

BREVES NOTAS SOBRE O GOVERNO DAS SOCIEDADES FAMILIARES

Pelo Prof. Doutor Diogo Costa Gonçalves

SUMÁRIO:

1. O problema. 2. O conceito de sociedade familiar (*Familiengesellschaft*). 3. Sociedades familiares, tipicidade societária e variações tipológicas. 4. O *governance* das sociedades familiares: a sobreposição entre a propriedade e gestão. 5. A *praxis* de governo societário e as relações *uberrimae fidei*.

1. O problema

I — As sociedades familiares (*Familiengesellschaften*) — mediante as quais se procede à autonomização de certo património da família, para o sujeitar às regras de administração e fruição do tipo societário em causa — são uma realidade sócio-económica incontornável e especialmente relevante no tecido empresarial português.

A sua existência coloca múltiplos desafios aos cultores do Direito societário.

Desde logo, as sociedades familiares são palco de um frequente desalinhamento entre o *tipo real* e *tipo ideal*, entre a sociedade efetivamente atuante no comércio e a aquele modelo sócio-económico de que partiu o legislador e que preside ao regime do CSC. Esta desarmonia é especialmente sentida nas sociedades anónimas, que têm por arquétipo uma sociedade de capitais (muitas vezes, a sociedade cotada) que nada tem que ver a (tradicional) sociedade familiar.

Na sociedade familiar, o acionista não é um investidor, mas um herdeiro; a atividade societária é a empresa familiar; o interesse da sociedade

confunde-se com o interesse da família; a distinção entre propriedade e gestão é imposta pelo tipo mas negada pela *praxis*; a parassocialidade mais não é que a própria relação familiar; o *corporate governance* está determinado em função do equilíbrio entre as diversas estirpes sucessórias (sobretudo nas sociedades familiares de segunda geração), etc.

Os problemas práticos, como facilmente se intui, multiplicam-se.

II — Na Alemanha, o estudo do tipo de sociedade que ora nos ocupa tem levado a uma progressiva autonomização de um “Direito das Sociedades Familiares” (*Recht der Familiengesellschaften*)⁽¹⁾, iniciado há já mais de 20 anos. Em Espanha, o *governance* das sociedades familiares levou ao reconhecimento de instrumentos negociais próprios, como o denominado protocolo familiar.

Entre nós, porém, a atenção dedicada às sociedades familiares tem sido escassa, não existindo ainda uma sistematização completa da sua disciplina.

À minguagem de melhores desenvolvimentos dogmáticos, os problemas típicos das sociedades familiares têm vindo a ser resolvidos casuisticamente, mediante o recurso a elementos normativos de elevada plasticidade, em particular, os deveres de lealdade e a mitigação dos efeitos da personificação.

No presente estudo, procuramos alinhar algumas considerações esparsas sobre esta realidade complexa e desafiante.

2. O conceito de sociedade familiar (*Familiengesellschaft*)

I — As empresas familiares são uma realidade empírica de que se ocupam as ciências económicas e sociais⁽²⁾. Traduzem-se, porém, num fenómeno jurídico onde a específica articulação dos elementos *empresa*, *propriedade* e *família*⁽³⁾ dá corpo à chamada sociedade familiar (*Familiengesellschaft*).

(1) Veja-se, por exemplo, as seguintes obras coletivas: *Familiengesellschaften* (PETER HOMMELHOFF), 2000 e *Recht der Familiengesellschaften* (HANS-UELI VOGT/HOLGER FLEISCHER/SUSANNE KALSS), 2017.

(2) Correspondem, na verdade, a cerca de 70% do tecido empresarial português, de acordo com informação disponível em <<https://empresasfamiliares.pt/>>. Para uma lista de algumas empresas familiares vide ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual de governo das sociedades*, 2017, 35.

(3) Neste sentido FILIPE BARREIROS/JOSÉ COSTA PINTO, «As empresas familiares — perspetivas da

A noção de sociedade familiar é *normativa*. Não se trata apenas de evidenciar, com essa designação, a relevância das ligações familiares na estrutura do tecido empresarial, mas sim de identificar uma específica constelação de problemas e de ponderações axiológicas do Direito societário.

É, portanto, um *conceito normativo*, neste sentido: permite identificar grupos de casos e sistematizar modelos de decisão⁽⁴⁾.

II — O critério agregador do conceito é a noção de *domínio*.

Neste sentido, pode acompanhar-se ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA quando sustenta que estamos perante uma sociedade familiar sempre que «*uma ou mais famílias, interligadas, detêm uma maioria absoluta ou relativa do capital da empresa (bloco de controlo) e, por essa via, determinam a nomeação dos principais órgãos de gestão, incluindo o CEO, que é, recorrentemente, um membro da família*»⁽⁵⁾.

Uma *Familiengesellschaft* corresponde, portanto, a uma particular forma de domínio societário, cuja natureza acarreta um conjunto de problemas específicos e alheios a outras formas de domínio acionista.

III — Assim compreendidas, as *Familiengesellschaften* revelam-se modos jurídicos de organização do património da família. Os ativos familiares são alocados a uma estrutura personificada a fim de manter — através do regime societário — o património da família em *mão comum*.

