

**REVISTA SEMESTRAL DE
DIREITO EMPRESARIAL**

Nº 34

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

Rio de Janeiro
Janeiro / Junho de 2024

Publicação do Departamento de Direito Comercial e do Trabalho da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro

EDITORES: Sérgio Campinho (Graduação, UERJ, Brasil) e Mauricio Moreira Menezes (Doutor, UERJ, Brasil).

CONSELHO EDITORIAL: Alexandre Ferreira de Assumpção Alves (Doutor, UERJ, Brasil), Ana Frazão (Doutora, UNB, Brasil), António José Avelãs Nunes (Doutor, Universidade de Coimbra, Portugal), Carmen Tiburcio (Doutora, UERJ, Brasil), Fábio Ulhoa Coelho (Doutor, PUC-SP, Brasil), Jean E. Kalicki (Doutor, Georgetown University Law School, Estados Unidos), John H. Rooney Jr. (Doutor, University of Miami Law School, Estados Unidos), Jorge Manuel Coutinho de Abreu (Doutor, Universidade de Coimbra, Portugal), Luiz Edson Fachin (Doutor, UFPR, Brasil), Marie-Hélène Monsérié-Bom (Doutora, Université Paris 2 Panthéon-Assas, França), Paulo Fernando Campos Salles de Toledo (Doutor, USP, Brasil), Peter-Christian Müller-Graff (Doutor, Ruprecht-Karls Universität Heidelberg, Alemanha) e Werner Ebke (Doutor, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, Alemanha).

CONSELHO EXECUTIVO: Carlos Martins Neto (Doutor, UERJ, Brasil) e Mariana Pinto (Doutora, UERJ, Brasil) – Coordenadores. Guilherme Vinseiro Martins (Doutor, UFMG, Brasil), Leonardo da Silva Sant’Anna (Doutor, FIOCRUZ, Brasil), Livia Ximenes Damasceno (Mestre, Centro Universitário Christus, Brasil), Mariana Campinho (Mestre, Columbia Law School, Estados Unidos), Mariana Pereira (Pós-graduada, UERJ, Brasil), Mauro Teixeira de Faria (Doutorado em andamento, UERJ, Brasil), Nicholas Furlan Di Biase (Mestre, UERJ, Brasil) e Rodrigo Cavalcante Moreira (Mestre, UERJ, Brasil).

PARECERISTAS DESTES NÚMERO: Angelo Prata de Carvalho (Doutor, UnB, Brasil), Carlos Eduardo Koller (Doutor, PUC-PR, Brasil), Fernanda Versiani (Doutora, UFMG, Brasil), Gerson Branco (Doutor, UFRS, Brasil), Jacques Labrunie (Doutor, PUC-SP, Brasil), Maíra Fajardo Linhares Pereira (Doutora, UFJF, Brasil), Marcelo de Andrade Féres (Doutor, UFMG, Brasil), Marcelo Luar Leite (Doutor, UFERSA, Brasil), Rafael Vieira de Andrade de Sá (Mestre, FGV-SP, Brasil), Raphaela Magnino Rosa Portilho (Doutora, UERJ, Brasil), Ricardo Villela Maíra Alves da Silva (Doutor, UERJ, Brasil), Sergio Marcos Carvalho de Ávila Negri (Doutor, UFJF, Brasil), Thalita Almeida (Doutorado em andamento, UERJ, Brasil), Uínie Caminha (Doutora, UNIFOR, Brasil) e Victor Willcox de Souza Rancaño Rosa (Doutor, UERJ, Brasil).

Contato: Av. Rio Branco, nº 151, grupo 801, Centro – Rio de Janeiro-RJ. CEP: 20.040-006. E-mail: rsde@rsde.com.br ou conselho.executivo@rsde.com.br. Telefone (21) 3479-6100.

PATROCINADORES:



ISSN 1983-5264

CIP-Brasil. Catalogação-na-fonte
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

Revista semestral de direito empresarial. — n° 34 (janeiro/junho 2024)
. — Rio de Janeiro: Renovar, 2007-.

v.

UERJ
Campinho Advogados
Moreira Menezes, Martins Advogados

Semestral

1. Direito — Periódicos brasileiros e estrangeiros.

94-1416.

