capital”, Working paper 145, 03/07/2003, in [www.indret.com/pdf/145\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/145_es.pdf).

SALVATO, Luigi, “Il «revirement» della Suprema Corte in materia di responsabilità dell’amministratore di fatto. Il commento”, in *Società*, 2001, 7, pág. 811.

SANCHES, J. L. Saldanha/BARREIRA, Rui, “Culpa no incumprimento e responsabilidade dos gerentes”, in *Fisco* n.ºs 70/71, 1995, pág. 98.

SÁNCHEZ ALVAREZ, Manuel María, “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)”, in *RdS*, 1996, 7, pág. 316.

- *Los delitos societarios*, Editorial Aranzadi, Pamplona, 1996.
- “Grupos de sociedades y responsabilidade de los administradores”, in *RDM*, 1998, pág. 117.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando, *Comentarios a la ley de sociedades anónimas*, tomo IV, *Administradores*, Artículos 123 a 143, Editorial Revista de Derecho Privado/Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1994.

- *Los administradores en las sociedades de capital*, Thomson Civitas, Madrid, 2005.

SÁNCHEZ CALERO, Fernando/SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, Juan, *Instituciones de Derecho Mercantil*, volumen I, 29.ª ed., Editorial Aranzadi-Thomson, Madrid, 2006.

SÁNCHEZ RUIZ, Mercedes, “Apoderamiento general en favor de un consejero (STS 19 febrero 1997)”, in *Derecho de sociedades. I. Comentarios a la jurisprudencia*, Volumen II, Director: Fernando Rodríguez Artigas, Aranzadi-Thomson Reuters, Navarra, 2010, pág. 1849.

SANFILIPPO, Pierpaolo M., *Funzione amministrativa e autonomia statutaria nelle società per azioni*, G. Giappichelli Editore, Torino, 2000.

SANGIOVANNI, Valerio, “La revoca degli amministratori di s.r.l.”, in *Società*, 2007, 11, pág. 1328.

SANTI, Elena Frascaroli, “Controllo della banca sull’utilizzazione dei fondi e il dirigente di fatto”, in *CI*, 1996, 3, pág. 828.

SANTO, João Espírito, *Sociedades por quotas e anónimas - Vinculação: objecto social e representação plural*, Livraria Almedina, Coimbra, 2000.

SANTOS, Filipe Cassiano dos, *Estrutura associativa e participação societária capitalística. Contrato de sociedade, estrutura societária e participação do sócio nas sociedades capitalísticas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2006.

- *Direito comercial português*, volume I, *Dos actos de comércio às empresas: o regime dos contratos e mecanismos comerciais no direito português*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.
- “Dissolução e liquidação administrativas de sociedades”, in *Reformas do Código das Sociedades*, Colóquios n.º 3, IDET, Livraria Almedina, Coimbra, 2007, pág. 139.
- “Sociedades unipessoais por quotas, exercício individual e reorganizações empresariais - reflexões a propósito do regime legal”, in *DSR*, 2009, vol. 1, pág. 115.

— *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.

SANTOS BRIZ, Jaime, “La responsabilidad civil, fiscal y penal de directivos, apoderados, administradores de hecho y liquidadores”, in *La responsabilidad de los administradores de sociedades de capital*, Consejo general del poder judicial, Madrid, 2000, pág. 327.

SANTOS, Vicente, “El banco de hecho”, in *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, vol. III, Tecnos, Madrid, 1971, pág. 255.

SANTOS LOURENÇO, *Das sociedades por cotas. Comentário á lei de 11 de Abril de 1901*, II volume, Artigos 26.º a 65.º, Livraria Morais, Lisboa, 1926.

SANTOSUOSSO, Daniele S., *La riforma del diritto societario – Autonomia privata e norme imperative nei DD.Ls. 17 gennaio 2003, nn. 5 e 6*, Prima interpretazione – Le nuove leggi civili, Giuffrè Editore, Milano, 2003.

SANZO, Salvatore, “Articolo 2378. Procedimento d’impugnazione”, in *Il nuovo diritto societario*, Volume 1\*, Artt. 2325-2409 c.c., diretto da Gastone Cottino e Guido Bonfante, Oreste Cagnasso, Paolo Montalenti, Zanichelli Editore, 2004, pág. 631.

SAVATIER, René, “Réalisme et idéalisme en droit civil d’aujourd’hui. Structures matérielles et structures juridiques”, in *Le droit privé français ai milieu du XX siècle. Études offertes à Georges Ripert*, tome 1, L.G.D.J., Paris, 1950, pág. 75.

SBISÀ, Giuseppe, “Patti parasociali e responsabilità degli amministratori”, in *CI*, 1996, 2, pág. 447.

SCALA, Angelo, “Profili processuali dei nuovi artt. 2377 e 2378 in tema di impugnazione delle delibere assembleari invalide”, in *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, pág. 255.

SCANNICCHIO, Francesco, “Amministratore di due società concorrenti”, in *Riv. Soc.*, 1993, pág. 642.

SCHAEFER, Franz W./STEINMETZ, Markus, “Neue Haftungsgrundlage für den existenzvernichtenden Eingriff”, in *WM*, 2007, pág. 2265.

SCHÄFER, Carsten, “Zur strafrechtlichen Verantwortlichkeit des GmbH-Geschäftsführers (I)”, in *GmbHRR*, 1993, 11, pág. 717.

SCHANZE, Erich, “Literatur”, in *AcP*, 2007, pág. 275 [Hans Cristoph Grigoleit, *Gesellschafterhaftung für interne Einflußnahme im Recht der GmbH*, 2006].

SCHERMI, Aldo, “Nomina degli amministratori di società per azioni. Principio legislativo *simul stabunt simul cadent*. Derogabilità. Potere dell’assemblea straordinaria”, in *Giust. civ.*, 1994, Tomo I, pág. 1352.

— “Annotazione sull’amministratore di fatto di società per azioni”, in *Giust. civ.*, 2000, Tomo I, Parte I, pág. 80.

SCHIESSL, Maximilian, “Gesellschafts- und mitbestimmungsrechtliche Probleme des Spartenorganisation (Divisionalisierung)”, in *ZGR*, 1992, pág. 64.

SCHILLING, Wolfgang, *Aktiengesetz. Großkommentar*, von CARL HANZ BARZ/ULRICH KLUG/JOACHIM MEYER-LANDRUT/HERBERT WIEDEMANN/HERBERT BRÖNNER/KONRAD MELLEROWICZ/WOLFGANG SCHILLING/HANS WÜRDINGER, Erster Band, 2. Halbband §§ 76-147, Dritte Auflage, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1973, sub § 93, pág. 720.

- “Grundlagen eines GmbH-Konzernrechts”, in *Strukturen und Entwicklungen im Handels-, Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht: Festschrift für Wolfgang Heferemehl zum 70. Geburtstag am 18. September 1976*, Herausgegeben von Robert Fisher und Ernst Gessler, C.H.Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 1976, pág. 383.

SCHLECHTRIEM, Peter, “Schadenersatzhaftung der Leitungsorgane von Kapitalgesellschaften”, in *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, pág. 9.

SCHLESINGER, Piero, “I poteri extra-assembleari dell’azionista di controllo”, in *Studi in onore di Gastone Cottino*, vol. II, Giuffrè Editore, Milano, 1997, pág. 991.

SCHMIDT, Dominique, “Note Cour de Cassation, 18 juillet 1974 et 8 juin 1974”, in *Rev. Soc.*, 1975, pág. 490.

SCHMIDT, Karsten, “Konkursverschleppungshaftung und Konkursverursachungshaftung – Überlegungen zum Haftungsrecht der GmbH und der GmbH & Co.”, in *ZIP*, 1988, pág. 1497.