Os acionistas não são, portanto, investidores numa atividade económica; são parentes e herdeiros que partilham — através da titularidade de quotas e ações — um ativo que é de todos e das gerações vindouras: a empresa familiar.

IV — Compreende-se, portanto, que as relações intra-societárias estejam marcadas por uma especial intensidade dos *deveres fiduciários*. A lealdade devida entre os parentes e herdeiros — agora acionistas e administradores — não é simplesmente aquela que decorre do princípio da alienidade⁽⁶⁾ ou da cooperação necessária nos contratos de organização⁽⁷⁾, por exemplo.

na evolução de 2013 a 2023», *A emergência e o futuro do corporate governance em Portugal*, 2013, 203-226, 205 e 206, seguindo uma sistematização proposta por RENATO TAGUIRI e JOHN DAVIS em «Bivalent Attributes of the Family Firm», *Family Business Review*, IX, 2, 199, ss.

(4) Sobre os modelos de decisão, veja-se o nosso *Pessoa coletiva e sociedades comerciais*, 2015, 985, ss.

(5) ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual de governo das sociedades*, cit., 36.

(6) Com desenvolvimento, veja-se o nosso *Pessoa coletiva e sociedades comerciais*, cit., 921, ss.

(7) Vide ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito Comercial*, I, 4.ª ed., 2019, 734, ss.

Ela é, na verdade, mais intensa: aproxima-se daquela lealdade que se exige nas formas primárias de comunhão patrimonial e absorve valorações ético-familiares.

Não poderia ser de outro modo. Se a estrutura societária serve para organizar as relações familiares de natureza patrimonial, então, a especial relação de confiança entre os membros da família não pode deixar de repercutir-se no exercício das posições jurídicas societárias.

V — Se os sócios das sociedades familiares são os parentes e herdeiros do património da família, fácil é também compreender que os institutos societários, quando aplicados a este tipo de sociedades, adquiram uma especial *dimensão sucessória*.

Pense-se, por exemplo, nas limitações contratuais à transmissão de ações (art. 328.º). O seu escopo e alcance normativo das limitações impostas à livre transmissibilidade dos valores mobiliários em causa depende, em absoluto, de sua função para-sucessória, isto é: do facto de em causa estar a limitação à transmissão (indireta) do património familiar⁽⁸⁾.

Pense-se, ainda, nos acordos parassociais: reger a relação dos sócios enquanto sócios (art. 17.º/1), mais não é, nestas sociedades, do que reger a relação de parentes e herdeiros enquanto tais.

Os acordos de tal natureza são tão relevantes que em experiências jurídicas como a espanhola foi criada a figura dos *protocolos familiares de las sociedades mercantiles*, sujeitos a publicidade e registo, nos termos do Real Decreto n.º 171/2007, de 09-fev.

Esta dimensão sucessória a que aludimos surge como um exemplo típico de *modelação funcional* das normas: o regime aplicável é o societário, mas, através dele, procura-se dar solução a problemas próprios de outro ramo do Direito. A eficácia normativa desejada pelas partes tem por escopo outro que não aquele que preside à teleologia própria dos institutos aplicados.

VII — A natureza familiar da sociedade repercute-se ainda na concretização do *interesse social* que a administração deve prosseguir [art. 64.º/1 b) CSC].

Independentemente do que se entenda ser o interesse da sociedade, é inegável que a sua prossecução não é alheia aos interesses dos sócios (enquanto sócios). Como dissemos noutra lugar, «*os administradores*

⁽⁸⁾ Veja-se, para melhor enquadramento, DANIEL MORAIS, *Revolução sucessória — Os institutos alternativos ao testamento no séc. XXI*, 2018.

devem lealdade aos sócios, servindo os seus interesses, objetivados na concreta estrutura jurídica de alienidade facultada pela personificação coletiva»⁽⁹⁾.

O interesse social mais não é, na verdade, que o interesse dos sócios *qua tale*, objetivado na estrutura jurídica da sociedade.

Ora, a participação social, neste tipo de sociedades, corresponde à forma indireta de titularidade do património familiar. O interesse dos sócios *enquanto tais* coincide, portanto, com a proteção e equilíbrio das suas posições sucessórias (formalmente tituladas pelo seu *status socii*).

A concretização do interesse social numa sociedade familiar deve conservar, portanto, as posições sucessórias dos membros da família, atendendo ao *interesse da família*.

3. Sociedades familiares, tipicidade societária e variações tipológicas

I — À natureza comercial de uma sociedade é essencial a adoção de um dos *tipos* previstos no CSC. A noção de *tipo* é, todavia, polissémica e conhece utilizações muito diversas no discurso jurídico.

O tipo corresponde, antes de mais, a um específico modo de pensamento (*Denkform*) — o *pensamento tipológico* — que se opõe ao *pensamento conceptual*, com inegáveis consequências aplicativas⁽¹⁰⁾.

II — Quer o tipo, quer o conceito são realidades intelectuais compósitas, integradas por diversos elementos.

Quando o intérprete-aplicador reconduz certa realidade a um tipo normativo, está a afirmar que os elementos que o integram se encontram, nessa realidade, em suficiente *número e intensidade* que justificam a classificação.

