

ADMINISTRADOR DE FACTO E REPRESENTAÇÃO DAS SOCIEDADES

RICARDO COSTA

1. Ser administrador de facto *relevante e legitimado* de sociedades comerciais

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

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

Porém, tal apreensão não é suficiente.

É preciso asseverar que a mera assunção de certas qualidades ou a existência de certas condições conjugadas com o exercício de funções administrativas e/ou a influência sobre a prática dos actos de gestão não

conferem um estatuto de administrador de facto *virtual* ou *latente* da sociedade a que tal gestão se refere. Antes, estaremos perante um administrador de facto *potencial*; portanto, *a comprovar em concreto, de forma exigente e qualificada*, se forem verificados *determinados pressupostos ou requisitos de legitimação do sujeito em causa e conseqüente aquisição da qualidade de administrador de facto relevante para aplicação da disciplina jussocietária e outras*.

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

Muito menos basta a mera invocação de alguns comportamentos *formal ou materialmente* integrados ou próximos da administração de direito (ou de facto) de uma sociedade para, a partir daí, *inferir sem mais que estamos, com relevo jurídico-normativo, perante um sujeito que se apropriou sem título das funções de administração ou influenciou de forma vinculativa ou determinante o exercício das funções de administração por quem de direito*. Esse salto assente numa *presunção de administração de facto, sem prova adicional, sem requisitos de legitimação e sem a constituição de um título funcional a favor do averiguado administrador sem título formal* não é aceitável e não é admissível.

Tanto numa como noutra das espécies fundamentais de administração de facto – *directa ou na primeira pessoa; indirecta ou por interposta pessoa ou “na sombra” (shadow director)*¹ –, não basta surpreender uma administração de facto *sob o ponto de vista funcional* – ainda que só se possa avançar uma vez

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

¹ V., com vários detalhes e categorias, Ricardo COSTA, *Os administradores de facto das sociedades comerciais*, Coimbra: Almedina, 2014, 646 s.

perfilado o sujeito pela sua integração (e *de facto*, pois) na gestão da sociedade. É necessário sujeitar essa conduta ao *crivo* da concorrência de um elenco de “idóneos parâmetros selectivos”² observados na actuação do sujeito candidato a essa qualidade de administrador de facto. Serão esses pressupostos ou critérios que, uma vez reunidos, legitimam a constituição da relação juridicamente relevante de administração de facto. Sem a sua sindicacão e registo da sua cumulaçãõ em concreto, não é de julgar que a mera actuaçãõ como se fosse administrador, desprovido de uma nomeaçãõ regular e formalmente legítima, tenha consequências e mobilize o regime que é próprio da relação administrativa ou (como acontece no CIRE) do estatuto de administrador de facto previsto na lei; estaremos então perante um terceiro, mero *extraneus* em relação à sociedade e à sua estrutura organizatória e funcional, cujo comportamento não observou, para além da inexistência de título, os requisitos necessários para a gênese da *condição jurídica de administrador e o reconhecimento da valência societária da actividade que realize*.

Na verdade, 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. A saber³: (1) actuação positiva no círculo de 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 apenas activado no campo das relações externas e estiver isolado por não ter havido participação no acto de gestão-decisão interna que serviu de base ao acto representativo) – *intensidade qualitativa*⁴; (2) com a autonomia própria do administrador (em relação permanente com a *intensidade da política estratégica e global*)⁵; (3) em regra de forma sistemática e continuada (ainda que, excepcionalmente, esporádica desde que expressiva), radicada numa vontade ou motivação de actuar como administrador ou influir na acção dos administradores sem assumir os efei-

² Niccolò ABRIANI, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, Milano: Giuffrè (Quaderni di Giurisprudenza Commerciale), 1998, 222.

³ Desenvolvidamente, v. Ricardo COSTA, *Os administradores de facto*, 658 s.

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

⁴ Ricardo COSTA, *Os administradores de facto*, 671 s., esp. 732 s. e 745 s.

⁵ Ricardo COSTA, *Os administradores de facto*, 782 s.

tos típicos da situação jurídica disciplinada pela lei – *intensidade quantitativa*;⁶ (4) com a aceitação/tolerância da sociedade (do seu ou seus sócios e/ou do ou dos administradores de direito).⁷⁻⁸

Por outro lado, no que respeita à administração de facto *indirecta*, os requisitos preservam um mesmo *grau de exigência*. Em primeiro lugar, a *influência* própria de tal conduta terá que se projectar *primariamente* em actos de “alta direcção” dos administradores de direito e/ou dos administradores de facto directos. Em segundo lugar, estaremos perante directivas e instruções que, deixando de estar num plano simplesmente *consultivo e conservador da liberdade de decisão do administrador de direito*, se convertem em *ordens a cumprir* e se jogam no contexto de uma *imposição* sobre os administradores *condicionados*, ou, no caso de o administrador de direito ser *reactivo*, se traduzem numa influência *determinante* ou *intensiva* (“bastante”, portanto) sobre

⁶ Ricardo COSTA, *Os administradores de facto*, 829 s.

⁷ Ricardo COSTA, *Os administradores de facto*, 838 s.

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

Para confirmações desses requisitos (também para o que de imediato se sustenta para a administração de facto *indirecta*), v. Coutinho de ABREU – Elisabete RAMOS, *Responsabilidade civil de administradores e de sócios controladores (Notas sobre o art. 379.º do Código do Trabalho)*, Coimbra: Almedina (*Miscelâneas* n.º 3 – IDEI), 2004, 40 s.; Coutinho de ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores de sociedades*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina (*Cadernos* n.º 5 – IDEI), 2010, 99 s.; Rui Pereira DIAS, *Responsabilidade por exercício de influência sobre a administração de sociedades anónimas – Uma análise de direito material e direito de conflitos*, Coimbra: Almedina, 2007, 128 s., esp. 131-133; Maria de Fátima RIBEIRO, *A tutela dos credores da sociedade por quotas e a “desconsideração da personalidade jurídica”*, Coimbra: Almedina, 2009, 468 s., esp. 473 s.; João Santos CABRAL, “A responsabilidade tributária subsidiária do administrador de facto”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Manuel Henrique Mesquita*, vol. I, Coimbra: Coimbra Editora (Studia Iuridica 95; Ad Honorem 4), 2009, 275 e s. (esp. 284-285); José Ferreira GOMES, “Conflitos de interesses entre accionistas nos negócios celebrados entre a sociedade anónima e o seu accionsita controlador”, in *Conflito de interesses no direito societário e financeiro – Um balanço a partir da crise financeira*, Coimbra: Almedina, 2010, 152 s.; Ana Perestrelo de OLIVEIRA, *Grupos de sociedades e deveres de lealdade. Por um critério unitário de solução do “conflito de grupo”*, Coimbra: Almedina, 2012, 557-559, 560 s.; IDEM, “Administração de facto: do conceito geral à sua aplicação aos grupos de sociedades e outras situações de controlo interempresarial”, in *A designação de administradores*, Coimbra: Almedina (Coleção Governance Lab), 2015, 228 s.

o perímetro de decisão e actuação executiva do administrador de direito.⁹ Em ambas as circunstâncias, finalmente, sempre deveremos ter uma *intensidade finalística* aquando da materialização do poder de quem está na sombra, de tal sorte que a regra é o *acatamento habitual e sistemático dessas ordens e instruções por parte do destinatário*, ou seja, o *administrador de direito e/ou o administrador de facto directo*.¹⁰

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

É essa averiguação que surpreende a *administração de facto relevante* num conjunto de pessoas que detêm, em razão de uma relação ou função com a sociedade (a que chamei em devido tempo uma “qualidade de relação”¹²), um título que os habilita ou lhes permite participar na exploração da actividade social e/ou no funcionamento da sociedade ou a aceder às tarefas administrativas e, com isso, usufruir de uma parte ou grande parte do poder de administração (por ex., sócio, administrador de direito de outra sociedade, “director geral” com amplas atribuições, “gerente de comércio” de um ou vários estabelecimentos, trabalhador assalariado-subordinado com funções de direcção, credor forte, mandatário ou procurador para a celebração de negócios em nome da sociedade, agente comercial, consultor-prestador de serviços, contabilista “certificado”, concedente ou franquiador, parceiro negocial, etc.). É justamente a *natureza* e a *fisionomia* do exercício das funções e atribuições que se realizam pelo sujeito *oficiosamente* administrador que se configuram como instrumento para chegarmos a uma condição jurídica adicional e distintiva *sempre que o sujeito apresente essa outra condição, qualificação ou denominação jurídica na sua relação com a sociedade*.