- “Die Strafbarkeit ‘faktischer Geschäftsführer’ wegen Konkursverschleppung als Methodenproblem”, in *Festschrift für Kurt Rebmann zum 65. Geburtstag*, Herausgegeben von Heinz Eyrich/Walter Odersky/Franz Jürgen Säcker, C.H.Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 1989, pág. 419.
- “Zur Durchgriffsfestigkeit der GmbH. Grenzen der Gesellschafter- und Geschäftsführerhaftung gegenüber Dritten nach dem BGH-Urteil vom 13. April 1994”, in *ZIP*, 1994, pág. 837.
- “Gesellschafterhaftung und ‘Konzerhaftung’ bei der GmbH. Bemerkungen zum ‘Bremer Vulkan’-Urteil des BGH vom 17.9.2001”, in *NJW*, 2001, pág. 3577.
- *Gesellschaftsrecht*, 4., völlig neu bearbeitete und erweiterte Auflage, Carl Heymanns Verlag KG, Berlin/Bonn/München, 2002.
- “La junta general en la Ley alemana de sociedades anónimas y en la reforma del Derecho de sociedades anónimas”, *Derecho de sociedades anónimas cotizadas (Estructura de gobierno y mercados)*, tomo I, Dirección: Fernando Rodríguez Artigas [et alii], Editorial Aranzadi/Thomson, Madrid, 2006, pág. 27.
- “§ 45. Rechte der Gesellschafter im allgemeinen; Gesellschafterbeschlüsse”, in *Scholz Kommentar zum GmbH-Gesetz mit Anhang Konzernrecht*, II. Band, §§ 35-52, bearbeitet von Georg Bitter [et alii], 10. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2007, pág. 2397.
- “GmbH-Reform auf Kosten der Geschäftsführer? Zum (Un-)Gleichgewicht zwischen Gesellschafterrisiko und Geschäftsführerisiko im Entwurf eines MoMiG und in der BGH-Rechtsprechung”, in *GmbHR*, 2008, pág. 449.
- “§ 64 Haftung für Zahlungen nach Zahlungsunfähigkeit oder Überschuldung”, in *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, pág. 4157.
- “Anhang § 64. Insolvenzverschleppung und Insolvenzverschleppungshaftung”, in *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, pág. 4199.
- “§ 66. Liquidatoren”, in *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, pág. 4273.

SCHMIDT, Karsten/BITTER Georg, “Vorbemerkungen Vor § 64. Insolvenz der GmbH und GmbH & Co. KG”, in *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, pág. 4069.

SCHMIDT, Karsten/SEIBT, Christoph H., “§ 49. Einberufung der Versammlung”, in *Scholz Kommentar zum GmbH-Gesetz mit Anhang Konzernrecht*, II. Band, §§ 35-52, bearbeitet von Georg Bitter [*et alii*], 10. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2007, pág. 2861.

SCHMIDT, Walter, in MAX HACHENBURG, *Kommentar zum Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, Zweiter Band (§§ 35-84), bearbeitet von Walter Schmidt, Wolfgang Schilling, Ulrich Klug, Reinhard Goerdeler, Walter de Gruyter & Co., Berlin, 1959, sub § 45, pág. 105.

SCHNEIDER, Uwe H., “§ 6 Geschäftsführer”, in *Scholz Kommentar zum GmbH-Gesetz mit Anhang Konzernrecht*, I. Band, §§ 1-44, 9. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2000, pág. 379.

- “Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung”, in *Scholz Kommentar zum GmbH-Gesetz mit Anhang Konzernrecht*, II. Band, §§ 35-52, 10. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2007, sub § 35, pág. 1913, § 37, pág. 2088, § 43, pág. 2215.

SCHÖN, Wolfgang, “Zur ‘Existenzvernichtung’ der juristischen Person”, in *ZHR*, 2004, pág. 268.

SCHWAB, Martin, “Die Neuauflage der Existenzvernichtungshaftung: Kein Ende der Debatte!”, in *ZIP*, 2008, págs. 341.

SCIALOJA, Antonio, “Nota – Corte di Cassazione, 11 luglio 1931”, in *Foro It.*, 1931, I, pág. 1199.

- “La sospensione delle deliberazioni d’assemblea delle società per azioni”, in *Riv. dir. comm.*, 1932, I, pág. 450.
- “Natura e disciplina del procedimento per la sospensione delle deliberazioni d’assemblea delle società per azioni”, in *Foro It.*, 1932, I, pág. 817.
- “Questioni in tema di cauzione degli amministratori di anonime”, in *Riv. dir. comm.*, 1937, II, pág. 58.

SCIARELLI, Sergio, *Il processo decisorio nell’impresa*, CEDAM, Padova, 1967.

SCOGNAMIGLIO, Guiliana, “La responsabilità della società capogruppo: problemi ed orientamenti”, in *Riv. dir. civ.*, 1988, I, pág. 365.

SCORZA, Giuseppe, “Gli amministratori di società per azioni di fronte alle deliberative invalide dell’assemblea”, in *Riv. Soc.*, 1967, pág. 510.

SEIBT, Cristoph H., “§ 76 Leitung der Aktiengesellschaft”, in KARSTEN SCHMIDT/MARCUS LUTTER, *Aktiengesetz kommentar*, I. Band, §§ 1–149, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2008, pág. 869.

- “§ 84 Bestellung und Abberufung des Vorstands”, in KARSTEN SCHMIDT/MARCUS LUTTER, *Aktiengesetz kommentar*, I. Band, §§ 1–149, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2008, pág. 944.

SENÉN DE LA FUENTE, Guillermo, *La disolución de la sociedad anónima por paralización de los órganos sociales*, Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1965.

SERENS, M. Nogueira, “Pessoas colectivas – administradores de sociedades anónimas?”, in *RB*, 1994, pág. 75.

- *Notas sobre a sociedade anónima*, 2.<sup>a</sup> ed., Studia Iuridica 14, Coimbra Editora, Coimbra, 1997.
- “A dissolução (imediata) de sociedade anónima por deliberação dos sócios – Breve reflexão sobre alguns aspectos do respectivo regime”, in *DSR*, 2011, vol. 5, pág. 39.

SERENS, M. Nogueira/MAIA, Pedro, “O art. 428.<sup>o</sup>, n.os 1 e 2 do Código das Sociedades Comerciais – análise da sua natureza jurídica”, in *RB*, 1996, pág. 27.

SERPI, Giuseppe, “Note preliminari alla distinzione tra ordinaria e straordinaria amministrazione in materia di società”, in *Riv. Soc.*, 1966, pág. 920.

SERRA, Adriano Vaz, “Responsabilidade patrimonial”, *BMJ* n.º 75, 1958, pág. 5.

- “Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 21 de Dezembro de 1976 – Anotação”, in *RLJ* n.os 3608/3609, 1977-1978 (Ano 110.<sup>o</sup>), pág. 357.
- “Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 15 de Junho de 1978 – Anotação”, in *RLJ* n.º 3637, 1979-1980 (Ano 112.<sup>o</sup>), pág. 55.

SERRA, Antonio, *L'assemblea: procedimento*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, volume 3, \* (1), *Assemblea*, UTET, Torino, 1994, pág. 49.

- “Il procedimento assembleare”, in *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, pág. 35.

SERRA, Catarina, “Efeitos da declaração de falência sobre o falido (Após a alteração do DL n.º 315/98, de 20 de Outubro, ao CPEREF)”, in *SI* n.os 274/276, 1998, pág. 267.

- “Alguns aspectos da revisão do regime da falência pelo DL n.º 315/98, de 20 de Outubro”, in *SI* n.os 277/279, 1999, pág. 183.
- “*Decoctor ergo fraudator?* – A insolvência culposa (esclarecimentos sobre um conceito a propósito de umas presunções) – Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 7.1.2008, Proc. 4886/07”, in *CDP* n.º 21, 2008, pág. 54/59.
- “Desdramatizando o afastamento da personalidade jurídica (e da autonomia patrimonial)”, in *Julgar*, 2009, 9, pág. 111.
- *Direito comercial. Noções fundamentais*, Coimbra Editora, Coimbra, 2009.
- *O novo regime português da insolvência. Uma introdução*, 4.<sup>a</sup> ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2010.
- “A privação de administrar e dispor dos bens, a inabilitação e a administração da massa pelo devedor”, in *Insolvência e consequências da sua declaração*, CEJ (<http://www.cej.mj.pt/cej/forma-ingresso/ingr-formacao-arquivo.php>), 2012.
- “Emendas à (lei da insolvência) portuguesa – primeiras impressões”, in *DSR*, vol. 7, 2012, pág. 97.