Não é necessário, portanto, que se encontrem presentes *todos* os elementos constitutivos do tipo. Do mesmo modo, admite-se a presença de elementos tipológicos com graus de intensidade diversos.

A qualificação tipológica é, por isso, *gradativa*⁽¹¹⁾.

⁽⁹⁾ Cf. o nosso *Pessoa coletiva e sociedades comerciais*, cit., 882.

⁽¹⁰⁾ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Participação social nas Sociedades Comerciais*, 2.ª ed., 2006, 37, ss.

⁽¹¹⁾ ROLF WANK, *Die juristische Begriffsbildung*, 1985, 126-127.

III — O mesmo não sucede na presença de um conceito normativo.

Para que o intérprete-aplicador dê por preenchido determinado conceito, exige-se a presença de *todos* os seus elementos constitutivos. Ao contrário da tipológica, a predicação conceptual não é gradativa: limita-se a um juízo binário de inclusão/exclusão (do conceito), passível de uma justificação estritamente lógico-dedutiva⁽¹²⁾.

Por referência a um conceito, determinada realidade *é*, ou *não é*; por referência a um tipo, a mesma realidade pode *ser mais* ou *menos*, porque o tipo — dentro da sua delimitação identitária — goza de grande elasticidade normativa.

IV — Ora, um tipo societário é, antes de mais, um *modelo de regulação tipológico* e, por isso, não conceptual. Corresponde, portanto, a um conjunto de notas caracterizadoras, não taxativas (presente no caso concreto com graus de intensidade diversos), de um certo regime jurídico.

Neste sentido, é certa a noção de COUTINHO DE ABREU: «*os tipos societários são modelos ou formas diferenciadas de regulação de relações (entre sócios, entre sócio(s) e sociedade, entre uns e outra com terceiros) não determinados conceitual-abstractamente, mas antes por um conjunto aberto de notas características (imprescindíveis umas, outras não)*»⁽¹³⁾.

V — É pressuposto de um modelo tipológico de regulação a possibilidade de algumas das notas que integram o tipo estarem ausentes da realidade concreta em análise — ou presentes com uma intensidade muito diminuta —, sem que tal afaste a recondução da realidade ao tipo em causa (qualificação).

No Direito societário, tal nota traduz-se na distinção entre *tipo ideal* e *tipo real*: o primeiro correspondendo ao modelo regulativo abstratamente considerado (ao arquétipo ideal, previsto na lei); o segundo, à concreta modelação normativa daquele *tipo*, para aquela concreta sociedade, e como essa modelação é vivida pelos vários protagonistas.

O *tipo real* resulta, portanto, do exercício da autonomia privada, nos limites injuntivos do *tipo ideal*, fixado na lei.

VI — Ora, nem sempre o tipo real coincide com o tipo ideal. A concreta realidade sócio-económica das sociedades que adotam determinado

⁽¹²⁾ KARL-HEINZ STRACHE, *Das Denken in Standards*, 1968, 35 e ROLF WANK, *Die juristische Begriffsbildung*, cit., 131.

⁽¹³⁾ JORGE COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, II, 6.^a ed., 2020, 64.

tipo societário está muitas vezes distante do arquétipo ideal de que o legislador partiu na definição do regime em causa.

Quando assim acontece, o intérprete-aplicador é confrontado com um problema de *variação tipológica*: o regime normativo que está a aplicar — por força do princípio da tipicidade societária — é materialmente desajustado da realidade económica e empresarial em presença.

Todo o processo aplicativo do Direito surge, nestes casos, marcado por uma *desarmonia normativa* que o intérprete é chamado a superar.

VII — No panorama nacional, este desalinhamento entre tipo real e tipo ideal surge, não raro, nas sociedades anónimas.

Com efeito, o regime das SA tem por horizonte ideal a típica sociedade de capitais⁽¹⁴⁾, quando não a sociedade com ações admitidas à negociação em mercado regulamentado. Contudo, é este o regime que somos chamados a aplicar mesmo quando a realidade sócio-económica é absolutamente distante do arquétipo legal.

Esta dissociação entre o tipo real e o tipo ideal tem inegáveis consequências aplicativas, uma vez que obriga o intérprete-aplicador a procurar — nos limites consentidos pelo princípio da tipicidade das sociedades comerciais — soluções *a latere* do tipo ideal.

VIII — Alguns exemplos são bem conhecidos.

Pense-se nas hipóteses de analogia *intra-tipológica*. É sabido que uma das consequências do princípio da tipicidade é a limitação da analogia. Desde logo, se a sociedade em causa não é subsumível a nenhum dos tipos, tal não configura qualquer lacuna: simplesmente, não estamos diante de uma sociedade comercial⁽¹⁵⁾.

Contudo, casos há em que se devem aplicar normas de um tipo societário a outro tipo. Os suprimentos, por exemplo, apenas se encontram previstos para as sociedades por quotas (SPQ), nos arts. 243.º a 245.º. Contudo, o regime é pacificamente aplicado, por analogia, às sociedades anónimas⁽¹⁶⁾, sobretudo em sociedades *personalizadas*, em que a estrutura

⁽¹⁴⁾ Vide JORGE COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, cit., 76, ss.