⁹ Ricardo COSTA, *Os administradores de facto*, 654-655.

¹⁰ Para maior detalhe, v. ainda Ricardo COSTA, *Os administradores de facto*, 778 s.

¹¹ Designação de Karl LARENZ, *Metodologia da ciência do direito*, 2.^a ed., trad. José Lamego/rev. Ana de Freitas, 1983, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1989, 260 s., 566-567; orig. alemão: *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 5.^a ed., 1983.

¹² Ricardo COSTA, “Responsabilidade civil societária dos administradores de facto”, 30.

Não basta essa outra condição – e as suas circunstâncias ou outras *circunstâncias e situações que favorecem a administração de facto* –, mesmo que vista como *situação fenomenológica potencialmente típica de administração de facto*, para qualificar *por si só* e *como que automaticamente* o respectivo titular como administrador de facto¹³. Por outras palavras, se assim não fosse, 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. Ou, sob um outro prisma, alcançaríamos a qualidade de administrador de facto sempre que houvesse um título para desempenhar tarefas administrativas mas esse não fosse título *bastante e suficiente* para atribuir a condição de administrador.

É preciso algo mais. Serão justamente os “*critérios da administração de facto*” que conduzirão a esclarecer a posição *adicional* de quem tem ou teve uma ligação, directa ou indirecta, com a sociedade. E serão ainda e sempre esses *requisitos de legitimação* da administração de facto relevante que atribuirão a qualidade a todos aqueles que não apresentam nem nunca apresentaram ligação (orgânica ou outra) válida e eficaz com a sociedade e, *de forma ilegítima*, gerem a sociedade.¹⁴⁻¹⁵

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

¹⁴ V. Ricardo COSTA, *Os administradores de facto*, 64 s., 245 s. (para uma essencial distinção entre quem se encontra “radicalmente privado de legitimação orgânica” e quem está ferido pela “irregularidade do procedimento de investidura orgânica”).

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

2. Ser administrador de facto de sociedades comerciais *reconhecido pela lei*

O elenco e a descrição dos principais fenómenos societários onde se encontra a possibilidade de ocorrência de administração de facto¹⁶ permite-nos decifrar *atribuições legais de poderes de administração social a quem não usufrui de um título jurídico-formal de administrador de direito*. Com efeito, essa análise fenomenológica permite surpreender 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, *as normas pertinentes do CSC onde tais juízos se acomodam* podem – e devem, a meu ver – fundar-se numa interpretação *objectivo-actualista* dessas prescrições 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 sociedades¹⁷, aconselham a sobreposição do elemento *fáctico* na posição desses sujeitos.¹⁸

Ora, na lição hermenêutica de Castanheira Neves, “quando a realiza-

¹⁶ V. Ricardo COSTA, *Os administradores de facto*, 241-638.

¹⁷ Cfr. art. 9.º, 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».

¹⁸ 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 1.º, Coimbra: Coimbra Editora, 1954, segundo as lições do Prof. Doutor Fernando Pires de Lima ao 1.º ano da Faculdade de Direito, 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”, in *Digesta. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, volume 2.º, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, 364-365; Oliveira ASCENSÃO, *O Direito. Introdução e teoria geral*, 13.ª ed. refundida, Coimbra: Almedina, 2005, 399 s., 402 s.

ção 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 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”.¹⁹ Ou seja, 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”.²⁰

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 ex vi legis 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*²¹, reconhecem essa actuação ainda como actuação *orgânica, a título próprio*, sem *irregularidade* (ou, pelo menos, *irregularidade radical*) conotada enquanto tal pela lei.

Assim, são administradores de facto ou actuam no âmbito de administração de facto *por força da lei*:

- a. os administradores das sociedades directoras e dominantes em relação de grupo por contrato de subordinação ou domínio total – art. 504.º, n.ºs 1 e 2²²;
- 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. 391.º, n.º 4, 1.ª parte, e 425.º,

¹⁹ Castanheira NEVES, “Interpretação jurídica”, 373.

²⁰ Nas palavras de Baptista MACHADO, *Introdução ao direito e ao discurso legitimador*, Coimbra: Almedina, 1982 (reimp. 2008), pág. 191.

²¹ Karl LARENZ, *Metodologia da ciência do direito*, 421-422.

²² Ricardo COSTA, *Os administradores de facto*, 289 s., esp. 293-295.

- n.º 3, 1.ª parte (aplicação directa ou analógica)²³⁻²⁴;
- 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.º²⁵⁻²⁶;
- 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.º, n.ºs 1 e 2, e 470.º, n.º 4²⁷;
- 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.º, n.º 2, e 149.º, n.º 2²⁸.

Nestas várias circunstâncias, não se pode dizer que haja irregularidade – as normas legais servem para reconhecer *direito de cidadania* à administração de facto²⁹. 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”³⁰. Porém, julgo que deve reclamar-se para *este administrador de facto* o *prius* de tudo o resto: *o desempenho efectivo das funções e*

²³ Excepto se, por causa de caducidade temporal sincrónica, se aplicar o art. 253.º, n.º 1 (“falta definitiva” do gerente ou de todos os gerentes).

²⁴ Ricardo COSTA, *Os administradores de facto*, 385 s.

²⁵ Esse exercício é conjugado com o prazo legal de 30 dias para remover a incompatibilidade superveniente.

²⁶ Ricardo COSTA, *Os administradores de facto*, 399 s., esp. 403-404 e 412-413.

²⁷ Ricardo COSTA, *Os administradores de facto*, 477 s., esp. 488 s.

²⁸ Ricardo COSTA, *Os administradores de facto*, 611 s., esp. 618-619.

²⁹ No direito italiano, v. Marina SPiOTTA, “Fallimento, amministratore di fatto, responsabilità: osservazioni sul tema”, *Giur. It.*, (2006) 979-980.

³⁰ 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”) – por exemplo, no caso da administração diminuída pela incapacidade ou incompatibilidade supervenientes (cfr. Ricardo COSTA, *Os administradores de facto*, 414-415).

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 *irregular* e, em princípio, *inorgânica*, relativamente aos quais se terá que averiguar da subsistência dos tais pressupostos exigentes e adicionais – justamente aqueles que justificam a equiparação ao administrador de direito.

3. A redefinição extensiva do conceito de administrador de sociedade comercial

Aqui chegados, a concepção apreende-se mais simplesmente: um administrador de facto é, acima de tudo, *um administrador*³¹. Um administrador que se vê na superação da rigidez dos esquemas 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 surgimento³². 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

³¹ 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) 55.