SIEGMANN, Matthias/VOGEL, Joachim, “Die Verantwortlichkeit des Strohmannes Geschäftsführers einer GmbH”, in *ZIP*, 1994, pág. 1821.

SILVA, Germano Marques da, *Responsabilidade penal das sociedades e dos seus administradores e representantes*, Editorial Verbo, Lisboa, 2009.

SILVA, Isabel Marques da, “A responsabilidade tributária dos corpos sociais”, in *Problemas fundamentais do direito tributário*, Vislis Editores, 1999, pág. 121.

- “Acórdão do Tribunal Central Administrativo, 2.<sup>a</sup> Secção, de 20 de Março de 2001 – Anotação”, in *CTF* n.º 401, 2001, pág. 383.

SILVA, João Calvão da, “Conflito de interesses e abuso do direito nas sociedades”, in *Estudos jurídicos (Pareceres)*, Livraria Almedina, Coimbra, 2001, pág. 105.

- “Acordo parassocial respeitante à conduta da administração e à divisão de poderes entre os órgãos sociais”, *Estudos jurídicos (Pareceres)*, Livraria Almedina, Coimbra, 2001, pág. 233.
- “«Corporate governance» – Responsabilidade civil de administradores não executivos, da comissão de auditoria e do conselho geral e de supervisão”, *RLJ* n.º 3940, 2006 (Ano 136º), pág. 31.

SILVA, João Soares da, “Responsabilidade civil dos administradores de sociedades: os deveres gerais e os princípios da *corporate governance*”, in *ROA*, 1997, pág. 605.

SILVA, Manuel Gomes da, “O «representante comercial» e sua remuneração – Proposta e aceitação da venda”, in *SI* n.º 5, 1952-1953, pág. 348.

SILVA, Pedro Sousa e, “A responsabilidade tributária dos administradores e gerentes na Lei Geral Tributária e no novo CPPT”, in *ROA*, 2000, pág. 1145.

SILVETTI, Cesare/CAVALLI, Gino, *Le società per azioni*, Tomo II, *Gli organi e il controllo giudiziario*, 2.ª ed., UTET, Torino, 1983.

SILVETTI, Massimiliano, “Nota – Corte di Cassazione, 6 marzo 1999”, in *Foro It.*, 2000, I, pág. 2299.

SMERDON, Richard [et alii], *Palmer’s Company Law Manual*, Sweet & Maxwell, London, 2000.

SOARES, Maria Dulce, “A responsabilidade dos administradores e gerentes pelas dívidas tributárias”, in *Jurisprudência fiscal anotada – Supremo Tribunal Administrativo*, Almedina, Coimbra, 2002, pág. 59.

SOARES, Rogério Ehrhardt, *Direito administrativo*, Lições ao Curso Complementar de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Coimbra no ano lectivo de 1977/78, FDUC, Coimbra, 1978.

SOINNE, Bernard, “Note Cour de Cassation, 6 octobre 1981”, in *Rec. Dalloz*, 1983, Jurisprudence, pág. 133.

SÖLLNER, Alfred, “‘From status to contract’ Wandlungen in der Sinndeutung des Arbeitsrechts”, in *Festschrift für Wolfgang Zöllner zum 70. Geburtstag*, Herausgegeben von Manfred Lieb/Ulrich Noack/Harm Peter Westermann, Band II, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 1998, pág. 949.

SONNENBERGER, Hans J., “Gesellschaftsrechtliche Vertantwortunglichkeit geschäftsführender Organe von Kapitalgesellschaften. Rechtsvergleichende Bemerkungen zum deutschen, englischen und französischen Recht”, in *GmbHRR*, 1973, pág. 25.

SOPRANO, Enrico, *Trattato teorico-pratico delle società commerciale*, volume II, Unione Tipografico-Editrice Torinese, Torino, 1934.

SORTAIS, Jean-Pierre, “Note Cour de Cassation, 1<sup>er</sup> juillet 1975”, in *Rev. Soc.*, 1976, Jurisprudence, pág. 500.

- “Note Cour d’Appel de Paris (3<sup>e</sup> Ch., sect. A), 20 février 1978”, in *Rev. Soc.*, 1979, Jurisprudence, pág. 126.

SOTO BISQUERT, Antonio, “Los administradores suplente y provisional en la sociedad anónima”, in *Estudios de Derecho Mercantil en Homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, tomo III, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 3675.

SOUSA, Alfredo José de/Paixão, José da Silva, *Código de Processo Tributário. Comentado e anotado*, 4.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 1998.

SOUSA, Miguel Teixeira de, *O concurso de títulos de aquisição da prestação. Estudo sobre a dogmática da pretensão e do concurso de pretensões*, Livraria Almedina, Coimbra, 1988.

— *As partes, o objecto e a prova na acção declarativa*, Lex, Lisboa, 1995.

SOUSA, Rabindranath Capelo de, *Teoria geral do direito civil*, volume I, Coimbra Editora, Coimbra, 2003.

SOUSA, Rui Correia de, *Lei Geral Tributária. Anotada e comentada e legislação complementar*, Quid Juris?, Lisboa, 1999.

SOUSA, Susana Aires de, “A responsabilidade criminal do dirigente: algumas considerações acerca da autoria e participação no contexto empresarial”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, volume II, Studia Iuridica 99, Ad Honorem – 5, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, pág. 1005.

SPADA, Paolo, *La tipicità delle società*, CEDAM, Padova, 1974.

— “Classi e tipi di società dopo la riforma organica (guardando alla «nuova» società a responsabilità limitata)”, in *Riv. dir. civ.*, 2003, I, pág. 489.

— “L’amministrazione nella società a responsabilità limitata dopo la riforma organica del 2003”, in *Profili e problemi dell’amministrazione nella riforma delle società*, a cura di Giuliana Scognamiglio, Quaderni Romani di Diritto Commerciale, 1, pág. 11.

— “Preposizione e assunzione dell’amministratore di società per azioni”, in *La remunerazione degli amministratori nelle società di capitali*, a cura di Carlo Amatucci, Atti del Convegno del 15 dicembre 2008, promosso dalla Facoltà di Scienze Politiche dell’Università di Napoli Federico II, Giuffrè Editore, Milano, 2010, pág. 57.

SPATAZZA, Gaspare, “Consiglio di amministrazione incompleto e sostituzione degli amministratori mancanti”, in *Riv. Soc.*, 1967, pág. 1238.

SPELLMAN, Howard Hilton, *A treatise on the principles of law governing corporate directors*, Prentice-Hall, Inc., New York, 1931.

SPIOTTA, Marina, “Articolo 2392. Responsabilità verso la società”, in *Il nuovo diritto societario*, Volume 1\*, *Artt. 2325-2409 c.c.*, diretto da Gastone Cottino e Guido Bonfante, Oreste Cagnasso, Paolo Montalenti, Zanichelli Editore, 2004, pág. 762.

— “Fallimento, amministratore di fatto, responsabilità: osservazioni sul tema”, in *Giur. It.*, 2006, pág. 979.

— “Note Tribunale Milano, 21 maggio 2008”, in *Giur. It.*, 2008, pág. 2741.

STANGHELLINI, Luca, *Contributo allo studio dei rapporti di fatto*, Giuffrè Editore, Milano, 1997.

STARR, M. K., “Les décisions des entrepreneurs”, in *L’entreprise et l’économie du XX<sup>e</sup> siècle*, Étude internationale à l’initiative de François Bloch-Lainé e François Perroux, tome 2, *La formation des décisions et l’entreprise*, Presses Universitaires de France, Paris, 1966, pág. 351.

STEIN, Ursula, *Das faktische Organ*, Carl Heymanns Verlag KG, Köln-Berlin-Bonn-München, 1984.

— “Die Normadressaten der §§ 64, 84 GmbHG und die Verantwortlichkeit von Nichtgeschäftsführern wegen Konkursverschleppung”, in *ZHR*, 1984, pág. 207.