CDU — 236(104)



Obra Licenciada em Creative Commons
Atribuição - Uso Não Comercial - Compartilhamento
pela mesma Licença

BREVES NOTAS SOBRE O GOVERNO DAS SOCIEDADES FAMILIARES¹

BRIEF NOTES ON THE GOVERNANCE OF FAMILY BUSINESSES

*Diogo Costa Gonçalves**

Resumo: As sociedades familiares são uma realidade sócio-económica incontornável e muito relevante no mercado. Neste breve estudo, procuramos apontar os principais critérios axiológicos que devem presidir aos conflitos societários baseados na assimetria de poder entre as diversas estirpes sucessórias.

Palavras-chave: Família. Sociedade. Lealdade. Propriedade. Gestão. *Uberrimae fidei*.

Abstract: Family companies are an unavoidable socio-economic reality and especially relevant. In this article we try to point out the main axiological vectors that should govern corporate disputes based on asymmetry of power between the various succession strains.

¹ Artigo recebido em: 24.05.2024 e aceito em: 21.02.2024.

* Professor Associado da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa e membro do Conselho Diretivo do Centro de Investigação de Direito Privado. Em 2014, apresentou-se a provas de doutoramento com tese Pessoa coletiva e sociedades comerciais – Dimensão problemática e coordenadas sistemáticas da personificação jurídico-privada (Almedina, 2015). Em 2008, concluiu o Mestrado, defendendo a dissertação Fusão, Cisão e Transformação de Sociedades Comerciais – A posição jurídica dos sócios e a delimitação do statuo viae (Almedina, 2009). Licenciou-se pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, em 2003. Desde 2010, vem realizando períodos de investigação regulares junto Max Planck Institute for Comparative and International Private Law, em Hamburgo. As publicações mais relevantes versam os temas da Teoria Geral do Direito Civil, do Direito das Obrigações, do Direito das Sociedades Comerciais e do Mercado de Capitais e do Direito da Arbitragem. A par da carreira académica desenvolve uma intensa atividade como Jurisconsulto e Árbitro, trabalhando, para além de Portugal, com as jurisdições vários países lusófonos (sobretudo, com as jurisdições do Brasil, Angola e Moçambique). E-mail: dcg@costagoncalves.com

Keywords: Family. Company. Loyalty. Property. Management. *Uberrimae fidei.*

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

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 sentido 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 à uma progressiva autonomização de um “Direito das Sociedades Familiares” (*Recht der Familiengesellschaften*),² 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 míngua 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.

1. O conceito de sociedade familiar (Familiengesellschaft).

I – As empresas familiares são uma realidade empírica de que se ocupam as ciências económicas e sociais.³ Traduzem-se, porém,

2 Veja-se, por exemplo, as seguintes obras coletivas: HOMMELHOFF, Peter *et al.* *Familiengesellschaften*. Köln: Schmidt, 2000 e VOGT, Hans-Ueli; FLEISCHER, Holger; KALSS, Susanne. *Recht der Familiengesellschaften*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2017.

3 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 em-

num fenómeno jurídico onde a específica articulação dos elementos *empresa, propriedade e família*⁴ dá corpo à chamada *sociedade familiar (Familiengesellschaft)*.

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.⁵

II – O critério agregador do conceito é a noção *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.*».⁶

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.

presas familiares *vide* DE OLIVEIRA PERESTRELO, Ana. *Manual de governo das sociedades*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 35.

4 Neste sentido BARREIROS, Filipe; PINTO, José Costa. As empresas familiares – perspectivas da sua evolução de 2013 a 2023. In: PINTO, José Costa. A emergência e o futuro do corporate governance em Portugal. Coimbra: Edição Almedina, p. 203-226, 2013. p. 205 e 206, seguindo uma sistematização proposta por TAGUIRI, Renato; DAVIS, John. Bivalent Attributes of the Family Firm. *Family Business Review*, Lubbock, v. IX, n. 2, 1996, p.199 e ss.

5 Sobre os modelos de decisão, veja-se o nosso GONGALVES, Diogo Costa. *Pessoa coletiva e sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina, 2019. p. 985 e ss.

6 PERESTRELO, Ana. *Manual de governo das sociedades*. Coimbra: Almedina, 2017. p. 36.

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 alienidade⁷ ou da cooperação necessária nos contratos de organização,⁸ por exemplo.

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

7 Com desenvolvimento, veja-se o nosso GONGALVES, Diogo Costa. *Pessoa coletiva e sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina, 2019. p. 921 e ss.