⁽¹⁵⁾ Coisa distinta é saber *se e em que medida* o regime societário pode ser considerado regime comum das pessoas coletivas jurídico-privadas (associações, fundações, sociedades civis puras, etc.). Com desenvolvimento, cf. o nosso, *Pessoa coletivas e sociedades comerciais*, cit., 940, ss.

⁽¹⁶⁾ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direito das Sociedades*, II (*Das Sociedades em Especial*), 2014, 584. RUI PINTO DUARTE, “Suprimentos, Prestações Acessórias e prestações suplementares: nota e questões”, *Problemas de Direito das Sociedades*, 2008, 266, ss.

acionista e o envolvimento dos sócios na atividade social se aproximam mais do tipo ideal da SPQ do que de uma sociedade de capitais.

O mesmo pode ser dito do instituto da exclusão do sócio⁽¹⁷⁾, estranho às sociedades de capitais e, por isso, omissas no regime das SA.

Tem-se vindo a sustentar, com efeito, que nas sociedades anónimas de pequena dimensão ou familiares, a identidade dos sócios é de tal modo relevante que determina uma «*miscigenização do tipo societário em causa*», tendo como consequência «*a personalização daquela que surgiria como paradigma da sociedade capitalística*»⁽¹⁸⁾.

Daqui resulta a possibilidade de aplicar, às SA, soluções normativas especialmente desenhadas para as ditas sociedades de pessoas — *maxime* da exclusão do acionista —, desde que o tipo real em presença se aproxime mais destas últimas do que do modelo ideal capitalístico⁽¹⁹⁾.

IX — Os desafios da variação tipológica não se limitam, naturalmente, à aplicação analógica de normas de um tipo societário a outro. A montante da analogia, está todo um labor hermenêutico a que não é indiferente a realidade a que a norma se aplica.

A dissonância entre o tipo real e o tipo ideal põe a nu a existência de uma diversidade muito grande de casos a que a norma potencialmente se irá aplicar, convocando assim reduções e extensões teleológicas, identificação de lacunas ocultas e, sobretudo, uma constante reconstrução do *sistema interno* societário, a fim de garantir coerência valorativa e aplicativa.

Importa sobretudo reter que o princípio da tipicidade societária não pode ser entendido num sentido puramente formal, que recuse a justiça material do caso concreto. A *variação tipológica* releva, portanto, no apuramento da resposta que o Direito dá ao *casus*.

⁽¹⁷⁾ JULIANO FERREIRA, *O Direito de Exclusão de Sócio na Sociedade Anónima*, 2009, 47-55 e 120, ss., onde o Autor chama a atenção para a natureza *peçoal* quanto à incidência e *extintiva* quanto aos efeitos. O Autor defende, a pp. 51-52 que «*a sociedade anónima pequena ou fechada caracterizar-se-ia por um intuitus personae*», conceito que, como se sabe, está subjacente à ideia de exclusão. Com efeito, o Autor admite expressamente que na sociedade anónima pequena, fechada ou familiar se pode revelar um *intuitus personae*.

⁽¹⁸⁾ JULIANO FERREIRA, *O Direito de Exclusão de Sócio na Sociedade Anónima*, *cit.*, 123-124.

⁽¹⁹⁾ Também ENGRÁCIA ANTUNES tem chamado a atenção para a impossibilidade de reconduzir acriticamente todas as sociedades anónimas à figura das sociedades de capitais: «*De resto, não se podem sequer considerar excluídas cristalizações práticas desviantes mesmo ao nível dos protótipos legais desta tipologia [sociedades de pessoas e sociedades de capitais]: é o caso das sociedades anónimas familiares (...)*» in JOSÉ ENGRÁCIA ANTUNES, *Direito das Sociedades*, 6.^a ed., 2016, 151.

4. O *governance* das sociedades familiares: a sobreposição entre a propriedade e gestão

I — Os ditos *problemas de agência*⁽²⁰⁾ (ou *custos de agência*) são um tema incontornável no moderno Direito das sociedades. Em causa está a dissociação fáctica e jurídica — com níveis de intensidade muito diversos — entre a *propriedade* e a *gestão* das sociedades: entre quem conduz os seus destinos e aqueles que, em última instância, suportam o risco da atividade económica.

À tipicidade societária presidem igualmente modelos diversos de dissociação entre a propriedade e a gestão. A cada *tipo ideal* subjaz, portanto, um determinado arquétipo de dissociação.

II — Nas sociedades em nome coletivo (SNC), o legislador assume a coincidência entre a propriedade e a gestão da sociedade: todos os sócios são gerentes e a gestão só pode ser confiada a não sócios mediante deliberação unânime (art. 191.º CSC). Existe, portanto, uma *sobreposição orgânica* entre AG e o órgão de administração.

À medida que o tipo societário evolui das puras sociedades de pessoas para as sociedades de capitais⁽²¹⁾, a dissociação entre a propriedade e a gestão vai-se agigantando.