STEVENS, Robert S., *Handbook on the law of private corporations*, 2<sup>nd</sup> ed., West Publishing Co., Saint Paul, 1949.

STOUFFLET, Jean, “L’ouverture de crédit peut-elle être source de responsabilité envers les tiers?”, in *JCP*, Éd. Générale, I – Doctrine, 1965, pág. 1882.

- “Cour d’Appel de Paris, 6 janvier 1977 – *Observations*”, in *JCP*, Éd. Générale, II – Jurisprudence, 1977, pág. 18689/4.
- “Cour d’Appel de Nancy, 15 décembre 1977 – *Observations*”, in *JCP*, Éd. Générale, II – Jurisprudence, 1978, pág. 18912/5.
- “Droit bancaire – Essai de définition des limites entre la vigilance normale d’un prêteur et le comportement relevant de la qualification de dirigeant de fait”, in *JCP*, Entreprise et Affaires, 2007, 2377, pág. 17.
- “Droit bancaire – Le contrôle exercé par un prêteur sur la gestion de l’emprunteur n’en fait pas nécessairement un dirigeant de fait”, in *JCP*, Entreprise et Affaires, 2008, 1768, pág. 17.

STROHN, Lutz, “Existenzvernichtungshaftung, §§ 30, 31, 43 GmbHG und § 64 S. 3 GmbHG – Koordinierungsbedarf?”, in *ZHR*, 2009, pág. 589.

SUÁREZ-LLANOS GÓMEZ, Luis, “Sobre la distinción entre administración y representación de sociedades mercantiles”, in *RDM*, 1962, pág. 47.

- “Responsabilidad de los administradores de sociedad anónima (Disciplina jurídica de la acción social)”, in *ADC*, 1962, pág. 921.
- “La responsabilidad por deudas de los administradores de sociedad anónima”, in *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor Aurelio Ménéndez*, tomo II, *Sociedades mercantiles*, coord.: Juan Luis Iglesias Prada, Editorial Civitas, Madrid, 1996, pág. 2481.

SUDHOFF, Heinrich, *Rechte und Pflichten des Geschäftsführers einer GmbH*, 7. Überarbeitete Auflage, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 1972.

SYROTA, G., “Insolvent trading: hidden risks for accountants and banques participating in ‘work outs’”, in *UWA Law Review*, 1993, volume 23, pág. 329.

## T

TAPIA HERMIDA, Antonio, “La alta dirección empresarial (Administradores y altos cargos)”, in *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al Profesor Manuel Broseta Pont*, tomo III, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 3723.

- “El administrador social que trabaja para una sociedade anónima, en cuanto órgano de la misma, es un trabajador por cuenta ajena, con independència del régimen de su relación de servicios”, in *Derecho de sociedades. Libro homenaje al Professor Fernando Sánchez Calero*, Volumen II, McGraw Hill, Madrid, 2002, pág. 1541.

TAYLOR, Henry O., *A treatise on the law of private corporations, having capital stock*, Kay & Brother, Law Publishers, Booksellers, and Importers, Philadelphia, 1884.

TEICHMANN, Arndt, *Gestaltungsfreiheit in Gesellschaftsverträgen*, Verlag C. H. Beck, Manchen, 1970.

TEIXEIRA, António Braz, “A responsabilidade das pessoas colectivas e dos seus órgãos pelas dívidas de imposto”, in *CTF* n.º 103, 1967, pág. 36.

TEMPLE, Henri, *Les sociétés de fait*, L. G. D. J., Paris, 1975.

THEISELMANN, Rüdiger, “Die Existenzvernichtungshaftung”, in *GmbHRR*, 2007, pág. 904.

THOMPSON, Robert B., “The shareholder’s cause of action for oppression”, in *Bus. Lawyer*, 1993, vol. 48, pág. 699.

TOFFOLETO, Alberto, “Le società azionarie – Amministrazione e controlli”, in *Diritto delle società. Manuale breve*, Giuffrè Editore, Milano, 2004, pág. 207.

TOLMIE, Fiona, “Winding up”, in *Gore-Browne on Companies*, Volume 2, Supplement 49, Chapter 35, 44<sup>th</sup> ed. (1986), Jordans, Bristol, 2003 (?).

TOMAZ, Filipa Ribeiro Santos, *Da representação voluntária das sociedades comerciais*, Dissertação de Mestrado, FDUC, Coimbra, 2006.

TONELLO, Matteo, *L’abuso della responsabilità limitata nelle società di capitali*, CEDAM, Padova, 1999.

TORRENTE, Andrea/SCHLESINGER, Piero, *Manuale di diritto privato*, 17.<sup>a</sup> ed., Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 2004.

TRIVERSI, Alessandro, *Responsabilità penali d’impresa*, CEDAM, Padova, 1983.

TRICOT, Daniel, “Les critères de la gestion de fait”, in *DP*, 1996, pág. 24.

TRIBULATO, Filadelfo, “Azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di fatto di una soc. a resp. lim.”, in *Dir. Fall.*, 2007, II, pág. 467.

TRIGO, Maria da Graça, “Acordos parassociais – Síntese das questões jurídicas mais relevantes”, in *Problemas do direito das sociedades*, IDET, Livraria Almedina, Coimbra, 2002, pág. 169.

TRIUNFANTE, Armando, *A tutela das minorias nas sociedades anónimas. Direitos de minoria qualificada. Abuso de direito*, Coimbra Editora, Coimbra, 2004.

— *Código das Sociedades Comerciais anotado*, Anotações a todos os preceitos alterados, Actualizado até ao Decreto-Lei n.º 8/2007, de 17 de Janeiro, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

TRIUNFANTE, Armando Manuel/TRIUNFANTE, Luís de Lemos, “Desconsideração da personalidade jurídica’ – Sinopse doutrinária e jurisprudencial”, in *Julgar*, 2009, 9, pág. 131.

TURING, Dermot, “Lender liability, shadow directors and the case of Re Hydrodam (Corby) Ltd”, in *JIBL*, 1994, 6, pág. 244.

TURNER, J. W. Cecil, *Russel on crime*, volume 2, 11<sup>th</sup> ed., Stevens & Sons Limited, London, 1958.

## U

ULMER, Peter, “Ungeschriebene Mitwirkungsbefugnisse der Hauptversammlung? Eine Buchbesprechung”, in *AG*, 1975, pág. 15.

— “Gesellschafterdarlehen und unterkapitalisierung bei GmbH und GmbH & CO KG”, in *Festschrift für Konrad Duden zum 70. Geburtstag*, C.H.Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 1977, pág. 661.

- “Die GmbH und der Gläubigerschutz”, in *GmbHHR*, 1984, pág. 256.
- “Der Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern beim Fehlen von Minderheitsgesellschaftern”, in *ZHR*, 1984, pág. 391.
- “Verletzung schuldrechtlicher Nebenabreden als Anfechtungsgrund im GmbH-Recht?”, in *NJW*, 1987, pág. 1849.
- “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, pág. 111.
- “Zweiter Abschnitt. Rechtsverhältnisse der Gesellschaft und der Gesellschafter. Anhang nach § 30. Gesellschafterhaftung bei Unterkapitalisierung”, 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, pág. 1062.
- *Europäisches Unternehmensrecht. Grundlagen, Stand und Entwicklung nebst Texten und Materialien zur Rechtsangleichung*, Vierte, vollständig überarbeitete und erweiterte Auflage, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1996.
- “Fünfter Abschnitt. Auflösung und Nichtigkeit der Gesellschaft”, in MAX HACHENBURG, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) – Großkommentar*, herausgegeben von Peter Ulmer, Dritter Band, §§ 53-85; Register, 8., neuarbeitete Auflage, Walter de Gruyter, Berlin/New York, 1997, pág. 257.
- “Von ‘TBB’ zu ‘Bremer Vulkan’ – Revolution oder Evolution?”, in *ZIP*, 2001, pág. 2021.

ULRICH, Stephan, “Durchbrechung der Haftungsbeschränkungen im GmbH-Unternehmensverbund und ihre Grenzen”, in *GmbHHR*, 2007, pág. 1289.