Neste sentido se vislumbram também Stephen GRIFFIN, “Problems in the identification of a company director”, *NILQ*, (2003) 56, quando sustenta uma “definição unificada” de *ordinary director*, e Jesús QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima. Aspectos sustantivos*, Valladolid: Universidad de Valladolid – Secretariado de Publicaciones, 1985, 353, quando refere que o administrador, ainda que de facto, sempre “actua como administrador”.

³² Jesús QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima*, 353.

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 administrador³³ – 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 (acima de tudo como categoria *construída*) 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*.³⁴ Sendo assim, essa relação de sentido entre o conceito e a regulação continua a ser o instrumento para identificar, mesmo que num nexo 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”³⁵. 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 *de direito*³⁶ – e, em resultado, alargar a interpretação e a aplicação das disposi-

³³ Ricardo COSTA, *Os administradores de facto*, 135-136.

³⁴ Karl LARENZ, *Metodologia da ciência do direito*, 586-587.

³⁵ Karl LARENZ, *Metodologia da ciência do direito*, 587.

³⁶ Ricardo COSTA, *Os administradores de facto*, 46-48, esp. ns. 28-29, e p. 371 s., esp. 375 s.

ções 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*)³⁷. Este é o azimute para conduzir a uma equiparação e à *igualdade tendencial de tratamento* que ela comporta³⁸ 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 administrador³⁹. Ou daquela outra que parece

Na doutrina societária, v. por todos Coutinho de ABREU, *Curso de direito comercial. Vol. II: Das sociedades*, 5.^a ed., Coimbra: Almedina, 2015, 533 s.

³⁷ No direito alemão, aproveitem-se as considerações de Hans-Joachim MERTENS, “Die Geschäftsführungshaftung in der GmbH und das ITT-Urteil”, in Marcus LUTTER – Walter STIMPEL – Herbert WIEDEMANN, hrsg., *Festschrift für Robert Fischer*, Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1979, 465-466; Peter ULMER, “Der Gläubigerschutz im faktischen GmbH-Konzern beim Fehlen von Minderheitsgesellschaftern”, *ZHR*, (1984) 413 s., esp. 414-415; Klaus HOPT, *Großkommentar Aktiengesetz*, §§ 92-94, Begründet von W. Gadow und E. Heinichen, 4. Neubearb. Aufl., Herausgegeben von Klaus J. Hopt/Herbert Wiedemann, 11. Lieferung, Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1999, *sub* § 93, 71 *Rdn.* 34; no âmbito da autonomização da posição orgânica do administrador em relação às vicissitudes da “relação de serviço”; v. ainda Theodor BAUMS, *Der Geschäftsleitervertrag. Begründung, Inhalt und Beendigung der Rechtsstellung der Vorstandsmitglieder und Geschäftsführer in den Kapitalgesellschaften und Genossenschaften*, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 1987, 154-155 e 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. Ricardo COSTA, *Os administradores de facto*, n. 1288 – p. 624 s. e n. 2193 – p. 962-963).

³⁸ Enfatizando este ponto, v. Yves REINHARD – Isabelle BON-GARCIN, “Note Cass. com., 21 mars 1995 – Les dirigeants de fait doivent-ils être assimilés aux dirigeants de droit?”, 54.

³⁹ Niccolò ABRIANI, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, 210-211 e 266-267;

fazer decair 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 normas⁴⁰. A figura do administrador de facto esgotar-se-ia como técnica sancionatória para prevenir a violação de regras imperativas no desenvolvimento da actividade de administração⁴¹ 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*⁴².

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 gestórias⁴³ 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 adminis-

Niccolò ABRIANI – Paolo MONTALENTI, “Gli amministratori. L’amministrazione: vicende del rapporto, poteri, deleghe e invalidità delle deliberazioni”, in Gastone COTTINO, dir., *Trattato di diritto commerciale. Vol. IV, tomo I: Le società per azioni*, Padova: CEDAM, 2010, 591; Filadelfo TRIBULATO, “Azione di responsabilità nei confronti degli amministratori di fatto di una soc. a resp. lim.”, *Dir. Fall.*, II, (2007) 475-476, Michele MOZZARELLI, “Amministratore di fatto: fine di una contesa”, *Giur. comm.*, II, (2001) 574; José Luiz DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho de las sociedades*, Pamplona: Aranzadi Editorial, 2002, 132.

⁴⁰ Fabrizio GUERRERA, “Gestione «di fatto» e funzione amministrativa nelle società di capitali”, *Riv. dir. comm.*, (1999) 205-206, 207, 209.

⁴¹ Niccolò ABRIANI, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, 210.

⁴² Niccolò ABRIANI, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, 210-211; Niccolò ABRIANI – Paolo MONTALENTI, “Gli amministratori”, 591; José Luiz DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho de las sociedades*, 132.

⁴³ Niccolò ABRIANI, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, 215-216.

trativo, sempre que eles se preenchem; 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*⁴⁴. Na verdade, não estamos só perante um percurso *mediato* com o fim de fazer aplicar ou não um 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 “legalmente positiva” (*no administrador de direito* – por isso dito na literatura germânica como o administrador “verdadeiro” ou “próprio”, o *echte Geschäftsführer*⁴⁵); 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 positivos⁴⁶. A medida da *assimilação e determinação normativas* do administrador de facto⁴⁷ é, em suma, um derivado de uma objectivação da *juridicidade do administrador de facto legiti-*

⁴⁴ Niccolò ABRIANI, “Dalle nebbie della finzione al nitore della realtà: una svolta nella giurisprudenza civile in tema di amministratore di fatto”, *Giur. comm.*, II, (2000) 188-189.

⁴⁵ Por ex.: Günther ROTH, “Die Haftung als faktischer Geschäftsführer im Konkurs der GmbH”, *ZGR*, (1989) 422; Hans Christoph GRIGOLEIT, *Gesellschafterhaftung für interne Einflussnahme im Recht der GmbH. Dezentrale Gewinnverfolgung als Leitprinzip des dynamischen Gläubigerschutzes*, München: C. H. Beck, 2006, 278.

⁴⁶ *Questão-de-facto – Questão-de-direito ou o problema metodológico da juridicidade (Ensaio de uma reposição crítica)*. I. *A crise*, Coimbra: Almedina, 1967, 36 s. (= “A distinção entre a questão-de-facto e a questão-de-direito e a competência do Supremo Tribunal de Justiça como tribunal de «revistas””, in *Digesta. Escritos acerca do direito, do pensamento jurídico, da sua metodologia e outros*, volume 1.º, Coimbra: Coimbra Editora, 1995, 507 s.).

⁴⁷ Sobre o estatuto do administrador de facto, v., detalhadamente, Ricardo COSTA, *Os administradores de facto*, 881 s.

mado e, assim, um problema ulterior, que não contamina a elevação *ontológica* do sujeito a figura jurídica como *presuposto* 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*⁴⁸. Por isso, se se entender inserir no sistema uma ou mais revisões das normas existentes para colocar a fórmula «de facto» junto ao «administrador»⁴⁹, ou introduzir normas *ad hoc* (de carácter remissivo)⁵⁰ 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 *identificar o sujeito como administrador de facto através do concurso dos seus pressupostos de relevância e, por maioria de razão, do âmbito 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 direc-

⁴⁸ Sobre essa medida no direito espanhol, através do art. 236º, n.º 1, da actual LSC, e, depois, com a introdução do n.º 3 do mesmo art. 236º (feita pela *Ley* 31/2014, de 3 de Dezembro), que também incorporou *de iure condito* as espécies de administração de facto, v. Ricardo COSTA, *Os administradores de facto*, 231 s., e María Isabel GRIMALDOS GARCÍA, “La reciente redacción del artículo 236 de la Ley de Sociedades de Capital: nuevos presupuestos? nuevos responsables?”, *RdS*, (2015) 234, 241 s.