Nas SPQ, ela surge ainda mitigada. A atribuição da gerência a pessoa estranha à sociedade não carece do consentimento dos sócios e, salvo previsão contratual em contrário, os sócios não são gerentes. Mais: o art. 252.º/3 estabelece que a gerência atribuída a todos os sócios em contrato de sociedade não se estende àqueles que venham a adquirir uma quota em momento posterior.

No caso das SA o arquétipo de que parte o legislador é o da total dissociação entre a propriedade e a gestão que se deseja, aliás, profissionalizada.

III — Ora, um dos problemas típicos das sociedades familiares — intimamente associado, aliás, à questão da variação tipológica — diz respeito à

⁽²⁰⁾ *Vide*, por todos, JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da administração à fiscalização das sociedades*, 2015, 32, ss. A traço grosso poderíamos dizer que a teoria dos problemas e custos de agência dizem respeito ao seguinte: o bem-estar económico de uma das partes (principal) depende da atuação da outra parte (agente), sendo que se constata que a primeira poderá não ter a motivação bastante para atuar no interesse da segunda, atentos os custos inerentes à celebração do contrato. Para mais havendo uma assimetria de informação, o principal não conseguirá aferir, tipicamente, se o agente cumpriu ou não o contrato.

⁽²¹⁾ *Vide* JORGE COUTINHO DE ABREU, *Curso de Direito Comercial*, II, 6.^a ed., 2020, 64, ss.

sobreposição entre a propriedade e a gestão, verificada no seio de um tipo societário cuja paradigma regulativo assume a absoluta dissociação.

Tome-se por exemplo um pequeno grupo familiar composto por duas sociedades anónimas. A sociedade-mãe é detida, em partes iguais por dois sujeitos, da mesma família, sendo um deles administrador(-único) dessa *holding* que possui apenas um ativo: 100% do capital social da sociedade-filha. A sociedade filha é, materialmente, o único ativo relevante porquanto presta serviços geradores de valor e tem sido capaz de gerar rendimento para os vários membros da família. Esta sociedade tem como administradores os mesmos acionistas da sociedade *holding*. Onde, regista-se uma sobreposição (ainda que formalmente indireta) entre a propriedade acionista e a gestão da sociedade, em particular, na sociedade-filha que reproduz, no seu órgão de administração, a estrutura acionista da SGPS.

Verifica-se, ainda, uma histórico relevante de consensualização de decisões, designadamente aquelas que revistam de importância ou impacto materialmente significativo.

IV — Tendo presente o exemplo ilustrado, importa sublinhar que o concreto modo de sobreposição entre propriedade e gestão corresponde, na verdade, a um *risco de agência* típico das sociedades familiares.

Com efeito, o modo e a intensidade com que se desenha a dissociação entre a propriedade e gestão dão origem aos chamados *riscos de agência*⁽²²⁾. A cada tipo societário, como vimos, preside um certo arquétipo de dissociação. Isto significa que o regime do tipo está também ele pensado para dirimir os riscos de agência do modelo de dissociação entre propriedade e gestão que lhe subjaz.

Quando a dissociação é absoluta, os principais riscos de agência residem na assimetria informacional e na dificuldade de garantir o alinhamento do interesse da gestão com o interesse dos acionistas. A política de remuneração dos administradores — de que se ocupa em particular a Diretriz dos acionistas recentemente transposta pela Lei n.º 50/2020, de 25 de agosto — é disso exemplo⁽²³⁾.

Quando a dissociação entre a propriedade e a gestão não existe, os problemas que se colocam são de outra natureza, muitas vezes potenciados pelo facto de o tipo societário em presença não ter sido gizado para os resolver.

⁽²²⁾ Para uma análise musculada, com abundantes referências, JOSÉ FERREIRA GOMES, *Da administração à fiscalização*, cit., 32, ss.

⁽²³⁾ Veja-se, neste particular, o regime constante no art. 3.º da Lei n.º 50/2020 de 25-ago., através do qual se aditam vários artigos ao CVM. É patente que o novíssimo regime do CVM se aproxima daquilo que já se lia nos arts. 115.º-C, ss., do RGICSF. Com referências, veja-se o nosso “A remuneração dos administradores das instituições de crédito — o comité de remunerações”, *RDS VII* (2015) 3/4, 509-533.

V — Como vimos no exemplo *supra* ilustrado, os administradores da sociedade mãe e filha são os acionistas da sociedade mãe, sendo que a administração da sociedade mãe está apenas confiada a um dos irmãos acionistas.

Existe, na verdade, uma *coincidência material* entre a propriedade e a gestão. Contudo, o modo como essa coincidência foi gizado a partir das normas do tipo societário em presença — reproduzindo no conselho de administração da sociedade dominada a estrutura acionista da dominante e deixando a sociedade mãe entregue à administração única de um só dos irmãos — determina um *desequilíbrio de poder* a favor, justamente, de um dos herdeiros do património familiar.

VI — Este *desequilíbrio* comporta simultaneamente uma *possibilidade* e um *risco*: o da instrumentalização da posição de administrador para obter um efetivo controlo societário, não facultada pela sua posição acionista.