- “BGH, Urteil von 28.4.2008 – II ZR 264/06 – “Gamma”. Der GmbHHR-Kommentar”, in *GmbHHR*, 2008, pág. 810.

URÍA, Rodrigo, *Derecho mercantil*, 23.<sup>a</sup> ed., Marcial Pons, Madrid, 1996.

URÍA, Rodrigo/MENÉNDEZ, Aurelio/GARCÍA DE ENTERRÍA, Javier, “La sociedad anónima: órganos sociales. Los administradores”, in RODRIGO URÍA/AURELIO MENÉNDEZ [et alii], *Curso de derecho mercantil, I, Empresario, establecimiento mercantil y actividad empresarial. Derecho de la competencia e da la propiedad industrial e intelectual. Derecho de sociedades*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 895.

URÍA, Rodrigo/MENÉNDEZ, Aurelio/IGLESIAS PRADA, Juan Luis, “La sociedad de responsabilidad limitada. Órganos sociales: II. Los administradores”, in RODRIGO URÍA/AURELIO MENÉNDEZ [et alii], *Curso de derecho mercantil, I, Empresario, establecimiento mercantil y actividad empresarial. Derecho de la competencia e da la propiedad industrial e intelectual. Derecho de sociedades*, Civitas, Madrid, 1999, pág. 1129.

URÍA GONZALEZ, Rodrigo/MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Aurelio/MUÑOZ PLANAS, José Maria, *La junta general de accionistas (Artículos 93 a 122 de la Ley de Sociedades Anónimas)*, in *Comentario al régimen legal de las sociedades mercantiles*, dirigido por Rodrigo Uría, Aurelio Menéndez y Manuel Olivencia, tomo V, Editorial Civitas, Madrid, 1992.

## V

VALCAVI, Giovanni, “Sulle responsabilità degli amministratori di fatto verso la società e i soci”, in *Dir. fall.*, 2001, I, pág. 875.

VALENSISE, Paolo, *La riforma delle società. Commentario del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6. Società per azioni. Società in accomandita per azioni*, Tomo I – Artt. 2325-2422 cod. civ., a cura di Michele Sandulli e Vittorio Santoro, 2003, sub art. 2409-sexiesdecies, pág. 715.

- *La riforma delle società. Commentario del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6. Società per azioni. Società in accomandita per azioni*, Tomo I – Artt. 2325-2422 cod. civ., a cura di Michele Sandulli e Vittorio Santoro, 2003, sub art. 2409-septiesdecies, pág. 729.
- *La riforma delle società. Commentario del d.lgs. 17 gennaio 2003, n. 6. Società per azioni. Società in accomandita per azioni*, Tomo I – Artt. 2325-2422 cod. civ., a cura di Michele Sandulli e Vittorio Santoro, 2003, sub art. 2409-octiesdecies, pág. 739.

VALERIO, Elisabetta, “Una svolta giurisprudenziale in tema di amministratore di fatto?”, in *Società*, 2001, 9, pág. 1049.

VALSECCHI, Emilio, “Nomina di amministratori per cooptazione”, in *Riv. Soc.*, 1959, pág. 469.

- “Successive cooptazioni di amministratori”, in *Riv. dir. comm.*, 1961, II, pág. 423.

VALUET, Jean-Paul/LIENHARD, Alain, *Code des sociétés et des marchés financiers commenté*, 21.<sup>a</sup> ed., Dalloz, Paris, 2005.

VANNINI, Alessandra Rossi, *La responsabilità penale di amministratori e sindaci*, in *La responsabilità degli amministratori e dei sindaci*, Trattato di diritto commerciali e diritto pubblico dell’economia, diretto da Francesco Galgano, vol. XIX, CEDAM, Padova, 1994, pág. 303.

- “Una svolta definitiva nella individuazione normativa della responsabilità penale dei soggetti di fatto?”, in *Società*, 2000, 2, pág. 209.

VARELA, João de Matos Antunes, *Noções fundamentais de direito civil*, volume 1.<sup>o</sup>, segundo as lições do Prof. Doutor Fernando Pires de Lima ao 1.<sup>o</sup> ano da Faculdade de Direito, 3.<sup>a</sup> ed., Coimbra Editora, Coimbra, 1954.

- “Acórdão de 8 de Novembro de 1984 – Anotação”, in *RLJ* n.º 3784, 1989-1990 (Ano 122.<sup>o</sup>), pág. 213.
- “Acórdão de 31 de Março de 1993 – Anotação”, in *RLJ* n.ºs 3829-3836, 1993-1994 (Ano 126.<sup>o</sup>), pág. 160 (-352).
- *Das obrigações em geral*, volume II, 7.<sup>a</sup> ed., Livraria Almedina, Coimbra, 1997 (reimp. 2009).
- *Direito das obrigações*, volume I, 10.<sup>a</sup> ed. revista e actualizada Livraria Almedina, Coimbra, 2000 (reimp. 2005).

VARELA, Antunes/BEZERRA, J. Miguel/NORA, Sampaio, *Manual de processo civil*, 2.<sup>a</sup> ed. revista e actualizada de acordo com o Dec-Lei 242/85, Coimbra Editora, Coimbra, 1985.

VARELA, Antunes/BELEZA, Maria dos Prazeres Pizarro, “Assentos. Oposição de acórdãos”, *CJ*, 1990, I, pág. 71.

VASCONCELOS, Maria João Sarmento Pestana de, “Algumas questões sobre a ressarcibilidade delitual de danos patrimoniais puros no ordenamento jurídico português”, in *Novas tendências da responsabilidade civil*, Livraria Almedina, Coimbra, 2007, pág. 147.

VASCONCELOS, Pedro Pais de, *Contratos atípicos*, Livraria Almedina, Coimbra, 1995 (reimp. 2002).

- *A participação social nas sociedades comerciais*, 2.<sup>a</sup> ed., Almedina, Coimbra, 2006.
- *D&O insurance: o seguro de responsabilidade civil dos administradores e outros dirigentes da sociedade anónima*, edição digital, Almedina, Coimbra, 2007.

- “Responsabilidade civil dos gestores das sociedades comerciais”, in *DSR*, 2009, vol. 1, pág. 11.
- “*Business judgment rule*, deveres de cuidado e de lealdade, ilicitude e culpa e o artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais”, in *DSR*, 2009, vol. 2, pág. 41.
- *Teoria geral do direito civil*, 6.ª ed., Livraria Almedina, Coimbra, 2010.

VASELLI, Mario, *Deliberazioni nulle e annullabili delle società per azioni*, CEDAM, Padova, 1948.

VASQUES, José, *Estruturas e conflitos de poderes nas sociedades anónimas*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007.

VASQUES, Sérgio, “A reponsabilidade dos gestores na Lei Geral Tributária”, in *Fiscalidade* n.º 1, 2000, pág. 47.

- *Manual de direito fiscal*, Almedina, Coimbra, 2011.

VASSEUR, Michel, “*Note Cour d’Appel de Paris, 6 janvier 1977*”, in *Rec. Dalloz*, 1977, Jurisprudence, pág. 148.

- “Jurisprudence en matière de droit bancaire – Cour d’Appel de Nancy, 15 décembre 1977”, in *Rec. Dalloz*, 1978, Informations Rapides, pág. 225.
- “Jurisprudence en matière de droit bancaire – Paris, 17 e 3 mars 1978”, in *Rec. Dalloz*, 1978, Informations Rapides, pág. 420.
- “*Note Cour de Cassation (Ch. Com.)*, 9 mai 1978”, in *Rec. Dalloz*, 1978, Jurisprudence, pág. 423.
- “Droit bancaire – Trib. Com. de Rouen, 10 mars 1981”, in *Rec. Dalloz*, 1981, Informations Rapides – Sommaires Commentés, pág. 337.

VELASCO SAN PEDRO, Luis Antonio, “El comité de auditoria”, in *Derecho de sociedades anónimas cotizadas (Estructura de gobierno y mercados)*, tomo II, Dirección: Fernando Rodríguez Artigas [et alii], Editorial Aranzadi/Thomsin, Madrid, 2006, pág. 1087.