⁴⁹ Por ex., alteravam-se os art. 72.º, n.º 1, 78.º, n.º 1, e 79.º, n.º 1, e passariam estes a determinar que «os gerentes ou administradores, *mesmo que de facto*, respondem...».

⁵⁰ Acrescentando, por ex., um número aos arts. 260.º e 409.º que rezasse assim: «*Vinculam igualmente a sociedade nos termos previstos no n.º 1 os actos praticados por gerente ou administrador de facto*».

ção da empresa social⁵¹. 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)⁵², 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*)⁵³; de tal sorte que, mais do que identificar o sujeito que administra de 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*)⁵⁴.

⁵¹ Para essa denominação e precisão, cfr. Uwe H. SCHNEIDER, “Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung“, in *Scholz Kommentar zum GmbH-Gesetz mit Anhang Konzernrecht*, II. Band, §§ 35-52, 10. neubearbeitete und erweiterte Auflage, Köln: Verlag Dr. Otto Schmidt, 2007, *sub* § 43, 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, “Organ und organization. Zur Verantwortlichkeit aus aktienrechtlicher Organschaft”, *SchwAkr*, (1981) 81.

⁵² Para estes três planos de análise, v. Ricardo COSTA, *Os administradores de facto*, 375 s.

⁵³ Contra, no direito alemão: Robert WEIMAR, “Grundprobleme und offene Fragen um dem faktischen GmbH-Geschäftsführer (I)”, *GmbHR*, (1997) 477, para quem a busca de um instituto jurídico em detrimento da exegese da norma a aplicar ao administrador de facto (com flexibilidade e ajustamento ao caso) teria a desvantagem de empreender um “esforço duvidoso” de substituição das características jurídicas do acto de nomeação.

⁵⁴ Holger FLEISCHER, “Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit faktischer Organe”, *AG*, (2004) 523-524, 528.

Favorável à “relação jurídica especial” entre o sujeito actuante e a sociedade na

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*).

Aqui chegados, em relação ao administrador *extensivamente redefinido* – tanto de direito como de facto –, concluo que a relação de administração é relação *orgânica* 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* designado; e

(2) o *reconhecimento legal* ou o *curso dos requisitos de legitimação do administrador de facto*.⁵⁵⁻⁵⁶

falta de um acto de designação, Hans-Cristoph VOIGT, *Haftung aus Einfluss auf die Aktiengesellschaft* (§§ 117, 309, 317 *AktG*), München: C. H. Beck, 2004, 200-201. No mesmo sentido para o direito espanhol, José EMBID IRUJO, “La responsabilidad de los administradores de la sociedad anónima tras la ley de transparencia”, *RCDI*, (2004) 2402, que situa o administrador de facto (directo) num “plano de especialidade dentro do direito das sociedades” que, todavia, “não transcende as fronteiras da função de administração *em cujo âmbito adquire pleno sentido*” (sublinhei).

Frontalmente contra, pois não é suficiente um conjunto de “circunstâncias de facto” (*tatsächliche Umstände*) para construir uma “relação jurídica especial”, v. Uwe HÜFFER, *Aktiengesetz*, 9. neuarb. Aufl., München: C. H. Beck, 2010, 500 Rdn. 12; aparentemente adversos, mas vergados pela orientação da jurisprudência, Friedrich KÜBLER/Hans-Dieter ASSMANN, *Gesellschaftsrecht. Die privatrechtlichen Ordnungsstrukturen und Regelungsprobleme von Verbänden und Unternehmen*, 2006, Heidelberg: C.F. Müller, 2006, 211.

⁵⁵ Tais requisitos 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 – v., desenvolvidamente, Ricardo COSTA, *Os administradores de facto*, 624 s., 843 s.

⁵⁶ Sobre a admissibilidade de um órgão “material” ou “de facto”, v. ainda Ricardo COSTA, *Os administradores de facto*, 871 s.

4. 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 (*com vinculação da sociedade*) 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 facto⁵⁷ (ou ele ser administrador de facto reconhecido pela lei); (ii) antes de o termos qualificado ou ter sido possível qualificá-lo como administrador de facto⁵⁸.

⁵⁷ 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 “externa” da sociedade na relação com terceiros: v., uma vez mais, Ricardo COSTA, *Os administradores de facto*, 766 s. (e conclusão a p. 778: “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*. 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*.”).

⁵⁸ Parece ser para estes casos que, em França, Daniel TRICOT, “Les critères de la gestion de fait”, *DP*, (1996) 24, e Marie-Jeanne CAMPANA, “Note Cour d’Appel Versailles, 13^e 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) 41, identificam a categoria do “*dirigeant de fait apparent*”, aquele que, sem ser administrador de direito 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, 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) 465.

4.1. *Actuação representativa do administrador de facto legitimado e do administrador de facto reconhecido pela 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. 260.º, n.º 1, 409.º, n.º 1, 431.º, n.º 3, 478.º), 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 preceitos⁵⁹, “optou decididamente pelo último [no seguimento do art. 9.º, n.º 1, da 1.ª Directiva do Conselho, de 9 de Março de 1968], garantindo-lhe canais seguros de efectivação”⁶⁰. 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

⁵⁹ A ponderação diferente chega, no que toca às limitações resultantes do objecto social, o art. 192.º, n.ºs 2 e 3 (sociedades em nome colectivo e sociedades em comandita simples [art. 474.º]).

⁶⁰ Oliveira ASCENSÃO – Carneiro da FRADA, “Contrato celebrado por agente de pessoa colectiva. Representação, responsabilidade e enriquecimento sem causa”, RDE, (1990-1993) 54.

relação orgânica com a sociedade, se equipara para este efeito se atingir esse patamar de integração no *esquema de produção da acção societária*.⁶¹ Seja como administrador de facto que se *acrescenta* aos administradores de direito, seja como membro de *órgão de facto*⁶².

O nexo de imputação dos seus actos à sociedade sublinha-se na aceitação e/ou tolerância manifestada por parte do ente social⁶³: 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*⁶⁴, 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. 268.º, n.º 1, *in fine*, do CCiv., seja até nos termos especiais, analogicamente invocados, do art. 19.º, n.º 2) ou, se o acto celebrado tivesse sido decidido ou autorizado

⁶¹ Jesús QUIJANO GONZÁLEZ, *La responsabilidad civil de los administradores de la sociedad anónima*, 353, ao considerar que a relação orgânica se estabelece também quando, em virtude da aparência, se “exercem eficazmente as funções que 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).

⁶² V. Ricardo COSTA, *Os administradores de facto*, 874-876.

⁶³ E, por maioria de razão, na aludida incorporação actualista do administrador de facto *ope legis*.

⁶⁴ Coutinho de ABREU – Elisabete RAMOS, *Responsabilidade civil de administradores e de sócios controladores*, n. 69 – p. 42; Coutinho de ABREU *Responsabilidade civil dos administradores*, 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, *Os limites da administração de facto. Efeitos nas relações jurídico-laborais*, Coimbra: FDUC, 2007, diss. Mestrado, 90-91, sublinhando que pretender a não vinculação sempre que há conivência dos sócios na actuação configuraria um caso de abuso de direito.

previamente pelos sócios, por sua deliberação (expressa ou tácita).⁶⁵⁻⁶⁶⁻⁶⁷⁻⁶⁸

⁶⁵ V., *a contrario sensu*, os arts. 260.º, n.º 2, e 409.º, n.º 2, parte final, quanto à (in)oponibilidade das limitações de poderes resultantes do objecto social.