8 Vide CORDEIRO, António Menezes. *Direito Comercial*. Coimbra; Almedina, 2019. p. 734 e ss.

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.⁹

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 típicos 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 *admi-*

⁹ Veja-se, para melhor enquadramento, MORAIS, Daniel. *Revolução sucessória* – Os institutos alternativos ao testamento no séc. XXI. Coimbra: Almedina, 2018.

*nistradores devem lealdade aos sócios, servindo os seus interesses, objetivados na concreta estrutura jurídica de alienidade facultada pela personificação coletiva».*¹⁰

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*.

2. 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 no Direito.¹¹

Quer o tipo, quer o conceito são realidades intelectuais compostas, integradas por diversos elementos.

10 Cfr. GONGALVES, Diogo Costa. *Pessoa coletiva e sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina, 2019. p. 882.

11 DE VASCONCELOS, Pedro Pais. *Participação social nas Sociedades Comerciais*. Coimbra: Almedina, 2019. p. 37 e ss.

II – 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*.¹²

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 lógicodedutiva¹³.

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.

12 WANK, Rolf. *Die juristische Begriffsbildung*. Verlagsort: München, 1985. p. 126127.

13 STRACHE, KarlHeinz. *Das Denken in Standards*. Berlin: Duncker & Humblot, 1968, 35 e WANK, Rolf., *Op. Cit.*, p. 131.

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).»¹⁴.

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

Quando assim acontece, o interprete-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.

14 DE ABREU, Jorge Coutinho. *Curso de Direito Comercial*, II, 6.^a ed.. Coimbra: Almedina, 2020. p. 64.

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 capitais¹⁵, 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 comercial¹⁶.

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.

15 Vide DE ABREU, Jorge Coutinho. *Curso de Direito Comercial*, II, 6.ª ed.. Coimbra: Almedina, 2020. p. 76 e ss.

16 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, cfr. GONGALVES, Diogo Costa. *Pessoa coletiva e sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina, 2019.

243.º a 245.º. Contudo, o regime é pacificamente aplicado, por analogia, às sociedades anónimas,¹⁷ sobretudo em sociedades *personalizadas*, em que a estrutura 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,¹⁸ estranho às sociedades de capitais e, por isso, omissa 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 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*».¹⁹

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.²⁰

17 CORDEIRO, António Menezes. *Direito das Sociedades*, II (*Das Sociedades em Especial*). Coimbra: Almedina, 2014. p. 584. DUARTE, Rui Pinto. Suprimentos, prestações acessórias e prestações suplementares: nota e questões. *In*: Problemas de Direito das Sociedades. Coimbra: Almedina, 2008. p. 266 e ss.

18 FERREIRA, Juliano. *O Direito de Exclusão de Sócio na Sociedade Anónima*, Coimbra: Almedina, 2009. p. 47-55 e 120 e ss, onde o Autor chama a atenção para a natureza *peçoal* quanto à incidência e *extintiva* quantos aos efeitos. O Autor defende que «*a sociedade anónima pequena ou fechada caracterizar-se-ia por um intuitus personae*» (*Ibidem*, p. 51-52), 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*.

19 *Ibidem*, p. 123-124.

20 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*

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 no apuramento da resposta que o Direito dá ao caso concreto.

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

I – Os ditos problemas de agência²¹ (*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.

sociedades anónimas familiares [...]: ANTUNES, José Engrácia. *Direito das Sociedades*, 6.^a ed. Porto: [s.n.], 2016. p. 151.

21 Vide, por todos, GOMES, José Ferreira. *Da administração à fiscalização das sociedades*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 32 e 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.

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,²² 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 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

22 Vide DE ABREU, Jorge Coutinho. *Curso de Direito Comercial*, II, 6.ª ed.. Coimbra: Almedina, 2020. p. 64 e ss.

iguais por dois sujeitos, da mesma família, sendo um deles administrador(único) dessa *holding* que detém 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*. Donde, 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 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.²³ 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.²⁴

23 Para uma análise musculada, com abundantes referências, GOMES, José Ferreira. *Da administração à fiscalização*. Coimbra: Almedina, 2015. p. 32 e ss.

24 Veja-se, neste particular, o regime constante no art. 3.º da Lei n.º 50/2020 de 25-ago., através

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.