VENTURA, Raúl, “O liquidatário de sociedades comerciais”, in *RFDUL*, 1958, pág. 15.

- *Sociedades comerciais: dissolução e liquidação*, vol. II, Edições Ática, Lisboa, 1960.
- “Sociedade por quotas de responsabilidade limitada. Anteprojecto – primeira redacção”, *BMJ* n.º 160, 1966, pág. 175.
- “Apontamentos para a reforma das sociedades por quotas de responsabilidade limitada”, in *BMJ* n.º 182, 1969, pág. 25.
- *Anteprojecto de sociedade por quotas de responsabilidade limitada*, 3.ª redacção, *Texto completo dum lei autónoma*, inédito, Março de 1970.
- *Sociedades por quotas. Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, volume II, Livraria Almedina, Coimbra, 1989.
- *Sociedades por quotas. Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, volume III, Livraria Almedina, Coimbra, 1991.
- “Acordos de voto; algumas questões depois do Código das Sociedades Comerciais”, in *O Direito*, 1992, I-II, pág. 17.
- “Nota sobre regras especiais de eleição de administradores de sociedades anónimas (CSC, artigo 392.º)”, in *O Direito*, 1992, I-II, pág. 179.
- “Regras especiais de eleição de administradores de sociedades anónimas”, in *Estudos vários sobre sociedades anónimas*, Livraria Almedina, Coimbra, 1992 (reimp. 2003), pág. 513.
- “Reuniões e deliberações do conselho de administração (CSC, arts. 410.º a 412.º)”, in *Estudos vários sobre sociedades anónimas*, Livraria Almedina, Coimbra, 1992 (reimp. 2003), pág. 529.
- *Dissolução e liquidação de sociedades. Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, Livraria Almedina, Coimbra, 1993.

- “Sociedades com direcção e conselho geral”, in *Novos estudos sobre sociedades anónimas e sociedades em nome colectivo. Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, Livraria Almedina, Coimbra, 1994 (reimp. 2003), pág. 7.
- “Contrato de subordinação entre sociedades (arts. 493º a 508º)”, in *Novos estudos sobre sociedades anónimas e sociedades em nome colectivo. Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, Livraria Almedina, Coimbra, 1994 (reimp. 2003), pág. 89.
- “Nota sobre a substituição de membros de órgãos de sociedades anónimas”, in *Novos estudos sobre sociedades anónimas e sociedades em nome colectivo. Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, Livraria Almedina, Coimbra, 1994 (reimp. 2003), pág. 159.
- “Nota sobre a pessoa colectiva designada administrador de sociedade anónima”, in *Novos estudos sobre sociedades anónimas e sociedades em nome colectivo. Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, Livraria Almedina, Coimbra, 1994 (reimp. 2003), pág. 173.
- “Nota sobre o desempenho doutras funções por administrador de sociedade anónima”, in *Novos estudos sobre sociedades anónimas e sociedades em nome colectivo. Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, Livraria Almedina, Coimbra, 1994 (reimp. 2003), pág. 187.
- “Nota sobre a caução de responsabilidade dos administradores”, in *Novos estudos sobre sociedades anónimas e sociedades em nome colectivo. Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, Almedina, Coimbra, 1994 (reimp. 2003), Livraria Almedina, Coimbra, pág. 197.
- “Sociedades em nome colectivo”, in *Novos estudos sobre sociedades anónimas e sociedades em nome colectivo. Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, Livraria Almedina, Coimbra, 1994 (reimp. 2003), Livraria Almedina, Coimbra, pág. 207.

VENTURA, Raúl/CORREIA, Luís Brito, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades anónimas e dos gerentes de sociedades por quotas*, Estudo comparativo dos direitos alemão, francês, italiano e português, Nota explicativa do capítulo II do Decreto-Lei n.º 49 381, de 15 de Novembro de 1969, Separata do «Boletim do Ministério da Justiça» n.os 192, 193, 194 e 195, Lisboa, 1970.

VERDE, Giovanni, “Nomina per cooptazione e poteri dell’amministratore cooptato”, in *Riv. Soc.*, 1961, pág. 1006.

VERDÚ CAÑETE, María José, *La responsabilidad civil del administrador de sociedad de capital en el concurso de acreedores*, La Ley/Wolters Kluwer, Madrid, 2008.

VETTER, Eberhard, “Aktienrechtliche Probleme der D&O Versicherung”, in *AG*, 2000, 10, pág. 453.

VETTER, Jochen, “Die neue dogmatische Grundlage des BGH zur Existenzvernichtungshaftung”, in *BB*, 2007, pág. 1965.

- “§ 311 Schranken des Einflusses”, in KARSTEN SCHMIDT/MARCUS LUTTER, *Aktiengesetz Kommentar*, II. Band, §§ 150-410, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 2008, pág. 2881.

VIANDIER, Alain, “Administration. Direction. «Président-directeur general»”, in *Juris-classeur des sociétés. Traité théorique et pratique*, VI, Éditions Techniques, Paris, Fascicule 133-A, 1982.

- “Administration. Direction. Directeurs. Comités”, in *Juris-classeur des sociétés. Traité théorique et pratique*, VI, Fascicule 133-B, Éditions Techniques, Paris, 1982.

VICENT CHULIÁ, Francisco, *Compendio crítico de derecho mercantil*, tomo I, volumen 1.º, *Comerciantes – Sociedades – Derecho industrial*, 3.ª ed., José M.ª Bosch editor, Barcelona, 1991.

- “Responsabilidad de los administradores en sociedades no operativas”, in *DN*, 1993, pág. 1.
- *Introducción al derecho mercantil*, 19.<sup>a</sup> ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2006.

VIDAL, Dominique, *Droit des sociétés*, 5<sup>e</sup> éd., L.G.D.J., Paris, 2006.

VIDARI, Ercole, *Corso di diritto commerciale*, volume IX, 5.<sup>a</sup> ed. diligentemente riveduta, Ulrico Hoepli Editore-Librajo della Real Casa, Milano, 1908.

VIGHI, Alberto, “Notizie storiche sugli amministratori ed i sindaci delle società per azioni anteriori al codice di commercio francese (Contributo alla storia delle società per azioni)”, *Riv. Soc.*, 1969 (publicação originária: 1898), pág. 663.

VIÑUELAS SANZ, Margarita, “Insolvencia de la sociedad y responsabilidad de sus administradores en derecho inglés: *wrongful trading*”, in *RDM*, 2005, pág. 299.

VIRASSAMY, Georges, “Note Cass. Com., 9 nov. 1993”, in *JCP*, Éd. Générale, II – Jurisprudence, 1994, 22304, pág. 309.

VISCONTI, Franzo Moro, “Considerazioni sull’efficacia della clausola statutaria «simul stabunt simul cadent»”, in *Riv. Soc.*, 1966, pág. 907.

VIVANTE, Cesare, “Revoca degli amministratori senza espressa indicazioni nell’ordine del giorno dell’assemblea”, in *Foro It.*, 1909, I, pág. 61.

- “Sulla portata giuridica dell’ordine del giorno”, in *Foro It.*, 1909, I, pág. 65.
- *Trattato di diritto commerciale*, Volume II, *Le società commerciali*, 4.<sup>a</sup> ed. riveduta e ampliata, Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano, 1912.
- “La rappresentanza delle società per azioni”, in *Riv. dir. comm.*, 1923, II, pág. 277.
- “Contributo alla reforma delle società anonime”, in *Riv. dir. comm.*, 1934, I, pág. 309.
- “Per la riforma delle anonime. Istituzione di un ufficio centrale di controllo e di riforma sulle società anonime”, in *Riv. dir. comm.*, 1935, I, pág. 497.

VOGEL, Alexander, *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.

VOIGT, Hans-Christoph, *Haftung aus Einfluss auf die Aktiengesellschaft (§§ 117, 309, 317 AktG)*, Verlag C. H. Beck, München, 2004.

## W

WACKERBARTH, Ulrich, “Existenzvernichtungshaftung 2005: Unternehmerische Entscheidungen auf dem Prüfstand?”, in *ZIP*, 2005, pág. 877.