⁶⁶ Em Itália, alguma doutrina – Aldo SCHERMI, “Annotazione sull’amministratore di fatto di società per azioni”, *Giust. civ.*, I, Parte I, (2000) 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, José Maria Olivares JAMES, “El torno a los administradores de hecho en la sociedad anónima”, *AAMN*, (1978) 306 s., 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 e deliberações conexas*, Coimbra: Almedina, 1976 (reimpr. 1998), n. 119 – p. 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”).

⁶⁷ 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. José Maria Olivares JAMES, “El torno a los administradores de hecho en la sociedad anónima”, 303 s., Gianni MIGNONE, “Nota a Trib. Torino, 5 luglio 1988”, *Giur. It.*, I, Sez. II, (1988) 718; 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) 281-282; Nuria LATORRE CHINER, *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, 60, 77-78, Luis FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, “La responsabilidad concursal de los administradores de sociedades de capital”, in Luis FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA – Manuel María SÁNCHEZ ALVAREZ, coord., *Comentarios a la Ley Concursal*, Barcelona: Colección Garrigues-Marcial Pons, 2004, 708; Fernando MARTÍNEZ SANZ, “Ámbito subjetivo de la responsabilidad”, in Ángel ROJO – Emilio BELTRÁN, dir., *La responsabilidad de los administradores*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2005, 61. Entre nós, mais céptico sobre o relevo da aparência em face de interesses opo-níveis aos de terceiros e de ordem pública na administração de facto por designação invalidada, v., no sentido de uma análise “casuística”, José Alves MOREIRA, *Os limites da administração de facto*, 77 s., 84 s., 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 co-

nhecimento ou não teve possibilidade de conhecer a irregularidade da sua posição: Robert PENNINGTON, *Directors' personal liability*, London: Collins Professional and Technical Books, 1987, 26 s.; IDEM, *Company law*, 8th ed., Oxford: Oxford University Press, 2006, 133 s.; Christopher L. RYAN, *Company directors. Liabilities, rights and duties*, 3rd ed., Bicester: CCH Editions, 1990, 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, “Introduction”, in Neil SINCLAIR – David VOGEL – Richard SNOWDEN, *Company directors: law and liability*, London: Sweet & Maxwell, 1997, 17; Michael FORDE, *Company law*, 3rd ed., Dublin: Round Hall Sweet & Maxwell, 1999, 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, 459 s., esp. 471-472), em que se ajuizou a impertinência de uma “usurpação fraudulenta de autoridade” no cargo de administrador. De todo o modo, a doutrina salientou a utilidade da regra imposta pela sec. 285 do CAct 1985 – 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 estiver “*entitled*” para votar na matéria em questão: als. b) a d)).

⁶⁸ 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. Lições ao Curso Complementar de Ciências Jurídico-Políticas da Faculdade de Direito de Coimbra no ano lectivo de 1977/78*, FDUC, Coimbra, 1978, 26-27 e 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, *Manual de direito administrativo. Tomo II: Agentes e bens – Serviços públicos – Polícia – Garantias – Processo administrativo*, 10.^a ed. rev. e actual. por Diogo Freitas do Amaral, Coimbra: Almedina, 1973 (?) (reimp. 2004), 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”, in Bruno CAVALLO, a cura di, *Il funzionario di fatto*, Milano: Giuffrè, 2005, 5-6, 13 s. –, e não se olvide que, mesmo que tais actos usurpatórios não produzam em regra efeitos

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 essa actividade tenha sido realizada *por um determinado sujeito e em determinadas condições*.⁶⁹ E que essas condições exprimam que a declaração de 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 foi aproveitada a *de facto doctrine* precisamente para responder a um *problema de vinculação corporativa*⁷⁰ –, 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 acção equivalente à de administrador); por isso, não é de exigir a tais

fora da esfera jurídica pública, se possam considerar os resultados materiais consolidados (“regra do facto consumado”) – Daniele PORENA, “L’usurpatore di pubbliche funzioni”, in Bruno CAVALLO, *ibid.*, 51 s., esp. 59-60.

⁶⁹ Alessandro BORGIOI, “Amministratori di fatto e direttori generali”, *Giur. comm.*, I, (1975) 612 e n. 74.

⁷⁰ V. os trilhos pioneiros da jurisprudência e da doutrina dos EUA em Ricardo COSTA, *Os administradores de facto*, 54, 55-58, esp. ns. 44, 45 e 47, para o século XIX e a primeira metade do século XX.

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.⁷¹ A sociedade deve ficar vinculada ao reflexo externo pe-

⁷¹ A *de facto director doctrine* surge nos EUA, como resumiu em 1949 Robert STEVENS, no seu *Handbook on the law of private corporations*, 2nd ed., Saint Paul: West Publishing Co., 742 s., 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.*, (1935-1936) 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 citado nas págs. referidas *supra*, n. 70, de *Os administradores de facto das sociedades comerciais*), Henry BALLANTINE, *Ballantine on Corporations*, Chicago: Callaghan and Company, 1946, 148-149; Norman LATTIN, *The law of corporations*, 2nd ed., New York: The Foundation Press, 1971, 263-264; Harry HENN – John ALEXANDER, *Laws of corporations and other business enterprises*, 3rd ed., Saint Paul: West Publishing Co., 1983, 562; James COX – Thomas Lee HAZEN, *Cox & Hazen on corporations (Including unincorporated forms of doing business)*, vol. I, 2nd ed., New York: Aspen, 2003, 365-366; Laura Hunter DIETZ, et al., *American jurisprudence – A modern comprehensive text statement of american law*, vol. 18B, *Corporations*, Eagan: Thomson West, 2004, 257; mais completo, William Meade FLETCHER, *Fletcher Cyclopedia of the law of private corporations*, vol. 2, rev. Victoria A. Braucher, Thomas Evans and Gail A. O’Gradney, Saint Paul: West Publishing Co., 1998, 210-211, 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 século XX (continuando a assimilar *directors* e *officers* de facto), assinalem-se os casos *Re Pearl Co.*, do District Court da Pennsylvania, de 24 de Janeiro de 1940 (in *F.Supp.*, 30 [1940] 964 s.); *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, de 28 de Março de 1950 (in *P.2d*, 217 [1950] 161 s.); *Martin vs Miller, Bean vs Same, Fox vs Same*, do Supreme Court of Michigan, de 13 de Abril de 1953 (in *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, 512 s.); *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, 504 s.); *Rodney L. Wolff vs Arctic Bowl, Inc.*, do Supreme Court of Alaska, de 16 de Fevereiro de 1977 (in *P.2d*, 1977, volume 560, 758 s., esp. 764-765 e n. 7), que confirma a tendência de não

rante 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 cientes 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.⁷² 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. 3.º, 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. 168.º, n.º 1: 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.⁷³

Consequentemente, tal administrador de facto submete-se, uma vez

reconhecer a *de facto doctrine* para atribuir autoridade em “*internal disputes*” – neste sentido, para reivindicações de sócios, v. *Richard Bagget, 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, 1265 s.); *Austin Lake Estates Recreation Club, Inc., et al., vs Ila B. Maberry*, do Court of Appels of Texas, de 1 de Setembro de 1982 (in *S.W.2d*, 1983, volume 638, 649 s.).

⁷² 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, *Corporate law*, Boston-Toronto: Little, Brown and Company, 1986, 116-117; e Robert HAMILTON – Richard BOOTH, *Corporations*, 5th ed., Saint Paul: Thomson West, 2006, 562-563, e, com vários desenvolvimentos e farta jurisprudência, William Meade FLETCHER, *Fletcher Cyclopedia of the law of private corporations*, 377 s., esp. 401 s. Para a importância no direito inglês, v. por todos Brenda HANNIGAN, *Company law*, Oxford: Oxford University Press, 2003, 186 s. (já agora, sobre o lançamento da figura do *de facto director* em Inglaterra também no século XIX, também para efeitos de vinculação social, v. Ricardo COSTA, *Os administradores de facto*, 58 s.).