Ou seja: o facto de o acionista da sociedade-filha ser também administrador-único da *holding* permite-lhe obter um controlo da sociedade-filha que jamais obteria se atuasse, apenas, como acionista. Assim, neste caso hipotético verifica-se que o desenho da administração da sociedade *holding* permite corromper as vantagens da sobreposição entre a propriedade e a gestão (onde, tipicamente, os custos de agência são menores)⁽²⁴⁾.

VII — Mas o *desequilíbrio* de poder em causa é também um fator acrescido de *confiança*. Numa estrutura de governo como a descrita, a administração da sociedade dominante é um cargo essencialmente *fiduciário*: espera-se que o poder de administração apenas seja utilizado para dar voz, na assembleia geral da sociedade dominada, à vontade dos acionistas da sociedade dominante, onde estão presentes todos os membros da família.

Nessa medida, pode afirmar-se que o administrador de sociedade *holding* torna-se como que um nuncio da vontade dos titulares de participações sociais da sociedade-filha, já que os destinos desta última são conduzidos por ambos os acionistas.

⁽²⁴⁾ FILIPE BARREIROS/JOSÉ COSTA PINTO, «As empresas familiares — perspetivas da sua evolução de 2013 a 2023», cit., 211.

VIII — O risco assinalado corresponde ao perigo de um *desvio funcional*.

No caso ilustrado, o desvio concretiza-se no exercício da posição jurídica de administrador para obter uma vantagem que não seria possível enquanto acionista.

Nas sociedades familiares, este problema de agência é típico do denominado «*siblings partnership stage*», momento em que a propriedade e gestão já não estão nas mãos do fundador, mas sim dos seus filhos. Nesta fase, «*as questões de governo tornam-se mais complexas, sendo necessário manter a harmonia entre irmãos, formalizar processos negociais, estabelecer canais de comunicação eficientes entre os membros da família e assegurar os planos de sucessão para os lugares-chave na empresa*»⁽²⁵⁾.

E acrescenta-se: garantir que o exercício dos poderes de administração — necessariamente repartidos pela extirpe sucessória — não conduzem à apropriação indevida da empresa familiar por uns herdeiros em detrimento de outros.

5. A praxis de governo societário e as relações *uberrimae fidei*

I — Nestas breves reflexões, detenhamo-nos por fim na concretização do padrão normativo de conduta exigível *ex bona fide* aos acionistas/administradores da realidade societária que nos ocupa (elemento também presente no caso *supra* ilustrado).

As exigências ético-normativas da boa fé pautam o comportamento devido pelos administradores no exercício das suas funções e também o exercício, pelos acionistas, das posições jurídicas que integram o seu *status socii*.

Pode, portanto, falar-se na lealdade devida pelos administradores à sociedade e aos acionistas e na lealdade devida pelos acionistas entre si e à própria sociedade.

II — As concretas exigências ético-jurídicas decorrentes de um comportamento leal e probro não são sempre as mesmas. A existência de uma relação de confiança especialmente intensa (*gesteigertes Vertrauensver-*

⁽²⁵⁾ ANA PERESTRELO DE OLIVEIRA, *Manual de governo das sociedades*, cit., 41.

hältnis) determina uma densificação normativa dos deveres em causa, a que a aplicação do Direito não é indiferente.

O padrão normativo de conduta exigível às partes *ex bona fide* não é, portanto, alheio à concreta relação de confiança existente entre os diversos atores sociais. Quando é especialmente intensa, dizemos que estamos perante uma hipótese de *uberrimae fidei*.

III — A recondução da lealdade devida à figura da *uberrimae fidei* tem sobretudo uma dimensão heurística⁽²⁶⁾. Mais do que uma classificação conceptual, está em causa a determinação de solução justa no caso concreto, que a qualificação possibilita.

Contudo, não é possível traçar aprioristicamente os contornos de uma relação *uberrimae fidei*, como também não é possível proceder à ordenação de diferentes espécies e graus de intensidade com que ela se manifesta⁽²⁷⁾.

A qualificação *uberrimae fidei* opera uma *especial modelação do conteúdo* da relação em causa. De tal modelação resulta, como sublinha CARNEIRO DA FRADA⁽²⁸⁾, que o padrão de conduta exigível às partes é mais exigente do que aquele que pauta as normais relações jurídicas.

IV — Temos, portanto, que num cenário *uberrimae fidei*, os deveres de lealdade são especialmente gravosos. Das partes exige-se não só a conduta expectável de regular comércio jurídico, mas algo mais que pode ultrapassar a medida estrita da *regula* jurídica.

Por outras palavras: ante uma relação *uberrimae fidei*, o padrão ético normativo de conduta densifica-se. Torna-se expectável das partes uma conduta que supere a atuação honesta e lista que se exige na normalidade do comércio⁽²⁹⁾: «*em muitos casos a mera invocação do cumprimento,*

⁽²⁶⁾ PEDRO DE ALBUQUERQUE/DIOGO COSTA GONÇALVES, “O impedimento do exercício do direito de voto como proibição genérica de atuação em conflito”, *RDS* III (2011) 3, 657-712, 691, ss.

⁽²⁷⁾ Neste sentido, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, 2004, 544 e ss. Estamos, portanto, diante de um campo onde a *sistemática móvel* mais pode frutificar.

⁽²⁸⁾ MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, cit., 549.