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).²⁵

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 e ss do RGICSF. Com referências, veja-se o nosso GONÇALVES, Diogo Costa. A remuneração dos administradores das instituições de crédito – o comité de remunerações. *RDS*, v. VII, n. 3/4, p. 509-533, 2015.

25 ALBUQUERQUE, Pedro; GONÇALVES, Diogo Costa. O impedimento do exercício do direito de voto como proibição genérica de atuação em conflito. *RDS*, v. III, n. 3, p. 657-712, 2011. p. 691 e ss. p. 211.

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.

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».²⁶

E acrescente-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.

26 DE OLIVEIRA PERESTRELO, Ana. Manual de governo das sociedades. Coimbra: Almedina, 2017. p. 41.

4. 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*.

Podem, 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 probo não são sempre as mesmas. A existência de uma relação de confiança especialmente intensa (*gesteigertes Vertrauensverhältnis*) 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.²⁷ Mais do que uma classificação conceptual, está em causa a determinação de solução justa no caso concreto, que a qualificação possibilita.

27 ALBUQUERQUE, Pedro; GONÇALVES, Diogo Costa. O impedimento do exercício do direito de voto como proibição genérica de atuação em conflito. *RDS*, v. III, n. 3, p. 657-712, 2011. p. 691 e ss.

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.²⁸

A qualificação *uberrimae fidei* opera uma *especial modelação do conteúdo* da relação em causa. De tal modelação resulta, como sublinha Carneiro da Frada,²⁹ 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:³⁰ «em muitos casos a mera invocação do cumprimento, apertis verbis, das disposições normativas

28 Neste sentido, DA FRADA, Manuel Carneiro. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 544 e ss. Estamos, portanto, diante de um campo onde a *sistemática móvel* mais pode frutificar.

29 DA FRADA, Manuel Carneiro. *Teoria da confiança e responsabilidade civil*. Coimbra: Almedina, 2004. p. 549.

30 PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Ac. 18-11-2008. Relator: Santos Bernadinho. *Revista n.º 2429/08*, 2008. 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.»

*não chega para afastar a violação de deveres de lealdade que, no caso concreto, podem obrigar praeter legem mas secundum jus».*³¹

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 reforçado³².

31 ALBUQUERQUE, Pedro; GONÇALVES, Diogo Costa. O impedimento do exercício do direito de voto como proibição genérica de atuação em conflito. *RDS*, v. III, n. 3, p. 657-712, 2011. p. 692. No mesmo sentido, DA FRADA, Manuel Carneiro, *Op. Cit.*, p. 544: «o reconhecimento de que existem contratos que envolvem uma confiança mais intensa do que aquela que se deposita ordinariamente no plano geral e indiferenciado do tráfico contratual [...] pode justificar um tratamento diferenciado por parte da ordem jurídica.».

32 Uma das projeções mais relevantes do que acabamos de assinalar pode ser encontrada em

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

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 *Holz Müller* (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 *Holz Müller* 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 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*» (CORDEIRO, António Menezes, SA: assembleia geral e deliberações sociais Coimbra: Almedina, 2007. p. 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.

No moderno Direito societário, não se duvida da existência de deveres de lealdade entre os sócios, *na qualidade de sócios*³³, 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 noutro lugar, a administração representa sempre uma *imissio in alienum* e *ad alienum*,³⁴ razão pela qual os deveres dos administradores são sempre deveres de gestão *uberrimae fidei*.³⁵

33 Por todos, CORDEIRO, António Menezes. *Direitos das sociedades*, I (Parte Geral), 4.ª ed. Coimbra: Almedina, 2020. p. 414 e ss. e DE VASCONCELOS, Pedro Pais. *Participação social nas Sociedades Comerciais*. Coimbra: Almedina, 2019. p. 312 e ss.

34 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 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 GONGALVES, Diogo Costa. *Pessoa coletiva e sociedades comerciais*. Coimbra: Almedina, 2019. p. 826-828.

35 Com desenvolvimento, o nosso *Ibidem*, p. 868 e ss.

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.»³⁶

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.³⁷

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.

36 FRADA, Manuel A. Carneiro da. A business judgement rule no quadro dos deveres gerais dos administradores. *Revista da Ordem dos Advogados*, v. 67, n. 1, p. 159-205, 2015. p. 317 e ss.

37 DE VASCONCELOS, Pedro Pais. *Participação social nas Sociedades Comerciais*. Coimbra: Almedina, 2019. p. 366.