⁷³ V. Ricardo COSTA, *Os administradores de facto*, 628 s.

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”⁷⁴) 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, por força dos estatutos, 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 legitimados⁷⁵. 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, tal for oponível a terceiros⁷⁶, 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. 261.º, n.º 2, 408.º, n.º 2 [em referência ao art. 407.º, n.ºs 3 e 4]), também os “administradores delegados de facto” contribuirão ou actuarão suficientemente para que os negócios sejam eficazes perante a sociedade.

⁷⁴ *Estrutura associativa e participação societária capitalística. Contrato de sociedade, estrutura societária e participação do sócio nas sociedades capitalísticas*, Coimbra: Coimbra Editora, 2006, 301.

⁷⁵ Parece ser de afastar o princípio no caso dos administradores de facto *ope legis* previstos na situação do art. 253.º, 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 será então necessariamente disjuntiva.

⁷⁶ V., ainda que sem posições coincidentes para a sociedade por quotas e para a sociedade anónima, Alexandre Soveral MARTINS, *Os poderes de representação dos administradores de sociedades anónimas*, Coimbra: Coimbra Editora (Studia Iuridica 34), 1998, 223 s. e n. 406 – p. 226; João ESPÍRITO SANTO, *Sociedades por quotas e anónimas – Vinculação: objecto social e representação plural*, Coimbra: Almedina, 2000, 480-481, 487 s. (difusamente); Coutinho de ABREU, *Curso de direito comercial. Vol. II. Das sociedades*, 546-547.

Ainda outro(s) exemplo(s): se se trata de alienação ou oneração de quotas próprias, dependente *legalmente* de deliberação dos sócios quotistas (art. 246.º, n.º 1, al. *b*)), ou de trespasse de estabelecimento, dependente (*estatutariamente ou sem sinal estatutário contrário à força legal supletiva*) de deliberação também dos sócios quotistas (art. 246.º, n.º 2, al. *c*)), ou ainda se se trata da aquisição e venda de imóveis, dependente *estatutariamente* de deliberação dos accionistas ou do conselho geral e de supervisão (arts. 405.º, n.º 1, 442.º, n.º 1), os administradores de facto não têm o poder autónomo de realizarem aqueles actos ou contribuírem para a realização daqueles actos, que, sem as deliberações fundadoras, não são ou são (conforme o tipo de *limitação*, legal ou de cariz estatutário, em causa) 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.⁷⁷

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.

⁷⁷ Coutinho de ABREU – Elisabete RAMOS, *Responsabilidade civil de administradores e de sócios controladores*, 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*, 101 e n. 194); José Alves MOREIRA, *Os limites da administração de facto*, 70, 75-76, 93; Menezes CORDEIRO, “Capítulo VII – Responsabilidade civil pela constituição, administração e fiscalização da sociedade. Introdução”, in Menezes CORDEIRO, coord., *Código das Sociedades Comerciais anotado e regime jurídico dos procedimentos administrativos de dissolução e de liquidação de entidades comerciais (DLA)*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2011, 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» e funzione amministrativa nelle società di capitali”, n. 48 – p. 147; Fernando MARTÍNEZ SANZ, “Ámbito subjetivo de la responsabilidad”, 61.

4.2. *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. –, ainda que diferente do de administrador, lhe permite realizar funções de gestão representativa).⁷⁸

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. 115.º, 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, entretanto, 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 ex-

⁷⁸ Entre nós, este é o único cenário ponderado por Paulo Olavo CUNHA, *Direito das sociedades comerciais*, 5.ª ed., Coimbra: Almedina, 2012, 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.

cesso de poderes, encontram aplicação os arts. 8.º da LULLiv⁷⁹ e 11.º da LUCH⁸⁰. 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. 1181.º, n.º 1, do CCiv. Em geral, no 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. 268.º do CCiv.⁸¹

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 negocial⁸². Suponha-

⁷⁹ 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. Vol. I. Congresso Empresas e Sociedades*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 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*, Coimbra: Almedina, 2008, 50-51 (“Não parece de excluir que possa ter lugar a ratificação da representação sem poderes.”).

No direito italiano, 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) 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)”, *BBTC*, (1987) 353-354.

⁸⁰ Paulo Olavo CUNHA, *Cheque e convenção de cheque*, Coimbra: Almedina, 2009, 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. 10.º da LUCH), devem os efeitos da deficiente representação ser imputados ao pretenso representante, que fica pessoalmente obrigado pela subscrição cambiária (...)”.

⁸¹ Alexandre Soveral MARTINS, *Os poderes de representação dos administradores de sociedades anónimas*, 150-151.

Para a aplicação analógica do art. 268.º do CCiv. aos negócios celebrados em representação de pessoas colectivas, sem os necessários poderes, Carlos Mota PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 4.ª ed. por António Pinto Monteiro e Paulo Mota Pinto, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, 549 e n. 758; Pedro Pais de VASCONCELOS, *Teoria geral do direito civil*, 6.ª ed., Coimbra: Almedina, 2010, 336-337.

⁸² Sobre a representação e a legitimação que ela envolve, v. Pedro Pais de VASCONCELOS, *Teoria geral do direito civil*, 320-321.

mos 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*)⁸³, aproveitado no direito alemão como administrador “*por força da aparência jurídica*” (*Vorstandsmitglieder kraft Rechtsseins*)⁸⁴ e, em Itália, visto como o administrador ou representante “*apparente*”.⁸⁵⁻⁸⁶ Poderão

⁸³ Peter FORSTMOSER, “Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht”, in Peter FORSTMOSER – Walter R. SCHLUEP, hrsg., *Freiheit und Verantwortung im Recht. Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz*, Verlag Stämpfli & Cie AG, 1982, 131, 134-135; IDEM, *Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit. Die Haftung der mit der Verwaltung, Geschäftsführung, Kontrolle und Liquidation einer AG betrauten Personen*, 2. neubearb. und stark erweiterte Aufl., Zürich: Schulthess Polygraphischer, 1987, 214-215; Alexander VOGEL, *Die Haftung der Muttergesellschaft als materielles, faktisches oder kundgegebenes Organ der Tochtergesellschaft mit einer rechtsvergleichenden Übersicht über andere Konzernhaftungsansätze*, Bern-Stuttgart-Wien: Paul Haupt, 1997, 266 e, desenvolidamente, 330 s.

⁸⁴ Holger FLEISCHER, “Zur aktienrechtlichen Verantwortlichkeit faktischer Organe”, 518 – são responsáveis perante terceiros de boa fé aqueles que provocam e lhes é imputável a aparência.

⁸⁵ Niccolò ABRIANI, *Gli amministratori di fatto delle società di capitali*, 17 s. Seguidores em Espanha: José Luiz DÍAZ ECHEGARAY, *El administrador de hecho de las sociedades*, 44-45; Nuria LATORRE CHINER, *El administrador de hecho en las sociedades de capital*, 58, 59.

⁸⁶ Caso diferente – como já dei conta em *Os administradores de facto*, 630 s. – é o do sujeito que actua com título inválido (nomeadamente nulo) ou actua depois de ver o seu título caducado, extinto ou suspenso: 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, *Responsabilidade civil de administradores e de sócios controladores*, n. 69 – p. 42; Coutinho de ABREU, *Responsabilidade civil dos administradores*, 102), nos termos dos arts. 3.º, n.º 1, al. m),

também aqui os terceiros serem susceptíveis de beneficiarem de uma protecção para o seu negócio pela confiança na aparência criada no tráfico e reivindicarem a estabilidade das relações jurídicas instauradas com a sociedade?⁸⁷

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, desencorajando-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

11.º, 14.º, n.ºs 1 e 2, 15.º, n.º 1, 70.º, n.º 1, al. a), do CRCCom., e 168.º, 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, *Os poderes de representação dos administradores de sociedades anónimas*, 151). Por isso, estaremos perante situações de *aparentes administradores de direito*, distintos dos *representantes aparentes que se proclamam administradores* mas sem qualquer aparência registal.