WAGNER, Gerhard, *Münchener Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch*, Band 5, *Schuldrecht. Besonderer Teil III*, §§ 705-853, Partnerschaftsgesellschaftsgesetz. Produkthaftungsgesetz, Redakteur: Mathias Habersack, 5. Auflage, Verlag C. H. Beck, München, 2009, sub § 826, pág. 2159.

WALTERS, Geoffrey, “Introduction”, in *Company directors: law and liability*, Editors: Neil Sinclair/David Vogel/Richard Snowden, Sweet & Maxwell, London, 1997.

WEBB, Crispin Bridges, “Directors”, in *Tolley’s Company Law*, LexisNexis-Butterworths, London, 2007, D20.

WEIGMANN, Roberto, *Responsabilità e potere legittimo degli amministratori*, G. Giappichelli Editore, Torino, 1974.

- “I gruppi di società”, in *La riforma del diritto societario. Convegni di studio “Problemi attuali di diritto e procedura civile”*, Atti del Convegno di studio svoltosi a Courmayeur, 27-28 settembre 2002, Giuffrè Editore, Milano, 2003, pág. 201.

WEIMAR, Robert, “Grundprobleme und offene Fragen um dem faktischen GmbH-Geschäftsführer (I)”, in *GmbHHR*, 1997, 11, pág. 473.

- “Grundprobleme und offene Fragen um dem faktischen GmbH-Geschäftsführer (II)”, in *GmbHHR*, 1997, 12, pág. 538.

WELLER, Marc-Philippe, “Die Neuausrichtung der Existenzvernichtungshaftung durch den BGH und ihre Implikationen für die Praxis”, in *ZIP*, 2007, pág. 1681.

WEILLER, Augusto, “In tema di cooptazione”, in *BBTC*, 1962, I, pág. 49.

WERDER, Axel v., “Präambel I-VIII”, in HENRICK-MICHAEL RINGLEB/THOMAS KREMER/MARCUS LUTTER/AXEL v. WERDER, *Kommentar zum Deutschen Corporate Governance Kodex*, Verlag C. H. Beck München, 2003, pág. 27.

WILHELM, Sylvester, *Aktiengesetz vom 6. September 1965*, Kommentar begründet von Freiherr von Godin und Dr. Hans Wilhelmi, Band I, §§ 1-178, 4. Auflage, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1971.

WILKINSON, Andrew, “Piercing the corporate veil and the Insolvency Act 1986”, in *Comp. Lawyer*, 1987, volume 8, 1, pág. 124.

WISE, Leslie M., “Perils of an unfit director”, in *InsLP*, vol. 10, n.º 2, 1994, pág. 35.

WESTERMANN, Harm Peter, *Vertragsfreiheit und Typengesetzlichkeit im Recht der Personengesellschaft*, Springer-Verlag Berlin, Heidelberg-New York, 1970.

- “Haftungsdurchgriff auf deliktsrechtlicher Grundlage. Zu den Entscheidungen der niederländischen Gerichte im Fall Osby-Nederland NV”, *AG*, 1985, pág. 201.

WESTWOOD, Howard Carter, “Resignation of corporate officers”, in *VirginiaLRev*, volume XXII, 1935-1936, pág. 532.

WIEDEMANN, Herbert, “Haftungsbeschränkung und Kapitaleinsatz in der GmbH”, in *Die Haftung des Gesellschafters in der GmbH*, Mit Abhandlungen von Herbert Wiedemann, Rolf Bär, Léon Dabin, Alfred Metzner Verlag, Frankfurt/M.-Berlin, 1968, pág. 5.

- “Die Bedeutung der ITT-Entscheidung”, in *JZ*, 1976, pág. 392.
- *Gesellschaftsrecht. Eine Lehrbuch des Unternehmens- und Verbandsrechts*, Band I – Grundlagen, C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München, 1980.
- “Reflexionen zur Durchgriffshaftung. Zugleich Besprechung des Urteils BGH – KBV”, in *ZGR*, 2003, pág. 283.

WIETHÖLTER, Rudolf, *Interessen und Organisation der Aktiengesellschaft im amerikanischen und deutschen Recht*, C. F. Müller Verlag, Karlsruhe, 1961.

WILHEM, Jan, *Rechtsform und Haftung bei der juristischen Person*, Carl Heymanns Verlag, Köln-Berlin-Bonn-München, 1981.

- “Zurück zur Durchgriffshaftung – das «KBV»-Urteil des II. Zivilsenats des BGH vom 24.6.2002”, in *NJW*, 2003, pág. 175.



WINTER, Georg, *Die Haftung der Gesellschafter im Konkours der unterkapitalisierten GmbH*, Athenäum Verlag, Frankfurt am Main, 1973.

WINTER, Gerrit, “Zur offenen und verdeckten Kooptation im Gesellschaftsrecht”, in *Festschrift für Reimer Schmidt*, Verlag Versicherungswirtschaft, Karlsruhe, 1976, pág. 121.

WOON, Walter, “For better or for worse – Directors’ duties and liabilities in Singapore”, in *MLJ*, 1985, 2, pág. XVI.

WÜST, Günther, “Wege des Gläubigerschutzes bei materieller Unterkapitalisierung einer GmbH”, Teil I, in *DStR*, 1991, pág. 1388.

WYMEERSCH, Eddy, “Bank liability for improper credit decisions: experience in continental Europe”, in *Banks – Liability and risk*, edited by Ross Cranston, Lloyd’s of London Press, London-New York-Hamburg-Hong Kong, 1990, pág. 179.

## X

XAVIER, Alberto, *Manual de direito fiscal*, vol. I, Manuais da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1974.

XAVIER, Vasco Lobo, *Anulação de deliberação social e deliberações conexas*, Livraria Almedina, Coimbra, 1976 (reimpr. 1998).

- *Direito comercial. Sumários das lições ao 3º ano jurídico*, FDUC, Coimbra, 1977-78.
- *O conteúdo da providência de suspensão de deliberações sociais*, Separata da RDES, Coimbra, 1978.
- *Invalidade e ineficácia das deliberações sociais no direito português, constituído e constituendo; confronto com o direito espanhol*, Separata do Vol. LXI do BFD, Coimbra, 1985.
- *Relatório sobre o programa, os conteúdos e os métodos do ensino de uma disciplina de direito comercial (Curso complementar)*, Separata do Vol. LXII do BFD, Coimbra, 1986.
- “Sociedades por quotas; exclusão de sócios; deliberações sobre matéria estranha à ordem do dia; responsabilidade do sócio por perdas sociais” (Anotação ao Acórdão de 2 de Fevereiro de 1984 do Tribunal da Relação de Lisboa), *RLJ* n.ºs 3747-3748-3750, 1986-1987 (Ano 119º), pág. 190.
- *Sociedades comerciais. Lições aos alunos de Direito Comercial do 4º ano jurídico*, FDUC, Coimbra, 1987.
- “Suspensão de deliberações sociais ditas «já executadas»” (Anotação ao Acórdão de 14 de Julho de 1987 do Tribunal da Relação de Coimbra), *RLJ* n.ºs 3801-3802, 1991 (Ano 123º), pág. 375.

XAVIER, Rita Lobo, “Novas sobre a união “more uxorio” em Portugal”, in *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio de Almeida Costa*, Universidade Católica Editora, Lisboa, 2002, pág. 1393.

## Z

ZANARONE, Giuseppe, *L’invalidità delle deliberazioni assembleari*, in *Trattato delle società per azioni*, diretto da G. E. Colombo e G. B. Portale, volume 3, \*\* (2), *Assemblea*, UTET, Torino, 1993, pág. 185.

- 
- “La nuova s.r.l. fra società di persone e società di capitali”, in *La riforma del diritto societario*, Centro nazionale di prevenzione e difesa sociale, *Convegni di studio “Problemi attuali di diritto e procedura civile”*, Giuffrè Editore, Milano, 2003, pág. 231.
  - “Introduzione alla nuova società a responsabilità limitata”, in *Riv. Soc.*, 2003, pág. 59.