⁽²⁹⁾ Supremo Tribunal de Justiça (Ac. 18-11-2008, Revista n.º 2429/08 — 2.ª Secção; Santos Bernardino (Relator), conforme se pode ler *infra*: <<http://www.stj.pt/index.php/jurisprudencia-42213/basedados>>. «*Essa especial relação complexa, de confiança mútua e dominada pelo intuitus personae, impõe à instituição financeira padrões profissionais e éticos elevados, traduzidos em deveres de protecção dos legítimos interesses do cliente, em consonância com os ditames da boa fé: deveres de diligência e cuidado, deveres de alerta, aviso, advertência e prevenção para certos riscos e sua repartição, deveres de informação, deveres de discrição, sigilo ou segredo profissional, cuja inobservância ou violação poderá pôr em causa a uberrima fides do cliente e o intuitus personae da relação e originar a responsabilidade da instituição financeira imprudente ou não diligente*».

apertis verbis, *das disposições normativas não chega para afastar a violação de deveres de lealdade que, no caso concreto, podem obrigar praeter legem mas secundum jus*»⁽³⁰⁾.

V — Ora, as sociedades familiares são marcadas pela especial intensidade da relação de confiança existente entre os seus membros: são o paradigma de uma relação societária *uberrimae fidei*.

É exigível às partes — administradores e acionistas —, não só a lealdade que se lhes impõe enquanto tais, mas ainda o respeito devido pelo escopo familiar e sucessório da sociedade em presença.

Como dissemos, as relações intra-societárias surgem marcadas por uma especial intensidade dos *deveres fiduciários*: a lealdade devida pelos acionistas e administradores, na sociedade familiar, é uma lealdade perpassada pela própria dimensão ética da família e das relações que os seus membros estabelecem.

Reitere-se: se a estrutura societária serve para organizar as relações familiares de natureza patrimonial, então, a especial relação de confiança entre os membros da família não pode deixar de repercutir-se no exercício das posições jurídicas societárias.

VI — Do ponto de vista prático, sucede amiúde que a coincidência pessoal entre a propriedade e a gestão é acompanhada por uma *praxis* de consensualizar as decisões respeitantes ao negócio familiar que, no fim do dia, a todos interessa e pertence. Nessa medida, o quadro dogmático facultado pela *uberrimae fidei* surge, assim, especialmente reforçado⁽³¹⁾.

⁽³⁰⁾ PEDRO DE ALBUQUERQUE/DIOGO COSTA GONÇALVES, “O impedimento do exercício do direito de voto como proibição genérica de atuação em conflito”, *cit.*, 692. No mesmo sentido, MANUEL CARNEIRO DA FRADA, *Teoria da confiança*, *cit.*, 2004, 544: «o reconhecimento de que existem contratos que envolvem uma confiança mais intensa do que aquela que se deposita ordinariamente no plano geral e diferenciado do tráfico contratual (...) pode justificar um tratamento diferenciado por parte da ordem jurídica».

⁽³¹⁾ Uma das projeções mais relevantes do que acabamos de assinalar pode ser encontrada em sede de competência *ex bona fide* da assembleia geral. Nem todas as competências que *in abstracto* se reconhecem à administração podem ser exercidas *in concreto*, por uma determinada administração. A migração de competências do conselho de administração para a assembleia geral começou a ser particularmente discutida nos sistemas jurídicos continentais há já quase 40 anos, a propósito da famosa decisão *Holzmüller* (BGH, 25-fev.-1982, ZR 174/80) onde se entendeu que a administração não podia decidir sobre um assunto que afetava a estrutura da própria sociedade, ao envolver a transmissão de um ativo tão relevante e a reestruturação da sua titularidade. Tais matérias — ainda que formalmente de gestão — deveriam ser remetidas aos sócios. Entre nós, a doutrina *Holzmüller* foi reconduzida aos deveres fiduciários da administração, entendendo-se que os administradores violam os deveres de lealdade — art. 64.º/1 b) — se, perante uma matéria de gestão estruturante da sociedade, a não remetem

VII — A recondução de certa relação à dogmática da *uberrimae fidei* tem inegáveis repercussões. Começemos por ponderar as que se encontram diretamente relacionadas com a conduta exigível aos acionistas *qua tale*.

No moderno Direito societário, não se duvida da existência de deveres de lealdade entre os sócios, *na qualidade de sócios*⁽³²⁾, independentemente de a posição acionista ser direta ou indireta, ou seja, se detida diretamente pelo próprio ou intermediada por outro sujeito.

A primeira atuação que a boa-fé impõe aos acionistas — exista ou não uma relação *uberrimae fidei* —, é a abstenção de condutas emulativas dos interesses dos demais acionistas, lesando as suas posições de vantagem ou obtendo uma expropriação prática da sua participação social.

VIII — A conformação da conduta também pode ser obtida através do manuseamento dos deveres de lealdade relativamente aos quais os administradores se encontram adstritos.