⁸⁷ 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*, Paris: Pichon & Durand-Auzias, 1961, *passim*, esp. 173 e s.; Claus-Wilhelm CANARIS, *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, München: C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, 1971, *passim*, mas é proveitoso consultar essencialmente as p. 9 s., 28 s., 526 s.; José Enrique BUSTOS PECHE, *La doctrina de la apariencia jurídica*, Madrid: Dykinson, 1999, *passim*, esp. 40 s., 68 s.

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 do direito civil*, 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) 628 s.; Paulo Mota PINTO, “Aparência de poderes de representação e tutela de terceiros. Reflexão a propósito do artigo 23.º do Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho”, *BFD*, (1993) *passim*, esp. 601-602 e n. 23 e 39 – p. 612, n. 41 – p. 614-615, 619 s., 635-638; Carneiro da FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, Coimbra: Almedina, 2004, 44 s. (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 em direito civil (Ensaio de reconstrução dogmática)*, Coimbra: Almedina, 2004, *passim*, esp. 992 s., 1002 s., n. 1713 – p. 1013.

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 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. 23.º, n.º 1, do DL n.º 178/86, de 3 de Julho, que regula a “representação aparente”: «O negócio celebrado por um 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.⁸⁸

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

⁸⁸ Pinto MONTEIRO, *Contrato de agência. Anotação ao Decreto-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho*, 7.ª ed., Coimbra: Almedina, 2010, 116-117; Paulo Mota PINTO, “Aparência de poderes de representação e tutela de terceiros”, 587-588; Menezes CORDEIRO, *Manual de direito comercial*, 2.ª ed., Coimbra: Almedina, 2007, 667 (“A hipótese mais simples será a de o agente, com conhecimento e sem reacção do principal, se *proclamar publicamente seu representante*.”: sublinhei).

esteja presente a mesma razão de ser”⁸⁹; 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 negocial do representante pelo representado*”⁹⁰; apadrinha-se um princípio de “procuração” ou “representação institucional” *ex bona fide*, por analogia com aquele art. 23.º, “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”.⁹¹⁻⁹²

Sendo assim, em primeira linha, o interesse da sociedade em não se

⁸⁹ *Contrato de agência*, 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*, Coimbra: Almedina, 1999, 133 s., esp. 137, 139 (aplicação do regime do art. 23.º 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”).

⁹⁰ Oliveira ASCENSÃO – Carneiro da FRADA, “Contrato celebrado por agente de pessoa colectiva. Representação, responsabilidade e enriquecimento sem causa”, 58-59, com recurso ainda ao ditame do art. 259.º do CCom. para os poderes representativos dos «caixeiros».

Porém, v., restritivamente, Oliveira ASCENSÃO, *Direito civil. Teoria geral. Volume II: Ações e factos jurídicos*, Coimbra: Coimbra Editora, 1999, 240-241.

⁹¹ Menezes CORDEIRO, *Manual de direito comercial*, 571-572; IDEM, “Capítulo VII – Responsabilidade civil”, 276.

⁹² Nestes sentidos ou próximos (nomeadamente como princípio de analogia para o campo de interesses do direito comercial), v. ainda Paulo Mota PINTO, “Aparência de poderes de representação e tutela de terceiros”, 641 s.; Carneiro da FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, n. 41 – p. 58 s. (“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, *A representação voluntária em direito civil*, n. 1669 – p. 995 s., n. 1712 – p. 1011, 1012, e, essencialmente, 1054 s. (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. 23.º “um caso de *Anscheinsvollmacht* aplicável ao *ius civile*”) e n. 1816; Carlos Mota PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 551; Cassiano dos SANTOS, *Direito comercial português. Volume I: Dos actos de comércio às empresas: o regime dos contratos e mecanismos comerciais no direito português*, Coimbra: Coimbra Editora, 2007, 51.

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 ratificação⁹³, 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 sociedade⁹⁴. 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 subordinados ao poder de direcção e controlo da sociedade (*maxime*, do seu órgão de administração).⁹⁵ *Id est*,

⁹³ De todo o modo, não será implausível reflectir sobre a aplicação analógica do art. 22.º, 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».

⁹⁴ Peter FORSTMOSER, “Der Organbegriff im aktienrechtlichen Verantwortlichkeitsrecht”, 135; IDEM, *Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit*, 214.

⁹⁵ 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, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 9. Aufl., München: C.H. Beck, 2004, 893 s.; Claus-Wilhelm CANARIS, *Handelsrecht*, 24., vollständig neu bearb. Aufl., München: C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung, 2006, 242 s. –, que a doutrina portuguesa recolheu e analisou: Menezes CORDEIRO, *Da boa fé no direito civil*, Coimbra: Almedina, 1983 (3.ª reimp. 2007), n. 147 – p. 1245; IDEM, *Manual de direito comercial*, 569 s. (recusando, para a articulação com o art. 266.º do CCiv., essas categorias, supridas pela aplicação do abuso do direito); Heinrich HÖRSTER, *A parte geral do Código Civil português. Teoria geral do direito civil*, Coimbra: Almedina, 1992, n. 36 – p. 484 (precludidas, em esp. a última, pelo art. 457.º do CCiv.); Paulo Mota PINTO, “Aparência de poderes de representação e tutela de terceiros”, 619 s.; Maria Helena BRITO, *A representação nos contratos internacionais*, 125 s.; Carlos Mota PINTO, *Teoria geral do direito civil*, 550-551; Pedro Pais de VASCONCELOS, *Teoria geral do direito civil*, 343 e ss; Carneiro da FRADA, *Teoria da confiança e responsabilidade civil*, n. 40 – p. 49 s.;

Pedro ALBUQUERQUE, *A representação voluntária em direito civil*, 1008 (muito desenvolvidamente, esp. ns. 1712, 1715, 1716).

A doutrina alemã aplicou com insistência 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*, von Carl Hanz BARZ, et al., erster Band, 2. Haldband §§ 76-147, Dritte, neu bearb. Aufl., Berlin-New York: Walter de Gruyter, 1973, *sub* § 84, 649 *Anm.* 19; Wolfgang HEFERMEHL, *Aktiengesetz Kommentar*, in GESSLER – HEFERMEHL – ECKARDT – KROPFF, *Aktiengesetz* §§ 76-94, Band I, 2. Lieferung, München: Franz Wahlen, 1973, *sub* § 84, 180 *Rdn.* 131; Georg JARZEMBOWSKI, *Fehlerhafte Organakte nach deutschem und amerikanischem Aktienrecht unter besonderer Berücksichtigung des Instituts des de facto officer*, Berlin: Duncker & Humblot, 1982, 102-103; Ursula STEIN, *Das faktische Organ*, Köln-Berlin-Bonn-München: Carl Heymanns Verlag KG, 1984, 100; Hans-Joachim MERTENS, “Dritter Abschnitt. Vertretung und Geschäftsführung“, in Max HACHENBURG, *Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (GmbHG) – Großkommentar*, zweiter Band: §§ 35-52, 8., Neubearb. Aufl. Herausg. Peter Ulmer, Berlin/New York: Walter de Gruyter, 1997, *sub* § 35, 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 um dem faktischen GmbH-Geschäftsführer (I)”, 477 (mas é de recordar 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 delle società di capitali*, 18-19 e 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, *Situations de fait et droit privé*, Paris: Bibliothèque de droit privé, Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, 1990, 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., ainda em França, Marie-Jeanne CAMPANA, “Note Cour d’Appel Versailles”, 41 (sobre o assunto, v., na nossa doutrina, Pedro ALBUQUERQUE, *A representação voluntária em direito civil*, 1022 s.).