ZAQUIN, Gérard, “La gérance de fait de la S.A.R.L. en droit fiscal”, in *JCP*, Éd. CI, II – Études et commentaires, 1976, pág. 253.

ZÖLLNER, Wolfgang, *Die Shranken mitgliedschaftlicher Stimmrechtsmacht bei den privatrechtlichen Personenverbänden*, C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, München-Berlin, 1963.

- “Siebenter Teil. Nichtigkeit von Hauptversammlungsbechlüssen und des festgestellten Jahresabschlusses. Sonderprüfung wegen unzulässiger Unterbewertung”, in *Kölner Kommentar zum Aktiengesetz*, Band 2, §§ 241-290, von Kurt H. Biedenkopf [et alii], Herausgegeben von Wolfgang Zöllner, 4. Lieferung, Carl Heymanns Verlag KG, Berlin-Bönn-München, 1976, pág. 703.
- “§ 49. Einberufung der Versammlung”, in ADOLF BAUMBACH/ALFRED HUECK, *GmbH-Gesetz: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung*, 19. Auflage, Verlag C.H. Beck, München, 2010, pág. 1200.
- “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. 1921.

ZÖLLNER, Wolfgang/NOACK, Ulrich, “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 § 35, pág. 637, § 43, pág. 871.

ZOPPINI, Andrea, “Imputazione dell’illecito penale e «responsabilità amministrativa» nella teoria della persona giuridica”, in *Riv. Soc.*, 2005, pág. 1314.

---

## **ÍNDICE**

---



<b>Siglas de revistas e publicações periódicas</b>	<b>5</b>
<b>Abreviaturas</b>	<b>11</b>
<b>Modo de citação</b>	<b>15</b>
PARTE I	
<b>O administrador de facto como problema e desafio ao Direito</b>	<b>19</b>
1. As sociedades comerciais e o seu órgão de administração na transformação e dinâmica do direito das sociedades	21
2. A identificação da figura do administrador de facto como relação ou situação carente de tratamento jurídico	33
3. A recepção jusnormativa do administrador de facto no direito português	61
3.1. Exame prévio	61
3.2. Relevância no direito fiscal	65
3.3. Relevância no direito penal comum	77
3.4. Relevância no direito da insolvência	89
3.5. Reflexos das previsões do administrador de facto	101
4. Os cenários hermenêuticos para a delimitação e o ajustamento da posição societária do administrador de facto	105
5. A “doutrina do administrador de facto” no contexto das técnicas sancionatórias da elisão da responsabilidade civil societária dos administradores; os progressos do direito italiano, britânico e espanhol vs a inação do direito societário português	111
PARTE II	
<b>A função administrativa nas sociedades e a fenomenologia do administrador de facto</b>	<b>191</b>
6. Exercício da função de administrador, anomalias da relação de administração e categorias de exercício anómalo da função administrativa	193
7. Omissão do acto de designação e sujeitos que tipicamente exercem poderes administrativos não formalizados	197
7.1. Sócio não administrador de direito e sociedade em “relação de domínio” e em “relação de grupo”	197
7.2. Sócio “influenciador” no art. 83º	241
7.3. Sócio “interveniente” no art. 40º	244
7.4. Sócio comanditário	246
7.5. Terceiros controladores	246
8. Continuação do exercício das funções administrativas depois de terminada ou suspensa a relação de administração	258
8.1. Caducidade do título de administração	260
8.1.1. Decurso do prazo de designação	260
8.1.2. O relevo da incapacidade e da incompatibilidade supervenientes	317
8.1.3. Refracções da liberdade contratual na prorrogação de funções administrativas	330
8.1.4. Falta de prestação de caução	332
8.1.5. Cooptação e designação de administrador substituto pelo conselho fiscal ou comissão de auditoria sem ratificação pelos sócios	355
8.2. Falta definitiva ou temporária dos gerentes das sociedades por quotas e impedimento ou falta dos gerentes das sociedades em comandita	376
8.3. Renúncia e destituição	389
8.4. A previsão estatutária de cessação reflexa de funções administrativas: a cláusula “simul stabunt simul cadent”	403
8.4.1. Validade da cláusula: admissão com restrições	403
8.4.2. Efeitos da cláusula: os administradores “causados” (e, se necessário, os administradores “causantes”) poderão ser administradores de facto?	442

8.5. As várias formas de suspensão dos administradores	448
8.5.1. Em particular: a suspensão judicial cautelar	453
8.5.2. Ainda mais em particular: a situação do administrador designado após a citação ou notificação do procedimento cautelar suspensivo	472
8.5.3. Súmula	475
8.5.4. A “substituição temporária” dos administradores suspensos	476
8.6. A extinção do título de administração por efeito da dissolução da sociedade e a não coincidência entre os anteriores administradores de direito da sociedade e os liquidatários da sociedade dissolvida	480
9. Administrador com designação inválida	492

## PARTE III

**Os perfis do administrador de facto** **505**

## Capítulo 1º

**O perfil conceptual e dogmático** **507**

10. Espécies de administrador de facto	509
10.1. O administrador de facto com reconhecimento legal	509
10.2. O administrador de facto directo ou na primeira pessoa: manifesto e dissimulado	512
10.3. O administrador de facto indirecto ou por interposta pessoa: oculto e ostensivo	513
11. Pressupostos de legitimação e aquisição da qualidade juridicamente relevante de administrador de facto	521
11.1. Actuação típica e positiva de administração	532
11.1.1. Requisito funcional e qualitativo de base	532
11.1.2. Necessidade de um “acto de formalização” do administrador de facto?	537
11.1.3. Os testes da jurisprudência inglesa – “ <i>holding out test</i> ” e “ <i>equal footing test</i> ” – e a averiguação superadora dos “factos relevantes” (o “método indiciário”)	556
11.1.4. Uma superação na procura das funções administrativas exercidas pelo sujeito; o método dos “factores elegíveis”: intensidade, perímetro e hierarquia	578
11.1.4.1. Factores primários	583
11.1.4.2. Factores secundários	605
11.1.4.3. Factores acessórios ou complementares	608
11.1.5. A ponderação dos actos de representação externa	610
11.1.6. A particularidade do administrador de facto indirecto: a intensidade finalística	619
11.2. Actuação exercida com autonomia	622
11.2.1. Tarefas de índole administrativa a cargo de sujeitos com “qualidade de relação” com a sociedade e administração de facto	632
11.2.2. Em especial: o “director geral” e o “procurador geral”	641
11.3. Actuação sistemática e continuada – requisito quantitativo – e o papel da vontade	659
11.4. Aceitação do comportamento pela sociedade	668
11.5. A especialidade do administrador de facto com designação invalidada	671
12. A redefinição extensiva do conceito de administrador e a aplicação do regime societário	674
12.1. A conjugação de um instituto jurídico e de um problema de “aplicação de normas”	674
12.2. A reconstrução do conceito de administrador como resposta às alternativas não societárias de configuração do administrador de facto	678
12.3. A composição de um órgão “material” ou “de facto”	696

## Capítulo 2º

**O perfil aplicativo** **703**

13. O estatuto do administrador de facto	705
13.1. Os critérios gerais para a determinação do estatuto do administrador de facto legitimado	705
13.2. Actuação do administrador de facto com designação invalidada	708

---

<b>13.3.</b> Conteúdo do estatuto	720
<b>13.4.</b> Excepções ao estatuto geral	746
<b>14.</b> A representação da sociedade por administrador de facto e o confronto com o representante aparente	752
<b>14.1.</b> Actuação representativa do administrador de facto legitimado e do administrador de facto reconhecido na lei	753
<b>14.2.</b> Actuação do representante aparente da sociedade	759
<b>15.</b> Actuação funcional do administrador de facto e disciplina da responsabilidade civil societária dos administradores	767
<b>15.1.</b> Razões da aplicação	767
<b>15.2.</b> A ineptidão do artigo 80º como norma fundadora de responsabilização do administrador de facto	783
<b>Sumário</b>	<b>791</b>
<b>Bibliografia</b>	<b>799</b>