A administração das sociedades é uma atividade estruturalmente fiduciária. Como explicámos noutra lugar, a administração representa sempre uma *imissio in alienum e ad alienum*⁽³³⁾, razão pela qual os

aos sócios. Introduziu-se, assim, a figura da competência *ex bona fide* da assembleia geral, construída sobre um exercício vinculado da possibilidade prevista no art. 373.º/3. Em causa está, como recorda MENEZES CORDEIRO, um «alargamento da competência da assembleia geral, por exigência do sistema», alargamento esse que — por depender da concretização dos ditames da boa-fé objetiva — redundava numa hipótese de «competência *ex bona fide*» (ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *SA: assembleia geral e deliberações sociais*, 2007, 139.). A liberdade de atuação prevista no art. 373.º/3 torna-se, nestes casos, de *exercício vinculado* porquanto os deveres de lealdade impõem, justamente, essa convocação. O reconhecimento de uma competência *ex bona fide* da assembleia geral exige que se identifiquem quais as decisões que não podem deixar de ser da *propriedade* (e não da gestão). Muito embora a solução seja evidentemente casuística, há algumas ponderações que ajudam a essa concretização. Em primeiro lugar, importa atender à estrutura acionista e ao tipo de acionista em causa. Assim, e por exemplo, uma pequena realidade familiar intensifica os deveres de lealdade e favorece essa migração de competências para o fórum da família que é, por vezes, a assembleia geral. Em segundo lugar, a *praxis* de governo. Se a administração — formal ou informalmente — fez da remissão para os acionistas a sua prática, existe a legítima expectativa de que a AG não seja ignorada, sobretudo em matérias que conservam com as pretéritas uma relevância análoga. A valoração subjacente é semelhante à que preside à figura do *venire contra factum proprium*: seria uma contradição de condutas lesiva da confiança legitimamente fundada negar aos acionistas aquela participação na vida da sociedade que a *praxis* da gestão confirmou. Por fim, é necessário atender à deliberação isoladamente considerada e ao seu impacto na vida societária. Quanto mais nuclear for a decisão na atividade societária, na sua solvabilidade ou no seu posicionamento no mercado, por exemplo, com maior intensidade se sentirá o dever de devolver o palco aos acionistas.

⁽³²⁾ Por todos, ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, *Direitos das sociedades*, I (*Parte Geral*), 4.ª ed., 2020, 414 e ss. e PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A Participação social nas sociedades comerciais*, *cit.*, 312, ss.

⁽³³⁾ Assim, constitui uma imprecisão técnico-jurídica falar em administração de bens próprios, porquanto a administração exige, sempre, uma estrutura de alienidade. Com efeito, mesmo nos

deveres dos administradores são sempre deveres de gestão *uberrimae fidei*⁽³⁴⁾.

Recorde-se o que acertadamente sublinha CARNEIRO DA FRADA: «*se todos os sujeitos estão adstritos a deveres de lealdade na sua vida de relação, o administrador encontra-se colocado perante uma lealdade qualificada, derivada da função que exerce no que respeita a interesses alheios*»⁽³⁵⁾.

IX — Mais: casos há em que se verifica uma dupla qualidade de sócio-gestor ou sócio-administrador o que, como é bom de ver, se traduz também num fator de intensificação dos deveres de lealdade:

«*O sócio gestor — recorda PEDRO PAIS VASCONCELOS — está vinculado ao dever de lealdade enquanto sócio e, bem assim, aos deveres de diligência (de cuidado) e de lealdade como gestor. Estes deveres não se somam, mas cada um agrava o outro. Se os deveres de diligência e de lealdade do gestor se intensificam pela sua qualidade de sócio, também o dever de lealdade dos sócios se torna mais exigente pela cumulação com o exercício de funções de gestão (...). Ao ser apreciada a sua actuação em sede de dever de lealdade, o grau de exigência pode e deve ser mais severo*»⁽³⁶⁾.

Em suma: o desempenho de funções inerentes aos cargos de administração em contexto familiar intensifica — de forma especialmente substantiva — os deveres de lealdade, impondo assim a adoção de condutas especialmente probas, retas e listas.

casos em que há apenas um sócio e um administrador, não deixa de se estar perante uma estrutura de alienidade mercê da personificação das sociedades que apartam a pessoa do sócio / administrador da pessoa da sociedade. As situações jurídicas são *da* sociedade e não *do* sócio. Não se diga por isso que, no caso, a gestão de bens alheios é uma ficção, uma vez que o administrador é titular de 50%. Na verdade, independentemente da composição do capital, a sociedade familiar corresponde a um prolongamento da família, havendo, nessa medida, uma funcionalização da sociedade em função do interesse da família. Num certo sentido, pode-se afirmar que a família modela o interesse social, ajustando aos intentos que, hoje, a família tem. Aliás, num contexto familiar, os bens são “ainda mais alheios”, porque a nota da personalização é mais intensa. *Vide* o nosso *Pessoa coletiva e sociedade comerciais, cit.*, 826-828.

⁽³⁴⁾ Com desenvolvimento, o nosso *Pessoa coletiva e sociedade comerciais, cit.*, 868, ss.

⁽³⁵⁾ MANUEL A. CARNEIRO DA FRADA, “A *business judgement rule* no quadro dos deveres gerais dos administradores”, *Forjar O Direito*, 2015, 317, ss.

⁽³⁶⁾ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *A participação social nas sociedades comerciais, cit.*, 366.