No entanto, fora do administrador tão-só “aparente”, a existência de uma aparência que justifique a confiança de uma pessoa normalmente diligente, integrada pelo curso 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 adminis-

se houver uma *conduta societária que permita ser causa 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

tração de facto: Dario LATELLA, “La procura generale conferita a terzi dagli amministratori di società di capitali: condizioni e limiti di ammissibilità”, *Giur. comm.*, I, (2000) 145 e n. 67 – p. 146; assim parece sustentar igualmente Michele MOZZARELLI, “Amministratore di fatto: fine di una contesa”, 579. Também Fabrizio GUERRERA, “Gestione «di fatto» e funzione amministrativa nelle società di capitali”, 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, 1.º §, 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 en las sociedades de capital*, 20 s., 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 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. p. 175-176); também Luis FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, “La responsabilidad concursal”, 710; IDEM, *Derecho de sociedades*, vol. I, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2010, 772, e Miriam LOZANO SAIGÍ, “Aproximación jurídica a la figura y régimen de responsabilidad del administrador de hecho”, *RJC*, (2005) 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 “d direcção indevida das sociedades”, v. a grande referência gaulesa Gérard NOTTÉ, *Les dirigeants de fait des personnes morales de droit privé*, Tome 1, Université de Paris I, Panthéon, Sorbonne, Thèse pour le Doctorat en Droit, Paris, 1978, 20 s., esp. 22, 342 s. (“não se pode esquecer que o administrador de facto se encontra numa situação ilegítima, que um terceiro verdadeiramente diligente e avisado poderia descobrir”).

do que um significado e/ou o facto registal é dúbio (por ter havido registo provisório da designação como administrador⁹⁶), 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. 260.º 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* inexistente⁹⁷ – 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 efeitos que lhe são favoráveis⁹⁸⁻⁹⁹: *v. g.*, a habituali-

⁹⁶ Cfr. arts. 49.º e 52.º do CRCCom.

⁹⁷ É precisamente com base em “circunstâncias especiais” (*besondere Umstände*) que o suíço Alexander VOGEL, *Die Haftung der Muttergesellschaft*, 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”, 134-135; IDEM, *Die aktienrechtliche Verantwortlichkeit*, 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; (iii) 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.

⁹⁸ 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, *A representação voluntária em direito civil*, n. 1816 – p. 1058.

⁹⁹ Ainda segundo Alexander VOGEL, *Die Haftung der Muttergesellschaft*, 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

dade 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 (ou, para o que mais nos interessa, coexistiu) com administradores delegados ou comissão executiva com poderes representativos¹⁰⁰; a simultânea qualidade de sócio maioritário; etc.¹⁰¹ 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.¹⁰²⁻¹⁰³

da confiança dos terceiros (*Vertrauensbetätigung*), que passa nomeadamente pela prova de que teriam actuado diferentemente se soubessem da falta de posição de administrador.

¹⁰⁰ V., novamente, os arts. 261.º, n.º 2, e 408.º, 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, *Die Haftung der Muttergesellschaft*, 339.

¹⁰¹ Na falta de registo ou publicação da designação que venha a ser invalidada em acção judicial, tendo sido esta registada (arts. 9.º, al. e), 15.º, n.º 5, CRCCom., 168.º, 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. 61.º, n.º 2 (ainda o art. 12.º CRCCom.). Assim, resta-lhes socorrer-se dos pressupostos da aparência vinculante para a sociedade.

¹⁰² Segundo Alexander VOGEL, *Die Haftung der Muttergesellschaft*, 332, este é um requisito básico para a imputação do acto à sociedade.

¹⁰³ Menezes CORDEIRO, “Capítulo VII – Responsabilidade civil”, 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”.

Siglas

<i>AAMN</i>	<i>Anales de la Academia Matritense del Notariado</i>
AG	Die Aktiengesellschaft
<i>A.2d</i>	<i>Atlantic Reporter Second Series</i>
BBTC	<i>Banca, Borsa e Titoli di Credito</i>
BFD	<i>Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra</i>
CAct	Companies Act
CCiv.	Código Civil
CCIt.	Código Civil (Itália)
CCom.	Código Comercial
CIRE	Código da Insolvência e da Recuperação de Empresas
CRCom.	Código do Registo Comercial
CSC	Código das Sociedades Comerciais
CT	Código do Trabalho
<i>Dir. Fall.</i>	<i>Il diritto fallimentare e delle società commerciali</i>
DP	<i>Droit et patrimoine – Le journal des notaires et des avocats</i>
DSR	<i>Direito das Sociedades em Revista</i>
<i>F.Supp.</i>	<i>Federal Supplement</i>
<i>Giur. comm.</i>	<i>Giurisprudenza commerciale</i>
<i>Giur. It.</i>	<i>Giurisprudenza Italiana</i>
<i>Giust. civ.</i>	<i>Giustizia civile</i>
GmbHR	<i>GmbH-Rundschau – Gesellschafts- und Steuerrecht der GmbH und GmbH & Co.</i>
JCP	<i>Juris-Classeur Périodique. La semaine juridique</i>
<i>Law Rep. AC</i>	<i>The Law Reports of the Incorporated Council of Law Reporting for England and Wales – Appeal Cases</i>
LSC	Ley de Sociedades de Capital (Espanha)
LUC	Lei Uniforme relativa ao Cheque
LULLiv	Lei Uniforme relativa às Letras e Livranças
<i>N.E.2d</i>	<i>North Eastern Reporter Second Series</i>

<i>NILQ</i>	<i>Northern Ireland Legal Quarterly</i>
<i>P.2d</i>	Pacific Reporter/West's Pacific Report Second Series
<i>RCDI</i>	<i>Revista Crítica de Derecho Inmobiliario</i>
<i>RDE</i>	<i>Revista de Direito e Economia</i>
<i>RdS</i>	<i>Revista de Derecho de Sociedades</i>
<i>Rin. dir. comm.</i>	<i>Rivista del diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni</i>
<i>Rev. trim. dr. comm.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit commercial et de droit économique</i>
<i>RJC</i>	<i>Revista Jurídica de Cataluña</i>
<i>ROA</i>	<i>Revista da Ordem dos Advogados</i>
<i>SchwAk</i>	Schweizerische Aktiengesellschaft
<i>S.W.2d</i>	South Western Reporter Second Series
<i>VirginiaLRev</i>	<i>Virginia Law Review</i>
<i>ZGR</i>	<i>Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht</i>
<i>ZHR</i>	<i>Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Konkursrecht/ /Wirtschaftsrecht</i>

De facto director and representation of companies

ABSTRACT: In order to be equivalent to the formal or *de jure* director, the *de facto* director must be legitimated as such by virtue of a set of legitimate requirements, or be recognized by law. If so, direct *de facto* director can represent the company before third parties and contribute to the binding of the company. Out of those situations, representation without powers can be remedied by qualifying the person not legitimated or not recognized by law as “apparent” representative, since, in particular, that measure has to be considered to protect the confidence of third parties in the representative legitimacy of the person (in use of the general principle included in the legal regime of the agency contract).

KEYWORDS: *de facto director legitimated; de facto director recognized by law; external representation and binding of the company; representation by direct de facto director; apparent representation of the company and protection of third parties.*